

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO

"CONCEPTO Y ETIOLOGÍA DEL DERECHO
COMPARADO. LA APLICACIÓN DE SUS --
PRINCIPIOS AL ESTUDIO DE DOS SIS-
TEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS".

T E S I S

que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

p r e s e n t a

CUBBERTO LUNA LUNA

México, D.F.

1969



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A mis padres:
Sr. JUAN LUNA MOLINA, extinto,
y Sra. REFUGIO L. VDA. DE LUNA
Como testimonio de imperecede-
ra devoción filial.

A mi abnegada esposa:
Profa. CAROLINA GARCIA DE LUNA,
que con su cariño y ayuda des-
pertó en mí la necesidad de ter-
minar el esfuerzo que motivaran
mis padres.

A mi hijo:
CUTBERTO LUNA GARCIA, cuya
tierna imagen me alentaba-
en todo instante para fini-
quitar mi adeudo para con
la Universidad y mi familia.

A mi tía:
CARMEN LUNA M.,
como cariñoso y respetuoso
reconocimiento.

A mis hermanos:
GELASIO, EDILBERTO y
LIDWYNA, como expresión
de imborrable vínculo -
fraternal.

ESTA TESIS FUE ELABORADA BAJO
LA SUPERVISION Y DIRECCION --
DEL DR. GUILLERMO VAZQUEZ AL-
FARO, PROFESOR EN LA FACULTAD
DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD-
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.

P R O L O G O

Tareas azas difícil, pero en extremo sugestiva, lo constituye el abordar la temática de lo que comúnmente se denomina Derecho comparado, Teoría general comparada del Derecho -Comparative Jurisprudence- como otros le llaman o Legislación comparada, como también se lo conoce. La -- falta de unificación en la denominación de quienes se han ocupado de este interesante género de estudios -si bien, como se señala, predomina el empleo de la dicción citada- en primer término-, ya deja traslucir el número de problemas inherentes a una preocupación seria y sistemática de los temas de esta disciplina. Al final de cuentas, habremos de concluir, el Derecho comparado no es propiamente una disciplina independiente o una rama del Derecho, -- sino únicamente, pero ello es más que suficiente para darle especial configuración dentro de los múltiples aspectos del estudio vinculado al Derecho y hacer despertar el consiguiente interés, un método de conocimiento e investigación, propiamente y para decirlo en forma sintética, el método comparativo llevado al terreno de las ciencias jurídicas.

No constituyendo una rama del Derecho positivo, -- sino, más rigurosamente, una técnica, que si bien puede -- tener como primer momento de su aplicación la comparación de sistemas jurídicos o legislaciones diferentes, no se -- reduce a ésta, toda vez que convergen en su desarrollo -- otros medios de investigación, todo ello con rigor científico y amplio sentido crítico, puede comprender en sus -- objetivos a dilucidar tanto aspectos de un mismo Derecho nacional, cuanto referirse a Derechos vigentes o derogados de diversos Estados, en torno de cuyo estudio, buscando analogías y subrayando las diferencias existentes, tratará de descubrir los principios fundamentales relativos -- y el propio fin de las instituciones jurídicas. El examen comparativo --ha escrito el insigne comparatista René David- permite determinar acerca de los principios que sustentan el Derecho nacional, así como su fortaleza o debilidad en confrontación con el Derecho extranjero.

Indubitablemente que en este mundo convulsionado en que nos tocó vivir, de tratar de entenderlo, habrá de considerarse que entre otras cosas que tienden a dividirlo,

se encuentra la existencia y actuación de agrupamientos de Estados formando grandes bloques. Especial significación tienen -por su indiscutible desarrollo económico y, consiguientemente por su esfera de influencia política y militar- los constituidos por los pueblos inglés y norteamericano, por una parte, y por el formado por la U.S.S.R. y los llamados países socialistas o democracias populares de Europa. Ello explica que en forma por demás modesta -relativamente justificable, queremos pensar, en quien pretende dar sus primeros pasos en el estudio del Derecho comparado-, hayamos empleado nuestros aún rudimentarios instrumentos de trabajo, empleando los principios del método comparativo a efecto de obtener una visión genérica de los grandes sistemas jurídicos del Common law y soviético, sin menoscabo de intentar el bosquejo de los iberoamericanos aunque pertenezcan nuestro sistema jurídico nacional -para nosotros obvia base de comparación-, con vista a inquirir semejanzas y diferencias entre ellos.

Los resultados del examen de estos tres grandes sistemas, necesariamente habrán de considerarse -y la admisión del hecho conlleva petición de benevolencia- apenas si un ensayo de aplicación de la técnica comparatista, un intento de avance por una senda personalmente sólo vislumbrada y no el recorrido firme y seguro por llano y anchuroso camino muchas veces transitado.

CAPITULO PRIMERO

CAPITULO PRIMERO**HISTORIA, CONCEPTO, FINALIDADES Y
AMBITO DEL DERECHO COMPARADO**

I.- Historia del Derecho Comparado. Etapas de su desarrollo:

- A) Precursores:
- B) Periodo comparativo, los Iniciadores:
- C) El Derecho Comparado, en su etapa científica.

II.- Nocion del Derecho Comparado. Su terminologia y finalidades.

- A) Definicion del Derecho Comparado:
- B) La Comparacion:
- C) Sistemas de Derecho:
- D) Objeto de la Comparacion:
- E) Funciones del Derecho Comparado:

III.- Concepto y ambito del Derecho Comparado. Su importancia para las diversas disciplinas juridicas.

- A) Concepto y ambito del Derecho Comparado:
- B) El Derecho Comparado y su relacion con algunas disciplinas juridicas.

CAPITULO PRIMERO
HISTORIA, CONCEPTO, FINALIDADES Y
AMBITO DEL DERECHO COMPARADO.

I.- Historia del Derecho Comparado. Etapas de su desarrollo: A) Precursores: B) Período comparativo, los iniciadores: C) El Derecho Comparado, en su etapa científica.

Los especialistas consideran al Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900, como el punto de partida de la etapa moderna del Derecho comparado; sin embargo, la idea de conocer legislaciones extranjeras debió surgir en los tiempos más remotos.

Así, se distinguen tres grandes etapas en la historia del Derecho comparado: A) la etapa de los precursores, B) la etapa de los iniciadores, C) la etapa de los comparatistas.

A) LOS PRECURSORES: Comprende esta etapa varios siglos de antecedentes esporádicos, pero es a partir del siglo XV cuando surgen obras que comparan derecho con fines polémicos, filosóficos, etc, y que culminan en el siglo XVII con las obras de Montesquieu y de Feuerbach, considerados como los verdaderos representantes de los precursores.

A esta etapa, podemos (siguiendo a Solá Cufiza--res) subdividirla a su vez cronológicamente en la siguiente forma: 1.- Los primeros antecedentes; 2.- La Edad media; 3.- Los precursores ingleses de los siglos XV y XVI; 4.- Los otros países de la misma época; 5.- El siglo XVII; Grocio, Selden y Leibnitz; 6.- El siglo XVIII: Vico y Lord Mansfield; 7.- Los verdaderos precursores: Montesquieu y Feuerbach. (1)

1.- Los primeros antecedentes: Desde los primeros tiempos se encuentra en las diferentes legislaciones la influencia de derechos extranjeros. Como ejemplos podemos mencionar los viajes de Solón y Licurgo, para elaborar sus leyes; la inspiración griega en las XII Tablas; al jus gentium como derecho común a diversas nacionalidades, etc.. Se menciona como el primer ensayo comparativo muy rudimentario la "Collatio Legum Romanorum et Mosaeicarum" del siglo IV, obra de comparación entre los Derechos romano y judaico.

2.- La Edad Media: Etapa de esterilidad en esta materia; solamente pueden mencionarse algunas investigaciones de los juristas de Pavía y Bolonia comparando los Derechos romano, canónico y longobardo.

3.- Los precursores ingleses: De los siglos XV y XVI pueden considerarse los primeros. El particularismo del Derecho inglés, resaltaba la diferencia con los Derechos romano y canónico, y así, el Rey Enrique VIII creó cátedras de Derecho romano en Oxford y Cambridge, para servicio de sus enviados diplomáticos.

4.- Los otros países: El Renacimiento provocó, por una parte, el estudio del Derecho romano, pero con simple interés histórico, pues surgieron los nuevos Estados nacionales, con la práctica de sus propios derechos. En Italia, España y en Hispanoamérica se cultivan algunos estudios comparativos entre los Derechos locales y el Derecho romano.

5.- El siglo XVII: Interés de los estudios comparativos para la filosofía y la historia. Destacan Grocio en Holanda, Selden en Inglaterra y Leibnitz en Alemania.

6.- El siglo XVIII: Vico, en Italia, trata de encontrar los principios jurídicos universales con la idea de formar una ciencia de Derecho universal comparado. Lord Mansfield en Inglaterra, se ocupa del Derecho comercial derivado de los derechos extranjeros.

7.- Los verdaderos precursores: Montesquieu y Feuerbach. A Montesquieu se le ha considerado al fundador del Derecho comparado, en su obra "El Espíritu de las Leyes" examina los distintos Derechos del mundo y deduce que una regla jurídica no debe ser considerada como una simple abstracción, sino encuadrada en la historia, de donde se puede extraer los principios del Derecho de carácter universal. Sin embargo, fue Feuerbach quien formuló en forma rigurosa los estudios de Derecho comparado.

B) LOS INICIACIONES: Corresponde al siglo XIX esta etapa de la iniciación de los estudios del Derecho comparado con diversas manifestaciones. Primero con sentido eminentemente práctico, después ya con espíritu científico. Se crean revistas especializadas, surgen las primeras cátedras, y se forman los primeros organismos y Congresos

internacionales interesados en los estudios comparativos del derecho. (2)

1.- Primeras Cátedras: En la primera mitad del siglo XIX se inicia el aspecto esencialmente científico del Derecho comparado o legislación comparada como entonces se le denominaba. La creación de las primeras cátedras. Así, en el Colegio de Francia se crea en el año de 1831 por Lermínier una cátedra de carácter no universitario: Historia general y filosofía de las legislaciones comparadas; en la Universidad de París se inaugura una cátedra de derecho criminal y de legislación penal comparada en el año de 1846, siendo su primer profesor Ortolán; en la Universidad de Madrid, se crea una cátedra de legislación comparada en el año de 1851, cuyo primer profesor lo fué Montalbán, reputándose esta cátedra como la primera cátedra universitaria en el mundo y, por último, asentamos que la primera cátedra en Oxford, Inglaterra, se crea en 1869, designándose como titular a Maine.

2.- Organismos Internacionales: En el siglo XIX no existen todavía organismos internacionales especializados en Derecho comparado, pero se fundan asociaciones y se celebran Congresos que emplean el método comparativo: 1873, Instituto de Derecho Internacional de Bruselas. - 1873, Internacional Law Association de Londres (labor en el campo de la unificación legislativa). 1889, en Washington, la asociación de naciones que después se llamó Unión Panamericana.

3.- Juristas comparatistas: y sus obras más importantes: (siglo XIX). Lermínier en Francia, publicó un curso de historia de las legislaciones comparadas. Amerigo Amari, en Italia, en 1857. Maine, en Inglaterra, 1861. "Ancient Law". Mayer, Post y Kohler en Alemania, con tendencias etnológicas e histórico-filosófica. Sumersindo de Azcárate, en España 1874, "Ensayo de Introducción al estudio de la legislación comparada". Los Jueces Kent y Story en los Estados Unidos, utilizan el derecho comparado para encontrar los principios del derecho natural. Clovis Bevilacqua, en Brasil 1893-97, resumen de sus lecciones de derecho comparado. Andrés Bello, Vóles Saxfield, etc., en América Latina.

C) LOS COMPARATISTAS: En 1900, en París, tiene lugar el Congreso Internacional de Derecho Comparado, que

se ha considerado como el verdadero principio de los estudios comparativos del derecho, en forma científica rigurosa. Destacan en el mismo, las figuras de Raymond Saleilles, y sus discípulos Lambert y Levy-Ullmann, considerados como los fundadores de la escuela francesa de Derecho comparado. Saleilles no es un teórico, trata de encontrar un medio práctico para mejorar el derecho existente, por lo que se considera a su concepción -que es la propia de sus discípulos- como realista del Derecho comparado. (3)

Saleilles afirmaba que el derecho comparado es una disciplina que tiene por objeto descubrir los principios jurídicos fundamentales del mundo civilizado.

La escuela clásica francesa se caracteriza por su tendencia sociológica y universalista y por el empleo de una metodología científica, de estudio de los derechos extranjeros.

En Alemania, se dió a los estudios comparativos un enfoque histórico y práctico; se le entendió como el medio para descubrir las nociones jurídicas básicas, mismas que servían de auxiliar valioso para los juristas.

Fue después de la primera guerra mundial que el Derecho comparado tuvo en Francia un impulso extraordinario con la fundación, por Lambert, en 1920, del Instituto de Derecho Comparado de Lyon. Poco después, en 1924 se fundó otro Instituto en la Universidad de Toulouse, y en 1931, el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París. Estos institutos utilizaban el derecho comparado como instrumento de comprensión entre los hombres y entre los pueblos.

En Alemania, también en la primera guerra, surgió el Instituto de Derecho Comparado de Munich, en 1916. Fue Rabel, en Alemania, el más destacado comparatista de la época de la primera guerra mundial, y fundó un Instituto en Berlín, con finalidad no solamente de estudio sino eminentemente práctica, pues consideraba el Derecho comparado como una necesidad para el mundo contemporáneo, utilizándolo como factor de cooperación con el poder legislativo y con la administración de justicia.

En Italia, considerada a principios del siglo XX como uno de los países que más habían desarrollado el derecho comparado, surgen las figuras de Calgano, Sarfati,

Rotondi y del Vecchio, Sarfatti en la Universidad de Turin y Galgano en la de Nápoles, encuentran en el Derecho comparado ventajas para conocer mejor el carácter nacional. Del Vecchio piensa que de los elementos que se derivan de la comparación se puede encontrar la unidad del espíritu humano y de la misma, los principios jurídicos fundamentales. (4)

Instituciones italianas: El Instituto de Estudios Legislativos en Roma en 1927, y en 1934, en Milán, el Instituto de Derecho Comercial Comparado.

En Inglaterra debemos mencionar la Society of Comparative Legislation y al jurista más destacado H.C. Gutteridge. (5)

En Bélgica, en 1908, se fundó el Instituto de Derecho comparado de Bruselas.

En España, Madrid en 1909 se estableció el Instituto Iberoamericano de Derecho comparado.

En Estados Unidos, la American Bar Association en 1905 creó un Departamento de Derecho comparado y en 1925 se fundó la American Foreign Law Association.

Debe citarse, por su importancia, la Biblioteca del Congreso de Washington que en 1912 empezó a publicar excelentes guías jurídicas y en 1926, la fundación de la Tulane Law Review en Louisiana que se especializó en Derecho comparado.

En países de Latinoamérica y en Japón, se distinguen como comparatistas: Clovis Bevilacqua, y Cândido Oliveira en Brasil; Martínez Paz en Córdoba, Argentina y Naojiro Sujiyama en el Japón.

Organismos internacionales: Antes de la última guerra se distinguen por su actuación en el ámbito del Derecho comparado: La Sociedad de las Naciones, la Unión Panamericana, el Tribunal Internacional de La Haya, el Instituto de Derecho Internacional, la Organización Internacional del Trabajo y en forma especial se debe mencionar la Academia Internacional de Derecho Comparado de Ginebra y el Instituto Internacional para la Unificación, del derecho privado, en Roma en 1927, auspiciado por la

Sociedad de Naciones. (6)

Con la gran guerra de 1939-45 se suspendieron las actividades científicas en esta materia y resurgieron con nuevo vigor en casi todos los países, al terminar, especialmente en Estados Unidos.

En Francia destaca de manera predominante René David, y el Instituto de Derecho Comparado de París sustituye al de Lyon.

En Inglaterra debemos mencionar al ilustre comparatista Catteridge que en 1949 ha publicado su magistral obra "Comparative Law" que ya hoy es clásica.

En Alemania, después de la guerra se han reorganizado los antiguos institutos con el nombre de Max Planck Institut. Cuenta con una biblioteca especializada de 90 000 volúmenes, en Hamburgo.

En Italia se reanudó la obra de Calgano, en Milán. La misma actividad puede verse en otros países como Holanda, Bélgica, Suecia, Grecia, Turquía, Hungría, España.

En Estados Unidos, la Columbia University de New York, la Universidad de Michigan, en Ann Arbor; la de Harvard y el Instituto de Derecho Comparado ya mencionado de la Tulane University, han realizado una extraordinaria labor, en el campo de las actividades de nuestra actual pre-ocupación.

En América Latina, además de actividades muy valiosas en universidades argentinas, en México se fundó el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Nacional Autónoma.

II.- Noción del Derecho Comparado. Su terminología y finalidades.

En relación con la denominación que conviene usar para significar lo que queremos expresar con Derecho comparado, pensamos con el comparatista español Felipe de Solá Cañizares:

"En realidad, el uso ha consagrado - y parece - definitivamente- la expresión "Derecho comparado", que emplean como título de sus obras los mismos que con razón la critican, y que desde principios de siglo se utiliza en Congresos, organismos y estudios jurídicos. Por lo tanto, no vemos inconveniente en continuar usando esta expresión que es ya tradicional y universal, a condición de darle su verdadero sentido, prescindiendo de su significación liberal". (7)

A) DEFINICION DEL DERECHO COMPARADO: Importante, ante todo, aclarar lo que significa con opiniones tan contradictorias que, como observa David, si se tienen en cuenta los Congresos celebrados y los numerosos estudios que se han escrito, se llega a la conclusión de que no se ha logrado un acuerdo, ni sobre la definición ni sobre la función del Derecho comparado.

El propio Solá Cañizares, respecto del problema de la definición expresa:

"La diversidad de escuelas y tendencias fue, como afirma Sujiyama, el contrapeso del prodigioso desenvolvimiento del derecho comparado a partir del Congreso de 1900. Esta diversidad se ha mostrado como consecuencia de querer vincular el derecho comparado a una finalidad determinada y definirlo en función de tal finalidad o aplicación. Y como las finalidades y las aplicaciones de los estudios jurídicos pueden ser múltiples, de ahí las distintas concepciones que se han propuesto. "Por éste hemos intentado definir el derecho comparado prescindiendo de sus aplicaciones que examinaremos ulteriormente. Y para nosotros, el derecho comparado consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos". (8)

B) LA COMPARACION: Solá Cañizares expresa que la idea de la comparación es la propia base del Derecho comparado, en forma tal, que viene constituyendo una comparación de derechos, lo que determina que "...si no hay comparación no hay derecho comparado. Esta primera noción, que parecía innecesario recordarla, es fundamental, pues sirve para terminar con la confusión entre derecho-comparado y derecho extranjero, y para distinguir también

claramente el derecho comparado del derecho internacional privado y de la unificación legislativa". (9)

En realidad nos muestra que el Derecho comparado es un método, es decir, un modo razonable de comparar Derechos distintos, y en este sentido nos adherimos a las afirmaciones de Gutteridge y David, porque con ello se distingue el derecho comparado, de las distintas ramas del derecho, aclarándose que no se trata de un conjunto de reglas aplicables a una materia determinada como el derecho civil o el penal sino de un proceso de comparación que puede referirse a cualquiera de aquellas reglas y en cualquier materia. Además, como se ha dicho acertadamente, es el único modo de estudiar el objeto material de este tipo de investigación sin penetrar en una zona abierta a la polémica.

que ésta es o no una ciencia, es asunto de los filósofos más que de los juristas. En todo caso, si se le denomina método, es un método científico, porque la comparación ha de ser exacta y razonada, y "es un método que al vincularse a un género de investigación distinto al del jurista que cultiva una rama del derecho nacional, presenta el carácter de disciplina autónoma, dentro del conjunto de las ciencias jurídicas-sociales". (10)

Por esto decimos que la comparación debe ser científica.

C) Sistemas de Derecho: La comparación no puede referirse sino a Derechos, o lo que es lo mismo, a sistemas jurídicos. Debemos entender por sistema jurídico un conjunto de reglas de Derecho positivo, cuyo ámbito de validez lo constituye una colectividad determinada. Puede suceder que la colectividad corresponda a un Estado soberano, en cuyo caso nos encontramos frente a un Derecho nacional determinado. Sin embargo, como hace advertir Solá Cañizares, "...la noción de sistema de derecho no está necesariamente vinculada a la noción de Estado, pues un mismo sistema de derecho puede ser común a varios Estados, y en un mismo Estado pueden existir diversos sistemas de derecho. Así, cuando se habla del gran sistema de common law, comprendemos en él mismo diversos Estados soberanos, entre ellos la Gran Bretaña y los Estados Unidos". (11)

En un Estado pueden coexistir distintos sistemas jurídicos, entre otras razones posibles porque se aplique un sistema personal de Derecho como el islámico que se aplica a personas de diferentes nacionalidades.

En todo caso, la comparación ha de realizarse entre dos o más sistemas jurídicos distintos.

D) OBJETO DE LA COMPARACION: La comparación se refiere, pues, a sistemas jurídicos. De suerte que puede decirse que el objeto de la comparación son dos o más sistemas jurídicos. "Pero respecto de cada sistema, la comparación puede tener lugar considerando el sistema de un modo general en su estructura, sus concepciones, sus fuentes de derecho, sus métodos de interpretación o de un modo especial considerando una o varias instituciones determinadas de su derecho positivo". (12)

Los Derechos que se comparan son los derechos vigentes en un momento determinado.

Ahora bien, la noción de Derechos vigentes debe precisarse en el sentido de que se trate del Derecho positivo y también debe decirse si pueden compararse todos los derechos vigentes del mundo o solamente algunos de ellos.

a) Derecho positivo: Nos parece describe el autor que hemos venido comentando que la comparación ha de limitarse al derecho positivo en su concepción más amplia -leyes, costumbres, jurisprudencia, etc.-, incluyendo la doctrina de los autores, pero en cuanto se trate de la interpretación del derecho positivo. La comparación de las teorías jurídico-filosóficas, es decir, de las doctrinas sobre teoría del derecho o los principios de la filosofía jurídica, aunque se vinculen a distintos países por la nacionalidad de sus autores, queda fuera del ámbito del derecho comparado, y será en todo caso filosofía del derecho comparada. (13)

b) Derechos comparables: Teóricamente todos los derechos pueden ser objeto de comparación, pero ya Lambert a principios del presente siglo, proponía se circunscribiera la comparación a sistemas jurídicos semejantes, correspondientes a pueblos de un mismo nivel de civilización. En todo caso, la comparación que intente de sistemas "no comparables" requiere de una preparación jurídica y cultural ad hoc.

E) FUNCIONES DEL DERECHO COMPARADO: El Derecho comparado es fundamentalmente un método con aplicaciones varias; no es una disciplina puramente teórica, sino básicamente ciencia pragmática y útil. "...el Derecho comparado debe estar impregnado de un espíritu práctico; y el gran porvenir del derecho comparado está en sus aplicaciones de orden práctico como instrumento magnífico para el legislador, el profesor, el juez, el abogado, el diplomático y como medio para desarrollar las relaciones económicas entre los países y para canalizar en un ambiente de recíproca comprensión, las relaciones políticas internacionales". (14)

Detengámonos brevemente, a continuación, en algunas posibles aplicaciones del Derecho comparado, siguiendo para el efecto al comparatista Felipe de Solá Cañizares.

Mejor Comprensión del Derecho Nacional: El derecho nacional se conoce y comprende mejor a base del Derecho comparado. Muchas disposiciones legales de un país tienen su fuente en las de otros países o han inspirado las de países extranjeros. En ambos casos, las disposiciones reglamentarias, las sentencias de los Tribunales y las opiniones de la doctrina del país extranjero permiten comprender mejor la solución jurídica nacional y aplicar con oportunidad y eficacia soluciones extranjeras a situaciones nacionales o idénticas a las extranjeras. (15)

Perfeccionamiento de la Legislación Nacional: Es práctica acostumbrada y que data de tiempos muy antiguos la de tener en cuenta antecedentes extranjeros cuando se trata de elaborar una ley nacional. Pero esta práctica produce resultados, con frecuencia poco satisfactorios.

Si antes de elaborar leyes se hicieran verdaderos estudios de Derecho comparado, los resultados serían, mejores de los habitualmente producidos.

Unificación Legislativa: Los inconvenientes prácticos resultantes de la diversidad de legislación han dado lugar a propósitos de indiscutible seriedad tendientes a obtener la unificación legislativa que se han traducido en diversas convenciones internacionales.

"Pero no es posible unificar legislaciones sin previamente conocerlas y compararlas. Y la necesidad del "

derecho comparado para la unificación es tan evidente, que incluso ha existido una tendencia a considerar que el objeto esencial del derecho comparado es la unificación legislativa, y se ha llegado incluso a confundir derecho comparado y unificación de leyes". (16)

Derecho Internacional Privado: El derecho comparado y el derecho internacional privado se refieren al examen de distintos derechos, pero ambos difieren esencialmente en que el primero se limita a comparar los derechos, mientras que el segundo decide cuál es el derecho aplicable. El Derecho comparado, en su aplicación, no se supedita a los conflictos de leyes o jurisdicciones, sino que atiende todos los aspectos de los Derechos que se comparan.

Derecho Internacional Público: Nos resistimos a admitir la imposibilidad de existencia del Derecho comparado en el Derecho internacional público. Quienes afirman esta imposibilidad establecen una distinción entre esta rama del Derecho y las otras diciendo que las reglas jurídicas civiles o penales son distintas entre los diversos países, lo que hace posible la cooperación y, en cambio, en el Derecho internacional público las reglas son comunes a los diversos Estados, lo que parece que excluye la posibilidad de comparación.

Sin embargo, habrá de convenirse que estas reglas comunes a los diversos Estados no existen de un modo permanente y universal. Hay doctrinas y escuelas distintas de Derecho internacional público y tendencias también distintas mantenidas por los Estados, lo que dificulta, de hecho, la elaboración de convenciones internacionales. Es precisamente la comparación de estas doctrinas y de estas tendencias, que puede facilitar la afirmación o la extensión de las reglas internacionales que son substrate del Derecho internacional público.

Derecho comparado e historia del Derecho no pueden confundirse, toda vez que el primero tiene su campo de acción en la comparación únicamente de los Derechos vigentes. Sin embargo, es indiscutible la interrelación que puede existir entre uno y otro a saber; tanto porque el método comparativo en los estudios de la historia del Derecho puede emplearse como valiosa auxiliar, que nos permita descubrir, aclarar o explicar instituciones jurí-

dicas de pasados tiempos, cuanto porque del conocimiento de los antecedentes históricos puede desprender el comparatista el sentido de algunas instituciones vigentes. Con secuentemente, una y otra disciplina pueden auxiliarse -- mutuamente con resultados positivos.

Filosofía del Derecho: Al referirse Solá Calizares a las relaciones que pueden existir entre Derecho comparado y filosofía del Derecho, expresa: "No debemos referirnos aquí al sentido que debe atribuirse a las expresiones "Filosofía del Derecho", "Derecho natural", "Teoría general del derecho", o el vocablo inglés Jurisprudencia. -- Todas aquellas están vinculadas a las ideas de la formulación de principios jurídicos abstractos y del análisis de las nociones jurídicas. Y aunque puede ser demasiado ambicioso hablar de una ciencia del derecho comparado, de los fundamentos filosóficos de un Código mundial o de una teoría del derecho mundial, lo cierto es que la comparación de los diversos sistemas de derechos es la premisa indispensable para descubrir principios comunes". (17)

La Cultura Jurídica: "Un médico sabe curar un enfermo, un químico hacer un análisis, un arquitecto construir un edificio en cualquier parte del mundo, incluso en el más lejano y distinto de los países. Y, en cambio -- trasladado a un país vecino, un abogado no sabe hacer una demanda ni un juez dictar una sentencia. El derecho, con la diversidad de legislaciones, el nacionalismo científico y administrativo de las Universidades, el aislamiento de sus cultivadores en una cultura reducida a un país se ha ido empecueñando en su valor educativo y tiene un espíritu "localista" incompatible con el universalismo necesario que requiere la cultura de los hombres de nuestra época". (18)

La Administración de Justicia: La comparación de sistemas jurídicos distintos hace que el juez no pierda contacto con lo que es a la vez universal y humano, lo que sitúa la función de administrar justicia bajo el influjo de un humanismo que puede hacerla mejor y más justa.

La Abogacía: Uno de los aspectos prácticos del Derecho comparado es la utilidad que representa para el abogado en el ejercicio de la profesión. En nuestros tiempos es cada día más frecuente el caso de un abogado que deba intervenir en un asunto en relación con Derechos ex-

tranjeros: La utilidad que le puede prestar el conocimiento comparativo de tales Derechos es obvia e indiscutible.

La Diplomacia: "El diplomático está destinado a residir en el extranjero, negociar con extranjeros, proteger a sus nacionales frente a las leyes extranjeras, elaborar convenciones internacionales, preparar operaciones comerciales y financieras, también con el extranjero. Es lógico que el conocimiento de los derechos extranjeros y su comparación con el nacional sea un instrumento precioso para el diplomático". (19)

La Comprensión Internacional: El derecho comparado contribuye a la comprensión internacional, enseñando a los nacionales de cada país las concepciones jurídicas, económicas y sociales de otros países -dice Solá Calfizares- lo que es indiscutible factor de paz internacional.

III.- Concepto y ámbito del Derecho comparado. Su importancia para las diversas disciplinas jurídicas.

A) Concepto y ámbito del Derecho comparado. El gran comparatista inglés H.C. Gutteridge, concordando con Lee en la opinión de este de que la expresión "Derecho comparado" es impropia, expresa que tal impropiedad se hace evidente cuando se trata de elaborar su definición o precisar sus relaciones con otras ramas del saber. Considera que el Derecho comparado no sería objeto de la desconfianza en el grado que lo es de parte de muchos juristas, si por tal concepto se entendiera simplemente un método de estudio e investigación y no una rama o división especial del Derecho. Los juristas alemanes -estima- a través del término que emplean que se refiere a un proceso de comparación y no evoca la idea de conjunto de reglas que serían las del Derecho comparado como rama especial del Derecho, se encuentran más cerca de la auténtica equivalencia de lo que se quiere significar con el concepto.

Gutteridge afirma sin embargo, que "en Inglaterra, y en mayor parte de los países, la expresión "Derecho comparado" ha adquirido tal arraigo que es preferible aceptarla aún cuando sea equívoca y contribuya, como veremos más adelante a obscurecer la verdadera naturaleza de las funciones propias del método de estudio comparativo y los objetos que ha de alcanzar..."

"...Empleando la palabra " Legislación " en vez de "Derecho" o "Teoría del Derecho", parece haberse salido al paso de las objeciones de un vasto e importante sector de la opinión jurídica de todos los países que es contrario a un estudio puramente especulativo del Derecho. Tal denominación "Suena a útil y a práctica" y se ideó con el deseo de apaciguar la hostilidad. Pero, aunque desechemos tales términos por el hecho de que no han logrado substituir al de "Derecho comparado", no podemos ignorarlos..."

"Las definiciones, en Derecho son poco satisfactorias y originan, a menudo, controversias inútiles. Esto es aplicable especialmente a los intentos de definir el Derecho comparado como un Derecho. Tales ensayos son estériles, ya que lo que no existe escapa a toda definición. Por otra parte, las definiciones que han sido formuladas no consideran la naturaleza del "Derecho comparado", sino tan sólo su objeto; en cada caso, el autor de una definición ha fijado en la función particular que, desde su punto de vista, justifica el empleo de método comparativo; vemos por ejemplo, definir el Derecho comparado como una rama de la ciencia jurídica cuyo objeto es el de fomentar el establecimiento de relaciones más íntimas entre las instituciones jurídicas de diferentes países..." (20)

Más adelante, y refiriéndose a las grandes corrientes formadas en torno a la definición del objeto de nuestra preocupación, indica:

"El problema de la definición del Derecho comparado está estrechamente relacionado con otro; el de la tan debatida cuestión de si el Derecho comparado puede considerarse como una "Ciencia". En general, y especialmente en los países de Derecho romano, existen dos tendencias, una que sostiene que el Derecho comparado es tan sólo una técnica jurídica especial, mientras que la otra insiste en considerar su naturaleza científica y la clasifica como una rama distinta del conocimiento jurídico." (21)

Los primeros trabajos serios para definir las funciones y las finalidades del Derecho comparado se verificaron en el Congreso Internacional de Derecho comparado, realizado en París en 1900, siendo los más notables los debidos a Saleilles y a Lambert. Saleilles, bajo la influencia de la escuela de Filosofía del Derecho de

Stammler, consideraba que la función del Derecho comparado era la de establecer los principios comunes a todos los sistemas jurídicos del mundo civilizado. Consideraba dichos principios como universales, pero no inmutables, constituyendo una especie de modelo de Derecho, lo que llamaba *Droit idéal relatif*.

Existe una tendencia de clasificar el Derecho comparado, de conformidad con los objetivos a alcanzar con su utilización.

No obstante, es discutible que se haya obtenido algún provecho de las clasificaciones aludidas. El método comparativo es suficientemente elástico para ser aplicado de una u otra forma, a todas las disciplinas referentes al estudio del Derecho extranjero. Como ha señalado Wigmore "actualmente ningún estudioso puede esperar abarcarlo todo". Tal vez, pueda trazarse una amplia distinción entre la comparación practicada con el sólo fin de obtener la información necesaria respecto al Derecho extranjero y la investigación comparativa llevada a cabo con otras finalidades. La primera podría denominarse "Derecho comparado descriptivo", mientras que la segunda se llama algunas veces "Legislación comparada", aunque podría denominarse más propiamente "Derecho comparado aplicado". Esta distinción ha merecido una aceptación general y es útil en cuanto pone de relieve el hecho que el Derecho comparado comprende mucho más que una simple descripción del Derecho de un país extranjero.

El derecho comparado descriptivo se diferencia del Derecho comparado aplicado por el hecho de circunscribirse a un análisis de las divergencias entre los Derechos de dos o más países y el de no perseguir emulación de ninguna clase, sea la índole práctica o abstracta. La comparación no tiene otra finalidad que la de proporcionar información, no siendo preciso que la persona que la lleve a cabo sepa la aplicación de los resultados obtenidos.

Pero, en la mayor parte de los casos, el Derecho comparado aplicado persigue una finalidad práctica: la reforma del Derecho o la unificación de sistemas distintos y ésta es la modalidad de investigación comparativa que es más extendida y fértil en resultados. (22)

Derecho comparado abstracto o especulativo: Se ha dicho que existe una tercera forma de Derecho comparado que Kabel ha bautizado con el nombre de Derecho comparado "puro". "Consiste en la comparación llevada a cabo con la única finalidad de aumentar el caudal de nuestros conocimientos jurídicos". (23)

La característica fundamental del Derecho comparado, considerado como un método, es la de que éste es aplicable a todas las formas de investigación jurídica. El método del Derecho comparado se halla tanto al servicio del historiador del Derecho, como al del filósofo, el juez, el abogado y el profesor del Derecho. (24)

B) El Derecho comparado y su relación con algunas disciplinas jurídicas. - El Derecho comparado, que ha sido descrito como "la Cenicienta de las ciencias jurídicas", ocupa una posición en el campo del Derecho que no está del todo perfeccionada. Con frecuencia, los estudios jurídicos comparativos se realizan en una atmósfera difícil, o, en el mejor de los casos, en un ambiente de indiferencia. (25)

Es un tanto difícil precisar los motivos en que se fundan dichos prejuicios; en este caso, parece ser que la razón más poderosa es un temor a los efectos corruptores o disgregados de una infiltración de las instituciones o leyes extranjeras. Los estudiosos del Derecho se inclinan a estimar las instituciones y las leyes del sistema en que han formado, si no los más perfectos, sí las que constituyen la mejor solución a que puede llegarse en las condiciones existentes y, consiguientemente, reciben mal las críticas hechas al Derecho o al modo de aplicarse inclinándose fácilmente a adoptar una actitud hostil hacia cualquier innovación legislativa que no sea la mera supresión de anacronismos o de injusticias manifiestas. Sobre este particular, la opinión de los juristas puede quedar rezagada respecto a la del público en general, y más especialmente, a la de los hombres de negocios, más prácticos y menos atentos a problemas técnicos del Derecho.

¿Cuál es el interés y el valor del Derecho comparado? La contestación a tal pregunta no puede darse a la ligera; implica un exámen de todas las ramas del Derecho para valorar los resultados que pueden obtenerse si

se aplica, en una de aquellas especialidades, el método comparativo de estudio o investigación. En algunas ramas la comparación proporciona resultados que son útiles, principalmente a los teóricos y a los hombres de ciencia, como ejemplo si se aplica al campo de la Ciencia Analítica del Derecho, al de la Filosofía del Derecho o al de la Historia del Derecho. En otras ramas, su utilidad parece ser estrictamente práctica, como en el caso del estudio comparado del Derecho Mercantil.

