

# SISTEMAS JURÍDICOS GLOBALES<sup>1</sup>

Por:

Hernán Alejandro Olano García\*

Director del Grupo de Investigación “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”

Hernan.olano@unisabana.edu.co

Universidad de La Sabana, Chía, Colombia.

Interesado en algunos aspectos del Derecho Procesal, he querido realizar una recopilación de los Sistemas Jurídicos, un tema poco estudiado en los centros universitarios, debido a los afanes de la globalización, que imponen el pensamiento de que todo ya es conocido y de que los fundamentos históricos del Derecho son cosa de otros tiempos.

Aunque no soy procesalista, sino en parte dedicado a la Historia y al Derecho, el Objetivo General de esta monografía es el de sistematizar la concepción histórica del Derecho Procesal y comprender el significado de Derecho Procesal Comparado como fuente de aplicación auxiliar en el desarrollo de la Profesión.

Y, como objetivos específicos, busco que el estudiante de Derecho, e incluso el profesional, captelas semejanzas y diferencias del proceso en el Derecho Comparado y tenga unas nociones básicas de ellos, que por su propia cuenta le permitan ahondar en el tema cuando sea necesario, pues en la gran mayoría de las Universidades, el Derecho Comparado se ve como algo inalcanzable dentro del desarrollo del programa fijado, pero no como la ciencia de carácter internacional e interdisciplinar, que tiene por objeto el estudio del método

---

<sup>1</sup> Basado en las conferencias dictadas por el Autor en la primera cohorte de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, Medellín, Colombia durante los años 1993 y 1994.

\* El doctor Hernán Alejandro Olano García, n. Santiago de Tunja, 1968. Abogado, Especializado en Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Canónico, Bioética, Docencia Universitaria y Liderazgo Estratégico Militar. Magíster en Relaciones Internacionales y Magíster en Derecho Canónico, Doctor *Magna Cum Laude* en Derecho Canónico y PhD H.C. en Historia. Becario de la Fundación Carolina para estancia Postdoctoral en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Navarra para desarrollar su investigación sobre “Choque de Trenes”. Vicecónsul Honorario de la República de Chipre en Colombia. Profesor Asociado en la Universidad de La Sabana de Chía, Colombia. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, de la Pontificia Academia Tiberina de Roma y del Centro Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Investigador de la Cátedra Garrigues de Derecho Global. Fue Secretario General de la Corte Constitucional de Colombia, Director General Jurídico del Ministerio del Interior y Asesor del Despacho. Grupo de Investigación en Derecho Constitucional “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé”, categoría “A” por Colciencias. **Línea de Investigación en Justicia Constitucional (Tema: Derecho Procesal Constitucional)**. <http://hernanolano.googlepages.com> Correo electrónico [hernan.olano@unisabana.edu.co](mailto:hernan.olano@unisabana.edu.co) Dirección: Universidad de La Sabana, Km. 21 Autopista Norte, Costado Occidental, Chía, Cundinamarca, Colombia.

comparativo y los sistemas jurídicos del mundo, de ahí, que por ejemplo en Colombia, el número de profesores de Derecho Procesal sea tan escaso y en últimas, las Universidades deban recurrir a los litigantes para que enseñen lo que los poquísimos tratadistas colombianos han referido sobre el tema en sus elocuentes obras, notándose en ellas el gran vacío de bibliografía y material complementario para desarrollar las asignaturas relacionadas con **HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL Y DERECHO PROCESAL COMPARADO**, que prácticamente por tiempo, se reducen al estudio de unos principios que rigen el Derecho Procesal y sobre los cuales se desarrollan las 48 clases semestrales, a lo sumo, acerca del tema.

Por ejemplo, en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid, donde se cursa el Doctorado y el Magister en Derecho Comparado, el programa incluye las siguientes materias, que se extrañan de los programas que sobre Derecho Procesal se estudian en Colombia:

- El Sistema Romanista y el Germano.
- El Sistema Angloamericano.
- El Sistema Socialista.
- El Sistema Hispanoamericano.
- El Sistema o Derechos Islámicos y el Jalmúdico.
- Los Derechos Africanos.

Y una serie de seminarios adicionales como los que se enumeran:

- Desarrollo, evolución y presupuesto del Derecho Constitucional Iberoamericano.
- Estudio comparativo de los ordenamientos penales Iberoamericanos.
- La privatización en el Derecho Comparado.
- Los Códigos Civiles Iberoamericanos.
- La Comunidad Económica Europea e Iberoamericana.
- Derecho Matrimonial Comparado.
- Los Nuevos Contratos Mercantiles.
- El Arbitraje Comercial e Internacional.
- La Supranacionalidad y Nacionalismo.
- El Abogado y el Derecho Comparado.
- La Defensa del Consumidor en el Derecho Comparado Iberoamericano.
- Los Movimientos Sociales.
- La Protección al Medio Ambiente en Derecho Comparado.
- El Comercio Internacional.

Desafortunadamente, como ya lo dije, el conocimiento que de estos temas tenemos en Colombia y Latinoamérica, es vago e impreciso, razón por la cual trataré de ampliar, sin ser procesalista, lo repito, los conceptos históricos sobre el tema.

La gran parte de las publicaciones halladas, se limitan casi en su mayoría a definir el Derecho Comparado y a subrayar el interés y las dificultades que presentan los estudios jurídicos comparados. Tanto es así, que inclusive dentro de nuestro mismo Continente es casi imposible conseguir datos por ejemplo en lo relativo con la tan conocida Acción de Tutela, hasta el punto que el Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Uruguay, me hizo en 1994 una fuerte recriminación por haber dicho en la segunda edición de mi libro "*Acción de Tutela, Práctica Forense y Jurisprudencia*", que allí esa figura no se consagraba constitucionalmente, aunque sí lo estaba en la Ley ordinaria, la cual me había sido difícil encontrar, razón por la cual sólo enuncié lo pertinente a esa República.

Sin embargo, pese a que el Derecho Comparado, cobra cada día más vigencia, incluso, nuestra Carta Constitucional colombiana, en su Preámbulo, cita como uno de los fines del Estado Colombiano la integración Latinoamericana y del Caribe, no se ha encontrado la manera de acercarnos al estudio jurídico de otras Naciones, pues como un Presidente de la República lo dijo, somos un país de Leyes y nos asfixiamos en ellas sin siquiera aplicarlas, entonces, ¿qué tal que nos complicáramos con lo de los demás Estados ? (Ernesto Samper Pizano).

Voy a presentar, exponiendo desde un punto de vista histórico, las diversas concepciones que se han sucedido por lo que se refiere a la naturaleza y utilidad del Derecho Comparado para el ejercicio del Derecho Procesal, para analizar el concepto de Familia Jurídica, según lo entienden los comparativistas y, finalmente, se presentará una serie de derechos que pueden ser considerados como típicos y representativos de una familia que podría considerarse como la de los derechos religiosos fundamentalistas.

Con tal propósito, debemos también tener en cuenta que según la teoría de Jorge Velez García, Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, se adoptan en ésta materia varios criterios respecto del manejo y traducción de los textos reproducidos en lengua extranjera, a saber:

*"-Como regla general, se traducen al castellano de la manera más precisa posible todas las expresiones y conceptos en otro idioma, pero al mismo tiempo, se tratará de preservar el sentido técnico o semiótico propio de la institución o figura jurídica de que se trate;*

*-En ocasiones se omite la traducción, dado el carácter de "proprium", singular y único (intraducible) que la voz posee, en razón de la naturaleza exclusivamente nacional o local de la institución o figura que expresa;*

*-En algunos casos se ha creído suficiente dar el sentido aproximado mediante explicaciones expresadas antes o a continuación del vocablo o texto;*

*-En otros se deja intacta la voz extranjera, dada la irrelevancia o superfluidad de su uso, o la manifiesta claridad de su sentido: y,*

*-Finalmente, como es apenas obvio, no se traducen aquellos términos cuyo significado es comunmente conocido, dado su empleo universal en el idioma de origen".*

Pero para hablar de Familias Jurídicas en el Derecho Procesal, debemos definir Qué es probar ? *"En sentido general se entiende que probar es demostrar a otro la verdad de algo. Para hacerlo se acostumbra usar medios habitualmente considerados como aptos, idóneos y suficientes. La persona ante quien se exhiben, interviene como crítico para establecer, mediante un proceso de su propia razón, si son o no suficientes para demostrarle la verdad".*

El Diccionario de la Real Academia dice: Probar. *Del Latín Probare. Hacer exámen y experimento de las cualidades de personas o cosas. Examinar si un cosa está arreglada a la medida, muestra o proporción de otra a que se debe ajustar. Justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa con razones, instrumentos o testigos, etc.*

Así, pues, iniciaremos esta primera parte del curso, procurando que el abogado esté en capacidad de ubicar posteriormente las raíces de las instituciones, mediante el siguiente esquema a desarrollar:

#### **A. Historia.**

- Formación Histórica del Derecho Español: Elementos Primitivos, Romanos, Germánicos, Canónicos, Musulmanes, Judíos, Franceses, Italianos e Indiano.
- Epoca Romana del Derecho Español.
- Epoca Visigótica del Derecho Español.
- Epoca Musulmana del Derecho Español.
- El Siglo XIX
- El Período 1918 a 1945
- La Epoca actual
- Funciones del Derecho Comparado
- Entendimiento Internacional

#### **B. El Concepto de las Familias Jurídicas.**

- Significado y utilidad del método comparativo.
- Agrupamiento de los derechos en familias
- Elementos Variables y Elementos Constantes en el Derecho

#### **C. Criterios para la Clasificación de los Derechos en Familias.**

#### **D. Las Familias Jurídicas en el Mundo Contemporáneo.**

- La Familia Romano-Germánica

- La Familia del Common Law.
- La Familia de los Derechos Socialistas

**E.** Combinación de Elementos Escritos y Orales en los Sistemas Procesales de las Tres Grandes Familias Jurídicas.

**F.** El Derecho Romano-Germánico:

- El Derecho Romano vulgar, el justiniano y la escuela de glosadores y postglosadores.
- El Derecho Germánico y la romanización de los derechos germánicos.
- El Derecho Romano-Canónico.

**G.** El Derecho Anglosajón, Familia del Common Law:

- El Derecho Inglés.
- El Derecho de los Estados Unidos de América.

**H.** Los Derechos Socialistas:

- El Derecho de la Antigua URSS.
- El Derecho en las Antiguas Repúblicas Populares Europeas.
- Breve Idea del Derecho Comunista Chino.

### **HISTORIA DEL DERECHO COMPARADO:**

En todo tiempo, ha existido interés por los estudios extranjeros, tanto así, que por ejemplo, cuando se expidió la Ley de las Doce Tablas, ésta fué precedida por investigaciones propias del Derecho Comparado; así, la comparación de las costumbres permitió a los antiguos juristas la formulación de los principios de un derecho común consuetudinario, que no tomó realmente el nombre de Derecho Comparado hasta una época reciente, pues sólo a partir de la segunda mitad del siglo XIX y, en algunos casos, sólo a partir del siglo XX, se comenzó a afirmar, de manera cada vez más intensa, la utilidad de los estudios del Derecho Comparado, aunque la expresión misma ha sido criticada, pues René David dice que hubiera sido preferible, hablar simplemente de comparación de los Derechos o estudio comparativo de los derechos, es decir, del *Rechtsvergleichung* de los alemanes o del *Sravnitel'noe Pravovedenie* de los Rusos.

La comparación de sistemas jurídicos, que hasta entonces se había realizado circunstancialmente y sin dar lugar a una denominación especial, se presenta ahora como una verdadera necesidad, pues como ya lo expresé en la introducción, nuestro país consagra dentro de sus principios fundamentales la "*Integración Latinoamericana y del Caribe*", más exactamente en el propio Preámbulo y en el Artículo Noveno.

El éxito del Derecho Comparado, hay que atribuirlo a la necesidad que han experimentado los juristas, de restituir la ciencia jurídica a su anterior universalismo, en cuanto este debe ser el atributo de toda ciencia.

