

CULTURA  JURÍDICA

Sistemas jurídicos contemporáneos

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN



Sistemas jurídicos contemporáneos

Sistemas jurídicos contemporáneos

Nuria González Martín

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Director: Héctor Fix-Fierro

Secretario académico: Pedro Salazar Ugarte

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos

Coordinadores de la colección: Miguel Carbonell y Raúl Márquez Romero

Asistente editorial: Karla Beatriz Templos Núñez

Cuidado de la edición: Berenice Ortega Villela

Serie Manuales de Derecho

Nostra Ediciones S. A. de C.V.

Dirección: Mauricio Volpi

Editora Libros de Texto: Judith Sandoval

Jefa de diseño: Sandra Ferrer Alarcón

Formación: Rosalinda Reséndiz Padrón

Primera edición: Nostra Ediciones, 2010

D. R. © Nostra Ediciones S. A. de C.V., 2010

Alberto Zamora 64, Col. Villa Coyoacán,
04000, México, D. F.

D. R. © Universidad Nacional Autónoma de México, 2010

Instituto de Investigaciones Jurídicas
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n,
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510, México, D. F.

Textos © Nuria González Martín

ISBN: 978-607-7603-55-9 Nostra Ediciones

Impreso en México

Prohibida su reproducción por cualquier medio mecánico
o electrónico existente o por existir sin la autorización escrita
del editor o titular de los derechos.

Sistemas jurídicos contemporáneos

Nuria González Martín



*A todos los miembros de mi familia,
sin excepción alguna,
porque son mi orgullo y mi vida. Especialmente
a mis padres Diego y Pepi, Ernesto y Laura.*

*A los más pequeños del grupo:
Jesús, Marta, Ana, Clara, Nuria, Pablo,
Ernesto, Antonio y Gabriel.*

A Antonio siempre.

Este manual quisiera dedicarlo a esta gran nación, México, y a su gente. Una dedicatoria, sin lugar a dudas, ambiciosa pero que es parte de una “deuda” que contraí desde que llegué a sus tierras y quien, como a tantos otros españoles, nos recibió con los brazos abiertos.

Se la dedico a uno de los más grandes en esta materia y en tantas otras, al Dr. Guillermo Floris Margadant, hombre sin parangón, al que tuve el privilegio de conocer, al que siempre escuché atentamente y al que recuerdo con admiración.

Se la dedico a centenares de alumnos, con los que he tenido la oportunidad de intercambiar conocimientos, opiniones y, en definitiva, largas sesiones de trabajo. Todos ellos, al leer esta dedicatoria se sentirán incluidos.

Se la dedico también, por supuesto, a todos aquellos alumnos que aún me faltan por conocer y que de seguro tendrán en mí a una profesora y sobre todo a alguien que tiende una mano.

Introducción.....	11
CAPÍTULO PRIMERO. Introducción general al curso.....	17
I. Introducción.....	17
II. Utilidad de la comparación.....	18
III. Fases del análisis comparativo.....	21
IV. Conceptos generales.....	23
Cuestionario.....	31
CAPÍTULO SEGUNDO. Sistemas jurídicos de la cultura occidental (I).....	33
I. Familia jurídica romano-germánica.....	33
II. Los llamados sistemas híbridos o mixtos.....	45
III. Reflexión final.....	53
Cuestionario.....	55
CAPÍTULO TERCERO. Sistemas jurídicos de la cultura occidental (II).....	57
I. Introducción.....	57
II. En torno al derecho inglés.....	58
III. En torno al derecho de los Estados Unidos de América.....	66
IV. Cuadros: características del <i>Common Law</i> ; diferencias derecho inglés-derecho Estados Unidos de América; analogías derecho inglés-derecho Estados Unidos de América;.....	77
V. Reflexión final.....	80
Cuestionario.....	82
CAPÍTULO CUARTO. Sistemas jurídicos socialistas.....	83
I. Introducción.....	83
II. Rusia/Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas/ Federación Rusa.....	85
III. Cuba.....	113
IV. República Popular China.....	120

V. Reflexión final	128
Cuestionario	130
CAPÍTULO QUINTO. Sistemas jurídicos religiosos	131
I. Introducción	131
II. Derecho hebreo	132
III. Derecho musulmán	141
IV. Japón, ¿dentro de qué familia jurídica se encuadra?	149
V. Reflexión final	165
Cuestionario	168
CAPÍTULO SEXTO. Sistemas jurídicos de la cultura occidental (I)	169
I. Introducción	169
II. Fuentes comunitarias	172
III. Tratados constitutivos	172
IV. Tratado de Lisboa: novedades	184
V. Las instituciones: su itinerario hasta el tratado de Lisboa	188
VI. “El triángulo de las decisiones” y el procedimiento de la toma de decisiones	206
VII. Otras instituciones comunitarias	212
VIII. Reflexión final	215
Cuestionario	225
PARA SABER MÁS	
Anexos	229
Notas y referencias	237
Glosario	239
Bibliografía	243

Sistemas jurídicos contemporáneos

se terminó de imprimir en mayo de 2010
en Impresos Vacha, S. A. de C.V.