Para tal objeto en la obra de Gutteridge se analizan las diversas disciplinas del Derecho que, con un carácter convencional, se han conocido en todos los sistemas, en la siguiente forma:

Historia comparada del Derecho: por lo general, se ha reconocido que el método comparativo puede proporcionar resultados de gran valor cuando se aplica a la investigación histórica.

Tal vez no ha sonado todavía la hora para una profunda investigación histórica del proceso evolutivo del Derecho contemporáneo, pero tal desarrollo no puede ser debidamente apreciado o considerado con la necesaria perspectiva sin un conocimiento de las causas que han llevado a una modificación del Derecho, una evolución de las instituciones legales existentes a una creación de otras nuevas. De todos modos, la investigación llevada a cabo sobre bases históricas es uno de los instrumentos indispensables para el comparatista, ya se ocupe de problemas, ya utilice el proceso comparativo con una finalidad práctica.

Derecho Constitucional y Administrativo: Si aceptamos la convencional definición inglesa del Derecho constitucional como aquella rama del Derecho que trata del gobierno, incluido al llamado local government o Derecho administrativo, es evidente que presenta un amplio campo para la comparación.

Las normas jurídicas que regulan problemas tales como la gestión de las empresas suministradoras de agua, gas y electricidad, la organización de los servicios públicos en general y las relaciones entre las autoridades centrales o locales y el ciudadano, ofrecen un fértil campo para los estudios comparativos. Especialmente se pres-

ta a un estudio de esta clase el problema del equilibrio entre la eficacia de la Administración y los derechos individuales.

Derecho Penal: La aplicación del método comparativo al Derecho penal requiere, a primera vista, una justificación. Se ha dicho que las condiciones sociales, religiosas, políticas y económicas varían de tal manera, según los países, que no es de esperar que la comparación produzca resultados de provecho.

Podemos admitir que la unificación del Derecho penal, es imposible y que si fuera posible tal vez no fuera deseable, pero esto no quiere decir que renunciemos a la comparación. Las naciones tienen mucho que aprender unas de otras en lo que se refiere al Derecho penal y al enjuiciamiento criminal, lo mismo que en las otras especialidades del conocimiento jurídico. El éxito o el fracaso de una especial política para la represión del crimen tiene interés no sólo para el país en que se ha realizado el experimento, sino para todos los Estados que tienen idénticos problemas a resolver.

Derecho Industrial o del Trabajo: El Derecho industrial (Industrial Law) es un término muy amplio, adoptado por los autores ingleses para designar aquella rama del Derecho que se ocupa de las relaciones entre el patrón y el obrero y las diversas formas de la legislación que tienen por objeto la mejora de las condiciones del trabajo.

El Derecho del trabajo es uno de los sectores en donde el proceso comparativo de investigación ha sido más utilizado. En los países de civilización occidental, los problemas que se han planteado en esta materia son muy similares, y esto ha originado un movimiento de tipo internacional para suprimir determinadas injusticias que se han considerado fruto del desarrollo de la moderna vida industrial. En 1900 se fundó la Asociación Internacional de Legislación del Trabajo, y en 1905 y 1906 se celebraron en Berna dos conferencias internacionales en las que se plantearon convenios para la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres y el uso de fósforo blanco en la fabricación de cerillas. El movimiento así iniciado recibió un gran impulso con la fundación de una Oficina Internacional del Trabajo en Ginebra, en 1929. Desde entonces

ha sido llevada a cabo una cantidad de investigaciones sobre derecho laboral, principalmente por el organismo de Ginebra, pero también por departamentos gubernamentales y organizaciones privadas de distintos países.

Derecho de Familia y Derecho de Propiedad y Sucesiones: Aunque, en términos generales, es cierto que el método comparativo permite la investigación en cualquier rama del Derecho imaginable, existen sin embargo, ciertos aspectos del Derecho privado que interesan al comparatista de un modo relativo. Frecuentemente se supone que el Derecho de familia, el de propiedad y el de sucesiones no permiten una comparación, pero quizás esto es una generalización precipitada y susceptible de ser discutida. El Derecho de familia está tan determinado por consideraciones de índole racial, religiosa, o política, que la comparación se hace con dificultad y no acostumbra a ser fructífera; pero incluso aquí la comparación puede tener alguna utilidad en cuanto permite determinar el nivel más alto alcanzado en la práctica en el reconocimiento de los derechos y obligaciones del individuo.

El Derecho de la propiedad mobiliaria ofrece un mayor campo para la comparación, especialmente en lo que se refiere a la institución de la compraventa y de la prenda, con algún desplazamiento, materias más relacionadas con el Derecho mercantil que con el Derecho de propiedad. Podría decirse lo mismo respecto a determinadas formas de propiedad inmaterial, como las patentes, marcas de fábrica, dibujos o modelos y derechos de autor. Todas estas especialidades se prestan para la descripción comparativa.

Derecho de Obligaciones: El Derecho de obligaciones o, como diría un jurista inglés Law of Contract and tort, ofrece un campo muy prometedor para la investigación y el estudio comparativos. Como ha observado el profesor Lambert, se trata, en esta especialidad, de lo que él denomina elementos "móviles" en las relaciones humanas; en otras palabras, es el Derecho de la vida cotidiana.

Derecho Mercantil: El Derecho mercantil stricto sensu no es más que un aspecto del Derecho de obligaciones, pero el volumen e importancia de la materia lo han elevado a la categoría de rama independiente del Derecho.

El valor de la comparación en esta materia parece hallarse fuera de toda discusión. La diversidad de sistemas legales afecta al comercio de un modo más directo que otras formas de la actividad humana, constituyendo un obstáculo al libre intercambio de bienes que es un principio vital en el mundo de los negocios.

El Derecho Procesal: Para unificar el Derecho no basta elaborar un precepto y proclamar su obligatoriedad. Si la unificación ha de poscer algún valor efectivo es preciso que las leyes unificadas puedan aplicarse sin ninguna clase de impedimentos derivados de diferencias procesales.

La Legislación y la Reforma del Derecho: Muchos autores eminentes han considerado la legislación como el ámbito donde el método comparativo puede aplicarse con mayor provecho. Maine por ejemplo, dice que "los juristas competentes deben admitir que la principal finalidad del Derecho comparado, por no decir la única, es facilitar la función del legislador y contribuir al perfeccionamiento práctico del Derecho", añadiendo que "mediante el examen y comparación de Derechos se obtienen los elementos más valiosos para el progreso jurídico. No hay rama de investigación jurídica más importante que ésta". (26)

Notas Bibliográficas del Capítulo Primero

- 1.- Solá Cañizares, Felipe de.: "Iniciación al Derecho Comparado", págs. 48 a 55. Edit. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Derecho Comparado.- Barcelona 1954.
- 2.- Autor citado, opus cit. págs. 55 a 62.
- 3.- Autor citado, opus cit. pág. 63.
- 4.- Autor citado, opus cit. pág. 67.
- 5.- Autor citado, opus cit. pág. 69.
- 6.- Autor citado, opus cit. pág. 73.
- 7.- Autor citado, opus cit. pág. 97.
- 8.- Autor citado, opus cit. pág. 98.
- 9.- Autor citado, opus cit. pág. 99.
- 10.- Autor citado, opus cit. pág. 102.
- 11.- Autor citado, opus cit. pág. 103.
- 12.- Autor citado, opus cit. pág. 104.
- 13.- Autor citado, opus cit. pág. 106.
- 14.- Autor citado, opus cit. págs. 109 y 110.
- 15.- Autor citado, opus cit. pág. 110.
- 16.- Autor citado, opus cit. págs. 112 y 113.
- 17.- Autor citado, opus cit. págs. 117 y 118.
- 18.- Autor citado, opus cit. págs. 119.
- 19.- Autor citado, opus cit. pág. 121.
- 20.- Gutteridge, H.C.: "El Derecho Comparado", págs. 10 a 12.-Edit. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.-Inst. de Derecho Comparado.-Barcelona.1954.

- 21.- Autor citado, opus cit. pág. 14.
- 22.- Autor citado, opus cit. págs. 18 a 21.
- 23.- Autor citado, opus cit. pág. 22.
- 24.- Autor citado, opus cit. pág. 22.
- 25.- Autor citado, opus cit. pág. 45.
- 26.- Autor citado, opus cit. págs. 53 a 63.

CAPITULO SEGUNDO

CAPITULO SEGUNDO

EL METODO EN EL DERECHO COMPARADO

I.- Diferencias metodológicas en relación a las finalidades del Derecho Comparado.

- A) Las que tienden a establecer la esencia fundamental del Derecho, o bien, las leyes o ritmos de evolución:
- B) Escuelas que tienen por finalidades investigar el mismo derecho positivo:

II.- Modalidades en cuanto al objeto del Derecho Comparado.

- A) Primera Clasificación:
- B) Segunda Clasificación:
- C) Tercera Clasificación:
- D) Cuarta Clasificación:

III.- Diferencias en los Procedimientos de Investigación.

- A).- Tendencia teórica y tendencia práctica:
- B).- Escuela positiva pura y Escuela positiva del libre arbitrio:
- C).- Escuela legislativa y Escuela interpretativa:
- D).- Investigación individual aislada e investigación colectiva organizada:

CAPITULO SEGUNDO

EL METODO EN EL DERECHO COMPARADO

En el capítulo anterior realizamos una revisión histórica y una descripción científica de la disciplina que nos ocupa, pero esta última no quedaría debidamente integrada sin el análisis del método correspondiente a cuyo estudio se dedica este segundo capítulo. En su desarrollo, vamos a seguir el sistema adoptado por el profesor Naonjiro Sujiyama en su clásico estudio denominado "Ensayo de una Concepción Sintética del Derecho Comparado".

Sujiyama parte de la gran diversidad de escuelas que existen en el Derecho comparado y frente a tal problema, postula una constitución común a todas las tendencias que sirva como punto de partida a la propia disciplina. Así, el propio autor afirma que "El Derecho comparado consiste en comparar positivamente, por estudios determinados y con un objeto fijo, lo que hay de particular y lo que hay de común entre dos o varios derechos nacionales o supranacionales, tomados en el más amplio sentido de la palabra". (1)

Coincidimos ampliamente con Guttridge en las dificultades que presenta intentar la descripción del método comparativo. En efecto, como hace notar tan distinguido comparatista, la compleja naturaleza de la comparación, la amplitud del área en que puede aplicarse, la diversidad de finalidades que pueden conseguirse, son factores que, indiscutiblemente, dificultan bastante el poder llegar a un resultado valioso en torno del propósito de especificar y circunscribir que debemos entender por método comparativo. Si, como señala el autor mencionado invariablemente han de presentarse los problemas de la índole a que aludimos a quien se encuentre ya relativamente versado en la disciplina comparativa, razón de más para que los problemas aumenten y se agiganten en quien como en el caso presente, pretendo hacer sus primeras armas en el asaz difícil empeño de concretizar ideas, nociones y puntos de vista en muchos casos divergentes de distintos juristas, respecto de lo que ha de conceptuarse como Derecho comparado y sobre el método comparativo específico, e intentar la aplicación de los conocimientos previos al estudio comparativo de algunos sistemas jurídicos dete...

nados. Solá Caffizares establece que quienes deseen hacer sus primeros ensayos de aplicación del método comparativo, deberán reunir ciertas condiciones vinculadas con su formación jurídica personal, la documentación extranjera, las nociones elementales sobre Derecho comparado y sistemas que se comparan y la dirección o supervisión técnica que considera indispensable en cierto sentido. Nuestras personales carencias que somos los primeros en admitir respecto a las condiciones previas a que alude el comparatista español, determinan e influyen necesariamente en las características y posible valía de este trabajo.

Concientes de nuestras limitaciones para pretender esbozar por propia cuenta lo que ha de entenderse como método comparativo y, en general, para dar personal y fundada respuesta a los múltiples problemas peculiares de la metodología comparativa dada la diversidad casi exhaustiva de escuelas, puntos de vista o criterios vinculados con el fin, objeto y método específico del Derecho comparado nos limitaremos casi a exponer en este capítulo en forma literal la clasificación de las tendencias relacionadas con tales grandes capítulos de dicha metodología, debida a la pluma del citado comparatista Noajiro Sujiyama, en la forma más concisa posible referida a la clasificación que formula respecto de las finalidades y objeto del Derecho comparado y más ampliamente por lo que hace al método específico y posible clasificación de tendencias o escuelas sobre el particular, aclarando que no hacemos especial comentario que pudiera implicar conocimiento real de todas las tendencias enumeradas previo a la toma de posesión o aceptación personal de alguna de ellas.

No obsta lo antes expresado, sin embargo, a que establezcamos un punto de vista del cual si consideramos encontrarnos en condiciones de asumir la consiguiente posibilidad: pensamos con Catteridge que en el vasto campo de la comparación jurídica no cabe hablar de un solo método o una sola técnica a emplearse para la diversidad de enfoques posibles, sino, en todo caso de diversas técnicas aplicables en razón de la materia a estudiar y de los obstáculos que puedan presentarse al comparatista. El autor a que hacemos referencia, al ocuparse de los posibles problemas que pueden presentarse en la tarea comparativa, entre los que enumera; aspecto u objeto de la comparación, normas fundamentales o fuentes del Derecho extranjero que deben escogerse, qué valor debe otorgarse, res-

pectivamente, a la ley, a la costumbre, a la jurisprudencia y a la doctrina de los autores extranjeros y qué valor debe consignarse a los materiales o publicaciones bibliográficas, ciertas obras de tipo enciclopédico, repertorio de jurisprudencia, revistas jurídicas, etc. y a otros problemas que pueden surgir y que han de tomarse en cuenta, expresa, apoyando con su indiscutible autoridad en la materia el punto de vista personal expuesto:

"Desde luego, hay muchos otros problemas, algunos de los cuales son de tipo especial y se refieren únicamente a determinadas formas de la investigación comparativa, por lo que no pueden ser tratados aquí. Debe tenerse en cuenta que el posible campo de la comparación es tan vasto que la técnica a emplear no puede ser siempre la misma. Un método que diese buenos resultados para un determinado sistema de Derecho o de aplicarse a un fin particular, puede resultar un fracaso si se emplea en otras direcciones...". (2)

Habiendo hecho las anteriores aclaraciones respecto de las clasificaciones de escuelas y tendencias que en relación con la materia de este inciso en particular y lo concerniente a las restantes partes del presente capítulo formula Sujiyana, ocupémonos de lo que respectivamente nos dice dicho estudioso del Derecho comparado.

I.- Diferencias metodológicas en relación a las finalidades del Derecho comparado.

La citada diversidad de tendencias o de escuelas se manifiesta ante todo, en cuanto a la determinación del fin que se ha de asignar al Derecho comparado.

Desde este punto de vista, las escuelas o tendencias pueden ser distribuidas de la siguiente manera:

A) Las que tienden a establecer la esencia fundamental del derecho, o bien, las leyes o ritmos de evolución;

1.- Escuela de la Jurisprudencia etnológica representada principalmente por POST, KOHLER, etc.

2.- Escuela de Jurisprudencia comparativa de los

diversos grupos de derechos, es decir, del método comparativo que toma por unidad de comparación cada familia de un mismo tipo de legislación nacionales: tendencia representada bajo formas diversas por NOBUSHIGE, KOZUMI, TARDE ESHEIN, LEVY-ULLMANN Y WIGNORE. (3)

3.- Escuela de la filosofía comparativa del derecho, representada por LE FUR y DEL VECCHIO.

4.- Escuela que tiende a establecer los principios generales del derecho, comunes a las naciones civilizadas, invocadas en el artículo 38 del Estatuto del Tribunal permanente de Justicia internacional y en el artículo 28 del Acta general para la resolución pacífica de los conflictos internacionales de 1928, elaborado por el Instituto Internacional para la unificación del derecho privado de Roma.

B) Escuelas que tienen por fin investigar el mismo derecho positivo, se incluyen:

1.- Escuela del derecho extranjero: Esta escuela confunde el Derecho comparado con el derecho extranjero.-

2.- Escuela de historia comparativa del derecho: No debe confundirse ésta con la escuela de historia del derecho extranjero que se clasifica como la ciencia del derecho extranjero.

3.- Escuela que consiste en hacer la comparación de los derechos nacionales, clasificados por Estados. Sin embargo, como lo dijeron Saleilles y otros autores, esta especie de estudio no es más que uno de los procedimientos preparatorios del Derecho Comparado.

4.- Escuela que tiende a la comparación de los conceptos jurídicos clasificados por categorías, preconizada, por ejemplo, por ROUILLÉ. No podemos considerar que el fin, del Derecho comparado sea la clasificación de los conceptos jurídicos en categorías, que no es más que uno de los procedimientos del método comparativo.

5.- Escuela de la Jurisprudencia comparativa de los diversos grupos de derecho.

6.- Escuela que tiende a la investigación compara

tiva de los principios generales del derecho común a las naciones civilizadas.

C) Escuelas que tienen por fin hacer efectivos los progresos del derecho positivo. Esta tercera categoría la subdivide Sujiyama así:

1.- Escuelas de la ciencia nacional del Derecho-comparado que subdividen en dos ramas:

a) Escuela de la ciencia nacional absoluta del Derecho comparado, representada, antes por MONTESQUIEU, en nuestros días, por HEIL, NUSSBAUM y MIDOYET. (4)

b) Escuela de la ciencia nacional relativa del Derecho comparado, representada por SAUVILLIÉS.

2.- Escuelas de la ciencia universal del Derecho comparado (o ciencia supranacional del Derecho comparado), que se subdividen igualmente en dos tendencias:

a) Escuela de la ciencia universal absoluta del Derecho comparado. Hay pocos autores que sostengan esta tendencia. De LA GRASSELLE, en tiempos pasados, y COSENTINI, en la época actual, se inclinan a admitirla.

b) Escuela de la ciencia universal relativa del Derecho comparado. Esta escuela representa, en la época actual, la tendencia predominante en el Derecho comparado. Podemos citar, como representantes de esta Escuela, ante todo a LAMBERT, después a CAPITANT, LE FUR, DUMOGUE, LEVY, ULLMANN, KAULY, GÜTTENBERG, POUND, LABEL, BALOGH, LOTONDI, PENA.

Frente a estas diversas Escuelas que se refieren al fin del Derecho Comparado, a las que acabamos de pasar revista la tendencia de Sujiyama es de síntesis armónica y al efecto expresa: "Si admitimos la verdad absoluta de la tesis del particularismo nacional, y la de su corolario, el derecho comparado en particular, la comparación entre un derecho nacional y los otros derechos nacionales sería, creo yo, casi un absurdo. Por eso, la Escuela histórica concluye por negar la razón de ser del Derecho-comparado. Si, por el contrario, admitimos la tesis del derecho universal y la del derecho comparado universal, su corolario, resulta natural y lógico buscar un sistema ju-

rfidico universal mediante la comparación de los derechos-nacionales. El Derecho comparado es, pues, lógicamente in-compatible con el particularismo nacional, por la misma razón que lo es con el sistema de la Escuela histórica. Se debe concluir, por consiguiente, que la ciencia naciona--lista del Derecho comparado, en su sentido riguroso, no puede existir teóricamente". (5)

Para poder concebir la razón de ser del Derecho-comparado, es preciso, admitir que "la aproximación sist--temática de los Derechos" mediante el Derecho comparado "constituya, al menos, uno de los fines, uno de los elemen--tos esenciales del Derecho comparado.

Sin embargo, el derecho nacional y el derecho --mundial tienen cada uno su ámbito propio, adecuado a su --naturalidad esencial, y al mismo tiempo, estos derechos --armonizan entre sí y se influyen mutuamente. Están en una relación de interdependencia. Por ende, la denomi--nación de ciencia nacional del Derecho comparado y la --ciencia universal del Derecho comparado no bastan, tanto--la una como la otra, para expresar la cualidad esencial --del Derecho comparado. Estos dos nombres, en efecto, no --designan en el fondo, más que las dos caras de la ciencia del Derecho comparado.

II.- Modalidades en cuanto al Objeto del Derecho Compara--do.

La multiplicidad de las tendencias o de las es--cuelas reaparece, además, en lo que respecta al objeto --del Derecho comparado. Desde este punto de vista, Sujiyama, hace las clasificaciones siguientes:

A) Primera clasificación: se hace, desde el pun--to de vista de las ramas del Derecho a las que se aplica el Derecho comparado. Una primera tendencia admite que --todas las ramas del derecho pueden formar casi indistintamente el objeto del derecho comparado. Una segunda tenden--cia, hoy general, no limita el objeto del Derecho comparado a ciertos campos, pero preconiza la necesidad de estudios distintos para cada rama del Derecho.

B) Segunda clasificación: se establece, según se limite la comparación a legislaciones de sistemas o de --

tendencias similares o que se extienda, por el contrario, esta comparación a legislaciones de tipo diferentes.

Es evidente, que la cuestión de saber cuál de estos dos métodos es preferible, dependerá del fin que persiga el Derecho comparado, pero, por otro lado, se ha exagerado la importancia de la distinción de estas dos tendencias, atendiendo demasiado al aspecto exterior de la técnica y de la forma de los derechos de los diferentes países. La comparación de los derechos de naturalezas diferentes a nuestro juicio, es el corolario necesario del reconocimiento de la existencia del derecho mundial. En todos los campos en los de la unificación del derecho, por el método comparativo, es posible, despliega aquella una eficiencia muy superior a la que se aplica en comparación de los derechos de naturalezas similares, sólo cuando se recurre a esta concepción, puede la ciencia jurídica occidental ponerse en actitud de comprender la importancia de los derechos orientales. La aproximación de los dos sistemas jurídicos, occidental y oriental, no es realizable más que basándose en esta idea, que forma así la corriente principal en la determinación de los objetos del Derecho Comparado". (6)

C) Tercera clasificación: Escuelas que tienden a la comparación de las legislaciones en su conjunto y por las que se preocupan solamente de la comparación de materias determinadas.

La segunda Escuela es la que representa la tendencia general y preferible, opina Sujiyama.

D) Cuarta clasificación: Se refiere a la Escuela que estudia únicamente las relaciones jurídicas internas y externas:

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

ciencia jurídica interna o nacional.

2.- 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 externas o supranacionales, procedentes del comercio jurídico internacional, cuyo campo se amplía de un día a otro. Sucede, pues, que para regular las relaciones 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.

III.- Diferencias en los Procedimientos de Investigación.

La divergencia de las tendencias se manifiesta igualmente en relación a los procedimientos de investigación del Derecho comparado:

A).- Tendencia teórica y tendencia práctica: La primera tiende esencialmente a considerar el porvenir lejano y a investigaciones respecto al fundamento teórico del derecho, en tanto que la segunda persigue la realidad presente y se preocupa ante todo de los métodos prácticos de realización. El segundo método es el que se practica por la gran mayoría de los comparatistas. El método práctico se debe basar sobre un fondo teórico sólido; pero la teoría acabaría por degenerar en una discusión vacía, si no fuera acompañada de preocupaciones prácticas.

B).- Escuela positivista pura y Escuela positiva del libre arbitrio. No hay ningún derecho comparado que no exija una comparación positiva comparativa y sistemática, que consiste, en suma, en investigar la substancia del derecho vigente, a fin de determinar los efectos que se derivan de ella y las circunstancias sociales que se encuentran detrás del derecho viviente. Pero, en lo que respecta a los métodos existen dos ramas del Derecho comparado:

1.- Escuela del positivismo puro. Se pueden colocar en ella diversas escuelas que tratan de establecer la ciencia del derecho (salvo la escuela de la Filosofía comparativa del derecho), así como diversas escuelas que tienen por fin investigar el derecho positivo.

2.- Escuela positiva del libre arbitrio: "Las diversas escuelas que tienden a hacer efectivos los progresos del derecho positivo aplican un método que, si se parte de esta misma comprobación 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 un ideal destinado a formar una política jurídica. En mi opinión, cada una de las dos escuelas tiene su papel. Cuando se trata, por ejemplo, del Derecho comparado que tenga por fin impulsar el progreso del derecho positivo, no hay razón alguna para acantonarse en el método de la primera escuela. (?)

C).- Escuela Legislativa y Escuela Interpretativa: En cuanto a los medios de realización comparativa del libre arbitrio, no existía, en la época de la escuela de la exégesis, más que la escuela de legislación comparada simple. Pero son raros hoy los comparatistas que descuidan los métodos interpretativos comparados, que existen paralelamente con los métodos legislativos comparados. Para precisar el sentido de las palabras, nos limitaremos a una clasificación de los métodos:

1.- Método de legislación comparada: a) Legislación comparada del derecho nacional.

b) Legislación comparada para la formación del derecho mundial:

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

(b) Legislación uniforme facultativa.

(c) Legislación casi autónoma por medio del contrato tipo, de los acuerdos corporativos internacionales.

2.- Método de interpretación comparativa:

Debe recordarse aquí que la escuela de la exégesis o conceptual obstaculiza el desenvolvimiento del Derecho comparado. La interpretación flexible del derecho constituye una de las condiciones requeridas por esta disciplina. Pero existen, a este respecto, dos grandes escuelas:

a) Escuela de la interpretación evolutiva de la ciencia nacional del Derecho comparado, fundada por Raimundo Salelles:

b) Escuela de la libre investigación científica-comparada:

Es sabido que la Escuela libre de investigación científica tiene por fundador a Francisco Gey, (8)

Para el desenvolvimiento de su tesis, Sujiyama se remite a su conferencia dada en el Ministerio de Justicia en París.

" Notemos no obstante, que desde el punto de vista de los progresos del derecho mundial, la investigación de las fuentes del derecho presenta una importancia particular como método interpretativo comparado. Fue Lambert quien, partiendo desde este punto de vista, se ligó al método de comprobación positiva del derecho mundial oculto. Después de haber reformado, con posterioridad a la guerra, su doctrina del derecho común legislativo, invoca las cuatro modalidades de experimentación de las fuentes del derecho, fuera de las legislaciones uniformes. Estas son: la doctrina comparada, la jurisprudencia comparativa, el derecho comparativo (usos internacionales bajo la forma de contrato tipo) y la aplicación administrativa del derecho. El método preconizado por Lambert consiste en concentrar los esfuerzos sobre la comparación de las doctrinas, de las prácticas judiciales y extrajudiciales, en una palabra, sobre la comparación de los derechos supranacionales vivientes. Su teoría tiene, pues, en carácter especial que forma una escuela independiente que se podrá llamar "Escuela de la ciencia del derecho positivo comparativo universal".

Este método -el de Lambert- constituye, dice Sujiyama, una de las aportaciones valiosas que este gran comparatista dió al progreso moderno del Derecho comparado.

D).- Investigación individual aislada e investigación colectiva organizada: Se puede decir, afirma Sujiyama, que la investigación individual aislada llegará a ser anacrónica y a ser substituida por la investigación colectiva organizada. Esta es a tal punto indispensable para lograr el Derecho comparado que puede expresarse así

hipérbole que "constituye una de las bases requeridas por su método y, como consecuencia, uno de los elementos de su concepción".

Notas Bibliográficas del Capítulo Segundo

- 1.- Sujiyama, Noajiro: "Ensayo de una Concepción Sintética del Derecho Comparado", en Concepto y Métodos del Derecho Comparado, pág. 43.-Compañía General Editora, S.A.- México, 1941.
- 2.- Gutteridge, H.C.: "El Derecho Comparado", pág. 118. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.- Instituto de Derecho Comparado.- Barcelona, 1954.
- 3.- Sujiyama, Noajiro: opus cit. pág. 46.
- 4.- Autor citado, opus cit. págs. 47 y 48.
- 5.- Autor citado, opus cit. pág. 50.
- 6.- Autor citado, opus cit. págs. 51 y 52.
- 7.- Autor citado, opus cit. págs. 56 a 58.
- 8.- Autor citado, opus cit. págs. 58 y 59.

CAPITULO TERCERO

CAPITULO TERCERO

LOS GRANDES SISTEMAS JURIDICOS
CONTEMPORANEOS.

I.- Sistema Iberoamericano.

II.- Sistema Anglosajón.

III.- Sistema Soviético.

CAPITULO TERCERO

LOS GRANDES SISTEMAS JURIDICOS CONTEMPORANEOS.

I.- Sistema Iberoamericano.- A) El problema de la clasificación de sistemas.- B) El entronque del sistema iberoamericano con el gran sistema occidental, en general y romanista en particular.- C) Breve bosquejo del sistema romanista.- D) Las características peculiares del sistema jurídico iberoamericano.

A) El problema de la clasificación de sistemas.- Es a todas luces conveniente, antes de ocuparnos del sistema iberoamericano, exponer algunas ideas previas que -- sirven, incluso, -- en la parte correspondiente -- como notas aclaratorias de introducción al somero estudio con pretensiones comparativas de los sistemas angloamericano y ruso, que habremos de abordar en los incisos restantes a este capítulo. Podría decirse, en forma genérica, que al examinarse superficialmente el sistema iberoamericano, casi simultáneamente -- de tener, como es de suponerse, ciertas nociones del sistema romanista y cierta información sobre el sistema del common law inglés y norteamericano --, encontraremos bastantes puntos de semejanza y ciertos aspectos de relativa diferencia con el sistema romanista ya por el contrario, solamente algunos puntos de contacto y bastantes aspectos de diferencia en la confrontación con el sistema del common law angloamericano. Ahora bien, si continuando nuestra labor de incipientes comparatistas, con vista en el grupo de Derechos iberoamericanos -- con más precisión, partiendo de una ideal configuración de los Derechos de los países iberoamericanos -- nos aventuramos en la tarea difícil de estudiar el sistema de Derecho imperante en la U.R.S.S. y otros Estados de la Europa calificada -- como socialistas o de "democracia popular", encontramos -- mayores aspectos de diferencia, de separación, que los -- que en confrontación anterior habíamos aprehendido intuitivamente en nuestro contacto con Derechos del sistema o grupo romanista y aún que en el examen del grupo angloamericano basado en el common law. Todo lo anterior nos lleva de la mano a abordar el problema de la clasificación de sistemas jurídicos y, posteriormente, a indagar y

ahondar en la especial relación existente entre los sistemas o grupos de derechos iberoamericano y romanista; estas tareas las desahogaremos, necesariamente, antes de dedicarnos a trazar los rasgos principales del modo de ser de los órdenes jurídicos imperantes en Iberoamérica.

Comencemos por establecer que entendemos por sistema jurídico. Es, substancialmente, el conjunto de normas o reglas e instituciones que constituyen un Derecho positivo determinado. O, como dice Castán Tobeñas: "Un sistema jurídico es, así, el conjunto de reglas e instituciones de Derecho positivo por la que se rige una determinada colectividad". (1) Y agrega dicho autor "...convigine puntualizar que el sistema jurídico es idea distinta e independiente de la de Estado y de la de legislación. Hay sistemas jurídicos estatales y no estatales, y pueden haberlos también no solo de base legislativa, sino de base judicial o consuetudinaria." (2)

Son en extremo numerosos los puntos de vista para clasificar los sistemas jurídicos, enumerarlos tan solo comprendiéndolos en su totalidad, es tarea azas difícil. Sin embargo, contrariamente a lo que sobre el particular sustenta Solá Cañizares de que "...toda clasificación tendrá siempre algo de arbitrario, y además no tiene, tampoco, una gran utilidad práctica", (3). Pensamos con Castán Tobeñas que "...interesa al Derecho comparado reducirlos a grupos o familias teniendo en cuenta sus afinidades y elementos comunes... Sin embargo, la tarea no es fácil. Algunos derechos, por sus elementos heterogéneos, resisten a toda clasificación. Y, por otra parte, son muchos los criterios, científicos o empíricos, que pueden ser utilizados para la realización de este empeño sistematizador; y ello explica que sean muy variadas las agrupaciones que se han propuesto y que todas ellas se presten a serias objeciones, porque tienen mucho de artificial y arbitrario...". (4).

Declámos que muchos son los criterios de clasificación y, consiguientemente las clasificaciones hechas, respecto de los sistemas jurídicos. Exponjamos algunos puntos de vista.

El comparatista Mario Sarfatti, inspirándose en Lambert, considera que lo importante para proceder del mejor modo a un estudio comparativo entre las legislacio-

nes modernas "...es que se haga recaer éste sobre cuerpos de derecho que representen sistemas originales, pertenecan al mismo estudio de cultura y tengan entre sí analogía de ambiente". Excluye por tanto, legislaciones como el Derecho musulmán, el Derecho eslavo y las legislaciones de los estados totalitarios y entre éstas "... los códigos de la Rusia Soviética, a los cuales se pueden oponer solamente como un todo las legislaciones llamadas "burguesas" fundadas sobre concepciones económicas diametralmente opuestas..." (5). Consecuentemente, establece una clasificación bipartita de los sistemas de Derecho común que estudia: 1) Codificaciones de tipo romano o continental, agrupando: a) Códigos netamente latinos: Francia, Bélgica, Portugal, Egipto, Holanda, Italia y España; b) Códigos germánicos: Austria, Alemania y Suiza; c) Códigos inspirados en ambos grupos: Estados Iberoamericanos; y d) Códigos de Estados Orientales de moderna civilización: Japón, China. 2) El Derecho común inglés (Common Law): Gran Bretaña, Norteamérica, Colonias y dominios.

Resaltemos que la clasificación de Sarfetti se enfoca exclusivamente desde el ángulo de Derecho común.

Castán Toboñas refiriéndose al comparatista brasileño Clovis Bevilacqua expresa que éste "siguiendo en lo fundamental las ideas expuestas por el escritor francés Glanville y de conformidad con el criterio del origen histórico, que trae a consideración el triple factor romano, bárbaro y canónico que entra en juego en el moderno Derecho de los pueblos occidentales separa cuatro grupos: a) el de las legislaciones que conservaron predominantemente su derecho nacional y en las que son casi nulas las influencias romanas y canónicas (ejemplo, países escandinavos, Estados Unidos); b), legislaciones que asimilaron más o menos radicalmente el Derecho romano, recibiendo influencias germánicas y canónicas (derecho español, portugués, italiano); c), legislaciones que conservaron, más o menos independientes, los elementos germánico y romano, influenciados por el canónico, para verlos fundidos más tarde (derechos de Francia, Bélgica, Alemania, Holanda, Suiza); d), sistemas latinoamericanos formados de fuentes europeas más o menos próximas (España y Portugal), modificadas a virtud de otros elementos extraños también europeos (franceses) y con influencias democráticas". (6)

René David formula la siguiente clasificación de los sistemas jurídicos, fundada sobre la distinta ideología que los inspira:

I.- Sistema de Derecho Occidental.

1.- Grupo francés.

2.- Grupo angloamericano.

II.- Sistema de Derecho soviético.

III.- Sistema de Derecho musulmán.

IV.- Sistema de Derecho hindú.

V.- Sistema de Derecho chino.

Castán Tobeñas criticando la clasificación anterior expresa: "En justificación de este cuadro aduce David que la oposición entre el grupo del Derecho inglés y afines a él y el de los Derechos de los países latinos o germánicos, "por esencial que sea, no es del mismo orden que la existente entre el Derecho francés o el inglés, de una parte, y el Derecho soviético, el musulmán, el hindú o el chino, de otra parte. La oposición entre el Derecho francés y el inglés existe en otro plano diferente; un plano esencialmente técnico, no ideológico".- Aún así, nos parece arbitraria la denominación que da DAVID al que llama "grupo del Derecho francés", incluyendo en él no sólo las legislaciones de los países hispánicos y latinos en general -lo que ya era excesivo-, sino también la de los pueblos germánicos. Es consideración poco decisiva la que hace el autor recordando que fué Francia, a principios del siglo XIX, la que tomó la iniciativa, con su codificación de renovar y rejuvenecer la tradición del Derecho romano, inaugurando una técnica que ha servido de modelo a los demás países, pues lo cierto es que ni todos los pueblos del continente europeo adoptaron la técnica del Código francés ni la evolución jurídica de muchos de ellos deja de mostrarnos la introducción de principios y técnicas nuevas, muy distintos a los del Código napoleónico.- Carece así de justificación, a nuestro juicio, en la clasificación de René DAVID, el no darse relieve alguno a los Derechos de los países escandinavos, afiliándolos al-

grupo de Derecho francés, cuando lo cierto es que el Derecho escandinavo tiene características muy originales y no es, en sus orígenes y en su evolución, ni francés, ni siquiera romano. Hay que tener en cuenta que nuestro autor, para caracterizar a los Derechos fundados en la tradición romana, atiende, más que a la recepción legislativa del Derecho romano, a su recepción científica o doctrinal, por obra de los juristas; pero, de todos modos, hay que reconocer que los principios del Derecho romano juegan, en los países escandinavos, un papel muy secundario". (?).

Solá Cañizares, con punto de apoyo en la clasificación de David, expone a su vez la suya, que nos parece la más aceptable, inclinándose que la propuesta por Castán Toboñas que tomando como primer criterio de diferenciación el ideológico o cultural y considerando en este renglón en lugar más destacado que los factores económicos y políticos a los principios e ideales de carácter religioso, divide los sistemas en dos grandes grupos con un sinnúmero de divisiones: sistemas de cultura occidental y sistemas "que se han desarrollado fundamentalmente al margen de la civilización occidental". La clasificación de Solá Cañizares es la siguiente:

I.- Sistemas occidentales.