En el siglo XIX, en Francia, al efectuarse la codificación napoleónica se creyó que, el Derecho natural había alcanzado su formulación definitiva y su valor universal, así que los demás pueblos no pensaron en otra opción más que copiar el modelo que se les ofrecía y adecuar sus instituciones al sistema francés. Desde esta perspectiva, no quedaba entonces lugar para el Derecho Comparado, pues la doctrina se basaba en la famosa frase de Beugnet: "*No enseñe el Derecho Civil; sólo conozco el Código de Napoleón*".

Sin embargo, otras naciones de Europa lanzaron códigos que se apartaron del modelo napoleónico. Así, hizo su aparición el Derecho Comparado con el modesto título de "*legislación comparada*" y con ese mismo espíritu, nació en París en 1869, la "*Sociedad de Legislación Comparada*" e igualmente, con la misma línea, se creó en 1876 una Oficina de Legislación Extranjera, dependiente del Ministerio de Justicia de Francia, a fin de informar a los magistrados sobre los sistemas jurídicos extranjeros y de esa forma facilitar la comparación de las Leyes mediante la traducción de los códigos extranjeros.

Claro que el interés de la comparación se limitó a los sistemas jurídicos que se basarían en la tradición romanista y que se hubieren adherido a la fórmula de la codificación.

Aún para el año 1900, tan sólo un inglés llamado Sir Frederick Pollock, participó en el primer Congreso Internacional del Derecho Comparado, junto con juristas de la Europa Continental y pese a que el Congreso disipó un tanto sus esfuerzos en discusiones en torno a la naturaleza y al objeto del Derecho Comparado, de sus trabajos surgió la siguiente idea: **"el objeto del Derecho Comparado es lograr la creación de un Derecho común legislativo, un Derecho para el siglo XX, común a toda la humanidad civilizada"**.

De esa forma, se recobró el universalismo del que ya hablamos y se estableció una misión para la ciencia jurídica: La formulación de ese Derecho común, aunque en mi parecer, el Derecho Común en Europa sólo se vino a aplicar desde 1992, año a partir del cual el antiguo continente, se convirtió, en contra de los pronósticos, en el nuevo eje de las relaciones exteriores del Mundo, pues una vez finalizada la Guerra Fría, las naciones de Europa del Oeste, que habían sido línea del frente en la contención del comunismo, se fortalecieron mediante su Unión, con audaces iniciativas en pro de la cooperación internacional y con la cual se busca más el consenso, que la propia intervención y, la concertación en lugar de las acciones unilaterales. Para 2003, el ingreso de Grecia, Polonia, e incluso Turquía, a la Unión Europea, mezcla las distintas familias del Derecho en uno solo que busca ser más eficaz, aunque para mi gusto, un tanto peligroso, por el desconocimiento de las raíces cristianas europeas, que han consolidado su Derecho desde que hace dosmil años llegaron Simón Pedro y Saulo de Tarso a Roma, con el mensaje de Jesús.

### **El período de 1918 a 1945:**

El ideal universalista que prevalece entre los asistentes al Congreso de 1900, va a recibir un nuevo impulso como consecuencia de la primera guerra mundial, pues ya en 1917, las naciones aliadas emprendieron trabajos para llevar a cabo la unificación legislativa mediante la expedición de un Código de las obligaciones para Francia e Italia.

Luego, vino la creación de la Sociedad de las Naciones, lo que supuso, por vez primera en el mundo, la existencia de una organización supranacional en la cual se cifraron las mayores esperanzas de los países, a tal punto que bajo sus auspicios, se creó en Roma en 1926 el Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado, que se reúne desde esa época en un Congreso al cual asisten varios colombianos desde hace tiempo y que incluyen algunos aspectos de los mismos en el ya institucional Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

Pero pronto se tuvo que abandonar cada uno de los proyectos forjados, pues los tiempos no eran aún maduros para llevar a cabo una verdadera unificación internacional del Derecho y lo más que se podía aspirar era que se pudieran lograr pequeños resultados entre países ligados por una tradición jurídica común.

Sin embargo, a pesar de todo, el Derecho Comparado salió fortalecido de esta prueba, pues se inicia el intercambio entre el Derecho Europeo Continental, con los derechos Inglés y Norteamericano.

### **La Época Actual:**

La Segunda Guerra Mundial supuso, un replanteamiento de las relaciones internacionales, de tal forma, que después de 1945, el Derecho Comparado hubo de tomar en consideración no sólo los sistemas jurídicos de Occidente, sino también los derechos del mundo entero. En ciertos aspectos, quizá baste limitar el estudio a los sistemas europeos continentales, los únicos que interesaban a los juristas de 1900; pero, en otros muchos aspectos sí tomamos en cuenta otros problemas, pues resulta anacrónico un campo de estudio tan limitado, ya que los Estados continentales europeos de tradición romanista, ya no son los más poderosos del mundo, pues desde 1945, lo son por un lado, los de lengua inglesa, por el otro, la ExUnión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y, finalmente, aparecen China y Japón, los cuales representan el primero a un gigante dormido y, el segundo al ave Fénix.

El estudio del Derecho hoy día, debe actualizarse e internacionalizarse, pues los juristas, no podemos ignorar el nuevo equilibrio de las fuerzas, operado desde el cuadro mundial de la economía, más que de la política.

Junto a la unificación del Derecho. se acostumbra ahora a hablar de la armonización de los derechos y de la utilidad que representaría tal unificación.

Pero, al margen de toda preocupación por unificar el Derecho, se ha configurado así un nuevo campo de acción para el Derecho Comparado. Pero eso no es todo, el Derecho Comparado, constituye un elemento indispensable para llevar a cabo la renovación de nuestra ciencia jurídica; debe servirnos para conocer mejor, comprender y profundizar en nuestro propio Derecho latinoamericano.

El Derecho Comparado desempeña un papel parecido al de la Historia. Al estudioso de un Derecho nacional le proporciona la perspectiva necesaria para percibir adecuadamente las líneas maestras de ese derecho. Nos pone de relieve el carácter contingente, accidental, de ciertas normas o instituciones, a las que, de no ser por la comparación, estaríamos tentados de atribuir un carácter necesario y permanente, Permite, de la misma forma, un planteamiento más correcto de ciertos problemas y una comprensión del carácter inadecuado o anticuado de algunas de nuestras instituciones.

Pretender encerrar la ciencia jurídica dentro de las fronteras de un Estado y querer exponerla o perfeccionarla sin tomar en cuenta la teoría y la práctica extranjeras no significa otra cosa que limitar las potencialidades del jurista para el conocimiento y la acción.

El Derecho, en cuanto a la ciencia social, no puede, al igual que ocurre con la historia, la economía, la teoría política o la sociología, ser estudiado exclusivamente desde una perspectiva puramente nacional. El nacionalismo jurídico es más bien "provincialismo" según René David y, ese provincialismo, es irreconciliable con el auténtico espíritu científico y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del Derecho nacional.

Aclarando lo dicho, lo que se quiere decir, es que aunque el estudio del Derecho nacional, es de por sí complejo, el Derecho Comparado es, como la Historia del Derecho: totalmente necesario.

Y, además en la época actual y volviendo a la frase de nuestra Constitución sobre la integración Latinoamericana y del Caribe, es inconcebible una cultura general jurídica sobre la base exclusiva de un Derecho Nacional y más cuando a través de la jurisprudencia hemos tenido cierta influencia del Derecho Americano al producirse desde Abril de 1992, la llamada "*Judicialización de la Constitución*", con el primer fallo de la Corte Constitucional, expedido por la Sala de Revisión que presidía José Gregorio Hernández Galindo.

## **LAS FAMILIAS JURÍDICAS**



En el campo del Derecho, al igual que en las demás ciencias, existen categorías generales que sobresalen por encima de la gran variedad de los derechos particulares; en dichas categorías, es que nos es posible agrupar los diferentes derechos.

De este modo, y como lo veremos, existen en ciertos países como Estados Unidos o la Confederación Helvética, Derechos Estatales o Cantonales por un lado, frente a un Derecho Federal. Sin embargo, esta pluralidad no es exclusiva de los Derechos Federales, ya que por ejemplo en España frente al derecho común, existen en Cataluña y Aragón, derechos particulares o derechos forales o, en el Reino Unido, el Derecho Escocés es diferente al Derecho Inglés.

Pero, Concentrándonos, se denominan generalmente sistemas de Derecho aquellos tipos a los que resulta imposible reducir los Derechos existentes, aunque no es en realidad muy acertada esa definición, pues "*sistema de Derecho*" es más bien la expresión que nos sirve, al margen de toda comparación, para designar el conjunto de ramas que, en un país dado, se combinan para formar el Derecho Nacional. Por eso, una nomenclatura mucho más adecuada es la de "*Familias Jurídicas*".

Pero, cuáles son las diferentes familias existentes en el mundo contemporáneo? Pues la clasificación de los derechos en familias nos sirve para valorar la utilidad que puede proporcionarnos, en uno u otro caso, la comparación, pues gracias a ella podemos entender mejor los rasgos característicos, en ocasiones latentes, de nuestro propio Derecho y además, nos ayuda a comprender, con toda la utilidad que ello supone, la diversidad de concepciones jurídicas que existen en el mundo.

Si queremos saber cuántas son las familias jurídicas, primero debemos analizar la noción de Derecho. Esta noción implica un cierto grado de imprecisión, ya que jamás nos hemos puesto de acuerdo acerca de la definición del mismo, como ya lo dijimos, pero, pese a todo, las controversias que se han producido en torno al problema dejan libre una amplia base de entendimiento, ya que sólo parecen limitarse a los caracteres que deben poseer una regla determinada para que la podamos considerar como norma jurídica. Pero el Derecho, en su más amplia acepción, no está constituido únicamente por el conjunto de esas normas, las cuales varían de época en época y de país a país.

Al respecto, Roscoe Pound en "*El Espíritu del Common Law*" ha mostrado que, en el Derecho, además de normas jurídicas, existe todo un conjunto de conceptos y de métodos de investigación, así como también cierta concepción del mundo, de las relaciones sociales y de la justicia.

El concepto de Familia Jurídica implica la idea de una semejanza de estructura y tomar en cuenta los elementos constantes del Derecho, sin contentarse con una consideración de las normas, que integran en un momento dado ese derecho.

La clasificación de los derechos en familias no debe hacerse por las semejanzas o diferencias que presenten determinadas normas, por importantes que puedan ser aquellas, pues cuando se quiere caracterizar un determinado sistema jurídico, lo verdaderamente decisivo no puede residir en lo que, por naturaleza, es circunstancial y contingente.

Finalmente, se determinan así las familias jurídicas del mundo contemporáneo:

- La Familia Romano-Germánica.
- La Familia del Common Law.
- La Familia de los Derechos Socialistas.
- La Familia de los Derechos Religiosos y Tradicionales o Filosóficos.

### **I. LA FAMILIA ROMANO-GERMÁNICA:**

A esta familia pertenecen los países en los que la ciencia jurídica se ha construido sobre la base del Derecho Romano. En dichos países, las normas jurídicas se conciben como normas de conducta vinculadas estrechamente a preocupaciones de justicia y de moral. La ciencia jurídica tiene como tarea fundamental la determinación de cuáles son esas normas y debido a razones históricas, el Derecho es elaborado especialmente con el fin de ordenar las relaciones entre los ciudadanos; las restantes ramas del Derecho, se han elaborado posteriormente y con menor rigor, siempre a partir del Derecho Civil, que continúa siendo el centro por excelencia de la ciencia jurídica.

Las familia del Derecho Romano-Germánico tuvo su cuna en Europa y se fué constituyendo gracias al esfuerzo de sus universidades, las cuales elaboraron y desarrollaron, a partir del siglo XII, una ciencia jurídica común y adaptada a las necesidades del mundo moderno, sobre la base de las compilaciones de Justiniano.

Cabe anotar aquí, que el adjetivo Romano-Germánico, se eligió para rendir homenaje al esfuerzo de las Universidades latinas y germánicas.