Fray Juan de Torquemada 7, Col. Obrera, C. P. 06800 México, D. F.

Para su formación se utilizó la familia
Bembo, diseñada por Stanley Morison en 1929.

Introducción

La obra que el lector tiene en sus manos se estructura en seis capítulos, los cuales abarcan desde nociones introductorias de los sistemas jurídicos contemporáneos o, por ser más puntual, un acercamiento al estudio del derecho comparado hasta el análisis de diferentes ordenamientos jurídicos que se encuadran dentro de las cuatro o cinco grandes familias jurídicas que existen en la actualidad, para culminar con un capítulo, realmente *sui generis* en un libro de estas características, relativo al proceso integrador que constituye la Unión Europea.

No olvidemos que la materia de sistemas jurídicos contemporáneos es una materia escasamente explorada y se estudia como una aproximación introductoria al campo del derecho comparado y que éste representa una de las disciplinas con más proyección desde que su utilidad práctica nos deriva hacia el conocimiento, a través de una verdadera ciencia, de diferentes ordenamientos jurídicos que sin la ayuda inestimable de esta disciplina no sería factible.

Así las cosas, el primer capítulo, se dedica a dar una introducción general al curso, donde el lector podrá, en primera instancia, valorar la importancia y utilidad del derecho comparado y su realce en los tiempos que corren, en donde dada la conexión con una diversidad de ordenamientos jurídicos procedentes de distintas familias se ven abocados a interactuar y por lo tanto, se ven abocados a su conocimiento; en tiempos de globalización e integración esta es la regla y no la excepción. Tampoco olvidemos que un éxito legislativo no es exclusivo de una determinada comunidad jurídica, a través del análisis comparativo podemos visualizar, con claridad y certeza, un problema común y extrapolarlo, con su debida adaptación, a un sistema jurídico en particular. Igualmente, en este primer capítulo se analizan una serie de conceptos, que en principio pueden parecer sinónimos y de ahí la necesidad de su determinación puntual. Finaliza el capítulo proyectando los caracteres que definen a las familias jurídicas contemporáneas: familia jurídica roma-

no-germánica, familia jurídica del *Common Law*, familia jurídica socialista, familia jurídica religiosa y los sistemas híbridos y mixtos.

Por otra parte, subrayamos que a lo largo de este capítulo primero, se determina tomar la “unidad cultural” de René David para que de manera práctica y rápida podamos encuadrar a cada uno de los países que son reconocidos por la comunidad internacional, en una determinada familia jurídica. Esta “unidad cultural” viene definida por los siguientes elementos: 1. tradición/historia común; 2. filosofía y valores comunes y 3. orden de prelación de las fuentes, asimismo, común. Los Estados, países u ordenamientos jurídicos que reúnan, mínimamente, estos tres elementos constitutivos de la unidad cultural, podrán encuadrarse en una misma familia jurídica; no obstante, hacemos la observación que hay excepciones, muy marcadas, y que clasificar forzosamente, basado exclusivamente en esa “unidad cultural”, a un sistema jurídico no es lo más idóneo pero es la manera práctica que cubre el objetivo de la materia y su enseñanza/aprendizaje en un curso de las características del presente.

El capítulo segundo, titulado Sistemas jurídicos de la cultura occidental (I) tomó esta denominación y su división expresa, en dos partes —la segunda se determina en el capítulo tercero— para hacer referencia a que en la actualidad debemos hablar con más propiedad en torno a la “tradición de la cultura occidental”, en donde encuadramos al romano-germánico o *Civil Law* y al *Common Law*. De esta manera, este capítulo segundo, ligándola con esta idea, se centra en la familia jurídica romano-germánica, tomando en cuenta la multicitada “unidad cultural” de donde se extraen sus elementos característicos y comunes y finaliza con el análisis de algunos ordenamientos jurídicos de los denominados híbridos o mixtos, que aún estando dentro —geográficamente— de la familia jurídica del *Common Law*, sus particularidades y localismos los hacen desmarcarse y concebirse como sistemas especiales, en el caso puntual por su acercamiento al romano-germánico. En este capítulo nos centramos como sistemas híbridos o mixtos, en Louisiana, Escocia y Quebec.