- 1.- Common Law: agrupa los sistemas norteamericano e inglés.
- 2.- Romanistas.
- 3.- De Derecho romano.
- 4.- Escandinavos.
- 5.- Iberoamericanos.

II.- Sistemas soviéticos.

- 1.- U.S.S.R.
- 2.- Sistemas soviéticos.

III.- Sistemas religiosos.

- 1.- Derecho canónico.
- 2.- Derecho musulmán.
- 3.- Derecho hindú.

IV.- Sistema Chino.

En palabras de Solá Cañizares, expliquemos algunos aspectos de su clasificación.

"...Para René David, dentro del gran sistema occidental, se opone al common law un gran grupo que él denomina derecho francés, y que comprende tanto los derechos latinos como los germánicos del continente e incluso los escandinavos, a los cuales opone los derechos latino-americanos, como perteneciendo al grupo francés, pero con características propias. A nuestro juicio, es un gran acierto de David su clasificación a base de un gran sistema occidental, englobado frente al common law, derechos latinos y germánicos y acusando las características del grupo latino-americano. Pero quizás es poco apropiada la clasificación de grupo de derecho francés y sería más adecuado considerar los derechos latinos y germánicos de la Europa continental, conjuntamente con aquellos de Europa y Norteamérica en los que hubo recepción del derecho romano y una notoria influencia de los principios romanos como un grupo que podría denominarse "romanista" y que se diferenciaría de otros tres grupos, el propiamente de derecho romano, el grupo escandinavo y el grupo ibero-americano. El grupo de derecho romano está formado por aquellos derechos como el catalán, el de África del Sur, el de San Marino, el de las Islas Anglo-normandas, en los cuales no se siguió el ejemplo codificador napoleónico, y el derecho romano es un derecho vigente. Los derechos escandinavos se caracterizan por no haber habido recepción del derecho romano, lo que los asemeja al common law, y por no haber realizado la codificación moderna siguiendo el ejemplo napoleónico, lo que los separa de los derechos romanistas; se distingue también por su carácter histórico y tradicional y por la mayor importancia de la jurisprudencia, y, en fin, por la unidad de su sistema, que se muestra en la obra realizada de unificación legislativa escandinava. En cuanto a los países de América latina, entendemos que forman un grupo con características propias todos los países ibero-americanos, no solamente por el hecho de una tradición hispánica o portuguesa, y una elaboración de sus derechos a base de profundas investigaciones comparativas, sino por las condiciones geográficas, políticas, sociales y económicas, muy distintas a las de Europa. Pero además, cada día se acentúa la penetración del common law en Ibero-américa, incluso en el campo del derecho privado, de suerte que estos países son

un interesante campo de experiencia de asimilación por parte de países de derecho romanista, de instituciones y fórmulas de common law". (B)

B.- El entronque del sistema iberoamericano en el gran sistema occidental en general y romanista en particular.- René David afirma que hasta principios del siglo que corre, además de los sistemas europeos (los llamados por los ingleses continentales), toda la América Latina estaba ligada al sistema francés o del Derecho romano. Para él, los Derechos del continente europeo y los de la América Latinaportencen a un mismo sistema, en tanto que, habiendo tenido un origen común, tiene una estructura análoga. Están emparentadas entre sí "porque todos están fundados en el Derecho romano", esto es, porque en una determinada época recibieron la influencia del saber jurídico romano, a través del cual los juristas nacionales se dieron a la tarea de organizar sus sistemas conforme a los patrones romanos, sin que por ello pueda hablarse de una identificación entre las reglas de Derecho correspondientes.

En realidad, si bien para nosotros los sistemas iberoamericanos merecen constitutivo sistema aparte del romanista o del sistema francés (que diría David), es innegable el vínculo de parentesco entre el sistema romanista y los iberoamericanos que, a través de legislaciones varias (española, portuguesa, francesa) entroncan en tiempo lejano con dicho sistema romanista. Por ello, consideramos conveniente hacer un pequeño estudio del romanista que nos sirva a manera de introducción al bosquejo comparativo de los sistemas iberoamericanos. Para el caso, básicamente aprovecharemos el desarrollo del pensamiento a ese respecto del aludido comparatista francés, para quien tanto dichos sistemas como el germano (que en la clasificación de Soló Cassizares forma parte de los romanistas) se ubican dentro del grupo que denomina francés.

Es menester hacer aclaraciones que estamos por demás pertinentes. En el propio enunciado del presente capítulo y en la composición necesario es distinguir sistemas jurídicos en el sentido particular que hemos venido denominando y no grupos de sistemas jurídicos como acertadamente califican Gutierrez y David; obviamente debe hablarse de grandes sistemas jurídicos y grupos de derechos sean de Europa o refiéranse a Latinoamérica.

C).- Breve bosquejo del sistema romanista.- Tres circunstancias nos permiten hablar de un sistema romanista amplio o francés de Derechos y son: 1.- El origen común y la análoga estructura de los Derechos que lo forman, 2.- La semejanza existente respecto a la Teoría general de las Fuentes del Derecho admitidas por ellos y, en fin, 3.- Por la comunidad ideológica que los une. (9)

Este sistema es el que tiene una más larga historia, cuyo punto de partida se encuentra en los estudios del Derecho Romano que empiezan a realizarse en las Universidades, desde el Siglo XIII y después del Renacimiento.

Europa Continental, América Latina, Norte de Africa, los Estados del Cercano Oriente (Egipto, Siria, Líbano, Turquía, Persia) y los del Extremo Oriente (Indonesia, Japón, China), constituyen zonas de influencia del Derecho Romano. Si bien es cierto que varias características fundamentales contribuyen a dar unidad a la familia romanista o francesa de Derechos, también es cierto que existen en ella elementos diversificadores que han dado lugar a la formación de grupos y sub-grupos como el Latino y el Germánico. (10)

En la formación histórica de dicha familia, se distinguen cuatro etapas principales que son:

1).- La etapa de los orígenes que se inicia en el siglo XI cuando es re-descubierto y estudiado por las Universidades el Derecho Romano.

2).- La etapa de la costumbre que se inicia con el Renacimiento Europeo y concluye hasta el siglo XVIII.- En la Edad Media, el Derecho sufrió una marcada decadencia; pero vuelve a resurgir, con la vuelta a lo clásico que se opera durante el Renacimiento.

3).- La tercera etapa corresponde a la Edad Moderna.- En ella tiene preponderancia el Derecho legislado y se caracteriza precisamente por una gran fé en la Ley y en la codificación.

4).- La cuarta etapa corresponde a la expansión del Derecho Romano a través de los Códigos Europeos y merced a las conquistas y colonizaciones. Cronológicamente -

coincide con el período anterior pues coincide con la del Derecho legislado.

Una causa de decadencia del Derecho durante la Edad Media, fué la gran influencia de la Iglesia en la sociedad de aquellas épocas, pues ésta lo consideraba (al Derecho Romano), como producto de una sociedad pagana. En principio la Iglesia tuvo cierto desprecio por la legislación de los hombres porque concebía la idea de formar una sociedad basada sólo en la virtud y en la fraternidad, pero pronto se dió cuenta de que esta forma no podía llegar a constituirse la sociedad cristiana y entonces asumió el uso del Derecho, e inclusive, reclamó cierto poder temporal y elaboró sus propios ordenamientos jurídicos (Derecho canónico) los que se vieron en no poca medida, influenciados también por el Derecho Romano.

En la primera etapa de formación del sistema se caracteriza por la acumulación, sistematización y organización de los materiales que más tarde habrían de formar la familia de Derechos Romano-Germánica, pues durante la Edad Media, el Derecho era vago y disperso debido a la falta de unidad política. Esta labor de organización y sistematización, fué obra, principalmente de las Universidades.

Ahora bien, el Derecho Romano del que surgió la familia que estamos estudiando, no fué el Derecho Clásico, sino el Derecho Romano en su versión Justinianea y mezclado con las costumbres de los bárbaros. Es decir, el sistema es resultado de la influencia de los estudios sobre el Código, las Institutas, el Digesto y las diversas costumbres y codificaciones de los bárbaros como el Brevario de Alarico y el Edicto de Teodorico, el cual constituye un antecedente del Fuero Juzgo Español.

Acercas de las causas que influyeron en la formación del sistema, podemos decir lo siguiente:

En primer lugar, la formación del Sistema continental, no tuvo una causa política, por la sencilla razón de que no había unidad política en Europa, pues estaba bajo el liderato de los Reyes cuando surgen con autonomía y aparecen unidades políticas nuevas. La formación del sistema se debe principalmente a que Europa tenía unos mis-

mos antecedentes de cultura y civilización.

El estudio del Derecho romano que antes había -- despreciado por la cristiandad, es reivindicado por las -- Universidades con tal fervor, que hasta los Siglos XVII y XVIII, se creyeron autorizadas para ignorar el Derecho -- Nacional.

La vuelta al estudio del Derecho romano, se enfocó por las Universidades como un orden ético para estructurar la vida social y se le considera como un Derecho Tipo producto de la razón humana.

Los trabajos de los Glosadores y Post-Glosadores tuvieron también una gran influencia en la formación del sistema, pues permitieron en gran parte, la adaptación del Derecho romano a la vida de su época.

Las Universidades al lado del Derecho práctico y vulgar, hicieron surgir un Derecho técnico y erudito con base en el Derecho romano. Sus estudios dotaron a los juristas de un sistema lógico y de unos conceptos jurídicos fundamentales.

Por otra parte, se hace necesario considerar que también el Jus-Naturalismo contribuyó a la formación del sistema romano germánico Continental al proclamar que hay unos principios jurídicos válidos para todas las épocas y para todos los pueblos.

El marcado interés por los estudios jurídicos, fue motivado por la idea de que el Derecho debía estar inspirado en el valor de la justicia.

Otra causa de la formación del sistema, estuvo constituida por la consideración de que el Derecho era un producto de la razón humana más allá de particularismos. -- "Si el Derecho era un producto de la razón humana, y la -- razón humana es universal, entonces el Derecho debía ser -- más o menos general.

Fueron fundamentalmente los hechos anteriormente expuestos, los que determinaron la formación de la familia romano germánica de Derechos. Y los estudios que principalmente le dieron contenido, son los que se refieren --

al Derecho privado, pues el Derecho público del sistema, se encuentra más influido por el Derecho Natural en sus diversas corrientes. Al lado del Derecho Romano, contribuyeron a la formación del sistema con cierta importancia, las costumbres mercantiles del Mediterráneo y el Derecho Canónico.

B): Etapa Costumbrista.- Lo que en realidad es esencial y permite decir que todos nuestros derechos están fundados en el Derecho Romano, es una consideración de orden científico y no de orden legislativo. Es el hecho de que en cierta época, variable según los Países e independiente de toda dominación material y física romana, los juristas de los Países pertenecientes a la familia de Derechos Romano Germánica, han "recibido" la ciencia romana.- Estos juristas han considerado, que esa ciencia desarrollada por los romanos, tenía un valor universal y que las normas de todos los derechos en su época, debían ser organizadas, clasificadas y sistematizadas en los cuadros establecidos por los jurisconsultos de Roma, sin llegar a identificarse por ello con el Derecho Romano. (11)

Nunca será exagerada la importancia que se da a este acontecimiento.- Por haberse producido, ha podido ser internacional la Ciencia jurídica de toda Europa, indiferente o casi indiferente a las fronteras de los Estados.

Los primeros estudios de Derecho Romano realizados después del Renacimiento, conservaban las directrices de pensamiento arriba apuntadas.- Sin embargo, mientras tenían lugar estos estudios, se aplicaron las costumbres locales a los Derechos Nacionales, aunque, como antes se ha mencionado, las Universidades se creyeron autorizadas para ignorarlas hasta los siglos XVII y XVIII.- En realidad lo que mucho contribuyó a la formación del sistema, fué el hecho de que los mismos que comentaron esas costumbres o Derechos Locales, estaban formados ya en la Disciplina del Derecho Romano y se esforzaban en presentar sus soluciones y sistemas dentro de los cuadros romanos. Formados en una misma escuela, los juristas de toda Europa podían conocerse y no encontraban la menor dificultad en comprenderse, incluso, cuando abandonando el propio estudio del Derecho Romano, se consagraban a estudiar sus pro-

ptos Derechos Nacionales.

En definitiva, en la etapa costumbrista, siguieron aplicándose las costumbres germánicas de las Tribus Francas, Burgundias, Normandas, etc., pero poco a poco, se les fué sistematizando, clasificando y organizando conforme a los cuadros establecidos por los jurisconsultos romanos. Es decir, su aplicación y estudio recibieron el influjo de la Ciencia Jurídica Romana.

C): Etapa del Derecho Legislado.- Termina el período costumbrista y tiene lugar una nueva etapa en la formación de la familia Romano-germánica de Derechos. La Transición se debe en gran parte, a las doctrinas jus-naturalistas.

Dentro de la Escuela del Derecho Natural encontramos varias corrientes entre las que se destacan las religiosas y las laicas o racionalistas.- Dentro de la variante de las religiosas, es la católica la de mayor importancia al menos, hasta el Siglo XVII.

El jus-naturalismo aparece mucho antes del Derecho Legislado e influye en la codificación en virtud de que acepta, que la razón humana es capaz de descubrir los principios fundamentales, y que el Derecho Romano es una expresión clara y sistematizada de la razón humana, entonces, de ahí a escribir esta razón, había un solo paso. Resultado de esta forma de pensamiento, fué la codificación que sobre el Derecho Privado, se inicia en el Siglo XVIII, en los distintos Estados Europeos. También en este siglo principia la codificación del Derecho Público con las Constituciones de Estados Unidos y de Francia.

Contribuyó también a la codificación del Derecho la idea de que la legislación puede, sirviendo de base, o mejor dicho de instrumento a la idea de justicia, transformar la sociedad de acuerdo con valores guías.

La codificación consistió fundamentalmente en revisar y fundir unas con otras, cierto número de costumbres locales que regulaban la vida jurídica. Es decir, en realidad una síntesis del Derecho técnico y erudito (Romano o romanizado), con el Derecho vulgar.

D): Efectos de la Codificación.-

- 1)- El nacionalismo y positivismo jurídicos.
- 2)- La expansión del Derecho Romano germánico merced al colonialismo y a la difusión de la cultura europea.
- 3)- La proliferación de Códigos que imitaron a los europeos, sobre todo al de Napoleón y a la Constitución Francesa.

La codificación dió carácter nacional a un sinnúmero de costumbres jurídicas dispersas, aunque ésta no fué el único factor, pues también influyó el nacimiento de los Estados Nacionales que, aunque dispersos, tenían una comunidad histórica básica.

Fue también la codificación, la que hizo prevalecer la doctrina jurídica positivista que se manifestó en Francia a través de la Escuela Exegética. Desde que la codificación irrumpió en la Ciencia del Derecho, se creyó que todo éste, estaba contenido en los Códigos; pensamiento que dió origen a que, por ejemplo, se prohibieran los comentarios al Código de Napoleón.

Por otra parte, la tendencia codificadora se difundió por toda Europa, América, Cercano Oriente, y Extremo Oriente, debido principalmente, al prestigio cultural de Francia cuyos Códigos fueron los que tuvieron más influencia y también a la política expansionista y colonialista de los Estados del Siglo XIX.

Ya en el Siglo XIX y sobre todo en el presente, los Códigos resultaron insuficientes para regular las relaciones jurídicas de los pueblos, debido a la diversificación cada vez mayor, y a la intensificación de las relaciones sociales.

La industrialización operada en el Siglo XIX, la transformación de la vida económica debida a esa industrialización, el incremento del comercio tanto nacional como internacional, el intervencionismo del Estado, sobre todo en materia económica y otras muchas causas, han motivado que los Códigos sean cada vez menos completos, (sobre todo los Códigos Civiles).

Lo que más ha concurrido en la adaptación del Derecho a las nuevas necesidades y ha determinado su evolución, es, sin duda alguna, la Jurisprudencia de los Tribunales encargados de aplicarlo.

La crisis de la codificación se debe a la creciente transformación de la sociedad operada en el curso del siglo XX. a la intensificación de las relaciones humanas por la facilidad que para ello representan, los nuevos medios de transporte de las personas, las cosas y el pensamiento. A la aparición de nuevas necesidades, como las derivadas del comercio y de la protección a las clases trabajadoras. Cabe mencionar asimismo, la influencia de la jurisprudencia administrativa sobre materias propias del Código Civil, el resurgimiento del Derecho Natural y la separación de un grupo muy importante de Derechos Occidentales romanistas. Estos son los Derechos socialistas los que, aún cuando en la actualidad presentan caracteres diferentes, son originadas en una misma civilización.

D) Las características peculiares del sistema jurídico iberoamericano.

Lené David considera a los Derechos de los países iberoamericanos como formando parte del grupo que denomina francés, perteneciente, a su vez, al gran sistema occidental. Expresa el citado tratadista:

"Los Derechos de las veinte naciones de América Latina pertenecen sin discusión posible al sistema jurídico occidental y están ligados tradicionalmente al grupo francés de ese sistema. La concepción del mundo que pretenden realizar es típicamente la misma que la de Europa Occidental. Se encuentra en ellos la misma adhesión a los principios de la moral cristiana, a la forma política de la democracia liberal y la estructura capitalista de la sociedad. En todos esos Estados, además, se encuentran Códigos en íntimo parentesco, por su fondo y por su forma, con los Códigos europeos, y en particular con el francés, en cuanto concierne al Derecho Civil. También aquí naturalmente esta semejanza no excluye en modo alguno divergencias y variantes; pero lo que llama la atención tanto en el primer momento como el estudio sucesivo es la semejanza de tales Derechos. Es tan grande esa semejanza-

que se puede afirmar sin la menor duda: la mejor manera de familiarizarse un jurista con el conjunto de dos Derechos civiles y mercantiles de América Latina es, sin duda alguna, acudir ante todo a extraer de Europa, y en especial de Francia, el conocimiento de los principios generales que dominan en todos esos Derechos y de los métodos que permiten estudiarlos y conocerlos. — Los Derechos de América Latina se afilian por sus tradiciones, por sus aspiraciones y por su técnica al grupo del Derecho francés. Su fundamento histórico es el Derecho español, el portugués o el francés, ya que las civilizaciones autóctonas no han dejado ningún rastro apreciable y las concepciones jurídicas que prevalecieron han sido las de los insigrantes europeos. La recopilación de las Leyes de Indias (1680) y las Ordenanzas de Felipe III (1603) estuvieron en vigor en las posesiones españolas y en el Brasil durante todo el período colonial, y estas compilaciones legales ordenaban en principio la aplicación en las colonias de América del Derecho de la metrópoli. En los Siglos XIX y XX han sido reemplazadas por Códigos que en su origen se inspiraron profundamente en los modelos franceses. De igual modo la doctrina se sometió espontáneamente al principio a la influencia de la doctrina francesa. Más tarde los Códigos han seguido a veces modelos más recientes: el italiano, el portugués, el alemán; el influjo alemán y sobre todo el italiano han progresado a expensas del influjo y doctrina francesa. Sin embargo, los modelos han sido buscados siempre dentro de los Derechos del grupo francés, y ha seguido existiendo un ideal y unas concepciones comunes entre los Derechos del Continente Europeo y los de la América Latina. — Esta ligazón de la América Latina a las instituciones y construcciones jurídicas de Europa Continental parece una cosa completamente natural si se considera la manera en que ha sido civilizada y en muchos casos poblada. La civilización de América es la civilización occidental y cristiana, incluso en los Estados en que la masa de la población está compuesta por indios o cuenta con numerosos ciudadanos de raza negra. Por otra parte, sin embargo, las condiciones de vida en la mayoría de los países de América Latina son profundamente diferentes de las existentes en los países de Europa, y esas diferencias no pueden dejar de ejercer una profunda influencia sobre las instituciones de esos países y el modo en que se aplica en ellos el Derecho. Los ciudadanos de América Latina no son latinos únicamente: son también

americanos. Sus Derechos, por muy diferentes que puedan ser entre sí, todos llevan la marca de las concepciones políticas, morales y económicas que son lo propio de América. Si se quiere considerar bien la realidad de las cosas y no detenerse en una simple banalidad superficial se ve uno precisado a reconocer que, aún perteneciendo al grupo del Derecho francés, los Derechos de América Latina presentan ciertas características y particularidades que les son propias. Por eso merecen estar agrupados en una categoría especial dentro de los grupos del Derecho francés, como lo han propuesto los comparatistas de América del Sur, Clovis Bevilacqua en el Brasil y Martínez Paz en la Argentina. (12)

Nosotros ya lo hemos expresado en otra parte de este trabajo considerando no aceptable la integración del grupo de Derechos Iberoamericanos en el que David llama francés y considerando con Solá Cahuizares que los primeros tienen características propias que les dan cierta autonomía respecto de otros grupos que constituyen los sistemas occidentales, pensamos que tienen que estudiarse aparte del grupo que al aludido Solá Cahuizares y con él, nosotros denominamos de Derechos romanistas.

Resumiendo las características de los Derechos de los países iberoamericanos, Castán Tobeñas expone:

"En la hora presente, uno de los comparatistas más ilustres, el profesor de la Universidad de París René David, hace notar que los Derechos de la América Latina tienen caracteres propios que los distinguen y separan de los Derechos europeos del que llama grupo francés. Y los comparatistas de América del Sur (Clovis Bevilacqua, en el Brasil, y Martínez Paz, en la Argentina) como los nuestros (Solá Cahuizares), asean también que los países iberoamericanos forman grupo aparte en una clasificación de los sistemas jurídicos contemporáneos. Incluso un comparatista inglés muy famoso gutteridge, cree hoy que los Derechos de la América ibérica merecen estar agrupados en una categoría especial. - Son bases de la especialidad de este grupo de Derechos, de un lado, las condiciones geográficas, sociales, económicas y políticas del Continente Americano, muy distintas a las de Europa, y, de otro, la tradición hispánica o portuguesa de aquellos pueblos. Además, se señala como uno de los rasgos de este grupo el carácter de crítica de los Derechos americanos, aunque haga David la "

salvedad de que en los países hispano-americanos "la democracia, más que política o económica es eminentemente social, hecha del sentimiento de igualdad que existe entre todos los hombres, cualquiera que sea su condición económica, su origen o la raza a que pertenezcan".- Se añade, como otro rasgo muy marcado, el espíritu universalista, en oposición al espíritu nacionalista que esclaviza a Europa.- Se menciona también como una característica destacada la influencia de los Estados Unidos, que se acusa de modo variable según los distintos países y según las ramas del Derecho. En términos generales, se deja sentir esa influencia más que sobre las instituciones, sobre las condiciones y formas de vida en que ha de actuar el Derecho; pero también se va acusando la penetración en Iberoamérica -lo mismo que, como veremos más adelante, en Filipinas- del Common Law, incluso en el campo de algunas instituciones del Derecho privado. Se observa, sobre todo, en algunos Derechos ibero-americanos la asimilación de aquella figura jurídica que es, quizá, la más especial y característica del sistema anglo-sajón, el trust, difícilmente asimilable al fideicomiso de los Derechos románicos". (13).

II.- El Sistema Angloamericano de Common Law. A): Introducción e Historia del Derecho Británico. B): Estructura y Organización Judicial del Derecho Británico. C): Fuentes del Derecho Británico. D): Evolución histórica del Derecho Público Norteamericano. E): Evolución del Derecho Privado Norteamericano.

A): Introducción e Historia del Derecho Británico.- Common Law se denomina al Derecho originado en Inglaterra y extendido por ésta a diversas regiones del mundo. Sus dos ramas principales se encuentran en la Gran Bretaña y en los Estados Unidos de Norteamérica. Impero, su área de influencia sigue siendo muy amplia. En un extenso sentido, se llama Common Law al derecho tradicional vigente en los países anglosajones, tratando de destacar sus diferencias en relación a los cuerpos legales y códigos de formación romanista creados y aplicados en la mayoría de los países europeos, a cuyo derecho los británicos denominan Continental Law o Civil Law. El C.L. representa la tradición jurídica inglesa y se ha integrado con diversas normas y cuerpos legales que han evolucionado con la-

historia misma de la nación. En este proceso han concurrido las culturas de los pueblos celtas, romanos, anglosajones y normandos; cuyas aportaciones jurídicas fueron modelándose y enriqueciéndose con las interpretaciones y decisiones judiciales, la elaboración doctrinal de los juristas, y la acción legislativa, Guillermo el Conquistador, al invadir Inglaterra y asumir el poder real, determinó aceptar y conservar la lex terrarum, permitiendo con ello la creación de un sistema jurídico diverso e independiente de las corrientes y legislación continentales, por esto, se atribuye al propio gobernante la afirmación histórica y verificación del sistema jurídico que el pueblo inglés mantiene orgánicamente y aplica con dignidad de dogma.

La rama metropolitana del C.L.: el Derecho inglés, tiene su aplicación en Inglaterra y en el País de Gales, en un sentido estricto; sin embargo, su área de influencia se extiende aún más allá de la Comunidad Británica.

Historia del Derecho Británico. En Gran Bretaña, el C.L. ha sido elaborado por la acción de las Cortes Reales de Justicia con posterioridad a la invasión normanda. Podemos hablar de cuatro períodos históricos fundamentales: 1.- Período anglosajón; 2.- Formación del C.L. (1066-1485); 3.- Florescimiento del C.L. y conflicto con equity (1485-1832); 4.- Período moderno, de 1832 hasta nuestra época.

Del primer período se conocen solamente algunas primitivas normas reguladoras de muy limitados aspectos, primordialmente agrarias; su importancia es histórica. Los antecedentes de esta época han sido mínimamente considerados en la posterior evolución del sistema. La formación del C.L. principia con la ocupación normanda en el año 1066, hecho determinante de la integración de un poder político fuerte, organizado y moderno, con lo cual se inicia propiamente la integración de la actual Inglaterra. En este segundo período se desplaza la organización tribal y se introduce la superior organización feudal. La estructuración y centralización del poder político determinaron la formación de un nuevo Derecho, el C.L., en contraposición a los distintos ordenamientos primitivos locales. Los reyes normandos establecieron en Westminster las Cortes Reales, encargadas en su nombre de asumir las facultades de impartir justicia, segregando en forma creciente los fueros y facultades jurisdiccionales de las antiguas loca-

lidades y de sus señores.

Las Cortes ejercieron sus facultades jurisdiccionales en tres grandes categorías de causas: a). «Finanzas» reales; Corte exchequer; b). «Corte de quejas comunes; Common pleas, propiedad raíz y posesión de inmuebles; c). «Asuntos criminales graves; King's Bench o Queen's on Bench. En principio, esta división jurisdiccional no fue mantenida rigidamente, las referidas Cortes conocieron incidentalmente de casos diversos; por otra parte, su influencia no sólo jurídica sino social y política, se extendió considerablemente. En éste período de formación la acción era considerada como una concesión, no tenía el carácter de un derecho; en efecto, debía ocurrirse ante el Chanciller para solicitar y obtener un Writ «orden de acción», mediante determinado pago de derechos. La acción dimanada del Chanciller real implicaba un interés público, su incremento se tradujo en la expansión del poder regio-central, en detrimento de los poderes de los barones y de las cortes locales; los Writs fueron multiplicándose en su contenido, número y acción. Fenómeno que entre otros, da origen al movimiento que culmina con la Carta Magna, 1215, considerada en parte como protesta de los señores feudales en contra de la ilimitada extensión de los poderes reales.

Refiriéndose al Segundo Estatuto de Westminster, René David hace relación de antecedentes, lo que nos sirve para entender este aspecto de la historia del Derecho inglés, exponiendo:

«Ya se sabe que la Carta Magna de 1215, presentada más tarde como el documento de que provienen las libertades inglesas, constituye en realidad un tratado pactado entre el rey y los señores que tendía ante todo a mantener los privilegios de estos últimos y a poner término a las crecientes usurpaciones del rey sobre tales privilegios. En la esfera del Derecho se produjo un acto semejante y equivalente en 1258 en las Provisions de Oxford, que sentaban el principio de statu quo en esta materia: las jurisdicciones reales continuarían conociendo en el porvenir aquellos litigios en los que su competencia venía siendo reconocida de antiguo, pero dejaría de extenderse y no aumentarían más su competencia. Por haber dado lugar a dificultades la aplicación de este Estatuto se dictó una disposición posterior en 1275, que es completamente

fundamental para comprender el Derecho inglés: es el famoso Segundo "statuto de Westminster (Statute of Westminster II)". Este estatuto establece la misma regla de las disposiciones de Oxford, pero, más realista y liberal que éste, permite a las jurisdicciones reales resolver no sólo en los casos que fueran rigurosamente idénticos a casos resueltos antes por ellas, sino también cuando el nuevo caso presentado fuera simplemente análogo a un caso ya resuelto. Para que las diversas jurisdicciones reales fueran competentes bastaba estar respecto a los precedentes en un mismo caso; en un caso parecido a aquellos en los que venía siendo admitida la competencia de tales jurisdicciones... La organización de las jurisdicciones reales y sus normas procesales, por lo demás, son notadamente superiores a la organización y normas procesales arcaicas de las otras jurisdicciones; el favor que manifestaron hacia aquéllas los propios interesados animó a los jueces reales a aumentar el número de casos en que se declaraban competentes de acuerdo con su interés personal y el de la monarquía. Así es como se ha desarrollado el Common Law, que no es otra cosa sino la jurisprudencia de las jurisdicciones reales fundada sobre una ficticia costumbre general inmemorial del reino (de ahí procede la falsa alegación, aunque muy frecuente de que el Derecho inglés es un Derecho consuetudinario)... (14).

Son indiscutibles las diferencias existentes entre los derechos romanistas y los del grupo del common law; sin embargo, señalamos que entre otros puntos de contacto que pueden señalarse entre el espíritu del Derecho romano y el que informa a los métodos jurídicos ingleses, del que nos habla Ladbuch, precisamente en una pequeña obra en la que se preocupa de indagar por el espíritu del Derecho inglés, se encuentra el casuismo o determinación jurídica conforme al caso particular, se expresa así el citado jurista romano: "La determinación inglesa del derecho, lo mismo que la clásica romana no se funda en primer lugar sobre leyes sino sobre casos jurídicos particulares; ambos significan determinación del derecho caso por caso, ambos son "case law". (15). Y el mismo jurista, refiriéndose a las diferencias y conexiones entre los grupos de derechos que en otra parte de esta tesis hemos dicho forman parte del sistema occidental, indica... "Así, pues, la cultura jurídica de la civilización occidental se dividió en dos grandes esferas fundamentales dis-

tintas: los países del derecho romano recibido y de las -
codificaciones posteriores elaboradas a semejanza del có-
digo justinianeo, y los países de la Case-Law anglosajona.
En las primeras es el legislador el promotor del derecho;
en las segundas, la magistratura, allí la determinación -
del derecho se hace descendiendo del principio jurídico -
al caso particular; aquí, por el contrario, asciende del -
caso particular al principio jurídico. Allí se instituye -
el derecho sobre la base de la ley y del espíritu de la -
ley; aquí, sobre la base de la vida jurídica y la natura-
leza del asunto..." (16).

El mismo jurista al referirse al origen del com-
mon law, expone que éste originalmente fué una parte del -
Derecho inglés. "La Case-Law inglesa se llama "Common -
Law". Quiere decir "derecho común", porque después de la -
invasión normanda los jueces de los tribunales que reco-
rrían el país prevalecieron sobre las costumbres especia-
les de las distintas partes del territorio, y con tal éxi-
to que, a diferencia del derecho común del continente, no
rigió tan solo como auxiliar, como subsidiario tras las -
costumbres del país, sino con preferencia sobre el dere-
cho consuetudinario local. La palabra así originada, -
"Common Law", quedó entonces convertida a modo de nombre -
propio para una cierta parte del derecho inglés. De las -
contraposiciones en que se presenta se obtiene su autén-
tica significación. Se diferencia, 1o. la "Common Law" -
de la "Civil Law"; entonces Common Law equivale a "Law of
England", "Law of the Land", y como "Civil Law" se le con-
trapone el derecho romano. 2o. Se diferencia "Common Law" y
"Equity"; en esta contraposición se opone al derecho es-
tricto un derecho de equidad destinado a corregirle. 3o. Al
diferenciar "Common Law" y "Statute Law", se contrapone -
el derecho de los juristas contenido en las decisiones -
de los tribunales, la Case-Law, el derecho casuista, al -
derecho de la ley, el derecho no escrito al derecho escri-
to". (17).

El C.L. se gesta en una "matriz procesal" deter-
minada, a su vez, por las circunstancias propias de la -
evolución de Gran Bretaña. Esta formación fundamentalmen-
te procesal degeneró hacia formas rígidas que afectaron a
las Cortes Reales, originándose un sistema jurisdiccional
diverso: la equity, incipiente rival de sus predecesores.
Ante la relativa inoperancia y formalismo de las Cortes -
Reales, los particulares volvieron a ocurrir al Chancellor

-delegado judicial del Rey- quien empezó a dictar resoluciones apartadas del precedente y referidas a las circunstancias particulares del caso concreto, fundándose en consideraciones de carácter ético. Encontramos así una nueva intervención correcta, en apelación.

La equity se inicia en el siglo XIV. Se le considera como un procedimiento de las Cortes Reales, era público y oral. Los reyes auspiciaron la nueva jurisdicción considerándola más apta para servir sus conveniencias políticas ya que podía ser más fácilmente manejada con discreción.

En el siglo XVII se produce una reacción contra la equity. Las Cortes Reales aduciendo la violación de la autonomía judicial por el poder real, a través del incremento de la equity, acuden al apoyo del Parlamento y se lanzan a una verdadera revolución encabezada por el Juez Coke; como resultado, se establece un compromiso en el cual se conserva a las dos jurisdicciones, pero se limitan los poderes del Chanciller sujetando sus funciones a control parlamentario. Determinada y regulada jurídicamente la existencia de las dos jurisdicciones, subsiste tal cualidad hasta 1872, año en que ambas se funden en un sólo sistema. En efecto, la reorganización judicial 1873-1875 borra la distinción entre C.L. y equity; los tribunales y las reglas procesales de las dos jurisdicciones, se reúnen en una sola organización. Por otra parte, se conserva la característica formación jurisprudencial en la nueva jurisdicción unitaria.

Desde los primeros años del presente siglo hasta nuestros días, el Common Law ha venido sufriendo la influencia creciente de la legislación como fuente del Derecho. Las importantes transformaciones socioeconómicas determinadas por las dos grandes guerras y por las crisis económicas, han rebasado las tradicionales funciones creadoras de derecho, propias del C.L. inglés. El Estado británico aumenta día a día su intervención especialmente en aspectos económicos, a través de la creación legislativa de nuevas normas, interpretadas e incrementadas en la creación administrativa o reglamentaria. Así, la singular conformación jurisdiccional del C.L. se modifica y transforma en este nuevo e incesante proceso.

Entre los principales jurisconsultos de la Gran-

Bretaña puede citarse Vaccario, importante sin ser inglés, inició la enseñanza del D. romano en Oxford y escribió el "Liber Pauperum", simplificando el Digesto y comentándolo.

Bracton.- primer jurista anglosajón.

Coke.- defendió el Habeas corpus y la autonomía del Poder Judicial, y postuló el racionalismo jurídico.

Blackstone

Austin.- en su "ANALYTICAL JURISPRUDENCE" postuló el positivismo jurídico, puede considerársele como uno de los precursores de Kelsen.

además pueden señalarse a Hobbes, Selden, y, más recientes a Maitland, Holdsworth, Catteridge y Hamson, entre muchos más.

B): Estructura y Organización Judicial del Derecho Británico.

Estructura.- Más que una distinción substancial, existe una comunidad ideológica entre el sistema romanista y el Common Law. Unidos ambos en el denominador común de la llamada cultura occidental, se fundan en una similar concepción de la vida y de los valores, y en estructuras socioeconómicas afines. Aún desde un punto de vista histórico, a pesar del tradicional separatismo británico, no puede desconocerse la gran semejanza que en determinado momento de su integración puede señalarse a las diversas ramas de los Derechos romano germánicos, en relación con el Derecho inglés. Este, en efecto, en sus elementos originales se integra con aportaciones anglosajonas y se desarrolla a raíz de la conquista normanda, en ambos casos con elementos germánicos; posteriormente -en períodos avanzados de su integración- el Common Law, propiamente dicho, se enriquece con la Equity, integrada básicamente por concepciones jus-naturalistas y organizada precisamente conforme al Derecho Bizantino Justiniano y al Derecho canónico. A lo anterior, puede agregarse la inspiración romanista de algunos de los más importantes juristas británicos; frecuentemente combatida y no pocas veces negada.

En cambio, si se compara el sistema a estudio con los Derechos socialistas o con los Derechos denominados religiosos, las diferencias ideológicas y estructurales son más importantes.