Claro que algunas personas únicamente hablan de los Derechos Romanistas, lo cual puede aprobarse, aunque no pone suficientemente de relieve la aportación de la ciencia germánica que también ha sido fundamental en la formación del sistema, o igualmente implicaría el riesgo de hacer perder de vista el hecho de que las normas de los derechos que pertenecen actualmente a la familia son totalmente diferentes de las normas del Derecho Romano.

Como consecuencia de la colonización, la familia Romano-Germánica, ha conquistado vastos territorios, en los que aún hoy se aplican derechos que pertenecen a esta familia o están emparentados con ella.

Fuera de Europa, que es su lugar de origen, los derechos vinculados con esta familia han adquirido, sin embargo, rasgos propios, los cuales exigen, desde el punto de vista sociológico al menos, ser clasificados en grupos distintos. Hay muchos países en los cuales se "recibieron" los derechos europeos, pero en los que existía con anterioridad a esa recepción, una civilización autóctona, con sus propios modos de pensamiento y de vida y sus propias instituciones.

El hecho adhiere mayor relevancia en el caso, por ejemplo, de los países musulmanes, donde la recepción de los derechos europeos y su adhesión a la familia Romano-Germánica ha sido muchas veces parcial, quedando un sector de las relaciones jurídicas regido por los principios del "*Derecho Musulmán*".

Y, en lo que se refiere a los países de América y de Africa, debido a sus condiciones de todo tipo, totalmente diferentes a las Europeas, no han conducido a una diferenciación de los derechos de dichos países en relación con los derechos que les sirvieron de modelo.

La familia Romano-Germánica tiene tras de sí una larga historia, vinculada lógicamente al Derecho de la antigua Roma, aunque desde el punto de vista científico, su origen debe situarse en el Siglo XIII, habiendo rebasado las fronteras del Imperio y conquistando con su estilo y con la técnica jurídica de la "*codificación*", casi todo el mundo.

La familia del Derecho Romano-Germánico se extiende hoy día por todo el mundo, rebasando lógicamente de manera amplia las antiguas barreras del Imperio y en especial ha conquistado toda la América Latina, una gran parte de Africa, Japón e Indonesia. Esta expansión se ha debido a la colonización o a las facilidades para implementar la técnica jurídica de la codificación.

Tanto la dispersión del sistema como la propia técnica de la codificación, causante, para muchos, de la confusión entre Derecho y Ley, han hecho que fueran difíciles apreciar los elementos unitarios que subyacen a Derechos muy diversos, los cuales, a primera vista, se presentan como Derechos Nacionales enteramente diferentes entre sí.

Claro que, volviendo al tema, el sistema de Derecho Romano-Germánico sigue teniendo hoy día como centro principal de irradiación a la Europa Continental, pese a que, como consecuencia de la expansión o la recepción, numerosos países no Europeos se hayan adherido al sistema y se hayan apropiado de algunos de sus elementos.

La creación de la familia jurídica Romano-Germánica está ligada al renacimiento, Siglo XIII, que se produce en el Occidente Europeo. Este renacimiento se manifestó en todos los planos, y uno de sus aspectos más importantes fue el jurídico. Así, la nueva sociedad toma conciencia de la necesidad del Derecho, ya que piensa que únicamente el Derecho puede garantizar el orden y la seguridad que exige el plan divino y que hace posible el progreso. También se abandona el ideal de una sociedad cristiana fundada sobre la caridad y se busca

convertir y crear el Derecho Romano moderno, aplicable a las nuevas concepciones de la escuela que surgía, de los humanistas Franceses, los cuales restituyeron su pureza a las leyes romanas, debido a que sus soluciones sólo tienen en Francia el valor de la razón escrita, pudiéndose, cuando es necesario, apartarse de ellas y sustituirlas por soluciones razonables. Así, el respeto por el Derecho Romano va siendo desplazado por la preocupación de descubrir y enseñar los principios de un Derecho puramente racional, un Derecho fundado en la razón con vocación de universalidad.

Claro que lógicamente, desde la perspectiva del Siglo XIII, el Imperio Romano ha dejado de existir, sin embargo han subsistido las compilaciones de Justiniano (Código, Digesto, Institutas, publicados entre el 529 y el 534, complementados más tarde por las Novelas) o también el Breviario de Alarico del año 506.

Luego viene el período de los Bárbaros y a partir del Siglo VI se elaboran Leyes en la mayoría de tribus Germánicas y el proceso sigue hasta el Siglo XII, aunque éstas por minúsculas, y las Romanas, por eruditas, fueron sustituidas por obras más sencillas y accesibles, buscándose forjar un derecho aplicable a todos, fuesen estos de origen Latino o Germánico, aunque hubo un pequeño receso por la invasión Árabe del año 711, que obligó a que las autoridades públicas no trataran de fijar por escrito el derecho existente, sino que se limitaran a intervenir ocasionalmente para resolver los problemas planteados.

Después, triunfó en las Universidades a lo largo de los Siglos XVII y XVIII una nueva escuela, la Escuela del Derecho Natural, que introdujo la idea de los derechos subjetivos, inexistentes en la tradición romanista. Sin embargo, tal hecho no significó la destrucción de la unidad fundamental del sistema Romano-Germánico, ya que el Derecho natural, también buscó fortalecer la comunidad jurídica Europea mediante la renovación de los principios de la familia jurídica Romano-Germánica, cuya esfera de influencia se ve también considerablemente ampliada.

Si bien es cierto que el renacimiento de los estudios de Derecho Romano es cosa distinta de la recepción de éste mismo Derecho, no es menos cierto que la influencia de las Universidades tuvo como resultado en caso todos los países, por lo que se refiere al propio fundamento del Derecho, un incremento del elemento autoritario y una influencia creciente del Derecho Romano o de normas inspiradas en este, de tal forma, que el Derecho enseñado por las Universidades si es supranacional; se manifiesta como obra de la razón, por encima de las contingencias o de las tradiciones locales. Así, en cuantas materias sea preciso un Derecho nuevo, un Derecho internacional o supranacional, se recurrirá a él, ya que las costumbres están estrechamente ligadas a un territorio determinado y no puede exigirse que el extranjero las conozca.

Las costumbres constituyen el Derecho propio de una sociedad cerrada, en tanto que el Derecho Romano corresponde a una sociedad abierta.

Finalmente en este punto, podemos decir que el Derecho existe independientemente de los mandatos de la autoridad; el soberano no puede ni crearlo ni modificarlo. Su papel es puramente administrativo; sólo puede intervenir a fin de organizar y facilitar la administración de la justicia, con el propósito de colaborar a la formulación de un Derecho que no es creado por él.

En sentido estricto, el soberano no hace Leyes, así es como la Escuela del Derecho Natural rompe con la omnipotencia del soberano y sólo le atribuye la función de reformar el Derecho, a fin de acabar con los errores del pasado y, a proclamar la autoridad de normas que se ajusten al Derecho Natural.

Así, encontramos que la naturaleza del sistema Romano-Germánico se define como un monumento construido por la ciencia que se propone dotar a los juristas con categorías, conceptos y métodos que les orienten en la búsqueda de soluciones justas. Otra de las virtudes del sistema Romano-Germánico es que ha tenido la posibilidad de unir a los pueblos de Europa en el respeto por su diversidad, basada a la vez en la tradición.

Sin embargo, y como lo veremos, completamente diferente ha sido el proceso de formación del Common Law, sistema de Derecho Uniforme para todo el Reino de Inglaterra.

Otro resultado alcanzado por el sistema Romano-Germánico con apoyo de la Escuela del Derecho Natural, ha sido la codificación.

La codificación constituye la técnica que permitió hacer realidad la fusión entre el Derecho teórico y el Derecho práctico y de esa forma producirse cada uno de los códigos que significó también la expansión de la familia Romano-Germánica más allá de sus fronteras naturales, aplicándose por ejemplo las principales figuras de esta familia, en las primeras clases organizadas en la Universidad de San Marcos de Lima, creada en 1551 y en la Universidad de México, fundada en 1553.

### **El Derecho Público y el Derecho Privado en la Familia Romano-Germánica:**

En todos los países de la familia Romano-Germánica, la ciencia jurídica agrupa las normas en idénticas categorías generales. En todas partes encontramos la misma división básica entre Derecho Público y Derecho Privado, que se corresponde a una diferente formación y orientación de los juristas, parte de los cuales se dedican a carreras propiamente jurídicas, mientras que otros se dedican a la administración.

Es característica de la familia Romano-Germánica, la dicotomía Derecho-Público-Derecho Privado. Se ha discutido también sobre el criterio de establecer esta distinción, así como sobre la utilidad que puede reportar. La práctica reforzada con la historia, no pone en duda este valor, ya que por siglos, el Derecho Privado ha sido el único Derecho del Continente Europeo.

Sólo en la esfera del Derecho Privado podían las jurisdicciones instituídas o reconocidas por el Estado desempeñar su función y dar solución imparcial a los litigios. Si una de las partes del litigio era la Administración, todo el sistema se veía falseado, tanto en el plano de la teoría como en el de la práctica; en la teoría, porque interés público e intereses particulares se encuentran en distintos planos y no pueden medirse con la misma vara, como lo dice René David; en la práctica, porque constituye un serio problema que los Jueces puedan dictar sus decisiones de modo imparcial e independiente en un litigio en el que se enfrentan el Estado y un particular.

Por tanto, ha sido necesario el establecimiento de un proceso contencioso-administrativo que ofrezca suficientes garantías a los particulares, de manera que esa sección de la jurisdicción debe tener una cierta autonomía con respecto del mismo poder judicial, pues supone la existencia de Jueces que no se consideren como funcionarios y agentes de la Administración.

Es así, como se impone día a día el deber de proseguir nuestros esfuerzos para elaborar y perfeccionar el Derecho Público, pues este no tiene en nuestros países el mismo grado de perfección del Derecho Privado, el cual continúa siendo el verdadero Derecho y, por tanto, la formación del jurista y el imperio del Derecho sólo pueden ser asegurados por el estudio del Derecho Civil, al cual nosotros dedicamos cinco años, mientras que a la práctica administrativa, dejando aparte la teoría, sólo se le dedica un semestre en las Universidades Colombianas, al igual que muy superficialmente se sabe que la Corte Constitucional, como suprema guardiana de la integridad y supremacía de la Carta le corresponde la revisión jurisdiccional de las normas que la contravienen, pero no sabemos como es que se desarrolla el Artículo 241 de la Constitución, ni menos, como se ejercen las acciones de tutela, aún después de doce años de su implementación.

Claro que tampoco en el Derecho Público existe una identidad de estructura entre los diversos ordenamientos jurídicos, aunque las nociones básicas que lo integran son relativamente accesibles a los juristas que conocen cualquiera de los Derechos que forman parte del sistema Romano-Germánico, ya que se hallan en situación de captar de modo inmediato la utilidad que representa cada nueva institución y el lugar que ocupa en el sistema a que pertenece.

Esa falta de identidad de estructura, ha hecho que sólo hasta ahora el Derecho Público cobre vigencia, pues en la gran mayoría de países de la familia Romano-Germánica, el Derecho Público sólo ha alcanzado un grado de desarrollo y de perfección muy inferior al del Derecho Privado, salvo tal vez el caso de Francia, donde el Derecho Administrativo ha tenido mucha importancia, admirándose sobre manera la obra de su Consejo de Estado, al cual, los mismos juristas Ingleses le rinden homenaje.

Pero no obstante lo anterior, algunos procesalistas franceses incluso dicen que el Derecho Público no tiene el grado de perfección ni el mismo valor que el Derecho Privado; ya que este continúa siendo el verdadero Derecho y, por tanto, la formación del jurista y el imperio del Derecho sólo pueden ser asegurados por el estudio del Derecho Civil.

### **La Noción de Norma Jurídica en la Familia Romano-Germánica:**

Es cierto que las grandes divisiones del Derecho son las mismas en los diferentes países, pero también es cierto que dicha semejanza va disminuyendo según descendemos, en las diferentes disciplinas jurídicas, hasta los conceptos elementales. En este nivel, sólo puede afirmarse la similitud si reconocemos importantes reservas, cuya amplitud y alcance no hemos tratado de ocultar.

Así, es que ahora observamos las semejanzas o divergencias de estructura desde otro punto de vista: la forma en que se concibe la norma jurídica, el alcance, la naturaleza y los caracteres que se atribuyen a dicha norma.