Por lo que atañe al capítulo tercero, como hemos adelantado, también se denomina Sistemas jurídicos de la cultura occidental (II) y en esta segunda parte, se aborda y analiza la familia jurídica del *Common Law*. La cuestión puntual que destacamos de este capítulo es la división que se realiza, dentro del *Common Law*, entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte —derecho inglés— y los Estados Unidos —*Common Law*, propiamente dicho—. Ordenamientos jurídicos que sin lugar a dudas tienen un origen común pero que se han ido distanciando por el debido acomodo que sus circunstancias particulares han ido demandando, indepen-

dientemente de reminiscencias históricas que pudieran haber supuesto el primer y más importante distanciamiento, estamos pensando en el rechazo que representa básicamente la metrópolis, como sistema de imposición de la colonización. De estos dos sistemas jurídicos concretos, Inglaterra y Estados Unidos, destacaremos sus similitudes y diferencias, sus luces y sus sombras y sobre todo, trataremos de marcar su itinerario en la actualidad, poniendo especial acento a la dinámica en sus fuentes del derecho —*v. gr.* los *Restatement of the Law* en los Estados Unidos— y la enseñanza/aprendizaje del derecho.

El capítulo cuarto, titulado Sistemas jurídicos socialistas, se centra en proyectar cuáles son las circunstancias que detonan que la comunidad internacional, en un momento dado y bajo ciertas circunstancias, se decante por asimilar los principales postulados socialistas, es decir, la inercia que llevó a que en un número determinado de países que, por regla general, estaban en situaciones precarias o deplorables, sus líderes los condujeran hacia una socialización de los bienes de producción para culminar —aún no se ha logrado— en una sociedad comunista, donde el derecho no tenga sentido de ser y las reglas de urbanidad sean las que imperen.

Para entender la implementación de esta política socialista, se comienza por analizar la tradición, filosofía y orden de prelación de las fuentes —unidad cultural— de un país que fue portaestandarte de esta filosofía; nos referimos a la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. El análisis de los tres elementos podrá facultarnos para ver la proyección que en la actualidad tiene su sucesor —no ideológico sino como país reconocido por la comunidad internacional— como es la Federación Rusa o Rusia.

Asimismo, este capítulo abarca el análisis de otras realidades socialistas como es Cuba y la República Popular China, prestando especial interés a la dualidad del socialismo (occidente/ oriente) y su distanciamiento en la concepción de una meta socialista.

El capítulo quinto, está dedicado a la familia jurídica religiosa y se eligieron las más representativas, es decir, el derecho hebreo, representado en Israel, el derecho musulmán y por otra parte, se analizó el sistema jurídico de Japón. El hecho de encuadrar a Japón dentro de este capítulo dedicado a los sistemas jurídicos religiosos, no nos condiciona para clasificar al mismo como sistema religioso. La idea es que el alumno, una vez que ya tuvo la oportunidad de estudiar, visualizar y comprender, de manera global, los caracteres de todas y cada una de las familias jurídicas que existen en la actualidad, pueda, con todos esos elementos, ubicar a un determinado ordenamiento jurídico en una determinada familia jurídica. No creímos conveniente hacer un capítulo para un sistema en particular, como es el caso de

Japón, y de ahí que a modo de interrogante lo incluyéramos en este último capítulo. Abundando en este comentario, se justificarían capítulos independientes para sistemas que también son realmente *sui generis*, y como ejemplo ponemos a la India. Se excede del propósito de este Manual el análisis de un número importante de Estados que no necesariamente se encuadran en algunas de las familias jurídicas enunciadas y ni tan siquiera en los sistemas jurídicos denominados híbridos o mixtos. Se distinguen y diferencian por múltiples razones entre las que cabría destacar, por ejemplo, cuestiones políticas, véase, simplemente, la situación de muchos países que dejaron de ser colonias británicas, holandesas, españolas, etcétera.

El último capítulo, el sexto, titulado Unión Europea se decidió incluir en un libro de estas características, destinado a los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, a las grandes familias jurídicas, porque consideramos que es una oportunidad poder exponer el caso concreto de un gran ejemplo de integración —frente a la globalización o mundialización— como es la Unión Europea. Sin lugar a dudas, el lector tiene la oportunidad, como una especie de corolario, de visualizar otras realidades, enmarcadas en un bloque económico, político y social, y así tener un panorama lo más amplio posible en torno a la concepción y organización mundial.

Como comentario final, insistimos en una idea que de alguna manera es una constante en este manual y es la necesidad de abocarse al estudio y conocimiento del derecho comparado y su análisis. La realidad y la actualidad nos marcan una tendencia indubitada hacia la interacción entre países, entre familias jurídicas con las que mantenemos acuerdos internacionales, en el ámbito económico, político y social. El conocimiento, si se quiere al menos global, de diferentes ordenamientos jurídicos con los que nos vemos obligado a interactuar, ya sea por el trasiego transfronterizo que supone las relaciones económicas, personales o laborales, nos impone interactuar, insistimos, con un campo de exploración que implica los sistemas jurídicos contemporáneos y por ende el derecho comparado, pasando, como expresamos, por el marco integrador que constituye la Unión Europea.