La distinción fundamental entre el sistema romanista y el de Common Law, es de carácter técnico jurídico, proviene de la diversa evolución de ambos y se caracteriza en la diversa concepción y jerarquización de las fuentes del Derecho. En tanto que a consecuencia de peculiares condiciones políticas, el Common Law debe su formación principalmente a la acción de los tribunales, en los Derechos romano-germánicos la legislación o proceso legislativo constituye la fuente más importante y de principal jerarquía.

La discutida diferenciación o división entre Derecho público y Derecho privado, a la que se agrega la clasificación tricotómica que comprende al Derecho social, caracterizan al Sistema Romano-germánico. Dada su evolución histórica que en determinada época diferencia las jurisdicciones de Common Law y Equity, unificándolas posteriormente en el Derecho inglés no existe la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Considerando la formación jurisprudencial del Derecho Inglés y su predominante característica procesal destaca su excluyente naturaleza pública, determinada por el interés atribuido a la Corona en la resolución jurídica de toda controversia. A este respecto, encontramos una segunda diferencia de carácter técnico y de origen histórico entre los dos sistemas de referencia. Además de la inexistencia de un criterio diferencial entre Derecho público y Derecho privado, y a consecuencia de ello, señalamos que en el Derecho inglés no existe diversificación de ramas especializadas del Derecho como en el Sistema Romano-germánico (Derecho civil, penal, mercantil, etc.), en el sistema británico se emplea más bien un criterio de diferenciación relativo a determinadas instituciones por ejemplo la legislación relativa a propiedad inmueble, a torts, etc.

Los conceptos y terminología propios del Common Law británico constituyen otro de los elementos de diferenciación respecto del Sistema Romano Germánico o de cualquier otro. En efecto, en algunos casos no es posible una traducción aceptable y, cuando mucho, puede intentarse elaborar una noción en nuestro idioma, para lo cual es indispensable, además de un adecuado conocimiento de la terminología jurídica inglesa, un estudio sistemático de los antecedentes históricos y de la interpretación jurisprudencial de la institución o del concepto que se trata de definir. Como casos característicos pueden citarse

los siguientes vocablos equity, assizes, torts, offenses, etc. A este respecto, es conveniente señalar que a raíz de la conquista normanda la terminología jurídica inglesa adquirió elementos del lenguaje francés de la época, los cuales conservan, en gran parte, hasta el presente.

Como consecuencia de la peculiar concepción y jerarquización de las fuentes del Derecho en el Common Law británico, la noción de regla de Derecho propia de este Sistema se diferencia considerablemente de la característica del Derecho Continental. En el Sistema que se estudia, la regla de Derecho es producto de la labor jurisprudencial, no tiene pretensiones de generalidad y se distingue claramente de la estructura lógica de la norma, propia de los Derechos romano germánicos. Esta diferencia ha sido originada en cuestiones históricas, en tanto que en los centros de estudio universitario nacieron y se elaboraron los derechos del Sistema Continental, consecuentemente, el Derecho significó como el producto de una construcción racional, sistemática y lógica; el Derecho inglés, en cambio debe su formación, fundamentalmente, a la acción de los tribunales; en su evolución intervienen también los centros de estudios superiores y es hasta el siglo XVIII y principios del XIX que se establecen las primeras cátedras para la enseñanza del mismo, en Oxford y en Cambridge. En suma, la norma jurídica en el Sistema inglés es netamente jurisdiccional, en contraste con la del Sistema romano germánico, en el cual la norma es una creación legislativa producto de una generalización. Bentham expresa que en el primer Sistema la Ley de Derecho "se aplica", en tanto que en el segundo "se interpreta".

Common Law y Equity.

A partir de la reforma de 1873-1875, las dos jurisdicciones citadas se integraron en un sistema único. Sin embargo, persisten determinadas diferencias entre ambas, a tal grado que en la profesión jurídica inglesa se distinguen los especialistas de una u otra rama; prácticamente la abogacía se ha bifurcado.

En el Derecho inglés contemporáneo subsiste la distinción -fundamentalmente de carácter procesal- entre las dos grandes ramas de referencia. A pesar de que a partir de la mencionada reforma, los dos sistemas jurisdiccionales se unificaron dentro de un solo tipo de tribuna-

les -dos vías y un sólo tribunal-, es de señalarse que más que por razones históricas, en función de conveniencias técnicas se han preservado las características procesales fundamentales, correspondientes a cada uno de ellos. En este aspecto el Common Law, propiamente dicho, comprende materias sujetas a determinada técnica procesal; Derecho penal, Derecho de contratos y Tortas; en tanto que la Equity abarca materias bien distintas como las sucesiones, los Trusts, los sociedades mercantiles y la propiedad inmueble. En el primero de los citados, el procedimiento mantiene su carácter oral con participación de jurados, mientras que en la Equity subsiste el procedimiento escrito, formal e inquisitivo conforme a la orientación canónica romanista que a principios del siglo XVIII configuró los procedimientos característicos de ésta jurisdicción.

Empero, quienes han dedicado su atención a la investigación especializada del Derecho inglés afirman que no es posible señalar una radical distinción entre Common Law y Equity. Así, Ronald David estima que es propiamente una sensibilidad diversa la que diferencia a los juristas de una u otra rama de estas dos ramas.

Organización Judicial.- Las características de la organización judicial inglesa son las siguientes:

- a) Singular dignidad del poder judicial;
- b) El poder judicial se caracteriza como defensor de las libertades humanas;
- c) El poder judicial está en igualdad de condiciones con los poderes legislativo y ejecutivo del Reino Unido;
- d) La primordial jerarquía jurídica del poder judicial se deriva de que el Derecho «procesal sustantivo» se elabora fundamentalmente en las Cortes, a la inversa de lo que ocurre en los sistemas romanistas. El Derecho «sustantivo» tiene su origen en el Derecho procesal.
- e) Toda cuestión que implique controversia entre particulares o entre éstos y el Estado, debe ser resuelta por el poder judicial.
- f) A efecto de respetar la autonomía del poder judicial, no existe en el Sistema británico la institución del «ministerio público».

La tradicional categoría de la organización judicial británica, además de lo que podríamos denominar vo-

cación jurídica del pueblo inglés, se ha incrementado en el principio de que toda función jurisdiccional debe vincularse y sujetarse al poder judicial. Así inclusive la jurisdicción administrativa se encuentra condicionada, en última instancia, a la decisión de los órganos supremos del propio poder. El principio de preferencia puede definirse como concentración de toda actividad jurisdiccional en todos los organismos judiciales.

La concentración característica del poder judicial británico se manifiesta, además, en lo relativo al reducido número de jueces profesionales remunerados en consideración a la población y en la reunión de los más importantes organismos en la capital del Reino Unido.

Si a lo anterior se agrega la consideración de las más importantes facultades que el poder de referencia posee social y jurídicamente para cumplir y hacer cumplir sus decisiones jurisdiccionales, inclusive a través de medios coercitivos sobre las autoridades administrativas, podrá comprenderse porque algunos juristas han calificado a la sociedad británica como un sistema de gobierno de jueces. Además, recuérdese que el respeto a la autonomía del poder judicial por el ejecutivo, ha determinado la inexistencia del ministerio público en la organización inglesa, como ya se ha señalado.

3.- Organos Jurisdiccionales.- Diferenciándolos de los tribunales militares, eclesiásticos y administrativos que también pueden considerarse como elementos de la organización judicial británica, José Pere Laluy denomina órganos de la jurisdicción ordinaria a los que forman parte del poder judicial, propiamente dicho. Este sistema se integra con los órganos siguientes:

a) Coroner Court: Organo unipersonal -sin equiva- lente en la organización judicial europea-, competente para la realización de investigaciones, entre otras de carácter secundario, en los casos de muerte ocurrida en ciertas circunstancias anómalas.

b) Magistrate Court: Organo generalmente colegiado, pero que, en ciertos lugares, y, en relación a ciertos asuntos, puede ser unipersonal, con competencia muy amplia, equiparable al juez de paz. Su competencia abarca materias civiles y penales, y se extiende a determinados

asuntos administrativos de trascendencia local. Lo componen en número de dos a siete integrantes los justices of the peace, individualmente de facultades limitadas.

c) County Court: Órgano unipersonal cuya competencia equivale a la de los jueces menores en materia civil, aunque extiende su acción a cuestiones penales.

d) Court of Quarter Sessions: Órgano generalmente colegiado, se integra por los jueces que constituyen a las Magistrate Courts de Condado. Su competencia comprende materias penales, civiles y administrativas, y opera como tribunal de segunda instancia en relación a las Magistrate Courts.

e) High Court of Justice: Órgano colegiado que, a pesar de su estructura, ejerce su jurisdicción a través de la actuación individual de los jueces que lo integran. En lo general, su competencia puede compararse a la de los juzgados mixtos de primera instancia; en materia penal, se asemeja a la competencia de los tribunales superiores de justicia estatales o provinciales, en lo relativo a los delitos considerados de extrema gravedad. En materia administrativa, puede conocer de determinados procedimientos contenciosos. A diferencia de los cuatro órganos mencionados en párrafos anteriores, la jurisdicción de éste no tiene limitaciones regionales, su competencia territorial se extiende a todo el Reino Unido (Inglaterra y Gales), es un órgano único para todo el país. Sus jueces celebran audiencias en Londres o en las cabeceras de circuito.

f) Court of Criminal Appeal: Órgano colegiado de apelación contra las resoluciones en materia penal de las Quarter Sessions y de la High Court.

g) Court of Appeal: Órgano colegiado de apelación contra las resoluciones en materia civil de las County Courts y de la High Court.

h) Privy Council: Órgano de última instancia respecto de los asuntos procedentes de colonias y Dominios que reconozca su jurisdicción y en cuanto a cuestiones sobre presas marítimas, además de algunas otras de menor importancia.

1) House of Lords: (Cámara de los Lores): Órgano de última instancia, para todo el Reino Unido, excepción hecha de las cuestiones sobre presas marítimas, en que dicha competencia se reserva al Privy Council. Su acción judicial, como Órgano supremo, se desarrolla a través de una Court integrada hasta por un máximo de nueve Pares vitales.

Además de las referidas Courts, en las que se encuentra la organización básica de la jurisdicción inglesa existen otros Órganos judiciales creados en función de necesidades locales, como son la Mayor and City of London Court, las Crown de Liverpool y de Manchester, etc., además de otros Órganos locales como los Metropolitan Magistrate Londinenses los Stipendiary Magistrate de otras poblaciones importantes, así como la institución del Recorder con respecto a las Court of Quarter Sessions.

Al margen de las enumeradas Courts, es interesante hacer referencia a la institución del Sheriff, Oficial de la Corona que en época antigua tuvo importantes atribuciones de orden judicial y que, en la actualidad, apenas si conserva otras que las relativas a la recepción de los jueces de la High Court en sus visitas de circuito, y la práctica, generalmente realizada por el under-sheriff, de ciertas funciones de ejecución de sentencias de la High Court, citación de jurados para los juicios a celebrar en Assizes en el Condado, supervisión de la ejecución de las penas de muerte y control de las elecciones parlamentarias. Asistido por un jurado, el Sheriff, puede realizar, por delegación de la High Court, determinadas encuestas encaminadas a la tasación de daños o a la averiguación de las tierras pertenecientes a un demandado y determinación del valor de las mismas.

En la enumeración de los Órganos de referencia se ha procurado utilizar las correspondientes denominaciones en el idioma inglés. Atendiendo a la advertencia del precitado Pere Laluy, quien como otros autores que se han ocupado de estos asuntos expresa lo siguiente: "Nada más peligroso que la versión literal de buen número de términos jurídicos ingleses por otros castellanos de corte militar. Traducir High Court por Alta Corte, o Alto Tribunal puede inducir a la confusión de suponer que se trata del Tribunal Supremo de Inglaterra, cuando en realidad es Tribunal principalmente, de primera instancia". (18).

C): Fuentes del Derecho Británico.-

René David señala las siguientes: La Jurisprudencia, la Ley, la costumbre, la razón y los principios jurídicos fundamentales.

Dado el carácter jurisprudencial del Derecho inglés, las decisiones de los tribunales poseen la más elevada jerarquía entre las fuentes del Derecho. La jurisprudencia es la fuente primordial en este sistema.

En segundo lugar, se encuentra la ley como fuente del derecho. Considerada tradicionalmente en un orden inferior, la ley o más bien dicho la legislación adquiere cada día una mayor importancia en el Common Law británico, a causa de su mayor funcionalidad para resolver los problemas originados por el desarrollo socioeconómico de la moderna sociedad inglesa. Sin embargo, respetando y conservando el carácter jurisprudencial del Common Law, existe la regla de que la ley se convierte en parte integrante del Derecho Inglés, exclusivamente a través de su aplicación por los órganos jurisdiccionales. Asimismo, se anota que la técnica legislativa británica formula reglas de Derecho apeándose al método jurisprudencial.

En tercer lugar, por su importancia, se encuentra la costumbre. Debiéndose anotar que el Derecho inglés no es de carácter predominante consuetudinario, a pesar de que la llamada "costumbre inmemorial del reino" sobre la cual inició su formación el Common Law, fué solamente una ficción motivada en la necesidad de justificar las resoluciones judiciales. La función de la costumbre como fuente de Derecho se restringe, cada vez más, si se considera el aumento de la importancia de la ley en este aspecto. Sin embargo, como fuente real, la costumbre mantiene su categoría. Finalmente, es de hacer notar que la costumbre reconocida y consagrada por la jurisprudencia pierde, desde luego su carácter de costumbre y se transforma en regla jurisprudencial, como ha señalado René David.

Originalmente el Derecho inglés ha sido elaborado mediante la razón. Esta tiene una gran importancia histórica como fuente de Derecho y en la actualidad sigue siendo la fuente inagotable a la que los jueces acurren para llenar las lagunas del Derecho. Será siempre interesante recordar a este respecto la célebre frase del juez Coke, quien-

expresó que "la razón es la vida del Derecho y el Common-Law es la razón misma".

Los principios generales del Derecho poseen también importancia como fuente de ésta, en el sistema inglés.

Por último, cabe mencionar a la doctrina, cuya posición entre las fuentes del Derecho ha sido frecuentemente subestimada, en consideración al carácter jurisprudencial del Common Law. Empero, Gran Bretaña no ha carecido de singulares juristas (Blackstone, Pollock, Willes, Coke, etc.) y sus obras en muchos casos continúan influyendo en el Derecho no sólo de Inglaterra sino del mundo entero.

Al examinar las fuentes del Derecho inglés y, en general, de los grupos de Derecho que siguen las pautas del Common Law, hecho ésto desde el ángulo de los Derechos Iberoamericanos, encontraremos, indiscutiblemente, algunas peculiaridades que consideramos conveniente anotar, toda vez que las mismas -traducidas en diferencias respecto de la teoría general de las fuentes del Derecho que puede decirse privan en uno y otro grupo, así como de otras características propias- tienen singular importancia desde el punto de vista del Derecho comparado.

Se afirma comúnmente que el Derecho inglés, principalmente, y, por extensión, el Derecho norteamericano, son de tipo consuetudinario. Estrictamente no es así. Bello merece una especial explicación: en los grupos de Derechos pertenecientes a la gran familia de los sistemas occidentales, que con Solá Castiella denominamos romanistas e Iberoamericanos, la regla jurídica consuetudinaria nace propiamente si el comportamiento de los hombres respecto a determinada materia se ha repetido en el mismo sentido durante diez, veinte, treinta, cuarenta o más años, comportamiento que, en general, conlleva la idea de ajustarse a una norma de Derecho o más propiamente de obligatoriedad que en el ánimo popular existe en relación a la conducta de los sujetos de la regla de que se trate. En el Derecho norteamericano -uno de los componentes del grupo Iberoamericano de Derechos, por cierto, la costumbre tiene un lugar subsidiario de otra de las fuentes formales: la ley, ésto es, que sólo es jurídicamente obligatoria cuando la Ley le otorga tal carácter, no siendo, por ende, fuente inmediata sino mediata o supletoria del orden-

jurídico vigente. El Derecho inglés sigue en general el principio señalado, pero no determina propiamente en forma específica un plazo determinando de duración de la práctica o reiteración del tipo de conducta, a cuyo término ésta pueda constituirse en regla jurídica -consuetudo juris-, sino que exige que para rebatir el carácter de obligatoria se trate de una costumbre practicada desde tiempo inmemorial. El Derecho inglés no es consuetudinario propiamente, toda vez que, aún admitiendo la costumbre como fuente de Derecho, requiere que tal costumbre sea practicada en la forma aludida, vale decir, desde antes de 1189 -de conformidad con la interpretación de una Ley de 1275 jamás derogada, explica David-, fecha en que subió al trono inglés Ricardo Corazón de León. En rigor, la costumbre en el sentido que atribuimos nosotros a esta palabra, sólo desempeña en el Derecho inglés en forma similar a lo que acontece en general en la familia de Derechos iberoamericanos, un papel restringido, subsidiario.

El Derecho inglés, se ha dicho igualmente, es un Derecho jurisprudencial, un Derecho fundado sobre los casos resueltos por los tribunales de justicia -case law-. Desde luego, tal aserto se vincula más efectivamente a la realidad, refiriéndose a las diferencias que sobre ese particular en examen comparativo pueden encontrarse entre los Derechos integrados en el Common Law y los componentes del grupo que denomina francés, entre los cuales se incluyen los iberoamericanos. René David que, por otra parte, considera que tal diferencia es bastante secundaria, expresa que la característica del primero "...lo que lo opone fundamentalmente al francés, parece residir en el hecho de que el inglés reconoce la existencia de la "regla del precedente" (rule of precedent), mientras que el francés la ignora." En Francia cuando el Tribunal de Casación, o el Consejo de Estado, o cualquiera otra jurisdicción ha dictado sentencia sobre un asunto, y para resolver ese caso han reconocido la existencia de tal o cual norma jurídica o han dado una u otra interpretación a un texto legal, la decisión judicial dictada sólo tiene valor para el caso en que se produce y dicta. Ese caso queda definitivamente resuelto, y en adelante se le aplica el adagio res iudicata pro veritate habetur. Respecto a esa cuestión existe una presunción irrefragable, una vez que la sentencia ha quedado firme y el caso como cosa juzgada, de que los jueces han aplicado correctamente los principios del Derecho francés. La posición adoptada por los jueces franceses no tiene, sin embargo, en cuanto a

la interpretación hecha por ellos del Derecho francés más valor en Derecho que para el caso resuelto. Cuando se plantea otro asunto semejante otros jueces, e incluso los mismos que en el anterior, podrán tomar otro punto de vista del Derecho francés, apreciar de otro modo tal principio o tal texto legal y resolver, en suma, como si los jueces que resolvieron el caso anterior hubieran cometido un error de Derecho. En el Derecho francés siempre es posible un giro de la jurisprudencia, y la historia de nuestro Derecho nos ofrece muchos ejemplos. En Inglaterra, se dice, es muy distinto. El Derecho inglés reconoce la fuerza obligatoria de los precedentes judiciales. Cuando un juez inglés ha reconocido en un asunto, para aplicarla, la existencia de una regla de Derecho, su decisión tiene valor no sólo para el caso resuelto con ella, sino que se impone en ciertas condiciones a las otras jurisdicciones o a alguna de ellas que posteriormente y en otros procesos podrán tener que preguntarse cuál es la regla admitida por el Derecho inglés sobre el punto jurídico planteado en el litigio. Sobre todo cuando la Cámara de los Lores -jurisdicción suprema en el Reino Unido- se ha pronunciado en un litigio sobre un punto discutido del Derecho inglés, la regla jurídica por ella declarada y aplicada al caso examinado no puede ser discutida por nadie en Inglaterra, salvo naturalmente el poder que tiene el Parlamento para modificarla; en adelante todas las jurisdicciones deberán admitir cualesquiera que hayan podido ser sus dudas antes que la Cámara alta no se ha equivocado y que la regla de Derecho aplicada por ella es la impuesta por una correcta interpretación del Derecho inglés. La misma Cámara alta queda atada por esa su interpretación, y no es posible viraje alguno en la jurisprudencia del Derecho inglés." (19).

Estimamos conveniente hacer un alto para intercambiar breve comentario respecto al funcionamiento de la regla del precedente en los dos principales Derechos agrupados bajo el sistema del common law: el Derecho inglés y el norteamericano. Es de uso corriente entre los comparatistas y otros estudiosos de las disciplinas jurídicas, la afirmación que la regla en cuestión tiene distinto uso en uno y otro Derechos. Así, se expresa que la regla del precedente, denominada en Norteamérica *stare decisis*, no funciona en iguales condiciones que en Inglaterra; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y los Tribunales Superiores de cada Estado de la Unión conviene aclarar, de -

paso, que el Tribunal Supremo de un Estado no siempre coincide con lo que se llama Supreme Court, como acontece en el Estado de Nueva York donde el Supreme Court es una jurisdicción inferior al Tribunal de Apelación. no están sometidos a sus propios precedentes, existiendo, por otra parte, cierta tendencia en todo el país a suavizar la regla del precedente y no dar a la jurisprudencia en definitiva una función distinta de la que se le da en los Derechos romanistas e iberoamericanos; así, por ejemplo, Castán Tobeñas hace notar que en Inglaterra tienen valor vinculante absoluto: las sentencias del Tribunal Superior respecto de los Tribunales inferiores; las sentencias de la Cámara de los Lores para todas las jurisdicciones respecto de los juicios posteriores, y probablemente también, las sentencias del Tribunal de Apelación respecto de todos los juicios posteriores; en los Estados Unidos, la fuerza del precedente es menor -indica dicho autor-, toda vez que el Tribunal inferior debe seguir el precedente establecido por el Tribunal superior, pero ningún Tribunal se considera ligado por sus propios precedentes. El mismo Castán Tobeñas -coincidiendo con Piero Sereni- estima que en Estados Unidos, el precedente es seguido más bien por su bondad intrínseca que por el valor vinculante absoluto que tendría en virtud de la regla del stare decisis; hace observar que cualquier miembro del Tribunal que disiente de la decisión puede formular su propia opinión (dissenting opinion) y el mismo derecho corresponde a cualquier juez que a pesar de coincidir en el fallo, llegue a la conclusión adoptada por la mayoría, a virtud de razones diversas (concurring opinion). Muchas veces nos hace ver el comparatista citado, "... los jueces sucesivos hacen referencia, como fundamento de sus decisiones, no a la majority opinion de decisiones precedentes, sino a la concurring opinion o incluso a la dissenting opinion de jueces, como Holmes o Brandeis, que gozan de particular prestigio. En general, como expresa el propio escritor -se refiere Castán Tobeñas a Sereni-, se observa hoy en los países del Common Law o, cuando menos, en los Estados Unidos una tendencia notable a limitar la eficacia vinculante del precedente específico y a considerar cada caso concreto en el cuadro de los principios generales y de las cuestiones fundamentales aplicables al mismo...". (20).

René David considera que en lo que respecta a los conceptos, las diferencias entre el Derecho inglés y el norteamericano son secundarias, siendo a su juicio la más

importante en este aspecto la que se refiere a la noción del Derecho federal peculiar de los norteamericanos, noción desconocida para los juristas ingleses. "...Cada uno de los cuarenta y ocho Estados tiene su propio Derecho; pero junto a este Derecho particular, y por encima de él, existe o puede existir, en ciertas materias previstas por la Constitución federal, un Derecho federal que se impone en todos los Estados de la Unión. El mismo fenómeno se produce por lo demás en ciertos dominios británicos, como, por ejemplo, en el Canadá o en la Commonwealth de Australia, esta noción de Derecho federal no tiene correspondencia con nada de lo conocido por el jurista inglés. Incluso para los mismos norteamericanos está lejos de ser una noción muy precisa y clara. Se está de perfecto acuerdo en admitir que un Derecho federal pueda hacer en ciertas materias de leyes votadas por el Congreso y promulgadas por el Presidente; pero se pregunta si existe o no en Estados Unidos, aparte esas leyes escritas y de la jurisprudencia suscitada por su interpretación, un Common Law federal y cuál es su esfera de dominio. Derribando una jurisprudencia secular, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha proclamado en 1938 que no existe tal noción. En el estado actual del Derecho norteamericano el Derecho federal consiste únicamente en las leyes votadas por el Congreso dentro del cuadro de poderes que le reconoce la Constitución.- Además de esa noción de Derecho federal conviene señalar la existencia de un doble orden de jurisdicciones, ya que en cada Estado coexisten las jurisdicciones federales con las otras propias y particulares de tal Estado. El problema de saber cómo se establece la distribución de competencias entre unas y otras es uno de los más perturbadores del Derecho americano. Es una difícil cuestión que no se plantea en el Derecho inglés. La complejidad de la organización judicial americana, distinta de un Estado a otro, también crea grandes dificultades al jurista inglés cuando se trata de apreciar la autoridad de una sentencia". (21).

Ocupándose de las diferencias entre los Derechos inglés y norteamericano, Gastón Toboñas señala entre otras características distintivas del citado en segundo término: "Una mayor importancia de la ley escrita, que se refleja: de un lado, a la altísima consideración que se otorga a la Constitución, base y fundamento de todas las libertades y garantías norteamericanas; y de otro, en el desarrollo del principio codificador, a través de compilaciones, oficiales o privadas..." (22).

Benó David, refiriéndose a la importancia que la ley escrita desempeña en los Derechos inglés y norteamericano, en la vinculación que establece de ambos con el grupo que denomina francés que, como hemos visto, agrupa de acuerdo con el criterio de dicho autor a los Derechos Iberoamericanos, escribe: "Lo que opone fundamentalmente al Derecho francés y el inglés en la teoría general de las fuentes del Derecho es la diferente concepción que se tiene de la ley escrita y de su papel en ambos lados del canal de la Mancha, y ese es el aspecto en que merece ser estudiado el Derecho norteamericano. La concepción inglesa de la ley, como ya lo hemos visto, reposa sobre un sentimiento o un prejuicio, que se explica por la historia: el Common Law está considerado en Inglaterra como el valiente cuarte de las libertades inglesas, mientras que la ley escrita, por las posibles arbitrariedades que puede llevar consigo, viene a ser fácilmente el arma de la tiranía. Por esta razón la ley está considerada en Inglaterra como una disposición excepcional que se interpreta restringidamente. Los estadounidenses no pueden tener igual modo de ver las cosas. Para ellos la ley escrita es en primer lugar y ante todo la Constitución de su país, y esta ley escrita -la Constitución- es la que constituye la base y fundamento de todas las libertades norteamericanas y la que organiza sus garantías. Por el contrario, el Common Law evoca a los norteamericanos el recuerdo del período colonial, es decir, el tiempo en que no existían sus libertades y no estaban garantizadas en realidad. La actitud americana respecto a la ley escrita y el Common Law, y el punto de vista norteamericano respecto al papel que debe otorgarse a una y otra, no pueden ser los mismos que en Inglaterra. La tradición recogida en las obras jurídicas inglesas, ha podido prevalecer durante un cierto tiempo en los Estados Unidos, pero va en contra del sentimiento americano, y no debe sorprender que su abandono esté patrocinado en Norteamérica por los mejores espíritus y que jueces reputados hayan apliendo a la ley hace tiempo en los Estados Unidos métodos de interpretación muy próximos a los que prevalecen en Francia. Esta tendencia tiene muchas probabilidades de triunfar, puesto que la Constitución de Estados Unidos ya es interpretada tradicionalmente de esa manera. Por otra parte, muchas nuevas leyes promulgadas en los Estados Unidos se adaptan mal con los principios tradicionales individualistas del Common Law, y quienes quieren darles su plena efectividad se ven impulsados por esa razón hacia un método interpretativo nuevo"

que les libra por completo de la servidumbre respecto a -- los antiguos principios. Esta consideración no deja de ejercer alguna influencia en la misma Inglaterra. Los Estados Unidos toman la delantera en esto, en una evolución que acaba pará por afectar, sin duda, en definitiva, todo el mundo -- del Common Law. Añadamos que en Estados Unidos la selección de los juristas, que permite elegir los jueces, está asegurada en una gran parte por otros medios que en Inglaterra; los mejores jueces norteamericanos tienen a menudo tras -- ellos, aparte la práctica de la profesión de abogado, una -- carrera universitaria; han enseñado Derecho en una Universidad. La formación así recibida les impulsa mucho más que lo haría la simple experiencia de la práctica a ver en el Derecho un sistema y a descubrir sus principios; ella los dispone para revisar las fórmulas empíricas con que quedan satisfechos los juristas ingleses, y crea entre ellos un estado de espíritu que de modo consciente o inconsciente es bastante favorable a la fórmula latina de la codificación". (23).

Es de notarse en Los Estados Unidos cierto movimiento de compilación de leyes, derivado tanto de la iniciativa oficial como de los particulares, incluyendo o no citas y -- notas de jurisprudencia, que nos hace pensar en las técnicas de codificación. Pueden mencionarse en este renglón, -- para el Derecho federal, la importante compilación privada denominada U.S.C.A. (United States Code Annotated) y, también la de carácter privado para el Estado de Nueva York -- conocida con el nombre de McKinney's Consolidated Laws of -- New York. Castán Tobeñas y David hacen notar que bajo los -- auspicios de la American Law Institute -- entidad de carácter privado integrada por juristas agrupados en forma de academia --, con gran prestigio tanto en el ámbito de los estudios jurídicos como en el del ejercicio profesional, se han redactado en las últimas décadas de este siglo una serie de -- compilaciones dirigidas a exponer las reglas relativas a -- las diversas ramas o materias del Derecho comprendidas en -- el Common Law, a la luz de las decisiones de los tribunales, y que tienen la finalidad principal de facilitar la -- tarea de éstos y de unificar la jurisprudencia, cuya adopción se sugiere a las legislaturas de los Estados de la -- Unión, compilaciones que siguiendo una fórmula aproximada -- a la de la codificación se denominan Restatements. Hace notar Castán Tobeñas que, entre otros se han publicado los -- Restatements referentes a las siguientes materias: Agency, -- Conflicts of Laws, Contract, Evidence, Judgements, Restitution, Property, Security, Torts y Trust.

D): Evolución histórica del Derecho Público Norteamericano.

La historia del Derecho Público de los Estados Unidos de Norte América puede dividirse en tres períodos fundamentales: Colonial y primeros años de independencia (hasta 1789) de unificación (1789 a 1876) y moderno -- (de 1876 hasta nuestros días).

1.- Período Colonial: -Entre 1607 y 1732, se fundan en la América del Norte, trece colonias que dependen de la Corona Británica. En un principio, están muy separadas por la distancia y se sientan distintas por la diversidad de origen de los colonos. Las guerras contra los indios y contra Francia, contribuyen a unificarlas; después va a unir las, aún más, el descontento con la metrópoli. Hay un motín en Boston en 1775. Ese mismo año, las colonias deciden trabajar en común, y cada una de ellas envía delegados a Filadelfia. Este es el primer Congreso Continental, que publicará una Declaración de Derechos y que acordará reunirse el año siguiente. El congreso se reúne en 1775 y, el 4 de julio de 1776, vota la Declaración de Independencia.

Después de la Declaración de Independencia, cada una de las colonias se convierte en un Estado independiente de la metrópoli, pero igualmente independiente de los otros Estados. Cada uno de dichos Estados redacta una constitución. Sin embargo, todos deciden con el fin de obtener por las armas la Independencia por ellos declarada, convertirse en una Confederación. Al final de la guerra, la Confederación parece condenada a desaparecer, puesto que su único objetivo había sido la consecución de la Independencia.

Los trece Estados tienen muy pocos intereses comunes. En muchos puntos, inclusive, se oponen los unos a los otros. Los separan la diversidad de origen de su población y de sus tradiciones, las dificultades en las fronteras y la competencia comercial; pero un pequeño número de hombres comprende el interés que presenta la unidad, y después de largas tentativas, consiguen que una Constitución sea votada en Filadelfia, en 1789.

2).- Período de la Unificación: André Tunc -

divide este período en tres etapas diversas. La etapa formativa (1789-1829), la etapa de las crisis (1829-1861) y la etapa de la secesión la guerra civil y la reconstrucción (1861-1876).

a).-Etapa formativa: Se organizan durante esta etapa los distintos órganos de gobierno. George Washington crea los departamentos ministeriales, que confía a sus secretarios; el Congreso reconoce que no tiene derecho a revocar dichos nombramientos.

Desde 1789 se organiza igualmente el poder judicial. La Suprema Corte, único órgano judicial previsto por la Constitución, se organiza y crea trece cortes de distrito, que serán las cortes de primera instancia, y tres cortes de circuito, que serán las cortes de apelación.

Los órganos judiciales federales tienen, en un principio, un papel muy modesto: durante tres años ningún litigio es sometido a la Suprema Corte. Sin embargo, aseguran poco a poco la supremacía del Derecho Federal sobre el Derecho de los Estados.

Por otra parte, la Suprema Corte afirma desde 1803 (caso Marbury VS Madison), el poder de los jueces de rehusarse a aplicar una ley, inclusive federal, si es inconstitucional. En 1819 adopta la Suprema Corte la teoría de los poderes implícitos.

La teoría de las facultades implícitas fué formulada por Hamilton. Esta doctrina sostiene que el Gobierno Federal dispone no solamente de todos los poderes que le son expresamente delegados por la Constitución, sino igualmente de aquéllos que le son necesarios para realizar los primeros. La Suprema Corte aceptó esta tesis, al hacerlo interpretó en un sentido distinto la intención de los constituyentes, que habían planeado dar mayor autoridad a los gobiernos estatales que al Gobierno Federal.

El poder legislativo había quedado organizado por la Constitución en 1789. La formación del poder legislativo provocó una apasionada discusión entre los representantes de los Estados grandes y los representantes de los Estados pequeños. Los primeros apoyaban el Plan de Virginia, en el que se proponía la formación del Cuerpo Legislativo tomando, como base para integrarlo, divisiones de carácter

demográfico, o sea, el número de habitantes de cada Estado. Los segundos se acogieron al Plan de New Jersey, en el que se proponía una representación igual para todos los Estados miembros. Este conflicto fué resuelto por la transacción de Connecticut, que creó el bicameralismo. Se concedió una representación proporcional al número de habitantes para formar la Cámara de Representantes; en cambio, en el Senado, había una representación igual para cada uno de los Estados.

b).-Etapa de las Crisis: En 1828 es electo Presidente Andrew Jackson. Esto es resultado de un importante movimiento de tipo democrático que se manifiesta de diversas maneras. Se aprueba una reforma que amplía la capacidad de votar y de ser votado. Desde entonces son electos no solamente los Gobernadores, sino también los principales órganos ejecutivos y administrativos de los Estados, e inclusive los jueces.

La crisis principal de esta época y quizás la que se da su nombre, es la provocada por el problema de la esclavitud que culminará posteriormente en la Guerra de Secesión entre los estados del Sur y los del Norte.

c).-Etapa de la Secesión, la guerra civil y la reconstrucción: En 1861, los estados del Sur se separan de la Unión, adoptan una Constitución propia y se organizan dentro de una nueva Confederación. Ese mismo año estalla la guerra civil. La guerra trae consigo el aumento del poder del presidente de los Estados Unidos, consecuencia lógica de las medidas de emergencia que había que adoptar durante el desarrollo del proceso bélico; éste es el origen de lo que posteriormente se llamará la "Doctrina de la Emergencia".

Además se aprobó también la décima cuarta enmienda de la Constitución Federal, que reconoce la igualdad ante la Ley de todas las personas nacidas en los Estados Unidos, o cuya nacionalidad han adoptado. Se especifica que ningún estado podrá privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin el debido procedimiento legal (Without due process of law). También debemos mencionar la décima quinta enmienda de la Constitución Federal que establece el Derecho de voto sin limitaciones por raza, color o estado anterior de esclavitud. (En realidad, la aplicación definitiva de esta enmienda es un fenómeno que

reciën estamos presenciando en nuestros días).

3).-El período moderno.- Las características principales de este período pueden resumirse de la siguiente manera: materia constitucional, las enmiendas fundamentales adoptadas durante la guerra civil, han sido ratificadas. En el plano político, la autoridad de la Federación sobre los Estados se afirma, y en el gobierno federal se aumenta el poder del Presidente sobre el Congreso, por lo menos en tiempos de crisis. En el terreno económico se ve claramente que los Estados Unidos serán una potencia industrial, sin detrimento para su agricultura, también muy importante. Los dos problemas fundamentales serán el problema de integración racial y el de reglamentación de la industria y el comercio.

André Tunc divide este período en tres etapas: las últimas décadas del siglo XIX, el lapso comprendido entre el Gobierno de Teodoro Roosevelt y el "fin de la prosperidad republicana" y aquél que comienza con la elección de Franklin D. Roosevelt, desde 1932 hasta nuestros días.

a).-Últimas décadas del siglo diecinueve: En lo que respecta al problema racial, la Suprema Corte siguió un criterio segregacionista; en 1896, (caso Plessy vs. Ferguson) la Corte consagra el principio "separados pero iguales" que permite a los Estados del Sur promulgar legislaciones de tipo segregacionista.