En todos los países de la familia Romano-Germánica, la norma jurídica es analizada y caracterizada de modo parecido. Dentro de esta familia, la doctrina, muy estimada por los juristas, se ha dedicado tradicionalmente a ordenar y sistematizar las soluciones formuladas al dar solución a los casos concretos y, en consecuencia, no se ha concebido a la norma jurídica como la norma llamada a dar solución a un caso concreto. Gracias al esfuerzo de sistematización llevado a cabo por la doctrina, se ha visto elevada a un plano superior, se ha concebido como una norma de conducta, dotada de una cierta generalidad y situada por encima de las aplicaciones que los tribunales o los profesionales puedan hacer de ella en un caso concreto. Gracias al esfuerzo de sistematización llevado a cabo por la doctrina, la norma jurídica se ha elevado a un plano superior, pues se le ha visto como dotada de una cierta generalidad y situada por encima de las aplicaciones que los tribunales o los profesionales puedan hacer de ella en un caso concreto, ordenando los datos, las normas y los principios, a fin de que los juristas encuentren en ellos una guía segura para resolver en el futuro casos análogos.

Esa es la aptitud que predomina en los países pertenecientes a la familia Romano-Germánica, pues los Jueces no elaboran la norma, tanto por falta material de tiempo como debido al hecho de que la equidad requerida por el caso concreto pone en peligro su claridad de juicio y, sobre todo, debido a que su papel no consiste en pronunciarse "*en forma general y reglamentaria*".

Más allá de las posibilidades y de las funciones judiciales, la norma jurídica aparece como el producto de una reflexión fundada, en parte, sobre la observación de la práctica y, en parte, sobre consideraciones de justicia, moral, política y armonía del sistema, que el Juez quizá no tuvo en cuenta. Mediante la reflexión se trata de formular una norma, y tal concepto, al igual que el de Ley, nos sugiere un cierto grado de generalización: la norma

debe ser lo suficientemente general como para servir en el futuro de principio con el que decidir la solución de los casos concretos.

La norma jurídica decanta y purifica la práctica, eliminando los elementos discordantes o superfluos. Igualmente, simplifica el conocimiento del Derecho, al reducir la masa de los elementos que deben tomarse en consideración. Proporciona sentido a dichos elementos, el poner de relieve en qué medida asegura una mejor justicia social, un orden económico o social más seguro y permite, en fin, que la opinión pública o el legislador intervengan más eficazmente, a fin de corregir ciertos tipos de conducta o para orientar a la sociedad hacia unos determinados objetivos. Este fin que se reserva al Derecho con conforme con la tradición, para la cual el Derecho es un modelo de organización social.

La norma jurídica, en la forma en que es concebida por la familia Romano-Germánica, es la base fundamental en la que se asienta la codificación, Así, la concepción Romano-Germánica de código no se propone dar a los ciudadanos normas inmediatamente aplicables a las dificultades concretas que les plantea la vida, sino normas más generales y ordenadas sistemáticamente, de las que puedan deducir con el menor trabajo posible, la forma en la cual deban resolver la dificultad planteada.

La norma jurídica Romano-Germánica está situada a mitad de camino entre la decisión de litigio, considerada como una aplicación concreta de la norma, y los principios, dotados de mayor generalidad, de los cuales no es más que una aplicación.

En los países del sistema Romano-Germánico, el arte del jurista consiste en hallar la norma y en su formulación de acuerdo con las siguientes exigencias: No debe ser demasiado general, ya que dejaría de ser, en tal caso, una guía suficientemente segura para orientarse en la práctica, ni ser demasiado concreta, a fin de abarcar un cierto tipo de situaciones, no limitándose exclusivamente, como ocurre con la decisión judicial, a una situación particular.

Nuestra concepción de norma jurídica y del lugar que debe ocupar en su relación con los principios y la solución del caso concreto constituye uno de los aspectos fundamentales y no debidamente subrayados que crea una estrecha comunidad entre las actitudes y los razonamientos de los juristas de todos los países que integran la familia Romano-Germánica. Constituye pues, una de las manifestaciones más claras y más importantes "**la generalidad**", la cual, atribuida a la norma jurídica explica que se conciba, en todos los países, la tarea de los juristas como una labor de interpretación de las fórmulas legislativas, al contrario de lo que ocurre en los países del Common Law, en los que la técnica jurídica se caracteriza por el procedimiento de "**las distinciones**", según la cual se aspira a que el Juez formule, del modo más preciso posible, la norma que determina la solución de un litigio, en tanto que en los países de la familia Romano-Germánica se estima deseable que la norma deje un cierto margen de acción al Juez, pues su función se limita a establecer cuadros para el Derecho y a proporcionar directiva al Juez, para que este se abstenga de ir



más allá. Es decir, se crean unos límites al sistema de la libre valoración de la prueba, otorgándoles un poder discrecional en la aplicación de las normas.

Por consiguiente, la seguridad jurídica no se ve acrecentada por el hecho de que la norma aplicable sea más fácil de hallar, sino más bien lo contrario.

Así, la concepción de la norma predominante en los países de la familia Romano-Germánica trae como consecuencia que, cuanto suponga una mayor especialización de la norma jurídica, se traduce en un aumento automático del papel interpretativo del Juez.

De todo lo anterior se deduce que, en los países de la familia Romano-Germánica, el Derecho se halla contenido no sólo en las normas formuladas por el legislador, sino también en la interpretación que de dichas fórmulas llevan a cabo los Jueces. No quiere esto contradecir lo dicho en referencia a la familia del Common Law, pues en un sistema en el que la norma jurídica es de formación jurisprudencial, el Juez formula la regla que se propone aplicar inmediatamente tras una consideración de la situación concreta. En el sistema Romano-Germánico, el Juez, por el contrario se guía para resolver el litigio por una idea general, cuya fórmula encuentra en la norma.

### **Las Fuentes del Derecho en la Familia Romano-Germánica:**

No es de por sí tarea fácil llevar a cabo una exposición de la teoría de las fuentes del Derecho propias de la familia Romano-Germánica, ya que son numerosos los derechos que constituyen esta Familia, y cada uno de ellos posee su propia originalidad. Además, dentro de cada ordenamiento nacional, la materia sigue siendo compleja y susceptible de prestarse a discusión.

Sin embargo, se menciona a la Ley, a la Costumbre, a la Jurisprudencia y a los Principios Generales como fuentes del Derecho.

En cuanto a **la ley**, los diversos países de la familia Romano-Germánica aparecen hoy unidos por una misma idea acerca de su poder preponderante. Sin embargo, pueden advertirse algunas diferencias entre ellos por lo que respecta al problema, por ejemplo en lo que atañe al control de la constitucionalidad de las leyes, la codificación, la distinción entre la Ley y reglamento y la interpretación misma de la Ley. Todas estas diferencias tienen, por supuesto su importancia, pero ninguna de las particularidades señaladas puede constituir un argumento para excluir de la familia Romano Germánica al ordenamiento jurídico en que se dan; tampoco consideramos dichas particularidades lo suficientemente importantes como para poder hablar de un grupo latino, germánico, italo-heleno o escandinavo, con autonomía dentro de la familia.

Pero, más importantes que todas estas diferencias, son las semejanzas existentes entre todos esos ordenamientos jurídicos, los cuales se derivan, sobre todo, del papel considerable atribuido a la Ley dentro de los mismos.

En todos los países de la familia Romano-Germánica la Ley parece abarcar la plenitud del orden jurídico; tanto los juristas, como la propia Ley, están dispuestos a reconocer teóricamente la existencia de lagunas en el ordenamiento legislativo, pero en la práctica son insignificantes. Sin embargo, la realidad que se esconde tras esta actitud es muy diferente y capaz de sorprender a quienes creen en la fórmula de la doctrina.

La Ley forma el esqueleto del ordenamiento jurídico, pero son otros factores los que también dan vida a este esqueleto, como que la Ley no se agota en su texto, ni siquiera cuando se la somete a los procedimientos sumamente excesivos, que se emplean muchas veces en su interpretación, a través de los cuales se releva el poder creador de la jurisprudencia y de la doctrina, debido a que según René David, "*los códigos son para el jurista únicamente en punto de partida, no una meta*".

Por su parte, **la Costumbre** es simplemente, uno de los varios elementos que nos permiten hallar la solución justa a determinado problema, pues si no se recurriera a ella, sería imposible determinar cuándo la conducta de una persona es culposa, cuándo un determinado signo constituye una firma, cuándo pueden hacerse valer circunstancias atenuantes, cuándo es o no posible moralmente procurarse la prueba escrita de una obligación, o cuándo un bien es o no un recuerdo de familia.

Todo el análisis de la costumbre se encuentra con una visión más exacta si, volviendo a la tradición, dejamos de confundir la Ley y Derecho. Si la Ley no se confunde con este, sino que es concebida como un simple medio para llegar al conocimiento del Derecho, nada se opone a que se reconozca, junto a los textos legislativos, la utilidad de las restantes fuentes.

Tiene fuerza de Ley sólo aquella costumbre que introducida por una comunidad, haya sido aprobada por el legislador, conforme a las normas que la rigen.

Para que la costumbre rija, debe constar de tres argumentos fundamentales:

- a. Necesidad de conformidad, es decir, concordancia de la costumbre con las Leyes.
- b. Causa eficiente o actor inmediato.
- c. Eficacia legal de la costumbre.

Con relación a **la Doctrina**, podemos decir que durante mucho tiempo ha sido la fuente fundamental de la familia Romano-Germánica y sólo muy recientemente ha sido sustituida por la Ley, al producirse el triunfo de las ideas democráticas y de la codificación.

La Doctrina forja el vocabulario y los conceptos jurídicos que van a ser utilizados por el legislador y en el hecho, aún más evidente, de que es ella la que establece los métodos con los que va a descubrirse el Derecho y a interpretarse las leyes. Además, la Doctrina puede tener una gran influencia sobre el legislador, pues muchas veces, este se limita a consagrar tendencias doctrinales y a promulgar normas que previamente han sido preparadas por la misma Doctrina.

La Doctrina tiene, en realidad, una importancia primordial, ya que es la que crea en los diversos países, los diferentes instrumentos de trabajo de los juristas, quienes exponen las formas de aplicación práctica del Derecho y se esfuerzan, a la vez por criticar o justificar sus conceptos, mostrando su evolución o las tendencias del Derecho.

Acerca de **la Jurisprudencia**, sólo puede determinarse su importancia en los países de la familia Romano-Germánica si la consideramos en su relación con la Ley, pues su papel creador queda siempre, o casi siempre, disimulado tras la apariencia de una interpretación de la Ley y sólo muy excepcionalmente, los Jueces reconocen abiertamente su papel creador de normas jurídicas.

Sin embargo, la jurisprudencia se prohíbe a si misma la creación de normas jurídicas porque, según los Jueces, tal tarea es de la sola incumbencia del legislador y de las autoridades políticas o administrativas, cuya misión consiste en completar la obra de Aquel.

Otros dicen que el papel de la jurisprudencia, tanto en lo que se refiere a su alcance como a sus limitaciones, sólo puede comprenderse en función de una determinada psicología judicial, que depende, a su vez, de la forma en que son reclutados los Jueces y del modo en que ellos mismos conciben la función judicial.

En tal sentido, podría afirmarse un principio general como característica de la familia Romano-Germánica: Que, la justicia es dictada por Jueces profesionales, inamovibles, que consideran la función judicial como una carrera y el cuerpo judicial como un cuerpo autónomo respecto a la administración, al Estado y a los propios prácticos del Derecho. Otra característica general del sistema es la obligatoriedad de la existencia de un Ministerio Público que colabore con el Poder Judicial.

En consecuencia, si queremos ponderar el peso que tiene la Jurisprudencia en la evolución jurídica, debemos resignarnos a ir más allá del proceso de interpretación, auténtico o ficticio, de los textos legislativos.

La jurisprudencia desempeña un papel creador en la medida en que, en cada ordenamiento, tal proceso conduce más allá de la simple exégesis.