El desarrollo de la economía trae consigo la creación de las grandes organizaciones económicas. Las legislaturas de los Estados intervienen para proteger a los particulares, pero las mencionadas organizaciones se defienden por diferentes medios, invocan la frase de la décima cuarta enmienda que dice: "ningún estado puede privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad", Without due process of law". La expresión tradicional se refería simplemente a un procedimiento legal; jamás se había puesto demasiada atención a la palabra "due". Las empresas que fueron objeto de una reglamentación tuvieron la idea de subrayar la existencia de este calificativo. Afirmaron que no era suficiente un procedimiento legal para que el Estado pudiera reglamentar sus beneficios. Hace falta un "due process of law".

La primera gran ley Federal de control económico-

es la interstate Commerce Act de 1887. Esta ley establece algunas reglas generales y crea una comisión (Interstate-Commerce Commission) a la cual delega poderes reglamentarios (casi legislativos), ejecutivos y judiciales (por lo menos, en primera instancia). En razón de la importancia de sus poderes, la Comisión se compone de cinco miembros totalmente independientes de la autoridad del presidente de la Nación. Es ésta la primera de las grandes comisiones independientes con poder reglamentario que actualmente controlan los sectores fundamentales de la economía de los Estados Unidos.

En 1890, el Congreso aprueba una segunda gran ley Federal de reglamentación económica; es la famosa Ley Sherman contra monopolios (Sherman Anti-trust Act.).

La Suprema Corte trata de restringir el alcance de estas leyes e inclusive permite a los tribunales emplear la Ley Sherman contra los sindicatos obreros y penar las huelgas con sanciones severas. Es esta actitud la que da origen a la expresión "goverment by injunction".

b).--Lapso entre el Gobierno de Teodoro Roosevelt y el "fin de la prosperidad republicana": Teodoro Roosevelt dota de mayores poderes a la Interstate Commerce Commission multiplica las leyes en materia de salud pública y adopta medidas para proteger el trabajo de mujeres y niños.

Wilson prosigue la lucha contra las grandes concentraciones de poder económico; especialmente trata de destruir el poder de los bancos y en 1913, crea el Federal Reserve System que controla desde entonces la vida monetaria de los Estados Unidos. En 1919, la enmienda décima octava prohíbe la fabricación de bebidas alcohólicas y, en 1920, la enmienda décima novena concede el voto a las mujeres.

De 1920 a 1928, el Estado no interviene en la vida económica de la Nación. En 1929, surge una crisis económica general que trae consigo una transformación de la política norteamericana.

c).-- De Franklin D. Roosevelt hasta nuestros días: En su campaña política, Roosevelt promete a los electores que el gobierno intervendrá en la vida económica por todos los medios posibles, para dar trabajo a 13 millones de

deseempleados y volver a poner la economía en marcha. Su discurso de toma de posesión anuncia el "New Deal", es una llamada a "la confianza así como al idealismo, y a los valores más nobles que el dinero". Promete mantener contacto con el pueblo por medio de conferencias de prensa y, más directamente, mediante programas de radio.

Sus consejeros, que forman el "Brain Trust", elaboran una serie de medidas para mejorar la situación económica imperante. El Congreso las aprueba, aunque, en su mayor parte, carecen de precedentes y pueden ser consideradas como verdaderas medidas revolucionarias. Citamos como ejemplo de las mismas: la clausura de todos los bancos, que reanudarán sus operaciones bajo un control más estricto por parte del poder público; los créditos, a los agricultores endeudados y a los deudores hipotecarios; las leyes de reglamentación de la agricultura que implican un marcado aumento del control estatal; la devaluación del dólar; el control de las sociedades mercantiles; la promulgación de leyes que regulan la competencia "leal" y la organización de las actividades económicas; el salario mínimo; la reglamentación del trabajo de menores; el establecimiento de una oficina de conciliación y arbitraje para la solución de los problemas laborales (National Labor Relations Board), la abrogación de la prohibición, y otras muchas medidas de igual importancia.

El new Deal es aprobado por el Congreso, pero rechazado por la Suprema Corte. Roosevelt se dirige a la opinión pública y presiona a los miembros de la Suprema Corte. El conflicto termina con el triunfo del presidente, en 1936.

Después de la muerte de Roosevelt lo sucede el Vice-Presidente, Harry Truman. Propone a la Nación el "Fair Deal", que puede considerarse como la continuación y verdadera consolidación de las ideas de su predecesor. Durante la época de Eisenhower, ocupa la presidencia de la Suprema Corte el Chief Justice Earl Warren, que emprende una campaña en favor de la integración racial, que culminará posteriormente durante la presidencia del malogrado John F. Kennedy. Este presidente hereda problemas de suma importancia frente a los cuales sólo puede obtener triunfos parciales, debido a la poca colaboración de un Congreso semi paralizado por métodos vetustos. Entre estos problemas merecen ser mencionados los siguientes: la tensión-

racial, el desempleo, un cierto relajamiento de la energía nacional; la situación de Cuba y Vietnam del Sur, el problema de América Latina y, en general, los problemas provocados por la guerra fría. El actual presidente, Lyndon B. Johnson, prosigue con ciertas variantes, la política trazada por Kennedy y, en los inicios de su período, obtiene la aprobación por el Congreso de la Ley de Derechos Civiles (Civil Rights Act).

E): Evolución del Derecho Privado Norteamericano:

El derecho inglés pasó de Inglaterra a Norteamérica de la manera más sencilla; en un principio de "common Law" establecido por el caso Calvin, el que las gentes de habla inglesa transportan su derecho cuando se instalan sobre un territorio en el que ningún derecho civilizado está en vigor. El derecho inglés es para ellas un derecho innato (birth right) y una herencia (inheritance).

Bastó pues que los colonos de la Virginia Company of London fueran a establecerse en la desembocadura del Chesapeake en 1607, para que el Derecho inglés fuera importado a Norteamérica. Además, la mayor parte de las Cartas de Establecimiento de las colonias preveían la aplicación del derecho inglés, y, en estas condiciones, el Derecho inglés no tenía que ser recibido; era sencillamente, transportado.

La ignorancia de los colonos respecto al Common Law trajo consigo una radical simplificación del Derecho inglés aplicado en las colonias, principalmente en materia procesal, y en ocasiones también la adopción, más o menos voluntaria, de costumbres locales inglesas que el Common Law aún no había borrado completamente.

Algunas colonias rechazaron el Derecho inglés para fundar sus relaciones sociales únicamente sobre los principios de la religión, revocados por las Escrituras, o sobre el derecho natural y la razón. Los emigrantes suecos y holandeses trajeron consigo un derecho distinto, que produjo algunas modificaciones al derecho inglés.

Durante la época de la Colonia se iniciaron los estudios jurídicos en Norteamérica. Algunos estudiantes fueron incluso a Londres, donde pasaron algunos años en los Inns of Courts trabajando a las ordenes de algún abo-

gado. A finales del siglo XVIII eran ampliamente conocidas en América las obras de Coke, Blackstone y Burke. En este período se efectuó en varios estados, una labor de codificación del derecho privado. El último código adoptado en las Colonias es el Body of Laws de William Penn, de 1682. La popularidad que alcanzó el Common Law, considerado como la mejor defensa contra el absolutismo de los reyes ingleses, hizo que desapareciera la tendencia codificadora en los años anteriores a la Independencia.

Transportado, y en cierta medida impuesto a las Colonias, el Derecho inglés fue objeto de una verdadera adopción por parte de los Estados independientes. Ni en la Declaración de Independencia, ni en los artículos de la Confederación de 1777, ni en la Constitución de 1787, se habla del Derecho que será adoptado por nuevos estados independientes. Este silencio podría explicarse por el hecho de que cada estado quedaba como único dueño de su derecho privado; pero, en realidad, se explica por la inutilidad de declarar la preferencia de cada estado por el "libre sistema de leyes de Inglaterra".

Parece natural que los Estados que ya estaban sometidos al Derecho inglés, quisieran mantener su Derecho vigente, y que los Estados que aún no lo practicaban hayan querido adoptar el derecho corrientemente practicado en Norteamérica, a reserva, en ocasiones, de conservar su propio derecho anterior como fuente secundaria de derecho. Es de derecho que conservaban o que adoptaban, no era, por supuesto, el derecho inglés puro, y hasta difería profundamente de él. Era el Derecho inglés modificado por las leyes y las decisiones judiciales del período colonial, e incluso por prácticas locales cuyo origen había sido ya olvidado, y hasta por reglas religiosas adoptadas al principio de la época colonial.

Al lado de las reglas y de los precedentes del common law, las reglas y los precedentes de "su hermana menor", la equity, asimismo, fueron aplicados primero y adoptados después en Norteamérica.

Se importaron igualmente a Norteamérica las reglas del derecho mercantil (commercial law o law merchant), aun que no habían sido todavía incorporadas al common law a principios del siglo XVII; así como las reglas del Derecho del Almirantazgo (Admiralty law), ante las jurisdicciones

especiales de derecho marítimo.

El derecho de las jurisdicciones eclesiásticas inglesas (ecclesiastic law), influyó notablemente en Norteamérica, sobre todo en materia de contratos y delitos, de matrimonio, filiación y testamento.

En los años posteriores a la independencia hubo un movimiento ideológico en contra del Common Law. El canciller Kent y el juez Story logran conservar el sistema de Common Law en Norteamérica. Gracias a ellos, el derecho norteamericano encuentra una doctrina; sus reglas se presentan de una manera mucho más clara y ordenada que en las recopilaciones de sentencias. Por ellos el Common Law se convierte en la razón escrita, la proyección del derecho natural, al menos sobre un cierto punto del globo y en una cierta época. Sus escritos, además, dan al Derecho su contexto histórico y muestran, así, la imposibilidad de revoluciones en materia jurídica. Es en sus escritos donde el Derecho norteamericano encuentra un centro de atracción que le permita luchar contra una desintegración completa entre los diversos estados.

En el siglo XIX, hubo una corriente de pensamiento que perdió importancia con el transcurso del tiempo, en favor de la codificación. En 1837, aparece la obra de Walker en la que se pide la codificación del derecho privado norteamericano. En el mismo año David Dudley Field, en el Estado de Nueva York comienza una campaña en favor de la codificación del derecho de los Estados Unidos. Obtuvo como resultado la aprobación por el Estado de Nueva York, del Código de Procedimientos de 1848, que fue aceptado mas tarde por 24 Estados de la Unión. Consiguio, igualmente, la aprobación del Código Penal y del Código de Procedimientos Criminal de 1881, así como el proyecto del Código Civil de 1865 que recogerán algunos Estados.

A pesar de estos intentos, el Derecho norteamericano conserva en lo fundamental las características propias del Common Law, como lo veremos en las páginas siguientes:

F): El Sistema Judicial Norteamericano:

1):--El control judicial de la constitucionalidad de las leyes:

El poder de que dispone el Juez norteamericano para controlar la constitucionalidad de las leyes es bien conocido. Ningún texto concede al Juez este poder. Pero como el Juez está encargado de "decir" el derecho, parece natural que resuelva los conflictos entre la Ley y la Constitución. Esta facultad puede ser ejercida por todas las jurisdicciones, federales o de los estados. Las cortes federales consideran obligatorio, salvo en casos excepcionales, dejar a las jurisdicciones de los estados la tarea de determinar la constitucionalidad de una ley de un estado con relación a la constitución del mismo estado. Consideran que su papel principal consiste en vigilar que las leyes federales o de los Estados sean conformes a la Constitución Federal. Las cortes de los Estados reconocen que las jurisdicciones federales deben tener un papel predominante para apreciar la constitucionalidad de las leyes federales. Las decisiones de la Suprema Corte Federal son las más importantes en este aspecto. Hemos visto, sin embargo, que en 1952 un Juez de primera instancia prohibió al Secretario de Comercio ejecutar un "executive order" del Presidente Truman por estimarla inconstitucional.

2):-La aplicación del Derecho de los Estados por las Jurisdicciones Federales:

Un segundo problema, que es necesario mencionar aquí, es el de la aplicación del derecho de los Estados por las Jurisdicciones Federales, y la aplicación del derecho federal por las Jurisdicciones de los Estados. Está admitido unánimemente, que las jurisdicciones de los Estados deben aplicar el derecho federal tal como sería aplicado por las jurisdicciones federales. Tienen la obligación de aplicar todos los textos legislativos, ejecutivos o reglamentarios promulgados por el Gobierno Federal, y de interpretarlos como lo hacen las jurisdicciones federales. Tienen igualmente la obligación de aplicar el conjunto de principios que forman el common law federal. El problema más grave ha sido el de saber si las jurisdicciones federales, cuando deciden sobre una cuestión que concierne al derecho de los Estados, es decir, aplicando exactamente el common law de cada estado, o si deberán aplicar el common law federal. En 1842, el Justice Story, en una decisión célebre (*Swift vs Tyson*), optó por la segunda solución. La Suprema Corte Federal aplicó la primera solución en 1938, en el Juicio *Eric Railroad vs Tomkins*.

3):-Eficacia Interestatal de las Sentencias de los Estados:

El último problema es el de la autoridad o eficacia que tienen en un Estado las sentencias dictadas en otro. Según la Constitución, se les da "plena fé pleno-crédito", aún cuando esto no quiera decir que gozan de plena fuerza ejecutoria. La autoridad pública de un estado no puede ponerse al servicio de un particular en razón de las órdenes de un Juez de otro Estado. La sentencia no tiene fuerza ejecutoria fuera del Estado donde ha sido pronunciada, a no ser que un Juez del Estado donde va a ejecutarse pronuncie una orden de "exequator" (de ejecución).

Aún cuando no exista la orden de "exequator", los Jueces de todos los estados deben en principio, reconocer la situación jurídica creada por una sentencia. Sin embargo, a pesar de la regla anterior, podemos citar, como ejemplo contrario a la misma, el caso de los divorcios concedidos en el Estado de Nevada, que no son reconocidos por muchos otros Estados.

4):-Las Jurisdicciones Federales:

La Constitución consagra a las jurisdicciones federales disposiciones muy breves. Atribuye el poder judicial a la Suprema Corte de los Estados Unidos y a las Cortes inferiores que el Congreso pueda establecer. Prevee que como los otros funcionarios federales, los magistrados serán nombrados por el Presidente, con el consentimiento del Senado. Para asegurar la independencia de los magistrados, dispone la Constitución que sus cargos sean vitalicios y que no pueda disminuirseles el sueldo en tanto que se encuentran desempeñando dichos cargos. Asimismo, fija la Constitución la competencia de las jurisdicciones federales y consagra, en materia criminal, el derecho al juicio por jurado.

Existen dos grados inferiores a la Suprema Corte dentro de la jurisdicción federal: las Cortes de Distrito (United States District Courts), jurisdicciones de primera instancia, que son más de un centenar, y las Cortes de Apelación, (United States Courts of Appeals for the Circuit), que son solamente once.

Al lado de este sistema judicial, formado por las -

Cortes denominadas "constitucionales" por haber sido pre-
vistas por la Constitución, se encuentran las Cortes llama-
das "legislativas", que han sido creadas por el Congreso.

Entre éstas podemos citar la United States Court of
Claims (que decide el monto de las indemnizaciones que de-
ben pagarse a aquéllos que hayan sido perjudicados por la
Administración Federal), la United States Customs Court, la
United Court of Customs and Patents Appeals (Corte de Adu-
nas y Corte de Apelación en asuntos aduanales y de paten-
tes) etc.

5):- La Suprema Corte:

El número de magistrados ha variado con los años. La
Suprema Corte se compone actualmente de 9 magistrados: ocho
consejeros (Associated Justices) y un Presidente (Chief --
Justice of the United States).

Debido a la importancia política y social de la Su-
prema Corte, el nombramiento de sus miembros es una de las
tareas más delicadas del Presidente de los Estados Unidos.
Es decir de éste, conseguir un equilibrio político dentro-
de la Suprema Corte. Asimismo, se considera deseable que -
logre un cierto equilibrio geográfico para que ninguna de
las grandes regiones de la Nación (Norte, Sur, y Oeste), -
tenga la impresión de no haber sido incluida en la Supre-
ma Corte. En las últimas décadas se ha buscado un cierto -
equilibrio racial (nombramiento de un magistrado israeli-
ta) y un equilibrio religiosos (un magistrado católico). Es
indispensable, en fin, como decía Tocqueville, evitar que
la Suprema Corte esté compuesta por magistrados que exclu-
sivamente tengan conocimientos jurídicos; es preciso que, --
además, sean dueños de una notable experiencia política.

6):- Cortes de Distrito de los Estados Unidos (United States District Courts):

En el extremo inferior de la jerarquía de las cor-
tes federales se encuentran las Cortes de Distrito. Son --
más de un centenar, y existen más de trescientos jueces de
Distrito. Estos están repartidos entre las diferentes cor-
tes en forma muy desigual, según las necesidades de cada -
una.

Como todos los magistrados Federales, los Jueces de Distrito son nombrados de por vida por el Presidente de los Estados Unidos, con el consentimiento del Senado. Se supone que son elegidos por sus conocimientos jurídicos, y que debe existir entre ellos un equilibrio político. La cultura jurídica de los jueces es indiscutible; pero el equilibrio político no es más que una ficción. Los Presidentes nombran exclusivamente magistrados a los juristas que pertenecen a su partido.

Al lado de cada corte de distrito se encuentra un procurador de los Estados Unidos (United States Attorney), que depende del poder ejecutivo, y que ejerce sus funciones bajo la dirección del Attorney General (miembro del gabinete). Los procuradores persiguen los delitos contra las leyes federales y eventualmente representan a los Estados Unidos ante los Tribunales civiles. Estas Cortes de Distrito son, siempre, Cortes de primera instancia.

7):- Cortes de Apelación de los Estados Unidos (United States Courts of Appeals):

Las Cortes de Apelación de los Estados Unidos son el escalón intermedio entre las Cortes de Distrito y la Suprema Corte. Son once, y cada una de ellas está compuesta por un cierto número de magistrados, denominados jueces de circuito, cuyo estatuto es parecido al de los Jueces de Distrito. Se ha dicho, con razón, que los mejores juristas del País se encuentran en las Cortes de Apelación.

8):- La Competencia de las Cortes Federales:

Es necesario distinguir entre los asuntos que corresponden a la jurisdicción federal en razón de su naturaleza y aquéllos que le corresponden en razón de la calidad de las partes.

Las jurisdicciones federales son competentes, en primer lugar, para juzgar todos los asuntos en los que entren en juego la Constitución Federal, las Leyes federales y los tratados. En razón de la doctrina de las facultades implícitas, se ha extendido la competencia de las Cortes Federales más allá de lo previsto por el texto constitucional. Les pertenece por ejemplo, el poder aplicar el derecho marítimo y el derecho concerniente a los procedimientos de quiebra.

La repartición de competencia entre las diferentes jurisdicciones federales no provocan, normalmente, problemas alguno. El principio general es que el asunto debe ser llevado primeramente ante una Corte de Distrito, en apelación ante la Corte de Circuito y, por fin, ante la Suprema Corte, como última instancia. La Suprema Corte tiene competencia directa y exclusiva en las controversias en que intervienen los Estados, los Embajadores y los representantes extranjeros con categoría de Ministros. Cuando un asunto ha sido juzgado por una corte de circuito, las partes solamente pueden pedir a la Suprema Corte que se encargue del asunto: ésta lo hará así lo considera conveniente y así lo declara en un "writ of certiorari". La Suprema Corte Federal puede encargarse de un asunto cuando la Suprema Corte de un Estado ha dictado una sentencia en la cual se haya declarado inconstitucional un tratado o una Ley federal, o en el caso en que la parte que haya perdido el asunto considere que existe una Ley del Estado que esté en contra del Derecho Federal.

El poder de la Suprema Corte es muy grande. Como cualquier corte de apelación puede confirmar, modificar o anular una sentencia. Puede igualmente, enviar el asunto a otra corte con la orden de sentenciar en un cierto sentido. El poder de la Suprema Corte respecto a la averiguación de los hechos está limitado por la Séptima enmienda.

9):- Las Jurisdicciones de los Estados:

No es fácil hablar de las Cortes de los Estados en General. Cada Estado es dueño de organizar un sistema judicial; se encuentran entre los Estados importantes diferencias, ya sea en la organización judicial, ya en la calidad de los magistrados.

Existen, sin embargo, dos características generales comunes a todos los estados: de un lado, el Juez de Primera Instancia, actúa siempre solo, de otro, el Juez no sentencia en principio, sino sobre los puntos de derecho expuestos en el litigio, pues la determinación de los hechos, en materia civil o penal, es papel reservado al Jurado. En este aspecto, la tradición inglesa se ha conservado mejor en los Estados Unidos que en la misma Inglaterra. En la mayor parte de los Estados, el Juez es electo por medio del sufragio universal. Existen diversos medios para asegurar la calidad de los jueces. El más usual es el sistema que -

obliga a los candidatos a contar con la aprobación previa de la Barra de Abogados.

En la escala inferior de las jurisdicciones estatales se encuentran los Jueces de Paz. La Institución de esta judicatura no ha tenido en los Estados Unidos el mismo éxito que en Inglaterra. Muy a menudo, los Jueces de Paz se consideran como agentes de su partido, y se les ha reprochado su parcialidad y su importancia.

10):- Las Cortes de Condado o de Distrito:

Los verdaderos tribunales de primera instancia de derecho común son las cortes de condado (country court), llamadas algunas veces cortes de distrito (district court), o cortes superiores, (superior court). A diferencia de las cortes inferiores, estas son "courts of record", es decir, guardan constancia de sus procesos y de sus decisiones. Se les llama igualmente "trial courts" o sea cortes con poder para juzgar los hechos, es en estas cortes donde funciona, en forma más característica, el sistema de jurados. En la mayor parte de los Estados, puede la misma corte juzgar en materia civil y en materia penal; generalmente separan las dos audiencias. En los otros Estados existen una corte civil y una penal. La corte tiene normalmente una competencia general. A veces, sin embargo, al lado de ella se encuentra un tribunal encargado de la materia sucesoria (probate court).

11):- Las Cortes intermedias de Apelación:

Estas Cortes solamente se encuentran en una tercera parte de los Estados de la Unión. Llevan el nombre de cortes superiores (superior courts), cortes de apelación (appeal courts) y cortes de circuito (circuit court). El número, la importancia y la competencia de estas cortes dependen de la organización local. En papel principal es evidentemente, el de descargar el trabajo de la Suprema Corte del Estado. Tienen competencia como instancia definitiva en los asuntos en que la disputa versa sobre una cantidad no superior a una cifra determinada.

12):- La Suprema Corte de cada Estado:

Una Suprema Corte está en la escala superior de la-

jerarquía judicial de cada Estado. Comprende habitualmente cinco, siete y nueve magistrados que son nombrados por un lapso mayor al de los otros jueces estatales; inclusive, en algunos estados son nombrados de por vida. La Suprema Corte no juzga los hechos sino solamente los puntos de derecho.

13).- Competencia de las Cortes de los Estados:

En realidad, constituyen las únicas Cortes de Derecho común en el sentido técnico de la palabra. Tienen competencia para juzgar todos los problemas jurídicos que no hayan sido atribuidos a las cortes federales en virtud de un texto específico. Los cortes de los Estados no son necesariamente incompetentes en aquellas materias que pueden ser juzgadas por los Tribunales Federales, a menos que el asunto pertenezca exclusivamente a la jurisdicción federal. Tienen las cortes estatales el deber de conocerlo hasta el momento en que alguna de las partes pida que el asunto sea enviado a una corte federal.

Los Tribunales del Estado conocen tanto de los asuntos de "equity" como de los de "common law". En la mayor parte de los Estados la distinción de las cortes de common law y las de equity ha desaparecido completamente. Una docena de estados conserva todavía las dos órdenes de jurisdicción en forma separada.

Asimismo, las Cortes tienen competencia para juzgar los asuntos administrativos cada vez que la administración haya quebrantado un derecho atentado contra alguna libertad de los Ciudadanos. Sin embargo, la mayor parte de los Estados no reconocen competencia a los tribunales sino cuando los recursos administrativos han sido agotados (regla de exhaustion of administrative remedies).

III.- El Derecho Soviético y los Sistemas Socialistas: A:- Antecedentes Históricos. B:El Marxismo-Leninismo y el Derecho. C:Las Fuentes del Derecho Soviético. D:La Jurisprudencia.- E:La Doctrina. F:Estructura y Organos Judiciales. G:Una Vía de Recurso Extraordinario: El control Judicial. H:Característica Esencial del Procedimiento Soviético. I:Los Organismos Arbitrales. J:La Procuraduría.

A.- Antecedentes Históricos:

La historia del Derecho de Rusia se divide en dos grandes etapas: antes de la Revolución Socialista de octubre de 1917 y después de ese acontecimiento.

En el primer período nos remontamos a los últimos años del siglo IX, cuando los Varegos establecen su dominio en Rusia, teniendo como Capital a Kiev. Su derecho está integrado por costumbres y organizaciones feudales, existiendo al lado de éstas instituciones de Derecho Bizantino. Esta etapa termina en 1236 con la invasión mongólica, Los Mongoles se establecen como capital a Moscú, se siguen rigiendo por el Derecho bizantino.

El Derecho ruso anterior a la Revolución es de tipo Romano. En 989 Rusia se convierte al cristianismo. En el Siglo XI se redactan y complican sus costumbres, En los siglos XII y XIII se modifican y complementan y se les da el nombre de Derecho ruso.

Al lado de este derecho hay otro que ejerce gran influencia y es el Derecho Bizantino. Es el Derecho bajo el cual vive la Iglesia Rusa. Este es el Derecho romano Justiniano, modificado y adecuado a las nuevas necesidades y a la Iglesia. (24).

Dos circunstancias explican la influencia de la Iglesia en Rusia. Primero: la Invasión Mongólica en la primera mitad del siglo XIII que obliga al pueblo a acercarse a la iglesia y ésta adquiere así una autoridad absoluta, manifestándose la influencia de ésta en la recepción del Derecho Bizantino. Segundo: después de 1480, expulsados los Mongoles, los príncipes recuperaron su autoridad y celebraron un compromiso con la iglesia, al cual favorecía todavía más la recepción del Derecho Bizantino.

Alejo I, en 1649, ordena una compilación de leyes (Código de 1649). La comisión encargada de elaborarlo toma en cuenta las colecciones Bizantinas. Al año siguiente una compilación de Derecho Canónico refuerza el elemento Bizantino.

Pedro el Grande inicia una nueva causa a favor de la recepción del Derecho Romano. El Código de 1649 es reemplazado en el año de 1842 por un nuevo "Cuerpo de Leyes Ru-

sas" que regirán hasta 1917. Su aproximación al Derecho Francés se debe a la admiración que el Conde Speranski, sentía por el Código de Napoleón. Aunque había profundas diferencias con el Derecho Francés, las relaciones con éste en 1917 estaban muy unidas. (25).

La Revolución de 1917 no lo es en el campo de lo jurídico. Los conceptos que utiliza son los mismos anteriores a la Revolución.

La tradición juega un papel de extraordinaria importancia. Ella explica la enseñanza del Derecho romano en las Universidades rusas. También explica Roma, por ejemplo, la institución de procurador General de la U.R.S.S., la cual tiene sus raíces en la tradición. El sentimiento de obligación hacia el Estado viene desde la invasión de los Mongoles. La centralización es también anterior al Bolchevismo. Su preparación moral y religiosa los ha llevado a considerar a la colectividad como algo más importante que el individuo.

El Derecho Soviético actual tiene originalidades que justifican su clasificación dentro de los sistemas distintos del Derecho francés o el Common Law. Su filosofía es distinta y es producto de la nueva organización de la producción y de la estructura socialista de la economía. (26).

La segunda etapa comprende de 1917 hasta la actualidad. Después de esta fecha se distinguen dos etapas: I.-La marcha del Estado Burgués al Estado Socialista a la consolidación del Poder Soviético por el año de 1950. Esta etapa constituye la fase crítica de la construcción del Sistema Socialista. Dentro de esta fase podemos subdividirla en los siguientes períodos:

a). -Comunismo revolucionario.- Este período influye en la estructura de un nuevo Derecho. Esta etapa abarca los años de 1917 a 1921. En estos años la Revolución Bolchevique se ve afectada por las Guerras Civiles y por amenazas exteriores, por lo que su labor se concretó a la defensa y conservación del poder. El Derecho pasó a ser una cosa secundaria y era un simple instrumento de fines de naturaleza política. Fué en esa etapa cuando se sentaron las bases del nuevo derecho. Se produjo la declaración de los derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de 4 de enero -

de 1918, en la cual se reúnen los principios socialistas. Se efectuó la separación de la Iglesia y el Estado. Se nacionalizaron los bienes del Comercio.

En la parte inicial de esta etapa, al triunfo de la Revolución no se pudieron dictar las medidas radicales que pregonaban los Bolcheviques ya que tuvieron que repartir el Poder con los Social-Revolucionarios.

El 22 de noviembre de 1917, el Soviet de los Comisarios del Pueblo previene en su artículo quinto: "Los tribunales locales resolverán los problemas a nombre de la República Rusa y no serán guiados en sus decisiones y juicios por las leyes del gobierno derrocado, mas que en la medida en que no sean abolidas por la Revolución y no sean contrarias a la conciencia y el sentimiento del Derecho Revolucionario". " se consideran abolidas todas las leyes que se encuentran en contradicción con los decretos del Comité Central Ejecutivo o con el programa mínimo repartido".

Al principio del triunfo de la Revolución la administración de justicia se caracteriza por ser una labor "de honestidad" y de "Fuente de buen sentido", considerando estas cualidades como habilidad en la técnica jurídica.

Después de romper con los Social-Revolucionarios, el paso de ascenso está franquizado. El 30 de noviembre de 1918 una ley proclama que el derecho escrito está constituido por los actos legislativos y reglamentarios de los Soviets. El artículo 22 precisa que a falta de texto legislativo el juez debe seguir el sentimiento socialista de la justicia. Existe proliferación de leyes: se permite distribuir entre los campesinos los grandes dominios existentes.

El Código de Familia es promulgado el 17 de octubre de 1918, siendo la única codificación en ese período de actos reglamentarios. Se establece la igualdad de los esposos y la emancipación de la mujer es proclamada. Existen dos formas de divorcio: por mutuo consentimiento y el judicial.

b):- Período de 1921 a 1928: Nueva política Económica. En este período se publican una serie de Códigos: Civil, Agrario, Forestal, Minero, del trabajo, penal, veterinario, procesal, civil penal, y un nuevo código de familia.

En materia de Derecho Público, se forma la Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas el 30 de diciembre de 1922 y se promulga la Constitución de 31 de enero de 1924.

Este período es crítico para la Revolución, porque después de los años de guerra no podía la agricultura y la industria lo que todos ambicionaban, por lo que, se estuvieron haciendo concesiones a los campesinos y se difirió la colectivización de la producción agrícola y fue preciso volver a técnicas capitalistas (concurrancia, provechos inmediatos, intereses personales, etc.).

c).- 1928-1932: Colectivización Agrícola.- Este período constituye el período crítico de la colectivización en materia agrícola. Una vez consolidado el poder de los bolcheviques se colectiviza definitivamente la agricultura. Los "Kulaks" eran los campesinos a quienes se había hecho ciertas concesiones, y que fueron substituidos por los "Kolhosos", transformado así definitivamente la agricultura.

d).- Stalin.- Afirma que el derecho es sólo un instrumento del poder político para edificar el socialismo en Rusia. La creencia de algunos que, a raíz de la Revolución, consideraron que la etapa comunista había llegado, fue modificada por Stalin, volviendo la filosofía a concepciones más clásicas pues el momento de la desaparición del Derecho y del Estado no había llegado.

Segunda Etapa: parte de 1950 a la época presente.- Se declaran que la dictadura del proletariado ha cesado estableciéndose un Estado Socialista, como transición hacia el estado comunista ideal que pregonaban Marx y Engels. El Estado Socialista se erigió bajo el régimen de Nikita Kruschev. Se han señalado dos factores para no arribar todavía al comunismo:

a)E.- No se puede pasar la etapa del Estado Socialista por la agresividad del capitalismo hacia el comunismo, esta es una causa externa.

b).- La sociedad socialista de la U.R.S.S. está viciada y existen varios rescollos capitalistas que el socialismo no ha logrado vencer; esta es una causa interna.

B: El Marxismo-Leninismo y el Derecho:

El Marxismo-Leninismo expone que la producción eco

económica y las relaciones sociales constituidas por esa producción determinan el surgimiento así como la desaparición del Estado y del Derecho. El Estado, junto con el Derecho, forman la maquinaria coercitiva en manos de la burguesía - destinada a mantener la explotación de una clase (proletariado) por otra, llegando a ser de esa manera, la clase - políticamente dominante. El Derecho, como la religión, la moral, el arte, etc, son superestructuras que surgen y que erigidas en las relaciones de producción, constituyen la "ESTRUCTURA ECONOMICA DE LA SOCIEDAD. Al conjunto de superestructuras se le denomina en el lenguaje Marxista-Leninista "ideologías", que están sobre una estructura representada por la realidad. Ideología es: "Una falsa conciencia, una idea incorrecta de la realidad y es un pensamiento que deforma esa realidad". Las superestructuras son: "Formas de conciencia social, que Marx caracteriza como formas ideológicas en las cuales los hombres toman conciencia de dicha realidad".

Marx caracteriza al Derecho como expresión de las relaciones de producción y rechaza la opinión según la cual los soberanos elaboran las leyes que rigen las condiciones económicas; la legislación tanto política como civil no puede sino expresar la voluntad de las relaciones económicas. El derecho es solo un reconocimiento oficial del hecho. Continúa diciendo Marx: La sociedad no se basa en el Derecho; esto es una ficción de juristas. Por el contrario, el Derecho debe basarse en la sociedad. Debe ser la expresión de sus intereses y necesidades comunes que surgen de los métodos reales de producción material contra del capricho del individuo aislado.

Kelsen hace la observación de que en la teoría marxista se interpreta al derecho como ideología porque se le considera como expresión de lo moral o como algo que es justo, pero no es así ya que la norma es solo el deber ser jurídico. La verdad social que Marx pretende hacer surgir de la realidad es su propia ideología socialista proyectada sobre aquella.

Sigue diciendo Marx que en la sociedad comunista del futuro el papel decisivo es representado por la estructura de la sociedad y el rasgo más importante de esa realidad es que no había Estado.

En cuanto al proletariado toma en sus manos el po-

der del Estado mediante la nacionalización de los medios de producción queda abolido el antagonismo de clases, y es en esta etapa cuando surge la dictadura del proletariado; dictadura que hace uso del derecho para acabar con la propiedad privada que aun existía. Esta dictadura existe en el período de transición, que abarca desde el triunfo de la revolución y del apoderamiento del estado por clase trabajadora. Posteriormente y de acuerdo con la teoría marxista se pasará al estado comunista, pero cabe hacer la observación de que en la actualidad en la U.R.S.S. se encuentra en una etapa intermedia entre estos dos estados; el estado socialista.

Leemos en el "Manifiesto Comunista" que "el propósito inmediato de los comunistas es derrocar el dominio de la burguesía, conquistando el poder político para el proletariado... el proletariado utilizará su predominio político para arrancar paso a paso todo el capital a la burguesía, para concentrar todos los medios de producción en manos del estado, es decir, del proletariado organizado como clase dominante". "Acabándose las anteriores condiciones de producción se terminarán los antagonismos de clase".

Cabe presumir que el derecho como orden coactivo es e instrumento específico del estado existe solo en la sociedad dividida en dos clases: la dominante y la dominada; Al triunfo de la sociedad comunista desaparecerá por completo la barrera burguesa que existe en la dictadura del proletariado. (27).

Nelsen critica a una sociedad sin derecho y sin estado como consecuencia de la desaparición de causas económicas, y hace alusión a otros factores que hacen necesaria la existencia del derecho, como son; el sexo y las ambiciones.

V.I. Lenin trata de rescatar las verdaderas enseñanzas de Marx sobre el Estado, las cuales, según él, habiéndose destruidas y deformadas por los oportunistas, manifestando que solo mediante la revolución y no la evolución, se puede llegar a la dictadura del proletariado.

En la etapa de transición para este autor hay una democracia nueva para la clase trabajadora y una dictadura nueva para la burguesía, y desde el momento en que el estado proletario inicia su vida, también comienza su extinción.

Expresa Lenin que las clases son las que permiten a un sector de la sociedad apropiarse del trabajo de otro sector. Si un sector de la sociedad se apropia de toda la tierra, tenemos una clase terrateniente y una clase campesina, si un sector de la sociedad posee las fábricas, tenemos una clase capitalista y una clase proletaria. Con la desaparición del estado desaparecen las clases y no se requiere la coercitividad del aparato estatal.

El estado se extinguirá por la simple razón, de que, liberado de la esclavitud capitalista, de los indecibles horrores, el salvajismo, los abusos e infamias de la explotación capitalista, el pueblo se acostumbrará gradualmente a observar las reglas elementales de la vida social, conocida durante siglos y repetidas durante miles de años en todos los textos escolares; se acostumbrará a observarlas sin fuerza. Sin compulsión, sin subordinación, sin el aparato compulsivo que se llama estado. A la anterior afirmación hecha por Lenin, se pregunta H. Kelsen ¿ puede mantenerse sin coerción tal orden social? y se contesta que la invocación que hace Lenin a la fuerza de la costumbre no la soluciona.

En relación con la primera fase del comunismo, Lenin acepta que el derecho burgués no puede ser totalmente abolido sino solo en parte, solo en proporción a la transformación lograda hasta entonces, es decir, solo con respecto a los medios de producción. Estos son reconocidos por el derecho burgués como propiedad privada y por el derecho socialista como propiedad común. El derecho en esta etapa es un mal necesario, por lo tanto la primera fase del comunismo no puede producir todavía justicia e igualdad; existirán diferencias e injusticias. (28).

C.- Las Fuentes del Derecho Soviético:

Se señalan como fuentes del Derecho Soviético la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina.

La Ley: El Derecho Soviético está concretado en los códigos y es parecido en el contenido y en el continente, en cuanto a técnica legislativa al derecho occidental. El Derecho Soviético pueda adoptar una infinidad de formas y entre las más importantes se señala la Ley.

Se distinguen las leyes de la U.R.S.S. y las leyes de las repúblicas federales y autónomas. La diferencia está marcada por el artículo 20 de la Constitución de la Unión Soviética que dice "En caso de divergencia entre las leyes de una república federada y la ley general de la Unión Soviética, ésta última debe ser aplicada".

Para ser válidas las leyes en todo el país, deben ser promulgadas por el Soviet Supremo de la U.R.S.S. Es también el habilitado por la Constitución para adoptar los principios generales o los fundamentos que sirven de cuadros-leyes para la elaboración de los códigos destinados a entrar en vigor en cada una de las repúblicas de la U.R.S.S.

Sólo tienen carácter de ley los actos de los órganos superiores del poder soviético: El Soviet Supremo de la U.R.S.S. y los Soviets Supremos de las repúblicas federales y autónomas en el interior de cada una de ellas.

Pero no hay en la U.R.S.S. separación de poderes. Ellos son teóricamente reunidos en el pueblo y prácticamente ejercidos por el Soviet Supremo. Los soviéticos poseen en su legislación cierta originalidad, ya que la ley es la obra de una verdadera deliberación pública con la participación directa del pueblo. En efecto, los más importantes proyectos de ley son publicados por adelantado en los principales órganos de prensa y de las cartas dirigidas al Soviet Supremo de la U.R.S.S. suelen ser examinadas por la comisión de proyectos legislativos de esta asamblea, la que los toma en cuenta en la elaboración del texto soviético a la opinión popular.

D. La Jurisprudencia:

En la U.R.S.S. el principio de la sujeción de los jueces a la ley está muy firmemente arraigado por el artículo 112 de la Constitución. Por otra parte, las funciones judiciales son ejercidas por hombres que no son, o que no constituyen un cuerpo permanente de magistrados, por que se tiende a consolidar el principio de la soberanía exclusiva de la ley.

En el Derecho Soviético existen ciertas "directrices o lineamientos" que le corte supremo de la U.R.S.S.

está capacitada para dirigir a todas las jurisdicciones de la U.R.S.S. cuando ha sido dada una falsa interpretación de la ley; estas directrices tienen un carácter obligatorio para todas las jurisdicciones. Se discute si tales decisiones constituyen soluciones jurisprudenciales o si deben ser consideradas como actos administrativos o legislativos.

El Derecho Soviético utiliza la experiencia adquirida en el examen de ciertos litigios pasados para resolver más tarde los litigios a los asuntos del mismo género. Esta utilización los soviéticos la llaman "práctica judicial" y no es en definitiva más que un modo de desarrollo del derecho una fuente del derecho. Se justifica la jurisprudencia de la U.R.S.S. atendiendo a la lógica interna de los principios del Derecho Soviético, basados en el materialismo dialéctico.

E.- La Doctrina:

Ninguna obra jurídica de conjunto ha sido publicada por un autor soviético sobre el derecho de su país. Hay dos razones para ello: a).- porque la obra legislativa de su país es el reflejo de la voluntad popular de instauración del comunismo, y si se criticara a través de obras de juristas repugnaría al sentido revolucionario y se consideraría algo en contra de él; b).- el carácter oficial de todas las publicaciones en la U.R.S.S. haría imposible la aparición de obras que pudieran ser consideradas con tendencias desviacionistas.

A partir de 1946 se ve una mejora considerable en la calidad de los estudios jurídicos, ya que la jurisprudencia los ha tomado en consideración para educar a la masa de ciudadanos sobre los problemas corrientes del derecho.

Pero en la U.R.S.S. los juristas son considerados como los trabajadores sobre el frente del derecho y sus trabajos no son editados mas que en la medida en que interesan al plan de producción de las empresas nacionales ya que ninguna forma de edición puede ser explotada por los particulares.

F.- Estructura y Organos Judiciales:

a).~ Organización judicial.- En grandes líneas la organización judicial soviética nos presenta tres principales clases de tribunales: los tribunales populares de primera instancia, llamados también tribunales de distrito o de ciudades; los tribunales regionales y los tribunales supremos. Los tribunales populares.- Todos los tribunales soviéticos son en principio tribunales populares, puesto que ellos están compuestos de un juez asistido por dos asesores populares, ya que la resolución de los litigios no se realiza desde un punto de vista jurídico o de justicia, sino económico. Pero la terminología soviética reserva la denominación de tribunal popular a aquellos que están bajo la jerarquía judicial y que constituyen el verdadero tribunal de derecho común.

Los jueces populares son elegidos por los ciudadanos de su circunscripción, en sufragio universal y en escrutinio secreto por cinco años. Los electores tienen el derecho de revocar el nombramiento recaído en un juez popular; pero la práctica nos dice que esta revocación no se produce nunca y que a menudo estos jueces son reelectos y son estimulados a hacer carrera en los diversos tribunales al igual que los magistrados de occidente.

Los asesores populares de los tribunales, son elegidos por las asambleas generales de obreros, empleados o campesinos en el lugar mismo donde trabajan o en sus habitaciones, por un término de dos años. La forma de estas elecciones son fijadas en cada república federal por la legislación de esa república.

Los tribunales regionales.- Se conoce bajo el término genérico de tribunales regionales; a los tribunales de segunda instancia que conocen de las decisiones tomadas por los juzgados populares.

Estos tribunales conocen, por otra parte, en primera instancia de los litigios más importantes por los intereses en juego o de las infracciones más graves a la ley penal.

El Tribunal regional, funciona de la siguiente manera: o bien rechaza la apelación cuando el está ocupado, o bien modifica la decisión y devuelve el asunto al mismo tribunal cuando está compuesto de distinta manera, o bien envía el asunto a otro tribunal popular de la misma región.

Los Tribunales regionales se componen de presidente, de los miembros del tribunal y de los asesores populares, todos ellos elegidos por cinco años por los soviets locales de diputados y trabajadores. Están compuestos de una sala civil y una sala penal.

Es de notarse que cuando funcionan como juzgados de segunda instancia, los tribunales regionales están compuestos de un presidente y de dos jueces.

Los Tribunales supremos.- Existe uno en cada República socialista soviética, ya sea ésta autónoma o federada. Se compone de un presidente, de sus substitutos, miembros del tribunal y asesores populares y comprende una sala civil y una sala penal.

Al Tribunal supremo incumbe la obligación de controlar la actividad de todos los órganos judiciales de la República, es electo por el Soviet supremo de cada República por un término de cinco años.

Puede conocer, en primera instancia, de negocios civiles que la ley le confiere expresamente y de los asuntos penales más graves.

La función más general del tribunal a que nos venimos refiriendo, es de conocer en segunda instancia de litigios que han sido juzgados en primera instancia por los tribunales regionales. Pero su originalidad está en constituir, por otra parte, una instancia de revisión de las resoluciones o fallos de cualquiera de las jurisdicciones de la República que hayan entrado en vigor. Estas instancias, sobre las cuales no son llamados a estatuir más que los jueces del tribunal supremo, con la exclusión de los asesores populares, no pueden ser promovidas sino por los fiscales y los presidentes del tribunal, con la exclusión de las partes.

...El tribunal supremo de una república federal es su más alto órgano judicial. A él corresponde inspeccionar la actividad de todos los tribunales de la república, excepte los militares, que son inspeccionados por el Tribunal Supremo de la U.R.S.S. El tribunal supremo de una república federada consta también de dos salas (una civil y otra de lo criminal) y de un presidium. Constituye la segunda instancia (de casación) que entiende en los recursos

de apelación contra las sentencias, fallos y decisiones de los tribunales territoriales, regionales y urbanos, así como de regiones autónomas, comarcas nacionales y tribunales supremos de las repúblicas autónomas. Como medida de inspección, el presidium del tribunal supremo de una república federada puede revisar las sentencias, fallos y resoluciones, que hayan entrado en vigor, de los tribunales de la república mencionados anteriormente, como asimismo las resoluciones, en vía de cesación de sus dos Salas.- De acuerdo con los Fundamentos de la legislación de la U.S.S.R. y de las repúblicas federadas y autónomas, aprobados en diciembre de 1958, forman también parte de los Tribunales Supremos de las repúblicas federadas los Plenos. En cuanto a los presidiums, la cuestión de su mantenimiento o constitución se decide por la legislación de las repúblicas federadas respectivas. La competencia de los presidiums y los Plenos de los Tribunales Supremos de dichas repúblicas se delimita por la legislación de las mismas. En las repúblicas federadas que no estén divididas en regiones, el tribunal supremo ve en primera instancia las causas de competencia de los tribunales regionales y territoriales y examina los recursos de queja y de apelación contra las decisiones de los tribunales populares.- El tribunal supremo de una república federada puede encargarse en primera instancia de cualquier asunto que considere de singular importancia política, social o muy complicado, aunque sea de competencia de otros tribunales inferiores". (29).

El Tribunal Supremo de la U.S.S.R.- Controla la actividad de todos los otros órganos judiciales de la U.S.S.R.

Electo por el Soviet supremo de la U.S.S.R. por un término de cinco años, se integra por un presidente, vicepresidentes, miembros del tribunal y asesores populares, al igual que los presidentes de los tribunales supremos de las repúblicas federadas, que son, en atención a sus funciones, miembros del Tribunal supremo. Se rige por un Reglamento aprobado por el Soviet Supremo de la U.S.S.R. en 1957. De acuerdo con dicho reglamento, el Tribunal supremo consta del Pleno y de tres salas: civil, penal y militar.

El Tribunal supremo de la U.S.S.R. puede conocer en primera instancia de asuntos penales o civiles de excepcional importancia y, en este único caso, los asesores populares entran en su composición.

La sala encargada de los asuntos militares, es la

Única que en el seno del Tribunal a que nos venimos refiriendo actúa como instancia de casación; examina los recursos de queja y apelación contra las sentencias, acuerdos y resoluciones de los tribunales de las regiones militares, agrupaciones de ejército, flotas y ejércitos especiales. Esto proviene de que las sentencias y resoluciones, en primera instancia, de los tribunales supremos de las Repúblicas federadas son, de acuerdo con la ley, definitivas e inapelables.

Por lo que respecta a la revisión, por vía de casación, de los fallos y resoluciones de otros tribunales, se realiza por los correspondientes tribunales territoriales, regionales o de las regiones autónomas y por los tribunales supremos de las Repúblicas federadas y autónomas.

"...En calidad de instancia revisora (con carácter de inspección) de las sentencias y resoluciones que hayan entrado en vigor, el Tribunal Supremo de la U.R.S.S., según el reglamento actúa de la siguiente forma: las salas y el Pleno del mencionado tribunal pueden examinar las protestas del Presidente del Tribunal supremo de la U.R.S.S. y del Fiscal general de la U.R.S.S. contra las resoluciones, sentencias y fallos de los tribunales supremos de las repúblicas federadas, cuando tales decisiones estén en contradicción con las leyes de la Unión Soviética o lesionen los intereses de otras repúblicas federadas. La revisión de las decisiones de los presidentes de los tribunales supremos de las repúblicas federadas puede realizarse únicamente por el Pleno del Tribunal Supremo de la U.R.S.S. y no por sus salas. Esta limitación de las funciones inspectoras del Tribunal supremo de la U.R.S.S. pone de manifiesto la tendencia peculiar de toda la legislación soviética a ampliar los derechos soberanos de las repúblicas federadas, incluso en la administración de justicia. Al propio tiempo, esta reducción de la labor del Tribunal supremo en cuanto a la inspección judicial, permite al mismo tiempo concentrar su atención en el estudio de la práctica forense. En caso necesario, después de tal estudio, el Pleno del Tribunal supremo de la U.R.S.S. da instrucciones aclaratorias a los tribunales sobre la forma de aplicar las leyes al entender las causas y pleitos..." (30).

Por otra parte, de acuerdo con la ley, "...el Fiscal general de la U.R.S.S., el Presidente del Tribunal supremo de la U.R.S.S., sus substitutes, el Fiscal-Jefe de "

las Fuerzas Armadas y el Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal superior de la U.R.S.S., en los límites de su competencia, tienen derecho a suspender el cumplimiento de la sentencia, el acuerdo o la decisión que hayan sido protestados de cualquier tribunal de la Unión Soviética, de las repúblicas federadas y autónomas hasta que se resuelva el asunto por vía de revisión. Igual derecho, con respecto a la sentencia, el acuerdo o la disposición protestados de cualquier tribunal de una república federada y de las repúblicas autónomas que forman parte de ella tienen el Fiscal y el Presidente del Tribunal supremo de dicha república..."(31).

6.- Una Vía de Recurso Extraordinario: El control judicial:

Existe en la organización judicial soviética una vía de recurso de un carácter muy particular, llamada el control judicial. Puede ser ejercida ante el Tribunal supremo de la U.R.S.S. por su Presidente y por el Procurador General de la U.R.S.S. contra todas las decisiones que hubieran adquirido el carácter de cosa juzgada y no importa de qué jurisdicción de la U.R.S.S. procedan. Pero esta forma de recurso ha sido generalizada con la formación de presidiums en el seno de los tribunales supremos de las repúblicas federadas y autónomas y de los tribunales territoriales, de región o de región autónoma, a partir del Decreto del Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S. de fecha 18 de agosto de 1954. En los términos de este Decreto, y en todos los tribunales citados con antelación, se ha constituido un presidium integrado por el presidente del tribunal, vicepresidentes y de dos miembros del tribunal.

El Presidium del Tribunal supremo de una república federada está encargado de examinar -por vía de control- sobre la apelación del presidente del Tribunal supremo de la U.R.S.S., del Procurador General de la U.R.S.S., del Presidente del tribunal de la república federada, del Procurador de esta misma república o de sus sustitutos, las decisiones civiles o penales pronunciadas por las salas de este tribunal supremo.

El Presidium del Tribunal supremo de una república autónoma, de un tribunal de territorio de región o de región autónoma examinará de la misma manera las decisiones

civiles o penales pronunciadas por las salas de los mencionados tribunales así como las decisiones, que hubieran entrado en vigor de los tribunales populares después de que estas decisiones le hubieran sido sometidas a través de una apelación del Procurador de la república autónoma, del territorio, de la región o de la región autónoma o del presidente de una de las jurisdicciones anteriormente mencionadas.

Las resoluciones pronunciadas por los antes dichos Presidiums pueden, a su vez, ser el objeto, para los tribunales supremos de las repúblicas federadas, de una apelación del Procurador general de la U.I.S.S. y del presidente del tribunal supremo de la U.I.S.S. ante la sala competente de este tribunal y, para los otros tribunales más altos aludidos, de una apelación del Procurador de la república federada y del Presidente del tribunal supremo de esa misma república ante la sala competente del tribunal supremo de la república federada.

H. Característica Esencial del Procedimiento Soviético.

Podría decirse que, cuando menos en teoría, de acuerdo con lo anteriormente asentado en pasados incisos, que el procedimiento soviético reviste caracteres fundamentales que podría sintetizarse en dos: la repulsa del formalismo y el carácter activo de la participación del tribunal en el despacho de los asuntos concernientes a la justicia.

El último texto u obra de procedimiento promulgado es el llamado Fundamentos del Procedimiento Civil, que entró en vigor el 10. de mayo de 1962 y que precisa entre otras disposiciones de orden general lo mejor del espíritu de la legislación soviética: el tribunal está obligado, sin limitarse a los objetos y las explicaciones abundantes, de tomar todas las medidas previstas por la Ley para hacer la luz en el detalle completamente y objetivamente, sobre las circunstancias reales del asunto, sobre los derechos y las obligaciones de las partes. El tribunal debe explicar a las personas que son partes en el proceso sus derechos y obligaciones, prevenirlos las consecuencias del cumplimiento o del incumplimiento de los actos del procedimiento y acudir en su ayuda en el ejercicio de sus derechos.

El tribunal, de acuerdo con el artículo 21 de dichos fundamentos no acepta ni desistimiento de la acción del demandante ni conformidad del defensor y no ratifica ningún acuerdo arribable de las partes, si estos actos le parecen disimular o favorecer la violación de un derecho o de un interés protegido por la ley.

I.- Los Organismos Arbitrales.

En un país de economía planificada, es muy natural que la mayor parte de los litigios que puedan surgir como consecuencia de las relaciones contractuales o de otro tipo entre establecimientos públicos y empresas estatales, sean sometidos al exámen y a la decisión de organismos especiales de arbitraje público, afirma Jacques Bellon, en su estudio titulado "El Derecho Soviético". Y, de hecho expresa el propio autor, los conflictos de intereses materiales entre establecimientos o empresas del estado no pueden menos que traer consigo incidencias más o menos directas, más o menos graves, sobre el conjunto de medidas económicas trazadas originalmente por el "Plan" a desarrollarse. La no ejecución por una empresa de sus compromisos puede tener por efecto desorganizar todo un sector de la economía. Se necesita entonces, para limitar al máximo los inconvenientes de una falla tal, tener recursos de acceso a los técnicos que, por definición, estarán más en condiciones de resolver el problema que les será sometido que los asesores populares o los mismos jueces, y sabrán escoger mejor la solución técnica apropiada a las circunstancias de la causa. Es necesario al mismo tiempo que los árbitros de una situación tal estén aptos para tomar, eventualmente, todas las medidas que se revelen indispensables para restablecer el buen funcionamiento de conjunto de este sector del Plan, indica Bellon.

Es obvio que para responder a tales exigencias, el organismo de arbitraje que tendrá la facultad de intervenir en los conflictos suscitados, se definirá menos por su carácter jurisdiccional que por su carácter operacional o funcional, dependiente de los órganos administrativos y ejecutivos. Es la razón por la cual las comisiones de arbitraje existentes en los principales organismos centrales del estado son, frecuentemente, consideradas como verdaderos departamentos ministeriales.

Haciendo una síntesis de las diferentes clases de arbitraje en vigor en la U.R.S.S., podemos distinguir entre arbitraje de estado y el arbitraje llamado de servicio; el primero, es el competente para resolver los litigios surgidos entre organismos dependientes de varios ministerios y el segundo, para conocer de los conflictos que surgen entre servicios dependientes de una mismo ministerio.

El arbitraje de estado comprende tres organismos. El primero funciona vinculado estrechamente al Consejo de ministros de la U.R.S.S. Debe entender de los litigios en los cuales una de las partes es una empresa o un servicio que funciona en toda la Unión Soviética o en los cuales las partes ejercen su actividad en dos repúblicas diferentes; el segundo, funciona vinculado a los gobiernos de las diferentes repúblicas socialistas y conoce de los asuntos que conciernen a un servicio que interesa a toda la república o los servicios o empresas ubicados en dos provincias diferentes de la misma república; el tercero, por último, está constituido por las comisiones regionales de arbitraje a quienes, por exclusión, les son sometidos otros casos. El presidente del primero de estos organismos es decir, del que funciona ligado al Consejo de ministros de la U.R.S.S., es el árbitro principal en la Unión Soviética y ejerce sobre todas las decisiones emanadas de todas las categorías de arbitraje un poder de control que se puede comparar con el del cual dispone el presidente del Tribunal Supremo de la U.R.S.S. sobre todas las decisiones pronunciadas por todas las jurisdicciones de la Unión Soviética. Puede, inclusive, promulgar, para el uso de todos los organismos de arbitraje existentes en la U.R.S.S., directivas o pautas a seguir, análogas a las que publica, con el mismo espíritu de unificación de la jurisprudencia, el Pleno del Tribunal Supremo de la U.R.S.S. Aún más, el Presidente de la Comisión de Arbitraje del Estado es el que designa, escogiendo entre los expertos que la componen, el que será encargado de resolver en definitiva en su calidad de árbitro, el litigio que se hubiere planteado a la Comisión. Los expertos no son electos, como los jueces, sino designados por las autoridades administrativas que correspondan a la importancia de la categoría del organismo arbitral. Las reglas que siguen, en cuanto a la forma, son las establecidas por el Código de Procedimientos Civiles y, en cuanto al fondo, las del Derecho civil.

Una de las formas de arbitraje practicadas en la --

U.R.S.S. más conocida en los países de occidente, es la que existe en materia de comercio con el extranjero.

Un decreto del Consejo de Comisarios del Pueblo, dictado desde el 22 de abril de 1918, que el Estado se reservaba el monopolio del comercio exterior y esta decisión se encuentra establecida en forma jurídicamente indubitable - en el artículo 14 de la Constitución de la U.R.S.S. de 1936. De ahí que los asuntos que interesan al comercio exterior, son tratados por dependencias administrativas específicas que son órganos económicos del Estado en escala o de rango federal y a los cuales la ley soviética reconoce el carácter de persona jurídica. En cualquier forma, debe tenerse especialmente en cuenta las características singulares y la limitación establecida respecto de la capacidad de estas personas jurídicas, toda vez que han sido creadas con un fin determinado y siempre en función de los propósitos contenidos en los Planes económicos de la Unión Soviética.

J.- La Procuraduría.

Una de las instituciones fundamentales de la organización judicial soviética, es, sin lugar a duda, la de la Procuraduría o de la Procuración, como algunos autores denominan a esta institución jurídica. Al elaborar un bosquejo de la misma, nos apoyaremos fundamentalmente en el detallado e interesantísimo estudio "La Procuración soviética y los derechos del individuo ante el Estado", del Doctor en Derecho, Dietrich André Loeber, publicado por la Revista Mexicana de Derecho Penal, estudio que tiene el espíritu de determinar cuáles son los órganos instituidos y los procedimientos establecidos con vista a asegurar la protección de los derechos del individuo ante el Estado soviético.

Principiemos por indicar que la Procuración, en tanto que institución jurídica, no es obra propia de la Revolución de octubre de 1917. En efecto, obra de la época zarista -Pedro lo.-, es recuperada para la vida del Derecho por Lenin quien, obviamente, le hace imprimir nuevas características.

La reglamentación detallada de las obligaciones, de los derechos y de la organización de la Procuración se halla contenida en la "Ley orgánica relativa a la fiscaliza-

ción por la Procuración en la URSS, publicada el 24 de mayo de 1955, y denominada a continuación "Ley orgánica". Esta ley reemplaza las anteriores sobre la Procuración de 1922, 1923, 1929 y 1933, habiendo sido completada por una Ordenanza del Presídium del Soviet Supremo de la URSS "sobre la estructura del Órgano central de la Procuración de la URSS", del 7 de abril de 1956.- Los diversos Órganos de la Procuración de la URSS forman "una sola organización centralizada", a cuya cabeza se encuentra el Procurador general de la URSS, al cual están subordinados los otros fiscales, quedando sucesivamente los de rango inferior subordinados a su vez a los de rango superior. El Procurador general asume la dirección de las actividades de los diversos Órganos de la Procuración y ejerce un control sobre su trabajo. Sus Órdenes y Directivas tienen carácter obligatorio..." (32).

En el Capítulo IX de la Constitución de la URSS de 1936, el artículo 113 define de esta manera las funciones del Procurador general de la URSS: "Fiscalización supervisa de la estricta ejecución de las leyes por los ministerios y por las instituciones que de ellos dependen, al igual que por los funcionarios considerados aisladamente, así como por los ciudadanos de la U.R.S.S. Sin embargo, "...el procurador general es, a su vez, responsable ante el Soviet Supremo de la URSS, al que debe de rendir cuentas, y, en el intervalo de las sesiones del mismo, ante el Presídium del Soviet Supremo de la URSS. El Soviet Supremo es "el Órgano superior del poder estatal en la URSS".- El Presídium del Soviet Supremo de la URSS puede anular las Órdenes y directivas del Procurador general cuando "no se hallan de acuerdo con la ley". Esta función del Presídium es similar a la de la Procuración. El Presídium del Soviet Supremo puede ser considerado como la prolongación de la Procuración. El hecho de que este poder sea otorgado al Soviet Supremo, que tiene el ejercicio "exclusivo" del poder legislativo de la URSS, no constituye una anomalía, puesto que el principio de la separación de poderes no está admitido en la teoría constitucional soviética..."(33). Ya hablamos visto en otra parte de este capítulo que dicho Soviet Supremo ejerce funciones judiciales y que su Presídium interpreta, inclusive, las leyes de la Unión Soviética que se encuentran en vigor y puede anular las decisiones y Órdenes del Consejo de Ministros de las Repúblicas de la Unión, si no están de acuerdo con la ley; un sistema semejante existe en las

repúblicas, regiones, distritos, etc. toda vez que las decisiones consideradas apartadas de la ley de los Consejos de ministros de las repúblicas autónomas o de los soviets locales pueden ser anuladas por el Presidium del Soviet Supremo de la república de que se trate.

El sistema de Procuración se integra por un "órgano central" con sede en Moscú, y de una amplia red de dependencias en todo el país. La estructura de dicho órgano central debe ser aprobada por el Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S., encontrándose dividido según las funciones que debe llenar, en secretarías y departamentos. Refiriéndose a tal división en departamentos, el Dr. Dietrich Andre Loeber, se expresa: "...ante todo se encuentra el departamento encargado de la fiscalización general, cuya tarea es velar por el respeto de la ley por parte de los órganos administrativos y de los ciudadanos. La fiscalización es también ejercida por varios departamentos especializados:

1) Sección de investigación; esta Sección es responsable de la fiscalización de las investigaciones llevadas a cabo por la policía y por los "investigadores" agregados a la Procuración.

2) Departamento encargado de la fiscalización de las investigaciones llevadas a cabo por los órganos de seguridad del Estado.

Sobre el trabajo de los tribunales:

3) Departamento encargado de la fiscalización de los procesos criminales juzgados por los tribunales.

4) Departamento encargado de la fiscalización de los procesos civiles juzgados por los tribunales.

Sobre los lugares de detención:

5) Departamento encargado de la fiscalización de los lugares de detención. (34).

Se encuentran comprendidas en la Procuraduría de la U.R.S.S., las dependencias relativas a la Procuración Militar Suprema y la Procuración Suprema de "transportes".

La organización de las dependencias de la Procuraduría en el resto del país sigue los lineamientos de la división administrativa de la U.R.S.S. En primer término, en escala de importancia ascendente se encuentra el distri-

to -rayon, en ruso- y las ciudades. Se encuentran controlados por las dependencias de la Procuraduría del escalón siguiente, es decir, de las regiones, que a su vez son fiscalizadas por los Procuradores de las Repúblicas de la Unión. Las dependencias al nivel de las regiones y de las repúblicas se organizan en forma similar al órgano central, esto es, en departamentos encargados de la fiscalización general y de la fiscalización de las autoridades de investigación, de los tribunales y de los lugares de detención. Al nivel del rayon las funciones correspondientes se dividen ordinariamente entre los diversos Procuradores. Por lo que toca a las dependencias de la Procuración Militar, estas se distribuyen en función de la propia organización de las fuerzas armadas. La estructura de la organización de las dependencias, rangos y clases de personal, al igual que la de los poderes en materia de nombramientos, ascensos y destituciones, se encuentran minuciosamente reglamentados por medio de innumerables decretos y ordenanzas de índole administrativa.

Para comprender como se selecciona y las peculiaridades del trabajo del personal de la institución de que venimos tratando, transcribimos lo que sobre el particular escribe el Dr. Loebner: "Para mejor comprender el trabajo de la Procuración resulta esencial en señalar, aunque sea brevemente los principios que son la base de la política de la misma en materia de personal. Únicamente las personas que han recibido una preparación jurídica superior, es decir, las que tienen un título o diploma de una Escuela de Derecho con categoría de Universidad, se hallan calificadas para ocupar los puestos de fiscales y de jueces de investigación. Las excepciones a esta regla deben estar aprobadas por el Procurador General de la U.R.S.S. Antes de comenzar sus funciones en una Procuración, los licenciados de derecho deben de cumplir un período de práctica de seis meses como "candidate" y, a continuación, hacer el trabajo habitual de un juez investigador durante un año como mínimo. Solamente entonces pueden verse confiar las tareas de fiscal. Por regla general, comienzan por ser nombrados auxiliares de un fiscal de rayon. El trabajo del personal es señalado todos los años por las "Comisiones de Atestación", creadas al escalón de la República y de la región. Los certificados que se entregan juegan un importante papel en los nombramientos, los traslados y los ascensos del personal. El trabajo de cada funcionario es juzgado también en el curso de inspecciones que se verifican a intervalos regulares. Entre los factores tomados en consideración, sobre

sale la "calificación política" y la "abnegación hacia el Partido". Se prevén "medidas de estímulo" por un buen trabajo honesto. Los funcionarios de la Procuración incurrirán en una responsabilidad disciplinaria en caso de negligencia en sus trabajos... los fiscales y jueces investigadores deben de llevar en el ejercicio de sus funciones un uniforme y las insignias de su grado..." (35). Aclaremos en relación con lo último expresado que todos los funcionarios integrantes de la Procuraduría o la Procuración como expresa el traductor del jurista comentado, desde el más alto el Procurador general de la U. S. S. R. que tiene el grado de general de Cuerpo de Ejército, hasta los de más inferior rango, los primeros investigadores o investigadores populares de rayos y de ciudad, que son Teniente o Subteniente, ostentan un determinado grado correspondiente en el Ejército y en los Órganos de seguridad del Estado.

Las funciones de un Procurador soviético -dicen René David y Bellon- son absolutamente más amplias que las de un procurador de Derecho continental o de l'attorney-general de los países de la Common Law -y que las del procurador o fiscal de nuestros sistemas de Derecho iberoamericanos, el de México incluido, agregaríamos nosotros-, y la comparación entre ellos no acude a nuestro espíritu sino en razón de una similitud de nombres y también porque en el número de atribuciones que incumben al procurador soviético se encuentra la que consiste en sostener la acusación pública. Ya habíamos expresado que la Constitución de la U. S. S. R., de 1937 -artículo 113- sirve de base a las funciones de la Procuraduría o Procuración. La Constitución asimismo establece las disposiciones relativas al poder de nombrar fiscales en todos los niveles y el principio de que deben ser independientes de los órganos locales. La Procuración es, como lo establece Loaber desde su fundamento constitucional, guardian de la ley ex-officio.

Las obligaciones de la institución de que nos venimos ocupando pueden dividirse en dos clases: funciones de fiscalización general y funciones de fiscalización particular.

"La Procuración ejerce la fiscalización general de la ejecución de las leyes mediante: los Ministerios, los Departamentos ministeriales, así como a través de las oficinas y empresas que están bajo su subordinación, los órganos ejecutivos de los soviets locales encargados de la "

aplicación de las leyes, las cooperativas y los demás organismos públicos, los funcionarios y los ciudadanos. La Ley orgánica no define mejor los órganos y organismos sometidos a la fiscalización de la Procuración. No obstante, es importante dar mayores precisiones sobre este asunto, teniendo sobre todo en cuenta la estructura y carácter del Estado soviético. En la Unión Soviética, el poder supremo es ejercido por el Soviet Supremo de la URSS en la medida en que se trate de la organización del Estado, y por el Comité Central del Partido Comunista de la Unión Soviética cuando se trata de la organización del Partido. La fiscalización de la legalidad por la Procuración no se extiende a los órganos supremos del Estado. Esto es consecuencia de lo explicado anteriormente, o sea que la propia Procuración es responsable ante el Soviet Supremo de la U.R.S.S. Por otra parte, la Ley orgánica no menciona expresamente más que la fiscalización de ciertos órganos de los "soviets locales". La Constitución de la URSS y las Constituciones de las Repúblicas de la Unión definen como "órganos locales del poder del Estado" a los soviets de los territorios, de las regiones, de las regiones autónomas, de los distritos étnicos, de los rayones, de las ciudades y de los pueblos rurales. De esto se deduce que los soviets de categoría superior - los de las Repúblicas autónomas, los de las Repúblicas de la Unión y el de la URSS - no están sometidos a la fiscalización de la Procuración. Esto está de acuerdo con la terminología empleada en las Constituciones. En efecto, éstas se refieren constantemente al "Soviet Supremo" para designar a los soviets de categoría superior. El control ejercido sobre cada Ministerio individualmente se extiende a todos los Ministerios en todos los escalones, incluso los de la URSS. La Ley orgánica no contiene a este respecto ninguna disposición. La Procuración está también habilitada para fiscalizar la legalidad del trabajo del Ministerio de Control del Estado, pero la cuestión de saber si la Procuración puede controlar la legalidad de las medidas tomadas por los Consejos de ministros de la URSS, de las Repúblicas de la Unión y de las Repúblicas autónomas, aún no está aclarada. La Ley orgánica habilita a la Procuración para fiscalizar la conformidad de las medidas con... (entre otras cosas) "las resoluciones del Consejo de ministros" de la URSS, de las Repúblicas de la Unión y de las Repúblicas autónomas. El hecho de que estas resoluciones deban de servir de referencia al control, parece indicar que la legalidad de las resoluciones de los Consejos de ministros no puede ser discutida. Por otra parte, resulta particularmente importante saber si el Partido Co-

munista puede ser considerado como un "organismo público", sobre el que ejerce su poder de fiscalización la Procuración. La respuesta debe ser negativa. El Partido Comunista no es simplemente uno de los organismos públicos, sino que constituye el "núcleo dirigente de todas las organizaciones de trabajadores, tanto de las sociales como de las estatales". Esta interpretación literal puesta aparte, la estructura del poder en Unión Soviética excluye la posibilidad de la existencia de un órgano administrativo que ejerza sus poderes de fiscalización sobre el Partido Comunista, que pretende ser la fuerza dirigente del país. Esta opinión se ve confirmada por una declaración del Procurador general adjunto de la URSS, hecha en 1955: "Las funciones que incumben a los órganos de la Procuración no pueden ser satisfechas más que a condición de que ésta sea constantemente controlada y dirigida por las organizaciones del Partido... El control constante del Partido sobre el trabajo de la Procuración es tanto más necesaria por cuanto esta última es un órgano muy centralizado y una potente arma en manos del Estado...".- Otra obligación de la Procuración es velar por el respeto de la Ley por parte de los funcionarios, considerados individualmente, y por los ciudadanos. Una de las obligaciones que corresponde a la fiscalización general consiste, sin embargo, en recibir y examinar las demandas formuladas por los individuos que tratan de proteger sus derechos y sus intereses. Además, las demandas juegan igualmente otro papel; a menudo conducen al descubrimiento de prácticas ilegales en el seno de los órganos que están sometidos a la fiscalización general de la Procuración.- La cuestión importante es saber si este poder de acción es consecuencia de una obligación jurídica preexistente. La Ley orgánica no contiene disposiciones expresas sobre este asunto. En su descripción de las funciones de la Procuración, dicha Ley emplea a veces el término "obligación", mas no en todos los casos. Esto debe de explicarse, según parece, por consideraciones de forma y no de fondo, teniendo en cuenta que las funciones respecto a las cuales no se utiliza el término "obligación" no son menos importantes que las otras. La mejor interpretación consistiría en decir que la Procuración tiene la obligación, de acuerdo con la Ley, de descubrir y examinar las violaciones de la legalidad, pero que puede decidir discrecionalmente si toma o no el asunto en consideración. Esta interpretación se ve confirmada por determinados autores soviéticos, los cuales señalan que consideraciones tales como la ausencia de alcance práctico, o la insignificancia

de un asunto, o la imposibilidad de restablecer la legalidad (por ejemplo, a causa del tiempo transcurrido), justifican suficientemente la abstención de la Procuración. Por lo tanto, el principio director de la acción de la Procuración está constituido más por la oportunidad que por la legalidad.- La fiscalización particular se extiende al trabajo de los órganos judiciales, entendidos en el más amplio sentido de la palabra, es decir: a las autoridades de investigación (policía, jueces, investigadores, órganos de seguridad del Estado); a los tribunales de todos los grados (tribunales civiles, criminales y militares); a los órganos administrativos de los lugares de detención.- La Procuración, pues, goza de competencia para examinar si la legalidad es respetada por esos órganos, por ejemplo, si alguien es detenido o encarcelado ilegalmente, si se utilizan métodos ilegales durante la investigación y si las sentencias están bien motivadas.- La fiscalización ejercida por la Procuración toma variadas formas; sanciona las detenciones, homologa las actas de acusación, visita los lugares de detención preventiva en que se hallan encerradas las personas interrogadas y controla los asuntos en curso de instrucción. Reglamentos de carácter interior determinan los plazos en los cuales debe proceder la Procuración a estos controles..." (36).