En Colombia, la Jurisprudencia ha jugado un papel muy importante en los últimos años, desde la expedición de la Carta de 1991, ya que la Corte Constitucional ha jugado un papel

trascendental en la ya referida “*Judicialización de la Constitución*”, frente a lo cual, tendencias reformistas surgidas en 2003, han considerado algunos aspectos protagónicos de la Carta, que realmente constituyen en ocasiones un “*choque de trenes*”, surgido de una clasificación de nuestro Tribunal, que puede estar dado en distintos modelos institucionales de Corte Constitucional, los que son clasificados por el Profesor Alfonso Santiago (hijo)<sup>2</sup>, sobre la base de dos criterios:

1. Considerando la relación institucional que tiene la Corte... con los poderes políticos, pueden distinguirse tres supuestos:
  - a. Corte adicta: carece de independencia real con relación a los otros poderes del gobierno;
  - b. Corte independiente: goza de genuina independencia y capacidad de decisión, siendo plenamente consciente de ello, y
  - c. Corte hostil: está enfrentada con los poderes políticos.
2. Teniendo en cuenta la intensidad con que la Corte... ejercita la función de control, cabe distinguir otros tres supuestos:
  - a. Corte permisiva: es la que, por el motivo que sea, no ejerce su función de control;
  - b. Corte moderadora: se verifica cuando ella ejercita adecuada y acotadamente su función de control político, y
  - c. Corte activista: es la que sobrepasando la función de control, asume la iniciativa política.

Alfonso Santiago, vinculando los modelos de Corte adicta con los de Corte permisiva y el de Corte independiente con el de Corte moderadora, crea finalmente cuatro modelos institucionales, de los cuales omitimos la explicación extensa de este autor, para considerar que en cierta forma, la Corte Constitucional colombiana se adapta al último sistema en lo que se refiere a esa judicialización de la Constitución, e incluso en cuanto a la creación de situaciones anómicas. Esos modelos de Santiago, se resumen así:

- a. La Corte permisiva. Es la que no realiza su función de control político o lo ejerce muy tímida y parcialmente. Hay, por tanto, un mal cumplimiento del rol institucional asignado a la Corte... en el sistema político.
- b. La Corte moderadora. Pensemos que son cuatro los elementos principales que caracterizan a una Corte moderadora: su independencia, la clara conciencia de su misión institucional, la autolimitación para respetar debidamente el ámbito de competencia de los poderes políticos y, por último, el acierto de sus decisiones.
- c. La Corte hostil. Es la que en el ejercicio de su función de control aparece abiertamente enfrentada a los poderes políticos. No se trata de un conflicto

---

<sup>2</sup> SANTIAGO (hijo), Alfonso. *Los Modelos Institucionales de Corte Suprema*. En: SANTIAGO (hijo), Alfonso y ÁLVAREZ, Fernando. *Función Política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte*. Ditorial Ábaco de Rodolfo Depalma y Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000, pág. 43.

circunstancial, sino de un enfrentamiento permanente que imposibilita el ejercicio de la función gubernamental en temas claves del quehacer político.

- d. La Corte activista. El término “activismo judicial” es bastante impreciso y susceptible de ser utilizado con muy diversos sentidos y alcances. En general, hace referencia a un Poder Judicial con una actitud de “**protagonismo institucional**”, (el subrayado es nuestro).

Finalmente, **los Principios Generales**, son los que subrayan la subordinación del Derecho a los imperativos de la justicia, en la forma en que esta es concebida en un momento y en un lugar determinados.

La teoría de las fuentes del Derecho se nos presenta, en definitiva, en todos los países de la familia Romano-Germánica como una teoría que está destinada y es adecuada a hacer realidad la concepción tradicional que en estos países reivindica el reinado del Derecho, cuya búsqueda constituye una tarea que debe realizarse en común por todos los juristas, actuando cada uno en una esfera determinada y mediante el empleo de sus propias técnicas, pero inspirados todos en un ideal común, el de alcanzar en cada caso la solución más conforme con el sentimiento común de la justicia, fundado sobre una conciliación de los intereses de todo orden, tanto de los particulares como de la colectividad.

## II. LA FAMILIA DEL COMMON LAW:

Comprende esta segunda familia, el Derecho de Inglaterra y los Derechos que han tenido como modelo al Inglés, nacido de la actividad de los tribunales reales de la justicia, a partir de la conquista normanda. Las características del Common Law son totalmente diferentes a las de la familia Romano-Germánica.

Además del Derecho inglés, la familia del Common Law comprende, salvo ciertas excepciones (Escocia y Sudáfrica), los derechos de todos los países de lengua inglesa o que han estado asociados, o aún lo siguen, a Inglaterra, aunque en algunos países se han conservado tradiciones, instituciones y nociones que les son propios.

Todo el estudio del Common Law debe comenzar por un estudio del Derecho inglés, ya que el Common Law está marcado profundamente por su historia de ese Derecho inglés.

El Common Law, es una especie de Derecho público surgido del procedimiento y en su elaboración y formación, la ciencia de los romanistas, fundada en el Derecho civil, solo ha desempeñado un papel de segundo orden pues las divisiones del Common Law, los conceptos que emplea y el vocabulario que emplea en sus conceptos, difieren mucho de los que son propios de la familia Romano-Germánica.

El Common Law, ha sido elaborado por los Jueces, en el curso de dirimir los conflictos entre los particulares, y este origen es hoy todavía evidente.

La norma jurídica del Common Law, menos abstracta que la de los derechos Romano-Germánicos, es una norma que proporciona solución a un proceso, no una norma de conducta general para el futuro. Las normas relativas a la administración de la justicia, el procedimiento, la prueba, así como las relativas a la ejecución de las decisiones judiciales, tienen el mismo rango, sino superior, es más bien debido a que con ellas se busca el restablecimiento de la paz. Además, el Common Law está vinculado en sus orígenes al poder real; y se ha elaborado en los casos en los que la paz del reino estaba amenazada, o cuando alguna otra consideración exigía o justificaba la intervención del poder real; por tanto, se presenta esencialmente como un Derecho público, y los litigios de los particulares sólo interesan a los tribunales del Common Law, en la medida en que afectan el interés de la Corona o del Reino.

Al igual que los derechos Romano-Germánicos, el Common Law ha experimentado una expansión considerable en todo el mundo como resultado de las mismas causas: colonización o recepción.

El Common Law conserva una estructura muy diferente a la de los derechos Romano Germánicos, pero los métodos empleados en ambos mundos tienden a acercarse; la norma jurídica, especialmente, tiende a concebirse cada vez más en los países de Common Law al estilo de la norma Romano-Germánica, con la consecuencia de que muy a menudo se ofrecen soluciones de contenido muy semejantes, inspiradas en una misma idea de justicia, a los problemas que plantea el Derecho en el seno de las dos familias.

Conviene también anotar aquí, que existe un Common Law de Europa (Inglaterra e Irlanda) y un Common Law Extraeuropeo, que ahora podríamos llamar Extra-Comunitario. Fuera de Europa en ciertos países musulmanes o en la India, sólo se ha producido una recepción parcial del Common Law y, en los casos en los que se ha producido la recepción, es preciso ver en qué medida su aplicación se ha visto afectada por su coexistencia con tradiciones procedentes de una civilización anterior.

Pero, antes de continuar con el estudio más específico del Common Law, debemos anotar, que nos detendremos lógicamente en cada una de sus partes, en el Derecho inglés y en el Derecho de los Estados Unidos de América, al cual lógicamente dedicaremos un poco más de tiempo.

### **El Derecho Inglés:**

Desde el punto de vista técnico, el Derecho inglés está limitado en su esfera de aplicación a Inglaterra y el país de Gales. No es ni el Derecho del Reino Unido y ni siquiera el de la Gran Bretaña, puesto que Irlanda del Norte, de una parte, Escocia, las Islas de la Mancha y

la Isla del Man, no están sometidas al Derecho inglés, así, la expresión Derecho Británico, no debe emplearse.

De la misma forma, como característica básica está la de observar el contraste que hay entre la concepción estricta del Derecho inglés, considerado como un cuerpo de normas jurídicamente obligatorias en un país, y la universalidad del mismo Derecho cuando es considerado como el modelo inspirador de los ordenamientos jurídicos de una buena parte de la humanidad.

El Derecho inglés ocupa, sin duda, un puesto importante dentro de la familia del Common Law, pues no sólo ha sido Inglaterra su cuna, sino que todavía sigue siendo hoy el Derecho inglés un modelo para numerosos países, ya que ha sido un Derecho que se ha desarrollado de forma autónoma, sin haber sido renovado por el Derecho Romano o por la codificación, ya que su contacto con el continente Europeo fué mínimo hasta el siglo y, su influencia muy limitada.

El jurista inglés, gusta de subrayar la continuidad histórica de su derecho y lo presenta como el resultado de una larga evolución que ninguna revolución ha podido tumbar.

Lo cierto es que los ingleses buscan de valorar su carácter tradicional, de la gran sabiduría del Common Law, de su adaptabilidad, de su valor permanente y de las correspondientes cualidades de los juristas y del mismo pueblo inglés.

### **En la historia del Derecho Inglés pueden distinguirse cuatro períodos esenciales:**

**El primero es el período:** que precede a la conquista normanda de Guillermo Plantagenet, del año 1066, cuando lo más notable fué la expedición, en el año 600, de las Leyes de Edelberto, rey de Kent, redactada en lengua anglosajona, las cuales contenían noventa principios muy breves y es también es ésta época en la que Inglaterra, con la misión de San Agustín de Cantorbery (596), se convierte al cristianismo. La implementación en ese año del 1066, de un poder fuerte y centralizado, con una rica experiencia administrativa alcanzada en el gobierno del ducado de Normandía, acabó con la época tribal de Inglaterra para instaurar allí también el feudalismo.

En este primer período se definió el Common Law como el Derecho común a toda Inglaterra, en oposición a las costumbres locales. También se crean en este período la asamblea de los hombres libres, denominada Country Court o Hundred Court (ya que Hundred es la subdivisión del Condado) y, esos tribunales se encargaron de aplicar para resolver un litigio, las costumbres locales, limitándose a decidir de acuerdo con esa costumbre, quien tiene la razón.

Poco a poco esos tribunales son reemplazados por jurisdicciones señoriales, como las Courts Baron, Court Leet y Manorial Court, además de las jurisdicciones eclesiásticas, que aplicaban el derecho canónico, común a toda la cristiandad, hasta ser creados los tribunales de Westminster, en el siglo XIII, denominados así a causa del lugar donde tenían su Sede.

También y como es lógico, existían tribunales reales, tendientes a acrecentar y a ampliar los poderes del rey como ejecutor de la justicia en su reino.

Sin embargo, hasta el siglo XIX los tribunales reales no se convirtieron en "*jurisdicciones de derecho común*", pues someter un litigio a la jurisdicción real no se consideraba un derecho de los particulares, sino más bien un privilegio, cuya concesión era necesario pedir a la autoridad real por intermedio del Canciller, solicitando se le expida un writ (breve), gracias al cual quedaba abierta la vía de la jurisdicción real.

**El segundo período:** Se extiende desde el 1066 hasta el advenimiento de la dinastía Tudor en el año 1485, correspondiendo a la formación del Common Law verdadero, que se impuso sobre las costumbres locales anteriores.

A partir del siglo XIV, se vió como los particulares que no han podido obtener justicia por parte de los tribunales reales o que se vieron defraudados por la solución dada al caso, se dirigieron al rey para pedirle por vía de gracia que interviniera "*para dar satisfacción a la conciencia y con espíritu de caridad*". En estos casos el recurso pasaba normalmente por el Canciller, que era el confesor del rey y, encargado, por tanto, de guiar su conciencia, se lo transmitía al monarca cuando lo consideraba oportuno, para que resolviera en consejo. Sin embargo, este recurso creó un conflicto que poco a poco se fué institucionalizando en contra del Canciller.

Así, los tribunales reales no tienen en ese momento, una competencia universal y normalmente, los litigios se llevaban a los tribunales de los hundreds o de los condados, pues el rey sólo ejercía la "*Alta Justicia*" y se sentía con autoridad para conocer de un caso, si se encontraba amenazada la paz del reino o cuando las circunstancias hiciesen imposible que la justicia se viera satisfecha mediante los procedimientos normales.

Pero, ya para el final de la Edad Media nuevamente con la influencia del Canciller, éste y los Jueces buscan atraer para sí el mayor número de asuntos, debido a los beneficios que les procura la administración de justicia, acrecentándose la autoridad del rey y ampliando sus poderes de justiciero soberano en el reino.

Por otro lado, las presiones del pueblo, hacen que cada día se amplíe la vigencia de los tribunales reales, que son en últimas los únicos que pueden contar con medios efectivos para lograr la comparecencia de los testigos, tomarles juramento y ejecutar eficazmente sus propias decisiones.



Sin embargo, la intromisión de los Tribunales Reales, suscitaron la oposición de los señores feudales, que deseaban reservarse los beneficios de la justicia y contemplaban con inquietud los progresos realizados por la autoridad real.

**El tercer período:** corresponde a los años 1485 a 1832 cuando se logró el mayor florecimiento del Common Law, sin embargo, este se ve obligado a aceptar un compromiso con un sistema complementario, y en ocasiones rival, que se manifiesta en "*las normas del equity*", pues la inadecuada organización de la jurisdicción del Canciller, así como su lentitud hacen que junto a las normas de los tribunales reales de Westminster, surjan las normas de los Tribunales del Common Law, igualmente "*jurídicas*" y tan estrictas en su aplicación como lo es la misma equity o equidad.

En esta disposición también influyeron consideraciones de orden político, ya que el procedimiento escrito e inquisitorio del Canciller parecía más preferible a soberanos celosos de su autoridad y más convencidos de su absolutismo a través de la aplicación por ellos del derecho mismo.

**El cuarto período:** que, iniciado en 1832, llega hasta nuestros días, es el período moderno, durante el cual el Common Law debe hacer frente a un desarrollo sin precedentes de la Ley y debe adaptarse a una sociedad rígida, que procedió en principio a efectuar una considerable obra de limpieza (abrogación de leyes caídas en desuso) y de ordenación (consolidación), purificando al Derecho de soluciones arcaicas y esforzándose más por la sistematización de las normas, lo cual representa una transformación fundamental en la historia del Derecho inglés.

En cuanto a la **Estructura del Derecho Inglés**, este difiere profundamente de los Derechos de la familia Romano-Germánica, ya que su estructura que posee, es la que determina la dificultad para su estudio. Dicha diferencia estructural es total, pues en el plano de las grandes divisiones del Derecho, no encontramos ni la distinción Derecho Público-Derecho Privado, ni las divisiones, tan lógicas para nosotros, entre Derecho Civil, Administrativo, Comercial o Laboral; en lugar de esas grandes divisiones encontramos otras, como la fundamental entre Common Law y equity, o la de propiedad real y personal, en un plano inferior, el de los conceptos, nos hallaremos igualmente desorientados al no encontrar ni siquiera la idea de patria potestad, ni la de reconocimiento de hijos extramatrimoniales, ni la de usufructo, ni la de persona moral, ni las de dolo o fuerza mayor, viendo esos puestos ocupados por conceptos nuevos aún para nosotros como **trust, bailment, estoppel, consideration, o trespass**, que nada nos dicen. Al no corresponder a ninguno de nuestros conceptos, las nociones jurídicas inglesas son intraducibles a nuestros idiomas, al igual que ocurre con los términos relativos a la fauna o flora de un clima diferente. Cuando se nos quiere traducir a toda costa, se desnaturaliza su sentido.

Así, el Derecho inglés no es un Derecho de origen universitario como el Romano Germánico, ni un Derecho de Principios; es un Derecho surgido del procedimiento y

elaborado por los prácticos, ya sea en los tribunales, o escuchando las lecciones de Abogados y los Jueces. por ello, los ingleses se ha preocupado fundamentalmente por las cuestiones del procedimiento; su buen sentido les hizo comprender que de nada servía tener la razón, si no se puede lograr que se haga justicia.

Por último, debemos señalar, la importancia atribuida por los juristas ingleses a la eficacia de las decisiones judiciales. En primer lugar, en Inglaterra nada se opone a que los tribunales, a fin de asegurar el respeto del Derecho, dirijan órdenes a la Administración. Los tribunales ingleses no se limitarán a anular el acto administrativo ilegal; ordenarán a la Administración mediante una orden de mandamus, la adopción de una medida administrativa justa adaptada a las circunstancias; ordenarán a la policía, como a cualquier otra persona, mediante el writ de habeas corpus, la puesta en libertad del individuo detenido o arrestado ilegalmente. Tales procedimientos son característicos del Derecho inglés, en cambio, apenas se preocupa por las declaraciones abstractas que afirman principios de justicia sin preocuparse de su sanción práctica.

Pasando a otro aspecto, debemos también anotar que los juristas ingleses conciben sus derechos fundamentales como un derecho jurisprudencial ó Case Law.

Así, el Derecho inglés es un sistema abierto "*que dá por supuesto un método que permite resolver cualquier cuestión que se plantee con base en un caso análogo; pero si es alguna cuestión nueva, el jurista se ajusta lo más posible a las circunstancias propias de cada caso concreto y toma muy en cuenta esas razones para distinguir la situación actual de las presentadas en el pasado. Quiere decir esto que a una situación nueva corresponde y debe corresponder, según el jurista Inglés, una norma nueva*".

### **Las Fuentes del Derecho en la Familia del Derecho Inglés:**

Encontramos en primer lugar a la jurisprudencia pronunciada por la High Court of Justice y en segundo escalón por la Court Appeal, que es el más alto tribunal por debajo de la Supreme Court of Judicature, verdadera depositaria del poder judicial; otra de las fuentes es la ley, otra la costumbre, y por último, la razón.

En cuanto a **la Jurisprudencia**, está enmarcada como la fuente principal del Derecho inglés, pues en Inglaterra existen no solo funciones jurisdiccionales y autoridades judiciales, sino también un poder judicial, que, por su importancia y rango, se encuentra en el mismo plano que los poderes ejecutivo y legislativo. Además, su existencia e independencia se conciben como condiciones sine qua non del respeto de las libertades inglesas y del buen funcionamiento de las instituciones, a cuya creación y fortalecimiento los tribunales han contribuido ampliamente a lo largo de la historia.

Como dato curioso, en los tribunales ingleses no existe un fiscal, pues a los ingleses les parece inconcebible con la autonomía y dignidad del poder judicial la presencia de un

agente que represente al poder ejecutivo y además, solo en Londres existe un Tribunal Superior, si exceptuamos la competencia atribuida en materia de equidad, a dos tribunales situados en Durham y Manchester. También hay unos abogados llamados commissioners, asimilados a los Jueces mientras dura su comisión, los cuales hacen giras judiciales por las provincias solucionando conflictos. Los abogados también están concentrados en Londres con cerca de 4.000 barristers y junto a ellos los sollicitors, que desempeñan un papel similar al de los procuradores o personeros municipales y al de los notarios.

Como lo expresabamos, el máximo tribunal es en Inglaterra la Supreme Court of Judicature, que posee dos escalones: La High Court of Justice y la Court Appeal.

La High Court of Justice está formada por tres divisions o divisiones, cuyos sobres son:

-La División del Banco de la Reina (Queen's Bench Division Q.B.) con 38 Jueces.

-La División de la Cancillería (Chancery Division Ch.) con 8 Jueces.

-La División de Testamentos, divorcios y asuntos marítimos. Probate, Divorce and Admiralty Division, con 17 Jueces.

Los asuntos se dirigen normalmente a alguna de las Divisiones de la High Court of Justice y sus decisiones son recurribles ante la Court of Appeal, que cuenta con 12 Jueces.

Sin embargo, contra las decisiones que pronuncie la Court of Appeal, puede recurrirse ante la Cámara de los Lores.

Los Tribunales de Justicia representan en Inglaterra un verdadero poder, pues fue en ellos donde se elaboró el Common Law.

**La Costumbre.** Para empezar, debemos desechar la idea, tan corrientemente aceptada, de que el Derecho inglés es consuetudinario. Esta idea tiene su origen en la creencia sustentada por numerosos juristas Europeos en una rígida dicotomía: el Derecho es, o un Derecho escrito, basado en textos codificados, o un Derecho no escrito y, por tanto consuetudinario. el Derecho inglés no ha sido nunca un Derecho consuetudinario; es un Derecho jurisprudencial. El Common Law ha determinado la desaparición del Derecho consuetudinario de Inglaterra, contenido en las costumbres locales.

Pese a todo lo dicho, no debe subestimarse la importancia de la costumbre o (custom), pues al igual que cualquier otra sociedad, la inglesa no está regida exclusivamente por el Derecho. Si bien, actualmente, la costumbre no goza, en el plano estrictamente jurídico de una importancia considerable, de hecho constituye una factor determinante de la vida inglesa, que afecta sensiblemente, incluso, a su regulación jurídica.

Una Ley del año 1265, vigente hoy día, exige que para que una costumbre sea aplicada, debe tener carácter inmemorial, es decir, que existiera en el año 1189 y, hoy en Inglaterra una costumbre no es considerada jurídicamente obligatoria si se prueba su inexistencia en 1189.

**La Ley.** En principio, debe señalarse que no existe en Inglaterra una constitución escrita; lo que los ingleses llaman Constitución es el conjunto de normas, de origen legislativo y, más frecuentemente, jurisprudencial, que garantizan las libertades fundamentales de los ciudadanos y que ponen límite al arbitrio de las autoridades.

Es cierto que Inglaterra no cuenta con códigos, pero su Derecho escrito es, con escasas diferencias, tan importante y desarrollado como en el resto del mundo. Lo único cierto es que el legislador Inglés no tiene tras de sí la misma tradición que sus demás colegas Europeos, pues tiene dificultades para formular normas jurídicas de ámbito general, ya que tienen un aspecto más casuístico, que trata de ubicarse más en el plano jurisprudencial, considerada como la única norma auténtica del Derecho inglés. De otra parte, los principios contenidos en la Ley sólo son plenamente admitidos por los juristas ingleses y auténticamente integrados en el sistema del Common Law una vez han sido aplicados, reformulados y desarrollados por las decisiones jurisprudenciales.

Lo verdaderamente fundamental aquí, estriba en que la Ley en la concepción tradicional inglesa, no es considerada como un modo de expresión normal del Derecho y se tenderá a citarla no en su texto legal, sino en las sentencias que son la base para la interpretación y posterior aplicación de la norma legal. Sólo en presencia de las sentencias podrá saber el jurista lo que quiere decir la Ley, porque sólo entonces encontrará la norma jurídica en la forma que le resulta familiar, es decir, en la forma de regla jurisprudencial.

**La Doctrina.** Aún en mayor medida que en el territorio continental Europeo, la Doctrina ha sido subestimada en Inglaterra, donde el Derecho depende menos de los tratadistas y más de los Jueces.

**La Razón.** El carácter histórico del Derecho inglés se pone particularmente de resalto cuando se consideran sus categorías, sus conceptos y el papel eminente que se reserva en él a la jurisprudencia. Según HOLMES, "*the life of the law has not been logic; the life of the law has been experiencia*". Para constituir el sistema jurídico en el que se integran el Common Law, ha sido preciso buscar en cada caso la solución más conforme con la razón, constituyendo un factor determinante en el descubrimiento de dicha solución, el deseo de asegurar la cohesión de las decisiones de la justicia, todo lo cual supone un cierto recurso a la lógica.

Y ya para terminar, existen en la práctica diferencias entre los Derechos de los distintos países del Common Law. Lo comprobaremos al estudiar el Derecho de los Estados Unidos de América. No nos ha parecido, sin embargo, inútil terminar nuestro estudio del Derecho

inglés poniendo de relieve esta concepción no nacional de un Derecho, fundado en la razón, que caracteriza al Common Law. de hecho, esta razón, frente a la concepción soviética del Derecho, constituye el elemento de base que confiere unidad a los Derechos de mundo occidental, elevándolos por encima del decisionismo de las políticas nacionales.