En relación con las facultades que tiene la Procuraduría soviética para cumplir con sus obligaciones, ya sea en función de fiscalización general o particular, podemos agruparlas en dos tipos: medidas tomadas para descubrir violaciones a la ley y medidas tomadas para obtener la reparación de tales violaciones una vez descubiertas.

Las medidas de fiscalización general que puede tomar la Procuración para obtener el respeto a la ley por los funcionarios considerados individualmente, así como por los ciudadanos, son relativamente de carácter discrecional; generalmente implican el examen de las demandas y de las explicaciones personales dadas por los funcionarios y ciudadanos, al igual que la obtención de cualquier información relacionada con la violación. Las medidas que puede tomar la institución en el caso de violación de la ley por órganos del Estado y por los organismos públicos, se encuentran establecidas en la ley orgánica, pudiendo expresarse estriban en síntesis en: recibir el texto de las órdenes, directivas, decisiones, etc. con vista a asegurarse de que se encuentran de acuerdo con la Ley; pedir le sean-

presentados los documentos e informaciones necesarias y dadas las explicaciones correspondientes y, pedir que los directores de los organismos de que se trate establezcan los controles necesarios en las oficinas que de los mismos dependan.

Descubierta una violación de la ley, la Procuración puede acudir a tres tipos de medios a fin de repararla: elevar una protesta, hacer una propuesta o iniciar una acción penal, civil, administrativa o disciplinaria contra el autor de dicha violación.

El acta de protesta es la forma de acción principal vinculada a descubrir las violaciones de la ley en el trabajo de los órganos administrativos o de los organismos públicos; se dirige a la autoridad responsable de la violación o a su superior, pudiendo ser elevada mientras la medida ilegal no haya sido revocada oficialmente. La protesta indica Loeber tiene un efecto suspensivo, es decir, que la medida contra la cual se ha elevado la protesta no puede tener efecto jurídico mientras no se halla tomado una decisión respecto a la protesta. Los problemas que esta regla plantea no son tratados en los reglamentos administrativos ni en las obras de Derecho. Además, en la práctica, resulta a menudo imposible restablecer la situación anterior, si la medida ha sido ejecutada antes incluso de que se hubiese elevado una protesta contra ella, como, por ejemplo, en el caso de una expulsión, de un reparto de porción de tierra cultivada individualmente en los kolхозes, etc. (37).

Si la protesta no es examinada en el plazo previsto, el fiscal que ha elevado la protesta se dirigirá a la Procuración inmediatamente superior, haciendo lo mismo en el caso de que la propuesta hubiera sido rechazada; en el primer caso, se pide a la autoridad superior anule la medida protestada, en el segundo, protestando contra la decisión que rechazó la primera protesta.

La propuesta constituye —dice Loeber— un medio de acción menos oficial, destinado a reparar las violaciones de la Ley y a suprimir las causas que originan tales violaciones. Se diferencia de la protesta, en que no tiene como ésta efectos suspensivos; otra diferencia estriba en que no solamente puede ser hecha a consecuencia de una violación de la Ley, sino igualmente con el propósito de evitar nuevas violaciones. Tanto la propuesta como la protes-

ta deban ser examinadas en el plazo fijado, estando obligado para el efecto el organismo al cual fueron dirigidas.

El fiscal puede emprender una acción criminal, civil, administrativa o disciplinaria contra los ciudadanos o funcionarios que han violado la Ley. Equivalen a propuestas dirigidas a los órganos disciplinarios tendientes a que la acción sea emprendida.

En el terreno de la fiscalización particular, los medios de acción de la Procuración son los mismos que para la fiscalización general: la protesta, la propuesta y la acción judicial, si bien los derechos concedidos para descubrir y reparar las violaciones son más variados y se encuentran mejor definidos. "... El fiscal debe controlar la instrucción de todo asunto particular. Puede dirigir directivas a los órganos que llevan a cabo la investigación policial y la instrucción judicial, para pedirles, por ejemplo, procedan a un suplemento de encuesta o a tal o cual acto particular de instrucción. Puede pedir comunicación de los expedientes y otros informes recogidos sobre los crímenes cometidos. Igualmente tiene el poder de conducir personalmente la investigación y trasladar el expediente de un asunto de un órgano a otro "con el objeto de obtener una instrucción más completa y objetiva del asunto"... puede proceder a toda clase de controles y a trasladar el expediente de los asuntos, incluso de aquellos cuya investigación fué emprendida por los órganos de seguridad del Estado... Además, la Procuración puede revocar a un juez investigador o a la persona que lleva a cabo la investigación policial (más no a un funcionario de los órganos de seguridad del Estado), si ésta o aquél han permitido que se produjese durante la investigación una violación de la Ley... tiene competencia para anular las decisiones ilegales e infundadas de las autoridades de la instrucción, como, por ejemplo, liberar las personas ilegalmente detenidas o reformar la decisión de detener la acción en justicia. Este derecho tiene mayor alcance que una protesta, la cual tiende simplemente a pedir la anulación de una decisión. "Todas las directivas tomadas por la Procuración tienen fuerza de Ley." Al tener en cuenta estos amplios poderes de la Procuración, no hay que perder de vista que los jueces investigadores se hallan subordinados, del punto de vista administrativo, a la misma. Esto, empero, no es así por lo que se refiere a la policía y a los órganos de seguridad del Estado, que desde el punto de vista administra

tivo son independientes de la Procuración". (38).

Por cuanto se refiere a las relaciones existentes entre la llamada Procuración y los tribunales, la primera tiene el derecho -el más importante- de poder reclamar a todo Órgano judicial, a efecto de obtener revisión de oficio, todo asunto civil o criminal. Esto es válido, inclusive, en los casos en que la sentencia ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

La Procuración puede "protestar contra los veredictos, sentencias y decisiones ilegales y no motivados". Tal propuesta cumple una función semejante a la de la apelación interpuesta por una de las partes del asunto: efectivamente, en este caso el proceso es juzgado de nuevo por un Tribunal superior. Existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre la apelación y la protesta: mientras ésta se eleva contra los veredictos y las sentencias que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, aquella está destinada a permitir un nuevo exámen jurídico del proceso que aún no está terminado. Este poder de protestar constituye el elemento fundamental y característico de la fiscalización de los tribunales por parte de la Procuración. El derecho a elevar una protesta está reservado a los fiscales de regiones y a sus superiores. Los fiscales de categoría inferior han recibido instrucciones de someter a los Órganos que les son superiores "propuestas" de protestas. El Procurador general de la URSS y los de las Repúblicas de la Unión, pueden ordenar que la ejecución de las decisiones que son motivo de protesta sea suspendida durante el tiempo consagrado al exámen de las mismas". (39).

Las facultades inherentes a la Procuración para protestar respecto de sentencias de los tribunales que se estimen ilegales que han adquirido autoridad de cosa juzgada, indiscutiblemente constituyen una nota particularísima del Derecho soviético que no encontraremos -como se hiciera notar- en las conferidas al attorney general de los países del Common Law, ni atribuidas a los fiscales o procuradores de justicia de los sistemas romanistas e iberoamericanos; en el Derecho mexicano, para hablar de uno de los componentes de los integrantes del sistema de Derechos citado en último término, las atribuciones de la Procuraduría -tanto del ramo federal como local-, debidamente limitadas y especificadas por la ley, no pueden --

operar en forma alguna respecto de los fallos de los tribunales, de la índole que sean, que han adquirido el carácter de cosa juzgada: las sentencias adquieren tal firmeza legal que solamente un acto potestativo administrativo del titular del Ejecutivo local o federal -indulto- en los específicos casos establecidos en las Constituciones y disposiciones reglamentarias, puede hacer dejar de que produzcan los efectos jurídicos vinculados a la sentencia tales fallos. La institución jurídica de la "protesta" - del Derecho soviético y sus efectos de hacer revisar nuevamente un proceso en el que se ha dictado resolución con carácter de cosa juzgada y las facultades conferidas al Procurador general de la URSS y los de las Repúblicas de la Unión de hacer suspender la ejecución de tales sentencias motivo de protesta, entretanto se examina ésta, no tienen equivalencia, siquiera sea en forma aproximada, ni en nuestro sistema jurídico adjetivo, ni en las normas jurídicas regulativas del funcionamiento de nuestra institución del Ministerio Público.

Empero, "...la Procuración cumple en el dominio judicial funciones que son más familiares a los juristas de otros países. El fiscal participa en los debates judiciales de los procesos criminales y civiles, y comunica al Tribunal su parecer sobre los problemas jurídicos planteados durante el proceso. Es el defensor del interés general en los procesos criminales, y puede emprender una acción civil o sostenerla si el interés general, los intereses del Estado o los derechos no protegidos de los ciudadanos se hallan en juego. Puede interponer recurso contra las sentencias pronunciadas, de la misma manera que una de las partes en el proceso civil o un condenado en el proceso criminal.- Además, la Procuración se ve confiar ciertos derechos y funciones de los cuales no benefician las otras partes en un proceso. Estos derechos y funciones son, de hecho, de orden judicial, como el derecho de decidir sobre el curso a dar a las peticiones de revisión de un proceso, o el poder de controlar la ejecución de las sentencias". (40).

Independientemente de las protestas, la Procuración puede hacer propuestas referidas al trabajo de los tribunales.

Los ciudadanos tienen derecho de dirigirse a la Procuración en forma personal -derecho de demanda-, en los "

casos en que estimen que el Estado ha violado sus derechos. No existe propiamente condición especial alguna para presentar demandas a la Procuración, pudiendo ser presentadas en cualquier Procuraduría, oralmente o por escrito. No existen requisitos de forma especiales respecto a las demandas presentadas a la Procuraduría, incluso si se trata de sentencias que han adquirido autoridad de cosa juzgada, pero, en cuanto al fondo, aún cuando no hay especial restricción impuesta, puede decirse que el derecho de demanda solamente se extiende a las cuestiones que son competencia de la Procuración, de tal manera que las decisiones del Partido Comunista de la URSS o las leyes aprobadas por los Soviets Supremos no pueden ser discutidas mediante una demanda dirigida a la Procuración. Puede decirse que, en términos generales, la materia de las demandas de que se trata se refiere a intereses materiales: problemas en los koljoses, del trabajo, del alejamiento, de sanciones disciplinarias, etc., en el caso de que exista un procedimiento ordinario, administrativo o judicial para dirimir si ha existido la violación a los derechos del demandante, la demanda presentada ante la Procuración no se rechaza, pero la institución -en la práctica- se abstendrá de actuar si el procedimiento ya ha sido iniciado y no ha concluido; únicamente controlará el asunto si estima es bastante importante y fiscalizará los debates a fin de tomar las medidas apropiadas una vez finalizados. En el caso de que no se hubiera iniciado por el demandante el procedimiento posible, la Procuraduría puede a) indicar al demandante la vía ordinaria, sea administrativa o judicial; b) emprender ella misma el procedimiento, si la Ley le confiere ese derecho y, c) tomar las medidas necesarias respecto al acto base de la demanda y dirigir directamente al órgano responsable una propuesta o, iniciar las diligencias contra los que se hicieran culpables de la violación de la Ley; esto último no acontece en la práctica a efecto de evitar conflictos entre el órgano ordinario competente y la Procuración. Hace notar Loeber que no exista precisamente una regla que determine que las vías de recurso ordinario deben agotarse antes de presentar demanda a la Procuración. Si ésta rechaza la demanda, el demandante puede enviar su demanda a la sección de la Procuración inmediatamente superior, y así sucesivamente hasta el Procurador general de la U.R.S.S., o, promover la correspondiente acción ordinaria administrativa o judicial, si existiendo en la legislación no han sido previamente agotadas.

Se encuentran establecidas reglas tendientes a desahogar la tramitación de las demandas presentadas, comprendiendo tales reglas internas las fases de registro de la demanda, examen, decisión adoptada, comunicación al demandante del resultado y control del examen de las demandas. Loobar escribe que las demandas pertenecientes a ciertas categorías son objeto de un control especial. Expresa: "Las demandas que deben recibir un trato de favor especial son:

1) Las dirigidas por los órganos dirigentes del Partido y del Estado, como el Comité Central del Partido Comunista de la Unión Soviética, el Consejo de Ministros de la URSS y de las Repúblicas de la Unión, los diputados del Soviet Supremo de la URSS y de las Repúblicas de la Unión, la Procuración de la URSS con la firma del Procurador general y de los de las Repúblicas de la Unión o de sus adjuntos;

2) Redacciones de los periódicos;

3) Miembros de las fuerzas armadas y sus familias, res, inválidos o soldados desmovilizados;

4) Las que contienen informaciones referentes a "graves violaciones" de la legalidad.

Estas demandas deben ser separadas de las demás y tienen que ser inscritas en fichas especiales de control".

Por cuanto se refiere a la decisión sobre las demandas, concretemos indicando que, de no ser rechazadas, la Procuraduría puede, para darle curso, tomar las siguientes decisiones: elevar una protesta, hacer una propuesta o emprender diligencias judiciales contra las personas responsables de la violación a la Ley. Asimismo puede el fiscal dirigirse por escrito u oralmente al órgano de donde procede la medida impugnada en la protesta.

Hace notar el autor a que nos hemos venido refiriendo que la naturaleza jurídica de las demandas presentadas ante la Procuraduría soviética, no corresponde precisamente al tipo de demandas o recursos de carácter contencioso - como puede denominarse en términos de Derecho comparado administrativo al derecho subjetivo conferido por la Ley, a los cuales recae una decisión tomada después de haberse agotado las formalidades del procedimiento contencioso, previsto por el propio orden jurídico en forma tal que establece una semejanza de equilibrio entre el demandante y el órgano del que emana la medida inculminada-, sino a lo que se denomina demanda oficiosa

o petición de gracia, que no permite al demandante emprender una acción judicial, propiamente dicha, limitándose a dar una información y sin que esté asegurado jurídicamente de que el recurso intentado será seguido de una decisión. Sobre el particular escribe Loobar: "...Efectivamente, el demandante no tiene derecho a emprender una acción contenciosa para lograr que su demanda sea objeto de una decisión. La garantía del examen justo de las demandas, consiste más bien en el poder de los Procuradores superiores de controlar a sus subordinados. Este control tiene por objeto permitir a los Procuradores públicos el que se aseguren en el examen de las demandas, respecto de las reglas internas. Si estas reglas son violadas, el demandante puede dirigirse a la Procuración inmediata superior para solicitar encarecidamente el ejercicio más estricto de la fiscalización administrativa. Los caracteres officiosos y voluntarios de la demanda quedan demostrados por el hecho de que no tiene efecto suspensivo y que tampoco tiene como consecuencia el envío de la demanda en cuestión a una autoridad superior. Pueden citarse otros dos caracteres de la demanda dirigida a la Procuración, para demostrar que aquella debe ser calificada entre las peticiones de gracia. Es de señalar, ante todo, que el plazo en que debe ser tomada la decisión es sólo relativo... puede ser prolongado si la demanda precisa un examen prolongado. Es la sola Procuración la que decide si es necesario o no. En segundo lugar, todas las demandas no son objeto del mismo trato. Existe, efectivamente, una categoría particular de demandas que, de acuerdo con las reglas internas de la Procuración, deben gozar de un trato de favor... El principio de igualdad ante la justicia no es pues aplicado al demandante, de una parte, y al órgano del Estado interesado, de otra". (42).

Antes de proceder a hacer una evaluación de lo que ha significado y significa la Procuraduría soviética, en relación con la protección de los derechos de los individuos ante el Estado, consideramos pertinente detenernos un instante a analizar o recordar anteriores análisis relativos a un aspecto singular del Derecho soviético. Nos referimos al principio vigente de la unidad de poderes, en oposición al principio imperante en los sistemas de Derecho romanos, romanistas, iberoamericanos y del Common Law, el de la separación de poderes. La explicación sobre este particular y un breve comentario respecto de los otros procedimientos u órganos a los que puede acudir el

ciudadano soviético para la defensa de sus derechos ante la posibilidad de violación de los mismos, puede ayudarnos a entender mejor el sentido y la importancia que tienen las funciones sobre el particular de la Procuraduría o Procuración soviética y el por qué le hayamos concedido tan especial importancia en este breve estudio de algunos aspectos del aludido Derecho.

Decíamos en otra parte de este trabajo que el Derecho soviético tiene su fundamento en los principios del marxismo-leninismo, según sus panegiristas, o, como consideramos que puede expresarse sin error, la interpretación del marxismo-leninismo hecha en la U.R.S.S. ha tenido bastante influencia en determinados aspectos de la estructura general del precitado Derecho.

Uno de los aspectos que singularizan al orden jurídico soviético y en que se encuentra palpablemente la influencia del pensamiento marxista-leninista se refiere -como ya se aludiera- a la organización misma del poder del Estado. En tanto que en los países encuadrados en los sistemas de Derecho a que nos referíamos impera el principio cardinal de la separación de poderes, considerándose que en interés de la libertad es menester establecer cierto equilibrio entre los tradicionales poderes legislativo, ejecutivo y judicial, estimándose que al limitarse y controlarse recíprocamente tales poderes, los derechos esenciales que se reconocen a los individuos se encontrarán por eso mismo salvaguardados de las arbitrariedades de los gobernantes, otra cosa muy distinta acontece en la organización de poder de la U.R.S.S. Sobre este particular escribe René David: "...El marxismo-leninismo parte de un punto de vista absolutamente opuesto al de los países burgueses. A los ojos de los teóricos del marxismo-leninismo el principio de la separación de poderes constituye un obstáculo inadmisiblemente a la soberanía popular. Los derechos del hombre no pueden encontrar su garantía en ese principio; como tampoco en ninguna receta jurídica; su respeto no puede estar asegurado realmente más que por la realización de una sociedad igualitaria. También la democracia, en vez de ser un principio político de gobierno, se ofrece como una estructura económica y social; logrando la igualdad de condición económica de los ciudadanos es como puede asegurarse efectivamente, y sólo de ese modo, las libertades de los ciudadanos. El principio de separación de poderes, ineficaz para garantizarlas, es con-

denable en sí mismo, en cuanto que supone limitar y restringir la soberanía del pueblo.- Una vez admitidas esas premisas el principio que debe aceptarse, por el contrario, es el de la unidad de los poderes, y tal es, en efecto, el principio básico al que se apoya la Constitución staliniana de 1936. La Ley, el Derecho, la Orden, la Circular ministerial no figuran en el Derecho soviético como actos reglamentarios rigurosamente jerarquizados, cada uno de los cuales tiene un valor obligatorio necesariamente superior al que le sigue. La distinción entre ellos, en la medida que se ha conservado, sólo tiene un valor de principio y sólo responde en todo caso a razones de conveniencia o de buena administración, pero no tiene un valor absoluto y no se impone como en los países burgueses. El Presidium del Soviet Supremo ha podido realizar en octubre de 1945 ciertas modificaciones en la Constitución de la U.R.S.S. (artículos 135, 34 y 35), sin respetar las disposiciones del art. 146 de la misma, en que se establece el procedimiento para las reformas de la Constitución, y el Soviet Supremo ratificó los Decretos del Presidium. No ha de considerarse como absolutamente imposible que un Derecho del Presidium del Soviet Supremo pueda ir contra una ley o que una simple circular ministerial sea contraria a un Derecho. La misma imprecisión de la terminología jurídica rusa referente a estos diversos actos muestra con claridad que su respectivo valor está confundido en la mente de los juristas soviéticos, a pesar de todos los esfuerzos que hacen algunos para aportar más claridad en este punto". (43).

Lo anterior se vincula, entre otras cosas en el Derecho soviético, con el establecimiento de la Procuraduría, como uno de los medios de que dispone el individuo para asegurar la protección de sus derechos ante el Estado. Veamos este aspecto de tal institución.

Es comúnmente aceptado que el individuo tiene ciertos derechos esenciales -los que se refieren a la protección de la vida, de la familia, de los bienes personales del individuo, aun cuando pueda variar el campo de aplicación o amplitud de los mismos- ante el Estado, de carácter inalienable. Esto es reconocido, no solamente por la doctrina constitucional no soviética, como por la soviética. Empero, existen fundamentales diferencias en lo que respecta a los órganos constituidos y al procedimiento establecido para salvaguardar tales derechos, prin

principalmente en el caso de que sea atribuible a algún órgano del Estado la vulneración de tales derechos o, en otras palabras, a quien debe conferírsele poder para cuidar del restablecimiento de tales derechos violados. Son posibles tres tipos de organización o medios para tal fin.: En primer término, el poder es otorgado al individuo: la justicia es propia mano, podría decirse, con todas las consecuencias que históricamente se ha tratado de eliminar precisamente a través del orden jurídico; en segundo término, el poder se otorga al propio Estado y, en tercero, se confía la protección de los derechos a un tercer órgano independiente. A este respecto, Dietrich y Andre Loeber escriben: "Por lo general se considera que el más apropiado para resolver estos problemas es un tercer órgano independiente: el tribunal. El punto de vista es distinto en los países de tipo soviético. Tiene por fundamento la creencia de que no puede existir en la sociedad un órgano "independiente", salvo si este no está dividido en clases. Todo órgano que ejerza un poder soberano, bien sea el Estado u otro cuerpo, servirá inevitablemente -dicen- los intereses de una u otra clase. La teoría soviética no ve, prácticamente, diferencia alguna entre el sistema de protección de los derechos del individuo por el Estado o por un tercer órgano, cual un Tribunal. En efecto, de todas las maneras este órgano servirá a los intereses de la clase dirigente y actuará en detrimento de las clases oprimidas. La consecuencia es que, saber qué órgano está encargado de la protección de los derechos del individuo resulta una cuestión de oportunidad y no de principio". (44).

De acuerdo con el sistema jurídico soviético, el individuo dispone de cuatro medios diferentes para asegurar la protección de sus derechos ante el Estado. Tales medios son: a) el Tribunal; b) la vía administrativa; c) el Partido y, d) la Procuración o Procuraduría. Loeber antes de proceder a estudiar minuciosamente a lo que llama Procuración o, para mejor decir, lo que su traductor denomina como tal-, verifica breve estudio de los tres primeros medios, concluyendo que ni los Tribunales a través de sus procedimientos civil y criminal a los que en ciertas circunstancias establecidas puede recurrir el ciudadano-, ni la vía administrativa -mediante querrela-, ni la protección por medio del Partido Comunista -a través de sus recomendaciones-, constituyen, en verdad, instrumentos eficaces para asegurar los derechos individuales -

violados por órganos del Estado. Literalmente termina su estudio al respecto indicando: "En resumen, parece que -- los procedimientos existentes en el seno del Partido y -- sobre el plano jurídico para asegurar la protección del -- individuo contra la violación de sus derechos por el Esta-- do y por otras autoridades oficiales, sólo tienen un cam-- po de aplicación limitado. La protección jurídica queda -- reservada a casos estrictamente definidos, mientras el -- Partido sólo ofrece su protección a los miembros del mis-- mo. El único medio de protección que no se halla limita-- do, es el derecho de dirigir demandas por vía administra-- tiva. Este derecho, empero, no es ejecutable por el indi-- viduo. La protección del individuo que incumbe a la Procu-- ración presenta, pues, una importancia muy particular.."^W (45).

Antes de proceder a verificar la evaluación de -- la actividad de la Procuraduría o Procuración soviética, -- insistamos en un punto que debe quedar suficientemente -- claro. La procuraduría, en algunos aspectos -- representa-- ción del interés general en los procesos penales, persona-- lidad y participación en los procesos penales y juicios -- civiles si se halla en juego el interés general, del Esta-- do o cierto tipo de derechos de particulares que se consi-- dera socialmente necesario tutelar: menores, ausentes, -- etc., guarda cierta similitud funcional o competencial -- con instituciones análogas de países cuyo Derecho se en-- cuentra dentro de los sistemas iberoamericanos, romanis-- tas e, inclusive, del Common Law; claro está que las seme-- janzas parciales varían de sistema en sistema y hasta de país a país. Sin embargo, la Procuración soviética tiene -- en su esencia misma una nota distintiva, un carácter no -- común a instituciones con funciones semejantes en los as-- pectos funcionales señalados de los países situados fuera del bloque soviético; tal nota distintiva consiste en ser o constituir un órgano específico encargado de hacer res-- petar la Ley: en su doble carácter de guardian ex-officio de la Ley y como guardián de la Ley a causa de las deman-- das que le dirigen los ciudadanos. Con relación al primer tipo general de funciones de la Procuraduría debemos -- asentar que si bien es cierto que instituciones de otros -- países pueden tener entre sus atribuciones la de vigilar -- el estricto cumplimiento del respectivo Derecho, en forma alguna pueden equipararse en su amplitud las funciones -- o facultades que al respecto tienen los correspondientes -- Procuradores o fiscales o attorney general con las que --

tiene *verbi gratia*, el Procurador general de la U.R.S.S., ni son las instituciones de tales países, a diferencia del soviético, específicos guardianes de la Ley; así, por ejemplo, el Ministerio Público Federal en México, merced a la intervención que se le da en los juicios de amparo - capacidad determinada en la fracción XV del artículo 107 Constitucional, fracción V del artículo 5 de la Ley de Amparo y la fracción I de la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal-, puede considerarse, desde este ángulo, como Órgano regulador del procedimiento de control constitucional y vigilante de la legalidad. Pero el hecho señalado no adquiere o reviste las características de importancia de las facultades conferidas al Procurador soviético, toda vez que su papel -el del representante del Ministerio Público Federal en México-, se circunscribe a la materia de juicios de amparo y se encuentra específicamente predeterminado por la Ley -formulación de pedimento, intervención para el cumplimiento de resoluciones definitivas o ejercicio de la acción penal de constituir delito la violación de garantías reconocida en el fallo-, y, además, limitado jurídicamente -opcionalmente- a los casos de interés público. Las posibilidades de intervención legal de la Procuraduría soviética son, desde luego, incommensurablemente más amplias en relación con la fiscalización de la observancia de la Ley soviética, pudiendo expresarse sin hipérbolo que hacen de dicha institución Órgano específico con dicha finalidad. Evidentemente, un juicio relativo a su eficacia, habrá de tomar en cuenta la estructura jurídica que la configura y los propios resultados de su intervención.

Loster, al enjuiciar la actividad de la Procuración soviética en el renglón concerniente al aseguramiento de la protección de los derechos del individuo ante el Estado, concluye indicando que en el pasado -comprendiendo la época staliniana y la etapa inmediatamente subsiguiente hasta 1956-, tal institución dejó de cumplir con su cometido en el aspecto señalado. A esa conclusión llega partiendo del análisis de las leyes y de las ordenanzas expedidas por la propia Procuración, que dan fe de la falta de eficacia en materia de fiscalización de la legalidad "de las Ordenanzas y directivas de los Órganos locales y de las Comisarias del Pueblo"... de que "Los Procuradores... cierran los ojos sobre las medidas y acciones ilegales de los Comités Ejecutivos locales y de los funcionarios, considerados individualmente"...", que el "

procedimiento de examen de las demandas dirigidas contra los investigadores cayó de hecho en desuso y las demandas presentadas eran simplemente clasificadas en un expediente o quedaban sin respuesta en el registro de expedientes...". "...; al igual de que "Tampoco los Procuradores públicos cumplen debidamente su función de fiscalización de las autoridades de investigación. Una comunicación de 1934 señala que: "La conferencia pan-unión de los empleados de tribunales y de la Procuración celebrada en abril de este año (1934)... ha puesto de manifiesto un cierto número de lagunas en el procedimiento anterior a los procesos criminales...Hasta ahora, el defecto mayor de este procedimiento es el de prolongarse de manera excesiva...acarreado largos períodos de privación de la libertad..." "...EN la práctica, los órganos de instrucción descuidan casi por completo el entregar al acusado los documentos referentes a su caso una vez la instrucción terminada, tal como lo prevé la Ley". "Un examen de la práctica cotidiana permite ver que a menudo en los casos más graves, el acta de acusación contiene, en lugar de una declaración oficial precisa... sobre las circunstancias del crimen, consideraciones generales referentes a la política del régimen soviético; a sus realizaciones económicas, a la lucha de clases, etc. ...que a veces nada tienen que ver con el crimen en cuestión". (46).

Loeber escribe, refiriéndose a las causas del fracaso de la Procuración soviética en el pasado, que fue tal la desproporción existente entre la tarea que incumbía a la Procuración y el trabajo que en realidad efectuó, que los propios dirigentes soviéticos se vieron en la necesidad de facilitar una explicación oficial de los incumplimientos. "El argumento sobre el cual se basa la versión oficial es que el fracaso se debe a las nefastas consecuencias del "culto de la personalidad", en voga durante el régimen staliniano... Los argumentos expuestos en la tesis oficial apenas son convincentes por lo que respecta al trabajo de la propia Procuración. Sobre todo no explican de manera satisfactoria el porqué la Procuración ha permanecido pasiva, siendo así que:

" 1) las autoridades de investigación han ejercido, con todo mundo sabe, presiones físicas en el curso de las instrucciones, en violación flagrante del artículo 136 del Código de procedimiento criminal de la URSS".

" 2) el Comité Especial del Ministerio de Asun--
tos Interiores de la URSS ha procedido a deportaciones en
masa de "personas socialmente peligrosas" a campos de tra-
bajo correctivo, de acuerdo con un procedimiento adminis-
trativo -es decir, extrajudicial- que excluye toda posi-
bilidad de defensa. Esta actuación que se basaba en una -
ley oficialmente adoptada en 1934, fué motivo de groseras
ilegalidades. Por qué la Procuración no intervino enton-
ces, siendo así que dicha ley exigía que el Procurador --
general de la URSS asistiese a las sesiones del citado --
Comité Especial, y que esa ley le otorgaba el derecho de
protestar contra las decisiones tomadas?

3) los prisioneros de los campos de trabajo co--
rrectivo eran privados incluso de esos derechos mínimos -
previstos por los códigos que reglamentaban los campos en
cuestión.- "Podrían citarse otros ejemplos. Pero los men-
cionados bastan para caracterizar los dominios en los cua-
les la represión del régimen staliniano ha provocado ver-
daderos estragos de la manera más flagrante y evidente. -
Los instrumentos de esta represión fueron en numerosas --
ocasiones los órganos de seguridad del Estado. Estos órga-
nos estaban -subrayémoslo- sometidos al control de la Pro-
curación... El hecho de que los Procuradores públicos no
hayan intervenido respecto a los innumerables casos indi-
viduales que se produjeron en todos los grados no fué de-
bido, según se admite, al carácter de los hombres -Stalin
y Beria-, ni a ciertas condiciones fortuitas ... como la -
amenaza de los enemigos internos y externos (trotskistas
y fascistas), sino más bien a la debilidad inherente a la
propia Procuración". (47).

Estamos totalmente de acuerdo con el criterio de
Loeber -expuesto en el párrafo preinserto- de que las cau-
sas de la inoperancia de la Procuraduría soviética en el
paso comprendido entre 1933 a 1956, respecto de la sal-
vaguarda de los derechos individuales frente a los órganos
del Estado, mas que atribuirse al llamado culto de la per-
sonalidad y a la forma en que ejercieron el poder indivi-
duos como Stalin o Beria, ha de explicarse en razón de --
debilidades consubstanciales de la propia estructura ju-
rídica de dicha institución. Dada la estructura y compe-
tencia de la llamada Procuración soviética, que la hace -
ser un apéndice o instrumento de los altos órganos de po-
der del régimen soviético, en forma alguna puede garanti-
zar la protección de los derechos de los individuos res--

pecto de medidas o disposiciones dilatorias de la Ley. -- Pensamos con Loeber: "el carácter de instrumento del régimen de la Procuración se deduce, en primer lugar, de su estrecha dependencia respecto a los dirigentes del Estado y del Partido. Ningún esfuerzo es hecho, por otra parte, para disimular esa dependencia. Por el contrario, es subrayada". (48). En apoyo de la opinión del autor que comentamos --que es la nuestra-- respecto de la aceptación sin reservas de la existencia del principio de la dirección del Partido en las actividades de la Procuraduría Soviética, transcribamos la cita que hace dicho jurista de un fragmento de un artículo de Michutin, Procurador general adjunto de la URSS y de Kalenov, publicado en 1955 en lo que Loeber llama principal revista jurista soviética:

"La tarea que incumbe a los órganos de la Procuración sólo puede ser llevada a cabo si el trabajo de la misma se ejecuta bajo el control constante y la dirección de las organizaciones del Partido. El Partido Comunista es la fuerza dirigente de la sociedad soviética, el núcleo dirigente de todas las organizaciones de trabajadores, tanto sociales como nacionales. Resulta particularmente necesario que el trabajo de la Procuración soviética sea controlado en todo momento por el Partido, puesto que se trate de un organismo muy centralizado que constituye, en manos del Estado, una arma poderosa en la lucha contra los elementos antisoviéticos y en la protección de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos soviéticos". (49).

Técnicamente la dependencia de la Procuraduría soviética respecto de los altos dirigentes del régimen, se expresa por la facultad conferida al Soviet supremo --el órgano más elevado del Estado-- de nombrar y revocar al Procurador general de la URSS, así como en el artículo 36 de los Estatutos del Partido Comunista, que expresa: "el Comité Central guía el trabajo de las organizaciones soviéticas centrales y públicas a través de los grupos del Partido que existen en su seno". Sin embargo, en la práctica la Dependencia de la Procuración soviética se expresa por el hecho de que las medidas adoptadas por los Soviets Supremos y las actividades del Partido Comunista se encuentran al margen de la fiscalización de dicha institución. De esta manera, mal podría actuar la Procuración como protector del individuo contra el Estado; por el carácter de subordinación a que se ha hecho referencia,

la Procuración no podría adoptar una actitud objetiva en los casos de conflicto entre los intereses de los particulares y los del Estado, conflictos cuya resolución es confiada en otros países a un Tribunal independiente de orden judicial. El hecho de que la demanda se puede dirigir el particular a la Procuraduría tenga como naturaleza jurídica la de "petición de gracia", petición cuya ejecución no puede asegurar recurriendo a un organismo independiente, así como el carácter discrecional que tiene la Procuración de aplicar el principio de oportunidad cuando se trata de enmendar las violaciones a la Ley, privan en realidad al individuo de las necesarias garantías jurídicas, en los casos en que pretenda hacer prevalecer sus derechos contra o frente al Estado por medio de la institución multicitada.

Hace observar Loeber que, sin menoscabo de las deficiencias e inconvenientes hechos valer, no debe afirmarse que la protección acordada por la Procuración al individuo contra el Estado sea en todos los casos necesariamente ineficaz. No hay duda expresa que la Procuración "...ha jugado a menudo un papel positivo, participando en los esfuerzos realizados para que todos y en todas partes observen la Ley; incluso puede que esta función sea hoy guía aun mayor. Así ocurre, por ejemplo, en la lucha contra la criminalidad y contra la arbitrariedad de la administración; en casos donde la ignorancia, mezquinos intereses locales o discusiones personales han impedido lograr una decisión justa respecto a una diferencia que opone un ciudadano a Soviet local, o una empresa estatal, o a una organización pública, etc. pertenece al activo de la Procuración el hecho de haber logrado, merced a su intervención anular decisiones injustas...". (50).

Como hace notar el propio autor comentado, la Procuraduría o Procuración soviética por su propia naturaleza, no puede examinar cierto tipo de asuntos que podrían ser calificados de políticos que en alguna forma puedan significar oposición real, pretendida o posible al régimen totalitario instaurado.

Como órgano de protección del individuo contra el Estado, la Procuraduría soviética cuenta en su contra igualmente con las desventajas de ser una organización autoritaria y altamente centralizada, sujeta a la rutina administrativa e indiferente respecto de los resultados

de su actividad. Tal situación prevalecerá -así lo creemos con Loeber- "mientras el examen de las quejas de los individuos contra el Estado y la decisión tomada respecto a las mismas no sean confiados a un Órgano independiente, participando las dos partes -Estado e individuo- en el procedimiento con absoluta igualdad. Tal situación subsistirá asimismo, mientras la estructura de la Procuración no ofrezca como estimulante a sus funcionarios mas que su subordinación jerárquica y ventajas materiales". (51).