### **III. LA FAMILIA DE LOS DERECHOS SOCIALISTAS:**

Los Derechos socialistas constituyen una tercera familia, distinta de las dos precedentes. Hasta ahora, los países socialistas son todos los países que anteriormente poseían derechos integrados en la familia Romano-Germánica. Han conservado cierto número de las características que hemos señalado al hablar de los derechos Romanos-Germánicos.

En ellos, la norma jurídica se continúa considerando como una norma general de conducta y las divisiones jurídicas como el vocabulario, siguen siendo, en gran medida, los propios de la ciencia jurídica edificada sobre la base del Derecho Romano por obra de las universidades europeas.

Junto a estas semejanzas, sin embargo, se dan diferencias, debido al carácter revolucionario que se les atribuye a los derechos socialistas, en oposición al carácter estático de los Derechos Romano-Germánicos. Además, los derechos socialistas no buscan tanto hacer reinar el orden como en transformar totalmente la sociedad, mediante la creación de las condiciones de un orden nuevo en el que las ideas mismas del Estado y Derecho se fusionaran.

La fuente exclusiva de las normas del Derecho Socialista, se encuentra en la obra del legislador, en cuanto es expresión de una voluntad popular, dirigida de cerca por el partido comunista. Así, el Derecho depende estrechamente de las condiciones imperantes en la economía, según lo definió en su oportunidad el marxismo-leninismo. De acuerdo con esta Doctrina, todos los bienes de producción han sido colectivizados. Como consecuencia, la esfera de las relaciones entre ciudadanos, en la nueva sociedad, se restringió y el derecho privado perdió su primacía, pues casi todo se convirtió en derecho público.

La familia de los Derechos socialistas, ha tenido su origen en la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, país en el que prevalecieron estas concepciones desde 1917 cuando Rusia se separó del mundo occidental, y hasta el fin de la Guerra Fría, cuando se sucedió igualmente el Glasnot y la Perestroika. Claro que es conveniente distinguir entre el Derecho soviético y los derechos de las Repúblicas populares de Europa, de una parte y de los de las Repúblicas populares de Asia, de otra. Todos ellos pertenecen a la familia socialista, pero en los primeros se percibe una influencia más marcada de los derechos de la familia romano-Germánica, como pude apreciar en el *“Encuentro de Constitucionalistas de*

*Europa Central y América del Sur*”, realizado en la Universidad de Wroclaw, Wroclaw, Polonia, en el que tuve el gusto de participar como ponente, y escuchar exposiciones de Profesores de Polonia, Moldavia, Rusia, República Checa, Bielorrusia, Letonia, Estonia, Lituania, Hungría, Rumanía, Bulgaria, etc.

Rusia, luego de la revolución, inició una sociedad de tipo nuevo. En la sociedad a la que se aspiraba, lógicamente se aspiraba a una sociedad comunista presidida por el signo de la fraternidad, en la cual, erróneamente, tanto el Estado, como el Derecho, resultaban innecesarios, debido a un nuevo sentido de la solidaridad social surgido como resultado de la desaparición de los antagonismos del mundo capitalista.

Hasta el fin de la Guerra Fría, el ideal de una sociedad comunista no pudo ser concretado al máximo en la URSS, donde únicamente se logró construir un mundo socialista, caracterizado por un Estado en el que se colectivizaban los medios de producción, en lo económico y, por la omnipotencia del mundo comunista, en el plano político.

Según Engels, ha existido una sociedad primitiva sin clases, en la que todos los individuos se encontraban en la misma situación con respecto a los bienes de producción; mas tarde, debido a la división del trabajo social, la sociedad primitiva se dividió en dos clases. Una de estas clases se apoderó de los medios de producción apropiándose los y despojando de ellos a la otra clase cuya explotación inició. Es entonces cuando nace el Estado y el Derecho, ideas que aparecen estrechamente relacionadas para los marxistas.

Así, el Derecho consiste en una norma de conducta humana que se caracteriza por ir acompañada de la coacción, es decir, de la intervención estatal. El Estado es una autoridad social que, mediante la amenaza o el empleo efectivo de la coacción, asegura el respeto a dicha norma.

No existe Derecho sin Estado ni Estado sin Derecho; en realidad son dos vocablos diferentes que designan una misma verdad.

Dicen también, y ustedes lo saben mejor que yo, que el Derecho es el instrumento que, en la lucha de clases, sirve para salvaguardar los intereses de la clase dominante y para mantener la desigualdad social en beneficio de esta. Quiere decir lo anterior, que Engels define el Derecho como el conjunto de normas sociales que aseguran el imperio de la clase dominante sobre la denominada en todas aquellas de sus relaciones que no podrían mantenerse sin recurrir a la opresión ejercida por un Estado sólidamente organizado.

Por otro lado, el Estado es la organización de la clase dominante, mediante la cual esta asegura su opresión sobre la clase explotada, a fin de salvaguardar sus intereses de clase.

Pero, debemos considerar el actual Derecho soviético como un Derecho original en relación con los Derechos Romano-Germánicos?

Bueno, es evidente que la sociedad comunista, cuyo advenimiento se quedó anunciado, constituirá, el día que se realice, un tipo de sociedad totalmente diferente de nuestras sociedades actuales. Lo cierto es, que hoy por hoy, tal idea no se ha realizado y que el Derecho vigente en la antigua URSS conserva algunos rasgos y notables afinidades con los Derechos de tipo romanista, ya que ha conservado en buena medida la terminología y, al menos superficialmente, su estructura y, sobre la norma jurídica, conserva una semejanza con la que sustentan los juristas alemanes y franceses. Debido a estas consideraciones, muchos doctrinantes sobre todo, los que se basan en el Common Law, tienden a negar el Derecho soviético la originalidad que este pretende y a clasificarlo como un Derecho más de la familia romanista, aunque los juristas socialistas coinciden en la tesis opuesta.

La ciencia jurídica de los países socialistas insiste en la necesidad de tomar en consideración la sustancia de las normas jurídicas, para clasificar cada ordenamiento en una u otra de las familias jurídicas. Coincide al Derecho como una superestructura, reflejo de una determinada estructura económica; de la misma forma, estima totalmente inadmisibles y anticientíficos desdeñar el vínculo de excepcional importancia que une el Derecho a la Economía, reteniendo únicamente afinidades o diferencias que, en definitiva, son simplemente formales.

En lo relacionado específicamente con el estudio del Derecho soviético, no me es en cierta forma, autorizado hablarles con seguridad, pues como se sabe, el camino que ha tomado la hoy Confederación de Estados Independientes hacia la privatización de algunas entidades que se encontraban a cargo de las repúblicas, me impide conocer a ciencia cierta cuál es la situación actual del Derecho en los países que integraron la antigua URSS, más marcado hoy día por la supervivencia económica en un mundo globalizado, que ha generado en esos Estados una creciente apertura que influye negativamente en el crecimiento económico interno.

Sin embargo, en relación con el Derecho soviético, este se regía por una doctrina que en la antigua URSS, era considerada como la expresión evidente, e indiscutible de la verdad y de la razón: el marxismo-leninismo, desde cuya perspectiva se estudiaban en esas naciones todos los problemas, tanto jurídicos como económicos y políticos.

El marxismo-leninismo, más que representaba la doctrina oficial de la Unión y, cualquier otra doctrina se consideraba totalmente falsa y además, una amenaza subversiva para el orden social. Según mi entender, para los socialistas, el marxismo-leninismo es una explicación del mundo, constituyéndose además en una guía para la acción, pues indica el camino a seguir para vivir en un mundo mejor. Su conocimiento era necesario para todos los ciudadanos de la URSS y debía ser más amplio cuantas más responsabilidades les correspondiera desempeñar. De ahí que Stalin mencionara una famosa frase: "*la práctica es ciega y anda a tientas si no está iluminada por la teoría revolucionaria*".

Y en relación con el Derecho, esta doctrina determinó que era una superestructura, que viene a traducir a la realidad los intereses de quienes dominan en una determinada sociedad y es empleado como un instrumento por quienes ejercen en la sociedad económica su dictadura, debido a que disponen de los bienes de producción. También dijeron que el derecho es un instrumento para oprimir a la clase explotada y es, necesariamente injusto, ya que hablar de Derecho justo es recurrir a una ideología, es decir, a una representación falsa de la realidad, por tanto, el Derecho es, en verdad, la negación de la justicia.

Como se vé, la concepción marxista del Derecho, es totalmente opuesta a nuestra tradición. Para comprender su significado y entender la forma en que concebían los dirigentes soviéticos a la sociedad comunista del futuro, es preciso conocer la teoría que se profesaba sobre el origen y el significado del Estado y del Derecho, lo cual se logra a través del libro "*Los orígenes de la Familia, La Sociedad y el Estado*", escrito por Federico Engels en 1884, ya citado aquí.

Por eso, lo esencial de la doctrina marxista reside en la convicción de que el antagonismo entre las clases es la causa de todos los males que aquejan a la sociedad; se pueden y se deben suprimir las clases sociales mediante la prohibición de la propiedad privada de los medios de producción y la puesta de dichos bienes a disposición de la colectividad, la cual los explotará en el interés de todos.

Pero, bien merece atención que nos detengamos así sea poco, en la **Historia del Derecho Ruso y Soviético**, que cuenta con dos etapas:

- a. El Derecho Ruso anterior a 1917. O el Russkaia Pravda.
- b. El Derecho Soviético a partir de 1917.

a. **El Derecho Ruso anterior a 1917. O el Russkaia Pravda:**

En Rusia, la historia propiamente dicha comenzó a finales del Siglo IX, cuando una tribu procedente de Escandinavia, Los Varegos, dirigida por su Jefe Riurik, instauró su dominio en el año 892 creando un incipiente Estado que duraría hasta el año 1236, fecha en que fue destruído por los mongoles. El acontecimiento más importante de su historia es su conversión al cristianismo en el 980 bajo el reinado de San Vladimiro y el primer momento jurídico Ruso aparece allí cuando se redactaron por escrito las costumbres que se tenían, con el propósito de hacer penetrar en ellas el poder de la Iglesia.

Como se dijo, en el 1236 llegaron los mogoles y dominaron hasta el año 1480 en el reinado de Ivan III en una guerra de liberación que duró cien años. El dominio mogol se tradujo es un estancamiento del Derecho y en un incremento de la influencia del clero y del Derecho Bizantino ya que en el año 1056 se había consumado el cisma con Roma y Rusia por la herencia de Constantinopla por la defensa de la fe verdadera, se considera como la "*tercera Roma*".



Una tercera división del Derecho Ruso se produce de 1480 hasta el advenimiento en 1689 de Pedro el Grande. En ese período, Rusia se somete al poder despótico de los zares para escapar de la anarquía y preservar su independencia contra las agresiones procedentes de occidente.

La cuarta etapa en esta división del Derecho Ruso, se extiende desde la accesión al trono de Pedro el Grande en 1689 hasta la Revolución de 1917.

En este período, se busca organizar la administración siguiendo el modelo occidental y, en el Siglo XVIII Pedro I y Catalina II buscan reformar el código que Alexis II Mikhailovich había expedido, promulgando dos nuevos códigos que perduran hasta 1832 cuando Alejandro I y el Conde Speransky expiden el Suod Zakonov, que contiene en 15 volúmenes más de 60.000 artículos. En 1903, Alejandro II buscó efectuar una reforma al código, pero ésta sólo se quedó en proyectos.

#### **b. El Derecho Soviético a partir de 1917:**

El 7 de Noviembre de 1917 (Octubre 25 según el calendario Juliano) la Revolución conduce a los Bolcheviques al poder y se inicia una nueva era para la historia de Rusia.

El desarrollo del Derecho soviético a partir de 1917 se divide en dos fases principales. La primera va desde la Revolución de Octubre a la Constitución de la URSS de 1936, que es el período de edificación del socialismo. El segundo período inició en 1936, y con él se marcó el afianzamiento del Estado socialista.

Este primer período se divide a su vez en tres fases: El período del comunismo revolucionario de 1917 a 1921; el período de la Nueva Política Económica de 1921 a 1928 y el período de la colectivización de la agricultura y de los planes quinquenales de 1928 a 1936.