Al analizar la situación actual de la Procuraduría soviética, Loeber se muestra acéptico respecto de las mejoras de que hablan los dirigentes soviéticos: aumento de personal, nueva Ley Orgánica, etc.; inclusive examina de las inovaciones de la Ley Orgánica vigente y los nuevos derechos otorgados a la Procuración, tales como el poder de ordenar el traslado de un asunto de un órgano investigador a otro, pudiendo prescindir de los órganos de seguridad estatales, o el de poder dirigir una protesta contra órdenes ilegales de los servicios administrativos de los campos de detención, en vez de las recomendaciones de anulación de tales órdenes, que podía ser únicamente antes de la vigencia de la Ley, considera y con él nosotros, que, en realidad la estructura fundamental de la Procuración permanece sin cambio alguno. Sobre el particular opina: "Las características que en este artículo han sido consideradas como origen de la ineficacia de la Procuración durante el régimen staliniano, existen aun en la ahora actual. Ningún cambio ha habido en los lazos de dependencia de la Procuración con respecto a los órganos supremos del Estado y del Partido. Las decisiones tomadas por estos órganos continúan, efectivamente, sin estar sometidas a la fiscalización de la Procuración. Tan poco se han modificado los principios que permiten a la Procuración actuar por razones de oportunidad y no por motivos de legalidad. Por último, y esto es de vital importancia para el individuo, el derecho de dirigir una demanda a la Procuración, continúa siendo oficioso y no es un derecho ejecutable... sí, a pesar de esto, no deja de ser cierto que la situación del individuo ante el Estado ha mejorado notablemente después de la muerte de Stalin -y las pruebas abundan en este sentido-, parece que esta mejora se debe a un cambio de clima político y no a modificaciones de origen legislativo". (52).

X, ojalá -concluyamos nosotros- que ese cambio -

de clima político de que habla Loeber se acentuó a grado-
tal que en un día no muy lejano tengan viva realización -
en los ahora países soviéticos expresiones tales como -
las de bienestar de los trabajadores, respeto de la ley, -
libertad de los presos políticos, etc., hoy por hoy casi
exclusivamente artículos de exportación y no de consumo -
interno.

Notas Bibliográficas del Capítulo Tercero

- 1.- Castán Tobeñas, José: "Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental", pág. 5. 2a. edición, Editorial Reus, Madrid, 1957.
- 2.- Autor citado. opus cit. págs. 5 y 6.
- 3.- Solá Cañizares, Felipe de: "Introducción al Derecho Comparado". pág. 169.- Centro de Investigaciones Científicas, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona 1954.
- 4.- Castán Tobeñas, José: opus cit. pág. 6.
- 5.- Sarfatti, Mario: "Introducción al Estudio del Derecho Comparado" págs. 88 a 91. Imprenta Universitaria. México 1945.
- 6.- Castán Tobeñas, José: opus cit. págs. 7 y 8.
- 7.- Aut. cit. opus cit. págs. 10 y 11.
- 8.- Solá Cañizares, Felipe de: opus cit. págs. 173 a 176.
- 9.- David, René: "Tratado de Derecho Comparado". págs. 222 a 228. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953.
- 10.- Aut. cit. opus cit. págs. 225 a 230.
- 11.- Aut. cit. opus cit. págs. 222 a 235.
- 12.- David, René: opus cit. págs. 251 a 253.
- 13.- Castán Tobeñas, José: opus cit. págs. 61 a 63.
- 14.- David, René: opus cit. págs. 281 a 282.
- 15.- Radbruch, Günther: "El Espíritu del Derecho Inglés". - pág. 16. Biblioteca Conocimiento del Hombre, Revista de Occidente, S.A. Madrid. 1958.
- 16.- Aut. cit. opus cit. pág. 17.
- 17.- Aut. cit. opus cit. págs. 40 y 41.

- 18.- Pere Raluy José: "La Jurisprudencia ordinaria en Inglaterra y Gales", en "La Organización Judicial en Inglaterra", pág. 11. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Derecho Comparado. Barcelona 1960.
- 19.- David, René: opus cit. págs. 266 y 267.
- 20.- Castán Tobeñas, José: opus cit. pág. 92.
- 21.- David, René: opus cit. pág. 295.
- 22.- Castán Tobeñas, José: opus cit. pág. 92.
- 23.- David, René: opus cit. págs. 297 y 298.
- 24.- David, René: opus cit. págs. 310 a 312.
- 25.- Aut. cit. opus cit. págs. 312 a 314.
- 26.- Aut. cit. opus cit. págs. 314 y 315.
- 27.- Konstantinov, F.V.: "El Materialismo histórico". págs. 162 a 165. Academia de Ciencias de la U.R.S.S.- Instituto de Filosofía. Editorial Grijalvo, S.A.-México, D.F. 1963.
- 28.- Aut. cit. opus cit. págs. 180 a 204.
- 29.- Zaitsev, E. y Poltorak, A.: "La Abogacía Soviética", págs. 59 y 60. Ediciones en Lenguas extranjeras. Moscú. 1959.
- 30.- Autor cit. págs. 61 y 62. Opus cit.
- 31.- Aut. cit. opus cit. pág. 215.
- 32.- Loeber Dietrich, André: "La Procuración soviética y los derechos del individuo ante el Estado". págs. 36 y 37. Revista Mexicana de Derecho Penal. tercera época, No. 21 mayo-junio de 1968.
- 33.- Aut. cit. opus cit. pág. 37.
- 34.- Aut. cit. opus cit. págs. 38 y 39.

- 35.- Aut. cit. opus cit. págs. 40 a 46.
- 36.- Aut. cit. opus cit. págs. 47 a 52.
- 37.- Aut. cit. opus cit. pág. 54.
- 38.- Aut. cit. opus cit. págs. 57 y 58.
- 39.- Aut. cit. opus cit. pág. 58.
- 40.- Aut. cit. opus cit. pág. 59.
- 41.- Aut. cit. opus cit. pág. 67.
- 42.- Aut. cit. opus cit. pág. 73.
- 43.- David, René: opus cit. págs. 318 y 319.
- 44.- Loeber Dietrich, Andre: opus cit. pag. 26.
- 45.- Aut. cit. opus cit. pág. 34.
- 46.- Aut. cit. opus cit. págs. 75 a 78.
- 47.- Aut. cit. opus cit. págs. 79 a 81.
- 48.- Aut. cit. opus cit. pág. 81.
- 49.- Aut. cit. opus cit. pág. 82.
- 50.- Aut. cit. opus cit. págs. 84 a 85.
- 51.- Aut. cit. opus cit. pág. 85.
- 52.- Aut. cit. opus cit. págs. 86 y 87.

RESUMEN Y CONCLUSIONES

Si bien puede decirse, que lo que podría constituir la total historia del Derecho comparado cubre sus primeras páginas con la elaboración de trabajos aislados de comparación jurídica, tales como el ensayo denominado "Collatio legum romanarum et mosaicarum" del siglo IV -obra que se ocupa de comparar los Derechos romano y judaico-, en realidad, puede señalarse que no es sino a partir del Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París el año de 1900, en que se inicia el período científico, riguroso, -etapa de los comparatistas-, del Derecho comparado. Con anterioridad a tan relevante acontecimiento para la disciplina científica de que se trata -comprendiendo las etapas que con Solá Castiella pueden denominarse "de los precursores" y "de los iniciadores", las actividades relacionadas con el conocimiento de derechos extranjeros que se efectúan aisladamente en algunos países, las obras que comparan derechos con fines polémicos, históricos, filosóficos, las primeras revistas especializadas aunque con fines eminentemente prácticos, etc., no vienen siendo sino antecedentes dispersos o trabajos de iniciación propiamente dicha a la actual etapa en que adquiere verdadera jerarquía científica.

Aun cuando su propio contenido no convenga a su denominación, el uso ha consagrado el vocablo de Derecho comparado para designar, si no la ciencia, sí la disciplina científica que consiste en la comparación -nota esencial: si no hay comparación, no hay Derecho comparado- científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales correspondientes, debiendo entenderse que la ciencia o disciplina científica de referencia, sin ser una rama del Derecho que trate de una materia determinada como lo son el Derecho civil, el Derecho penal, etc. -en virtud de la unidad y objeto propios- si constituye con el rigor científico con que compara razonada y exactamente, buscando antecedentes y deduciendo consecuencias, sistemas jurídicos distintos en cualquiera de las varias ramas o divisiones del Derecho, una disciplina autónoma, dentro del conjunto de las ciencias jurídico-sociales.

La comparación peculiar del Derecho comparado, no puede referirse sino a sistemas jurídicos, entendiendo -- por tales los conjuntos de reglas de Derecho positivo, cuyo ámbito de validez lo constituye una colectividad determinada; la noción de sistema jurídico o de derecho no se vincula indispensablemente a la noción de Estado, toda -- vez que un mismo sistema de derecho puede ser común a varios Estados, el gran sistema del Common Law, por ejemplo, que comprende a la Gran Bretaña y los Estados Unidos, y en un mismo Estado pueden existir o coexistir diversos sistemas de Derecho.

El Derecho comparado es esencialmente un método -- con aplicaciones variadas: mejor comprensión del Derecho -- nacional, perfeccionamiento de la legislación nacional, -- unificación legislativa, mejor administración de justicia, contribución a la mayor comprensión internacional, etc. -- cuyo objeto propio es la comparación de dos o más sistemas jurídicos y, respecto de cada sistema, verificando -- el trabajo comparativo ya sea considerando a dicho sistema de un modo general en su estructura, sus concepciones, sus fuentes de derecho, sus métodos de interpretación o -- de una manera especial tomando en cuenta una o varias -- instituciones específicas de su Derecho positivo.

Pensamos con Gutteridge que en el vasto campo posible de la comparación jurídica, no cabe hablar de un -- solo método o de una sola técnica a emplearse, sino en -- todo caso, de diversas técnicas aplicables con vista a la materia a estudiar y a los obstáculos que puedan presentarse al comparatista, atendiendo a los varios problemas -- que puedan encontrarse en el trabajo comparatista, tales -- como el aspecto u objeto de la comparación, las normas -- fundamentales o fuentes del Derecho extranjero que deban -- escogerse, qué valor deba otorgarse, respectivamente, a -- la ley, a la costumbre, a la jurisprudencia y a la doctrina de los autores extranjeros, qué valor deba atribuirse -- a las publicaciones especializadas extranjeras, etc.

Problema azas difícil constituye clasificar los -- sistemas de Derecho desde el ángulo comparatista. Es conveniente precisar que por sistema de Derecho o sistema jurídico ha de entenderse el conjunto de reglas e instituciones de Derecho positivo por las que se rige una colectividad determinada. Siendo numerosos los puntos de vista para clasificar tales sistemas, sin embargo, pensamos con

Castán Tobeñas que pragmáticamente es conveniente reducirlos a grupos o familias -clasificarlos- tomando en cuenta sus afinidades y demás elementos comunes. Para nosotros, la clasificación más aceptable es la propuesta por Solá Castizares que considera cuatro grandes sistemas, a saber: sistemas occidentales, sistemas soviéticos, sistemas religiosos y sistema chino, cada uno de los cuales o la mayor parte de los cuales agrupando varios Derechos concretos; dentro de los sistemas occidentales, además de los grupos Escandinavos y de Derecho romano, se incluyen los muy importantes del Common law -que agrupa a los sistemas jurídicos concretos inglés y norteamericano-, se encuentran los también importantes grupos Romanistas e Iberoamericanos, comprendiendo entre los romanistas a los Derechos francés, italiano, germánico y otros.

Es de considerarse que el grupo de Derechos Iberoamericano se vincula esencialmente con el grupo romanista, atendiendo al común origen y análoga estructura de los Derechos que lo forman; a la semejanza existente respecto de las fuentes del Derecho; o, inclusive, por la comunidad ideológica que los une. Sin embargo, como el mismo René David lo reconoce, los Derechos de los países iberoamericanos presentan características y peculiaridades propias, que nos inclinan a agruparlos por separado de los romanistas y de Derecho romano -de la clasificación de Solá Castizares-, y no aceptar su inclusión en ese gran grupo que David denomina "frances", que incluiría a Derechos en verdad bastante heterogéneos. Constituyen bases para agrupar por separado a los Derechos iberoamericanos, las condiciones sociales económicas y políticas del Continente Americano -muy distintas a las de Europa-, así como la tradición hispánica o portuguesa que les es peculiar; menciona igualmente, a este respecto, Castán Tobeñas el sentido democrático social, el espíritu universalista, así como la influencia ejercida por el Common law proveniente de los Estados Unidos.

En el más amplio de los sentidos, se denomina Common law al Derecho tradicional vigente en los países anglosajones -comprendiendo básicamente Inglaterra, el País de Gales y los Estados Unidos-, independientemente de su influencia relativamente creciente en algunos países y las diferencias peculiares existentes en su aplicación y modalidades en los Estados en que rige en forma general.

El Common Law inglés se ha integrado con diversas

normas y cuerpos legales, originalmente provenientes de las culturas de los pueblos celtas, romanos, anglosajones y normandos, enriquecidas con las interpretaciones y decisiones judiciales -Case law-, la elaboración doctrinal de los juristas e inclusive, por la acción estrictamente legislativa.

Originalmente se funda el Common law por los casos resueltos por las Cortes Reales o Tribunales de justicia, encargados por el Rey de impartir justicia -invadida que fué Inglaterra por los normandos-, lo que se hace institución jurídica en el famoso Segundo Estatuto de Wensminster, que permite a las jurisdicciones reales resolver no sólo los casos que fuesen rigurosamente idénticos a otros resueltos anteriormente por tales jurisdicciones reales, sino inclusive, cuando el nuevo caso presentado fuera simplemente análogo a uno ya fallado. Desde este punto de vista de su desarrollo, el Common law no es sino la jurisprudencia de las jurisdicciones reales fundadas sobre una ficticia costumbre general inmemorial del reino, de donde procede que se afirme en forma tan frecuente como equivocada que el Derecho inglés es de tipo consuetudinario. En sus orígenes, por el contrario, el Common law se constituye como una parte del Derecho inglés; a través de las decisiones de los Tribunales de justicia logra prevalecer en tanto que "Derecho común" sobre las costumbres especiales de las diferentes partes del territorio, actuando no como auxiliar o subsidiario de las costumbres regionales -como aconteció con el Derecho común del "continente"-, sino con preferencia sobre el Derecho consuetudinario local.

La equity inglesa se genera como consecuencia de la relativa inoperancia y formalismo de las Cortes reales. Se crea una nueva jurisdicción como resultado de las resoluciones dictadas por el Derecho judicial del Rey -Chancellor-, de la "regla del precedente" -rule of precedent- y fundadas en consideraciones de carácter ético de Derecho natural. La equity se inicia en el siglo XIV, estructurándose paulatinamente como una jurisdicción independiente del Common law. Determinada y regulada jurídicamente la existencia de las dos jurisdicciones, subsiste tal dualidad hasta 1872, en que ambas se funden en un solo sistema. La reorganización judicial de 1873-1875 borra la distinción entre Common law y equity, reuniéndose los tribunales y las reglas de las dos jurisdicciones en una-

sola organización, aunque se conserva la característica de formación jurisprudencial en la nueva jurisdicción unitaria.

Entre los sistemas romanistas y el del Common law, existen mayores puntos de contacto que los que el segundo guarda con los sistemas soviéticos. En efecto, puede hablarse de cierta comunidad ideológica derivada de similar concepción de la vida y parecida tabla de valores y afines estructuras socioeconómicas. Aun desde el punto de vista histórico, no puede negarse la influencia romano-germánica en los orígenes del Common law, dadas las aportaciones anglosajonas. Posteriormente, en etapa superior de la evolución del Derecho inglés, el Common law se ve enriquecido con la equity, integrada básicamente por concepciones jusnaturalistas y organizada, precisamente conforme al Derecho Bizantino, y Derecho canónico. Ello, independientemente de una discutida influencia doctrinaria del Derecho romano en algunos de los más importantes juristas británicos.

Las diferencias del sistema del Common Law con los sistemas jurídicos-soviéticos son, por el contrario, mas considerables, tanto en el aspecto ideológico como en la propia estructura que informa tales sistemas.

La distinción fundamental entre los sistemas romanistas e iberoamericanos, por una parte y el del Common Law, por otra, es de carácter técnico jurídico, proveniente de la diversa evolución de los mismos y caracterizada en la diversa concepción y jerarquización de las fuentes del Derecho: en tanto que el Common Law debe su formación principalmente a la acción de los tribunales, en los otros sistemas mencionados la legislación o proceso legislativo constituye la fuente mas importante y de principal jerarquía.

La formación jurisprudencial del Derecho inglés y su predominante característica procesal que determinan la no existencia de la distinción entre Derecho público y Derecho privado que, discutida y discutible aún prevalece en los sistemas romanistas e iberoamericanos, vienen a constituir una nota distintiva más. Otra diferencia claramente perceptible entre éstos lo constituye la inexistencia en el Derecho inglés de ramas especializadas tales como Derecho civil, penal, mercantil, etc.; en el sistema

británico priva propiamente un criterio de diferenciación relativo a determinadas instituciones, por ejemplo, la legislación de propiedad inmueble, la relativa a torts, etc.

Otra diferencia de singular importancia también lo constituye la noción de regla de derecho en los sistemas del Common Law, iberoamericanos, romanistas y de Derecho romano. En el sistema del Common Law la regla de derecho, de elaboración jurisprudencial, no tiene pretensiones de generalidad, a diferencia de la regla propia de los otros sistemas jurídicos mencionados, en los cuales es una creación legislativa producto de una generalización, lo que ha permitido decir a David que en el sistema del Common Law la regla de derecho se "aplica", en tanto que en lo que denomina grupo francés comprendiendo los sistemas iberoamericanos, se "interpreta".

Prevalen en el Derecho inglés el principio de que toda función jurisdiccional debe vincularse y sujetarse al poder judicial, este principio de concentración característico del poder judicial británico, las facultades que posee social y jurídicamente para cumplir y hacer cumplir sus decisiones jurisdiccionales inclusive a través de medios coercitivos sobre las autoridades administrativas y el respeto a la autonomía del poder judicial por el Ejecutivo que inclusive determina la inexistencia del ministerio público, constituyen características distintivas de la organización judicial inglesa, diferencian a los tribunales militares, eclesiásticos y administrativos que también pueden considerarse como elementos de la organización judicial británica, los órganos de la jurisdicción ordinaria del poder judicial, constituyen un sistema tal que algunos de sus órganos no tienen sino un equivalente aproximado o no lo tienen, con órganos judiciales de otros sistemas. Podría expresarse que al oscilar más bajo de tal organización lo constituye el Coronet Court, culminando con la Cámara de los Lores (House of Lords), sin menoscabo de la existencia de otros órganos judiciales creados en función de necesidades locales como la Mayors and City of London Court.

Las fuentes del Derecho británico son, según David, las siguientes: la jurisprudencia, la ley, la costumbre, la razón y los principios jurídicos fundamentales. Obviamente la jurisprudencia dado el carácter eminente

mento jurisprudencial del Common law- constituya la de -- más elevada jerarquía.

Pueda indicarse, en términos generales, que la -- regla del precedente no funciona en Norteamérica -stare -- decisis- en igual forma que en Inglaterra. Lo que viene -- constituyendo un principio de diferenciación en la aplica -- ción del Common law. En efecto, a diferencia de lo que -- acontece en Inglaterra donde tiene valor vinculante abso -- luto, en los Estados Unidos la fuerza del precedente es -- menor, toda vez que si bien el Tribunal inferior debe se -- guir el precedente establecido por el superior, ningún tri -- bunal se considera ligado por sus propios precedentes, -- siguiéndose más por su bondad intrínseca -- como hace notar Piero Sereni- que por el valor vinculante absoluto que -- tendría en virtud de la regla del stare decisis, notándo -- se en éste último país una tendencia a limitar la efica -- cia del precedente específico y a considerar cada caso -- concreto en el cuadro de los principios generales y de -- las cuestiones fundamentales aplicables.

Por cuanto hace a los conceptos, hace notar René David que la principal de las diferencias entre los dere -- chos inglés y norteamericano se refiere a la noción del -- Derecho federal peculiar de los norteamericanos, noción -- desconocida en el ámbito jurídico inglés.

Otra de las diferencias señalables entre los de -- rechos participantes del Common law, se refiere a la ma -- yor importancia de la Ley escrita en el norteamericano, -- que se refleja por una parte en la alta consideración que -- se tiene a la Constitución, base y fundamento de todas -- las libertades y garantías norteamericanas y, por otra, -- en el movimiento codificador, más desarrollado, a través -- de compilaciones oficiales o privadas, que puede notarse -- en el sistema jurídico aludido.

Puede expresarse que las jurisdicciones federa -- les y de los Estados ejercen -- en el Derecho norteamerica -- no- la facultad de controlar la constitucionalidad de las -- leyes; las cortes federales, ordinariamente, dejan a las -- jurisdicciones de los Estados de La Unión, la tarea de -- determinar la constitucionalidad de las leyes de los mis -- mos respecto de la Constitución local, reservándose vigi -- lar que las leyes federales o de los propios Estados sean -- conforme a La Constitución Federal. Asimismo, las cortes-

de los Estados reconocen la primacía de las jurisdicciones federales para analizar la constitucionalidad de las leyes federales.

Está admitido unánimemente que las jurisdicciones de los Estados de la Unión Americana, deben aplicar el Derecho federal en la forma de interpretación en lo que lo harían las jurisdicciones federales, debiendo aplicar, así mismo, el conjunto de principios que constituyen el Common law federal. Ha sido cuestionado, sin embargo, si las jurisdicciones federales, al decidir sobre una cuestión concerniente al Derecho de los Estados, deben aplicar el Common law de cada Estado o el Common law federal.

Dentro de la jurisdicción federal norteamericana, pueden distinguirse dos tipos de cortes: las constitucionales -previstas en la Constitución- y las denominadas Legislativas, por ser creación del Congreso, tales como la United Court of Customs and Patents Appeals o sea, la Corte de Aduanas y Corte de Apelación en asuntos aduanales y de patentes. El sistema judicial constitucional se integra, en la escala superior, por la Suprema Corte de los Estados Unidos, las Cortes de Apelación -United States Courts of Appeals for the Circuit-, y las Cortes de Distrito -United States District Courts-, en jerarquía descendente, a semejanza de lo que acontece en nuestra organización judicial federal, al lado de cada Corte de Distrito se encuentra un Procurador de los Estados Unidos -United States Attorney-, que depende del Procurador General -Attorney General-, que se encarga de perseguir los delitos contra las leyes federales y, en determinados casos, representa los intereses de la Unión ante los tribunales civiles.

Por cuanto se refiere a la organización judicial de los Estados, cada uno de éstos puede organizar libremente su propio sistema. Sin embargo, pueden señalarse como características generales que los jueces de Primera instancia no sentencian, en principio, sino sobre puntos de derecho, reservándose la determinación de los hechos al jurado y de qua, a diferencia de los magistrados o jueces federales que son nombrados en forma vitalicia por el Presidente de los Estados Unidos con la aprobación del Senado, los jueces del orden común son electos por sufragio, aunque comúnmente debe ser aprobada su candidatura por la Barra de Abogados. En la escala inferior de las jurisdicciones estatales se encuentra el Juez de Paz, aunque, en realidad,

Los verdaderos tribunales de Primera Instancia sean las - Cortes de Condado o de Distrito -Country Court o District Court- que generalmente tienen simultánea competencia en materias penal y civil, situándose en la cima de la organización la correspondiente Suprema Corte del Estado. Cabe mencionar el hecho de que en una tercera parte de los Estados de la Unión existen Cortes intermedias de apelación denominadas Cortes Superiores -Superior Courts-, Cortes de Apelación -Appeals Courts- o Cortes de Circuito -Circuit Court-, cuyo principal objeto es descargar el trabajo de la Suprema Corte local.

El Derecho imperante en Rusia después de la Revolución de octubre de 1917, tiene características peculiares que nos permiten distinguirlo claramente de los demás sistemas de Derecho occidentales, ya sean los romanistas, de Derecho romano o escandinavos, el del Common law o los Iberoamericanos. Pueden distinguirse en él dos etapas: la comprendida entre 1917 a 1950, que señala la consolidación del régimen político soviético y la que parte de esta fecha a los días que vivimos. Indiscutiblemente presenta este sistema diferencias respecto de los aludidos, dada la filosofía o ideología que lo informa o, a la inversa de acuerdo con la interpretación Marxista, en virtud de la nueva organización de la producción y estructura socialista de la economía que constituye la base o estructura social de la cual el Derecho es solo una superestructura -de extinguirse con el Estado -como aparato compulsivo- en la etapa de la sociedad comunista.

Fuentes del Derecho soviético constituyen la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, siendo la primera de las citadas la fundamental. Siendo la técnica legislativa soviética similar a la de los sistemas occidentales continentales, puede decirse que, en términos generales, el Derecho soviético se encuentra concretado en los códigos -- de cada una de las repúblicas de la U.R.S.S., elaborados de conformidad con los cuadros-ley que contienen los principios generales o fundamentos aprobados por el Soviet Supremo de la U.R.S.S., órgano constitucionalmente competente para el efecto. Solo tienen carácter de ley los actos de los órganos superiores del poder soviético: el Soviet Supremo de la U.R.S.S. y los Soviets Supremos de las Repúblicas Federadas y Autónomas en el interior de cada una de ellas.

Uno de los aspectos que singularizan al orden jurídico soviético y en el que se nota la influencia del pensamiento marxista leninista, se refiere a la organización misma del poder del Estado. En tanto que en los sistemas jurídicos occidentales impera el principio cardinal de la separación de poderes en interés de la libertad, una cosa totalmente diferente acontece en la organización del Estado soviético. A los ojos de los teóricos del marxismo leninismo el principio de separación de poderes constituye un obstáculo inadmisble a la soberanía popular, por lo que el principio de la unidad de poderes rige la organización estatal, constitucionalmente, inclusive. Por otra parte, la ley, la orden, la circular, el reglamento, no figuran en el Derecho soviético como actos reglamentarios rigurosamente jerarquizados, teniendo la distinción que se hace entre los mismos sólo un valor de principio y res pondeando, en todo caso, a motivos de conveniencia o de buena administración.

En grandes líneas la organización judicial soviética ofrece tres principales clases de tribunales: los tribunales populares de primera instancia, también llamados tribunales de distrito o de ciudades, los tribunales regionales y los tribunales supremos. Los tribunales regionales conocen en segunda instancia de las decisiones tomadas por los populares y en primera instancia de los litigios más importantes por los intereses en juego o de las infracciones más graves a la ley penal. Los tribunales supremos, que existen uno en cada república, sea ésta autónoma o federada, controlan la actividad de todos los órganos judiciales de la república, siendo su función más general conocer en segunda instancia de litigios que han sido juzgados en primera instancia por los tribunales regionales. Pero su característica singularizante lo constituye el ser una instancia de revisión de los fallos o resoluciones de cualquiera de las jurisdicciones de la república que hayan entrado en vigor, pudiendo también conocer en primera instancia de cualquier asunto que consideren de singular importancia política, social o muy complicado, aún cuando sea de la competencia de otros tribunales inferiores. El Tribunal Supremo de la U.R.S.S. electo por el Soviet Supremo, controla la actividad de todos los otros órganos judiciales de la U.R.S.S., pudiendo conocer en primera instancia de asuntos penales o civiles de excepcional importancia, siendo su característica fundamental constituir una instancia revisora con carac-

ter de inspección-, de las sentencias y resoluciones que hayan entrado en vigor de los tribunales supremos de las repúblicas federadas, cuando tales decisiones estén en -- contradicción o lesionen los intereses de otras repúblicas federadas. Peculiaridad de la ley soviética lo es que el Procurador General de la U.R.S.S., el Presidente del Tribunal Supremo de la U.R.S.S., sus substitutos, el Procurador jefe de las Fuerzas Armadas y el Presidente de la Sala de lo Militar del Tribunal superior de la U.R.S.S., dentro de su competencia, tienen derecho a suspender el cumplimiento de las sentencias, el acuerdo o la decisión que hayan sido protestados de cualquier tribunal de la Unión Soviética o de las repúblicas federadas y autónomas, hasta que se resuelva por vía de revisión el asunto.

Existe en la división judicial soviética una vía de recurso de un carácter muy especial, llamada el control judicial. Puede ser ejercida ante el Tribunal supremo de la U.R.S.S. por su Presidente y por el Procurador General de la U.R.S.S. contra todas las decisiones que hubieren adquirido el carácter de cosa juzgada, no importa de que jurisdicción se trate. A partir del Decreto del Presidium del Soviet Supremo de la U.R.S.S. de 18 de agosto de 1954, esta forma de recurso ha sido generalizada con la formación de presidiums en el seno de los tribunales supremos de las distintas repúblicas, encargados de examinar por vía de control sobre las apelaciones de los expresados funcionarios de la U.R.S.S., del Procurador de la República o de sus substitutos, respecto de las decisiones civiles o penales pronunciadas por las salas del tribunal supremo, así como las decisiones que hubieran entrado en vigor de los tribunales populares. Los fallos de los antes dichos Presidiums pueden, a su vez, ser el objeto, para los Tribunales supremos de las repúblicas federadas, de una apelación del Procurador General de la U.R.S.S. y del Presidente del Tribunal Supremo de la misma.

Revisten singular importancia en el Derecho soviético los organismos de arbitraje --entre los cuales podemos distinguir el llamado arbitraje de Estado y el denominado de servicio--, en vista de la planificación económica que rige en la U.R.S.S.

Institución fundamental de la organización judicial soviética es, sin lugar a duda la de la Procuraduría

o de la Procuración, a cuya cabeza se encuentra el Procurador General de la U.R.S.S. y cuya tarea, en términos generales, estriba en la fiscalización general y particular a través de una serie de actos y organismos del respecto a la Ley por los encargados de cumplimentarla así como de tomar las medidas del caso para obtener la reparación de las violaciones que a la misma se cometen.

Singular importancia reviste la Procuraduría soviética como uno de los medios de que dispone el individuo para asegurar la protección de sus derechos ante el Estado. Aclaremos, por otra parte, que si bien la Procuraduría soviética guarda cierta similitud funcional o competencial con instituciones análogas de sistemas jurídicos como el iberoamericano, e inclusive, el del Derecho norteamericano, tiene una nota distintiva fundamental consistente en ser un órgano específico encargado de hacer respetar la Ley: en su doble carácter de guardián ex-officio de la Ley y como guardián de la misma a causa de las demandas que le dirijan los ciudadanos.

Examinando en el pasado y en el presente el papel que ha desempeñado y desempeña la Procuración Soviética en relación con la protección de los derechos individuales ante los órganos estatales, es de concluirse que dada su dependencia respecto del Partido comunista, Soviet Supremo, etc.; en suma, de los altos órganos directivos de la U.R.S.S. -lo que determina que las medidas adoptadas por éstos se encuentren al margen de la fiscalización de la institución de que se trata-, la actividad que pudiera desempeñar vinculada al aseguramiento de tales derechos deja mucho que desear, ello, independientemente de las propias limitaciones derivadas de su particular estructura y de la naturaleza jurídica de las facultades de que dispone -protesta, propuesta y acción judicial-, que necesariamente predeterminan en cierto grado la ineficacia de la institución de que se trata en la posible defensa de los susodichos derechos individuales.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- BALCELLS RIBA, MANUEL: "La Organización Judicial en Inglaterra".- Barcelona. 1960.
- BELLON, JACQUES: "Le Droit Soviétique". Le point des connaissances actuelles. Presses Universitaires de France. - Saint-Germain Paris. 1963.
- BOUFIVY, EMILE: "Etudes de Droit Constitutionnel." Franco-Angleterre - Etats-Unis.- Septième édition. Librairie Armand Colin. Paris. 1923.
- BRENT SWISHER, CARL: "Historic Decisions of the Supreme Court".- D. Van Nostrand Company, Inc. Princeton, New Jersey.- Printed in the United States of America. 1958.
- CASTAN TORRENAS, JOSE: "Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental". 2a. edición. Editorial Reus. - Madrid. 1957.
- DENISOV, A. y M. KIVICHENKO: "Derecho Constitucional Soviético". Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú. 1959.
- ENGELS, F.: "El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y el Estado". Editorial Progreso. Moscú. 1884.
- EVANS HUGHES, CHARLES: "La Suprema Corte de Estados Unidos" Fondo de Cultura Económica.- México. 1946.
- D. HAMILTON, CARLOS: "Manual de Historia del Derecho. Manuales Jurídicos No. 10. Editorial Jurídica de Chile.- Santiago de Chile. 1948.
- IOFFE, O.S.: "Derecho Civil Soviético.- Principios Generales. La propiedad socialista. La personalidad jurídica. El contrato.-". U.F.A.L.- Instituto de Derecho Comparado. - Imprenta Universitaria.- México, 1960.
- DAVID, RENE: "Tratado de Derecho Civil Comparado".- Introducción al estudio de los Derechos Extranjeros y al Método Comparativo.- Editorial Revista de Derecho Privado. - Madrid.

FOIGNET, RENE: "Manual Elemental de Derecho Romano". Vol. XVIII. Editorial José M. Cajica, Sr. - México, D.F. 1948.

GUTTERIDGE, H.C.: "El Derecho Comparado". - Introducción al Método Comparativo en la Investigación y en el Estudio del Derecho". - Editorial Consejo Superior de Investigaciones Científicas. - Barcelona 1954.

KELSEN, HANS: "Teoría Comunista del Derecho y del Estado" Emece Editores, S.A. - Buenos Aires. 1957.

LINKINS-GUTZEVITCH B.: "Las Nuevas Constituciones del Mundo". 2ª. edición. Editorial España. - Madrid. 1931.

NIBOYET, J.P.: "Principios de Derecho Internacional Privado". Editora Nacional, S.A. México, D.F. 1951.

PETIT, EUGENE: "Tratado Elemental de Derecho Romano". - Editorial Saturnino Calleja, S.A. - Madrid. 1924.

RADBUCH, GUSTAV: "El Espíritu del Derecho Inglés". Revista de Occidente. - Madrid. 1958.

DAVID ROSE: "Le Droit Anglais". Presses Universitaires de France. - Saint-Germain, Paris. 1965.

ROBB, LOUIS A.: "Dictionary of Legal Terms". Printed in the U.S.A. John Wiley & Sons, Inc.

RUBINSTEIN, RONALD: "Iniciación al Derecho Inglés". Editorial Bosch. - Barcelona. 1956.

SARFATY, HAYO: "Introducción al Estudio del Derecho Comparado". - Imprenta Universitaria. México. 1945.

SOLA CAÑIZARES, FELIPE DE: "Iniciación al Derecho Comparado". Instituto de Derecho Comparado. - Barcelona. 1954.

SUJIYAMA, HOAJIRO: "Ensayo de una concepción sintética del Derecho Comparado, en "Concepto y Métodos del Derecho Comparado". Cía. General Editora, S.A. - México. 1941.

TUNC, ANDRE: "Le Droit des États-Unis". Le point des connaissances actuelles. Presses Universitaires de France. - Saint-Germain Paris. 1964.

VILLEY, MICHEL: "El Derecho Romano", Traducida de la cuarta edición, 1960. Editorial Universitaria de Buenos Aires. EUDEBA. - Argentina. 1963.

WILSON, WOODROW: "El gobierno Constitucional en los Estados Unidos". Traducción de la 3a. Edic. Inglesa. Editorial-Cultura. - México, D.F. 1922.

ZAITSEV, E. y A. POLTORAK: "La Abogacía Soviética". Ediciones en Lenguas Extranjeras. Moscú. 1959.

INDICE GENERAL

Página.

DEDICATORIAS .-	
PROLOGO .-	10
CAPITULO PRIMERO .-	13
HISTORIA, CONCEPTO, FINALIDADES Y AMBITO DEL DERECHO COMPARADO.		
I.- Historia del Derecho Comparado. Etapas de su desarrollo: A) Precursoras; B) Período comparativo, los Iniciadores; C) El Derecho Comparado, en su etapa científica.		
II.- Noción del Derecho Comparado. Su terminología y finalidades.		
A) Definición del Derecho Comparado:		
B) La Comparación:		
C) Sistemas de Derecho:		
D) Objeto de la Comparación:		
E) Funciones del Derecho Comparado:		
III.- Concepto y ámbito del Derecho Comparado. Su importancia para las diversas disciplinas jurídicas.		
A) Concepto y ámbito del Derecho Comparado:		
B) El Derecho Comparado y su relación con algunas disciplinas jurídicas.		
CAPITULO SEGUNDO.-	37
EL METODO EN EL DERECHO COMPARADO.		
I.- Diferencias metodológicas en relación a las finalidades del Derecho Comparado.		
A) Las que tienden a establecer la esencia fundamental del Derecho, o bien, las leyes o ritmos de evolución:		
B) Escuelas que tienen por finalidades investigar el mismo derecho positivo:		
II.- Localidades en cuanto al objeto del Derecho Comparado.		
A) Primera Clasificación:		
B) Segunda Clasificación:		
C) Tercera Clasificación:		
D) Cuarta Clasificación:		

III.-Diferencias en los Procedimientos de Investigación.

- A) Tendencia teórica y tendencia práctica:
- B) Escuela positiva pura y Escuela positiva del libre arbitrio:
- C) Escuela legislativa y Escuela interpretativa:
- D) Investigación individual aislada e investigación colectiva organizada:

CAPITULO TERCERO.-	51
LOS GRANDES SISTEMAS JURIDICOS COMPLETOS.	
I.- Sistema Iberoamericano.	
II.- Sistema Anglosajón.	
III.- Sistema Soviético.	
REQUERIM Y CONCLUSIONES.-	151
BIBLIOGRAFIA GENERAL.-	163
INDICE GENERAL.-	166