Claro que debido a su situación actual no nos detendremos más en esta escuela procesal, que ha tenido igualmente influencia y desarrollo en la escuela Yugoslava del Derecho.

### **IV. LA FAMILIA DE LOS SISTEMAS RELIGIOSOS O FILOSÓFICOS:**

Las tres familias que acabamos de enumerar, con sus respectivas y diversas variantes, constituyen, sin duda alguna, las tres principales familias jurídicas del mundo contemporáneo. Podría decirse que no existe hoy en día ningún Derecho que no haya tomado alguno de sus elementos de una de estas tres familias.

Estas tres familias estudiadas están ligadas íntimamente al desarrollo de la civilización Europea, y todas ellas reflejan modos de pensamiento y de vida, expresan ideas y consagran instituciones que se han conformado en el medio histórico y cultural Europeo.

Pero, nos encontramos con un problema totalmente diferente en Asia y África, donde no se ha producido en toda su extensión la penetración Europea.

Conviene, sin embargo, señalar, junto a estas tres familias, ciertos sistemas, de naturaleza más religiosa o filosófica que jurídica en estricto sentido, cuyas normas regulan en determinados países las relaciones humanas, en su totalidad o en alguno de sus aspectos.

En realidad, dichos sistemas no constituyen familias propiamente dichas, pues son independientes entre si y ninguno de ellos agrupa una pluralidad de derechos nacionales.

Si hablamos de Derechos para referirnos a estas familias o sistemas o sistemas, esto se debe a que no contamos con una definición más apropiada. Así se hace corrientemente en la práctica, debido a que el cuerpo normativo en que integran y los conceptos y técnicas que los constituyen, están destinados, en el espíritu de sus miembros, a desempeñar la función que, en otras partes se reserva al Derecho.

El más importante de estos sistemas es el Derecho musulmán, seguido del Derecho Hindú, el cual no es el Derecho de la India; está constituido por el conjunto de preceptos que se imponen, con fuerza legal, a todos los fieles de la religión Hindú, cualquiera que sea el país en que se encuentren.

Un tercer sistema, comparable a los anteriores, lo representa el Derecho Judío. Sin embargo, el ámbito de influencia de este último es infinitamente menor que el de los dos sistemas anteriores. Por ello, independientemente de la importancia histórica o filosófica que pueda tener, no nos detendremos en él.

Finalmente, no ocurre lo mismo con el África Negra y Madagascar. En estos países nunca floreció una civilización jurídica comparable a la del Extremo Oriente presentándose en esas regiones una mezcla de Common Law con sistema Romano-Germánico, debido a la conquista de esos territorios, confundidos además con creencias religiosas que suponían cierto obstáculo a la recepción de los derechos y concepciones jurídicas de las familias que ya estudiamos.

### **EL DERECHO MUSULMÁN:**

A diferencia de los derechos estudiados, éste no constituye una rama autónoma del conocimiento, sino que como lo vimos, es una de las facetas de la religión Islámica. Esta se compone por un lado, de una teología que establece los dogmas y fija las creencias del

musulmán; además, se compone de un Char, que prescribe a los creyentes lo que deben o no deben hacer, concentrándose por tanto, en la idea de las obligaciones que incumben al hombre y no en la de los derechos que le puedan corresponder, concepto que al igual comparten el Derecho Hindú, el Derecho Hebreo y los Derechos del Extremo Oriente.

La concepción Islámica es la de una sociedad esencialmente teocrática, en la que el Estado sólo se justifica como servidor de la religión revelada, así, el Derecho Islámico solo puede ser entendido por quien posea un mínimo de conocimientos de esta religión y de su correspondiente civilización.

Es el más importante de estos sistemas religiosos y se trata más bien, a imagen y semejanza de lo que el Derecho canónico representa para los cristianos o el Derecho hebreo para los judíos, pues es el Derecho de una comunidad de fieles que profesa el islamismo y no el sistema jurídico de un estado musulmán determinado, sin embargo, en la Constitución de la República Islámica de Irán, promulgada el 15 de Noviembre de 1979, se lee en su Preámbulo lo siguiente:

***"En el nombre de Dios, el Clemente, el Misericordioso "he aquí que enviamos nuestros enviados con las pruebas, e hicimos bajar con ellos el libro y la balanza para que se levanten con la equidad" (Corán. LVII, 25).***

*La Constitución de la República Islámica de Irán es la manifestación de las instituciones políticas, sociales, culturales y económicas de la comunidad de Irán sobre la base de principios y preceptos islámicos que reflejan la íntima aspiración de la comunidad islámica. La esencia de la Gran Revolución Islámica de Irán y de la naturaleza de la lucha del pueblo musulmán, desde el origen hasta la victoria, que se cristalizó en las palabras de orden categórico y decisivo de las masas del pueblo, ha clarificado esta aspiración fundamental. Ahora, en los albores de esta gran victoria, nuestra nación pide con todas sus fuerzas la realización de esta aspiración..."*

*"La característica fundamental de esta revolución con relación a otros movimientos de siglos pasados, reside en su doctrina y en su esencia islámicas..."*

Así, por su vocación de sustituir el Derecho, es, más que un sistema jurídico, un conjunto de normas relativas a las relaciones humanas, que se derivan de la religión musulmana.

Debido a su vinculación con una religión revelada, a la originalidad de sus conceptos y a la teoría de las fuentes que le son propias, el Derecho musulmán se distingue claramente de las familias jurídicas consideradas hasta ahora, pues en aquellos países cuya civilización ha sido modelada por el Islam, los principios del Derecho musulmán han influido considerablemente en la práctica sobre la interpretación o aplicación de las normas importadas de Occidente o inspiradas por las concepciones Occidentales.

### **Fuentes del Derecho Musulmán:**

Son cuatro, ante todo, El Corán, libro sagrado del Islám, y la Sunna, o tradición relativa al enviado de Dios. En tercer lugar, El Idjma, o consentimiento de la comunidad musulmana; y en cuarto lugar, El Quiyás o razonamiento por analogía.

El Corán es el conjunto de revelaciones que Allah dijo al último de sus profetas, Mahoma.

La Sunna representa el modo de ser y de conducirse el profeta Mahoma, cuyo recuerdo debe servir de guía a los creyentes y lo constituyen los actos y palabras de Mahoma, según han sido transmitidos por una cadena ininterrumpida de intermediarios.

En el Idjma se ha desarrollado el dogma de la infalibilidad de la comunidad musulmana cuando la opinión de ésta es unánime, Pero la unanimidad que se requiere es solo la de las personas competentes.

Pero lo cierto, es que el Derecho musulmán es inmutable y numerosos Estados con población musulmana continúan afirmando en sus Leyes, y a menudo también en sus constituciones su fidelidad a los principios del Islam. Así por ejemplo Marruecos, Albania, Tunes, Siria, Mauritania, Pakistán e Irán, como lo vemos. También los códigos civiles de Irak, Siria y Egipto invitan a los Jueces a calmar las lagunas del Derecho, acudiendo al Derecho Musulmán y sus principios.

En consecuencia, el ideal musulmán, consiste en fundar la identidad de la comunidad de los creyentes y de la sociedad civil en torno a las fuentes mencionadas y a aplicar las fuerzas en torno a la salvación del mundo, como lo concibieron recientemente en su actuar bélico, los reconocidos Sadam Hussein y Ossama Ben Laden.

### **EL DERECHO DE LA INDIA:**

Este es un segundo sistema de Derecho tradicional, cuya autoridad es reconocida y venerada por una gran comunidad. El Derecho Hindú, en realidad no es el Derecho de la India, sino el Derecho que de la comunidad que, en la India o en otros países del Sudeste Asiático, se adhiere al Indoísmo, es decir a la religión brahmánica, que propone entre sus adeptos, una determinada concepción del mundo que implica una estructura social a través de castas y un cierto sentido de vida consagrado en textos sagrados que vienen del 1500 a. de C. y que se llaman los Strutis, que comprenden el Rigueda (los cuatro vedas), Los Vendagas y los Upanishads, todos los cuales constituyen la propia verdad y la fuente de todo conocimiento y que describen los principios de organización, de moral y de conducta que deben observar los hombres en una sociedad en armonía con el ordenamiento Divino.

Sin embargo, este Derecho tiende a ser reemplazado actualmente por un Derecho Nacional cuya aplicación debe ser independiente de la fe religiosa de los interesados.

### **EL DERECHO CHINO:**

La concepción tradicional del Derecho en China es muy diferente de la concepción Occidental y en su concepción, El Derecho representa una función secundaria. El fundamento del orden social no lo constituye el Derecho, sino los ritos, los cuales prescriben a los individuos en todas las circunstancias de la vida un comportamiento en armonía con el orden natural de las cosas.

Para los Chinos, las Leyes se consideraban como algo malo en sí mismo, porque los individuos al conocer las Leyes, se arrogan derechos y tienden a prevalecerse de ellos, abandonando, al propio tiempo, las normas tradicionales de honestidad y moral, las únicas que deben guiar su conducta.

También para los Chinos, el Derecho es totalmente deplorable y su aplicación supone una alteración del orden natural de las cosas y el cual, por tanto, sólo debe utilizarse en último extremo y en la menor medida posible.

Además, ahora el ideal comunista de una sociedad sin Derecho concuerda mejor con la tradición China que ya hemos citado.

En la China actual no se contempla la posibilidad de expedir códigos y no se quiere oír hablar de legalidad ni de humanismo socialista, pues ambos conceptos se consideran contrarios a la sana doctrina marxista, por tanto, los jueces están subordinados a los soviéticos locales y no a la Ley, pues China sigue viviendo una época de comunismo revolucionario.

Así, hemos dado un pequeño recorrido por las diferentes Familias Jurídicas, que nos permiten tener una visión más amplia del Derecho y que espero sea una monografía que se amplíe más adelante por los procesalistas colombianos y latinoamericanos de los países donde se difunda el presente estudio.

### **BIBLIOGRAFÍA:**

**BAUM**, Lawrence. *El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Editorial BOSH, 1987.

**CAPELLETTI**, Mauro. *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. Editorial EJE, Buenos Aires, 1972.

**CEPEDA ESPINOSA**, Manuel José (Editor), *Los Derechos Fundamentales. Su interpretación y sus implicaciones*. Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1993.

**CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO**. Comentado por Antonio Benlloch. Editorial EDICEP, Madrid, 1995.

**DAVID**, René. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Editorial Aguilar, Madrid, 1968.

**DENTI**, Vitorio. *Estudios de Derecho Probatorio*. Editorial EJEA, Buenos Aires, 1974.

**HEYDE**, Wolfgang. *La Justicia en la República Federal Alemana*, Editado por la Oficina de Prensa e Información del Gobierno Federal, Hamburgo, 1981.

**LA CARTA DE DERECHOS**. Su Interpretación y sus Implicaciones. Editado por la Consejería Presidencial para el Desarrollo de la Constitución Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá, D.C., 1993.

**MARÍN PÉREZ**, Pascual. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

**OLANO GARCÍA**, Hernán. *Constitución Política de Colombia -Comentada y Concordada- E Historia Constitucional Colombiana*, Tercera edición, Editorial Doctrina y Ley, Santa Fe de Bogotá, D.C., 1997.

**POUND**, Roscoe. *El Espíritu del Common Law*. Traducido por José Puig Brutau, Editorial BOSH, Barcelona, 1954.

**PRESSMAN**, Steve. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. Biblioteca Centro Colombo Americano.

**RUBINSTEIN**, Ronald. *Iniciación al Derecho Inglés*. Traducido por Enrique Jardí, Editorial BOSH, Barcelona, 1956.

**SANTIAGO (hijo), Alfonso y ÁLVAREZ, Fernando**. *Función Política de la Corte Suprema. Obra en homenaje a Julio Oyhanarte*. Ditorial Ábaco de Rodolfo Depalma y Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000

**VÉLEZ GARCÍA**, Jorge. *Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo*. Fondo de Publicaciones de la Institución Universitaria Sergio Arboleda, Serie Major, Santa Fe de Bogotá, D.C., 1994.