Insistimos en una idea que nos inquieta o nos preocupa y así expresamos, de manera paralela, que para el estudiante de derecho que se enfrenta a la elaboración de una tesis de licenciatura o de grado, no se le debe de escapar la importancia del derecho comparado y siempre deberá marcar un capítulo dedicado a la comparación entre la figura jurídica que está investigando y las vías de solución que puede encontrar a través del análisis comparativo. La ciencia jurídica demanda prioridad en el estudio de la macrocomparación —entre países que pertenecen a distintas familias jurídicas— o de la micro-

comparación —entre países que pertenecen a la misma familia jurídica o incluso interfederal—.

Como punto final de esta introducción, debemos marcar o insistir en que el objetivo de este libro no es abarcar todas y cada unas de las áreas de conocimiento de un determinado ordenamiento jurídico y ni tan siquiera su estructura jurídico-político o sus áreas de conocimiento —que no estaría mal—, sino referirse a aspectos puntuales en torno a la “unidad cultural” para poder clasificarlos y sobre todo, aspectos puntuales de la actualidad y proyección de un sistema jurídico concreto, en donde podamos visualizar, con rapidez y nitidez, las novedades en su enseñanza, aprendizaje y evolución; ejemplo de ello lo tenemos al pensar en el papel actual que cobra el referido *Restatement of the Law* en los Estados Unidos. De esta manera se justifica que en ciertos países u ordenamientos jurídicos, después de repasar la multicitada “unidad cultural” nos aboquemos a cuestiones concretas que destacan en el mismo.

Por todas las razones expresadas, sólo deseamos que el objetivo de este manual se vea cumplido y que realmente sea una herramienta de acercamiento a los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.

CAPÍTULO PRIMERO

Introducción general al curso

Este primer capítulo pretende ofrecer una introducción a los principales sistemas de derecho que existen en la actualidad, así como a los problemas y enfoques del derecho comparado. Para cubrir tal objetivo general, se necesita: identificar y entender las distintas familias jurídicas (romanista, *Common Law*, socialistas, religiosos y mixtos o híbridos); reconocer la importancia del conocimiento de otros sistemas jurídicos; identificar los principales fines, métodos y enfoques del derecho comparado; conocer los rasgos fundamentales de los sistemas jurídicos contemporáneos; reconocer las principales tendencias en la evolución de los sistemas jurídicos del mundo en la actualidad.

I. Introducción

Es un hecho que en la actualidad cada vez cobra más importancia la puesta en común y la comparación entre los diferentes sistemas jurídicos contemporáneos.

La materia de *Sistemas Jurídicos Contemporáneos* es una materia escasamente explorada. Hasta el momento, tal y como expresan Zárate y otros se analiza como una aproximación introductoria al campo del derecho comparado y es ahí donde destacamos la utilidad de la comparación de los diferentes sistemas jurídicos o familias jurídicas existentes en la actualidad.

Cuando abrimos nuestros horizontes, jurídicamente hablando, y observamos diferentes realidades, diferentes ordenamientos jurídicos, nos hacemos eco, casi inmediatamente, de otras proyecciones que pueden contribuir a ver con más claridad, con más nitidez, la perspectiva, el contenido de nuestro ordenamiento interno; estas perspectivas nos permiten ver, de manera crítica, los posibles puntos oscuros y lagunas de nuestro sistema jurídico estatal, de nuestro ordenamiento jurídico mexicano.

Es una realidad ver posiciones doctrinales que abogan por un papel protagónico de los estudios o análisis comparativos.

En ese sentido y dada su importancia, en el presente capítulo analizaremos, en el primer apartado, la utilidad de la comparación. No podemos pretender adentrarnos en el estudio, por ejemplo dentro de la tradición jurídica de occidente, de una de las grandes familias jurídicas como la *romano-germánica*, sin perfilar antes cuáles son los factores positivos que, a través de la comparación, nos puede proporcionar un buen análisis comparativo.

Continuaremos, en el siguiente apartado, con las fases del análisis comparativo.

Posteriormente, se definirán ciertos conceptos que aunque, aparentemente, puedan ser sinónimos, es necesario marcar sus diferencias con precisión, tales como qué es sistema jurídico, qué es familia jurídica, qué es tradición jurídica, etcétera. Seguiremos con una propuesta clasificatoria y un mapamundi que nos dé una perspectiva de la situación en la actualidad.

II. Utilidad de la comparación

La formación de los Estados nacionales y por ello la aparición de múltiples ordenamientos estatales que se consideran soberanos y autosuficientes implica la necesidad de un acercamiento hacia los mismos y un conocimiento de ellos, no de manera integral, pero sí desde la perspectiva de la unidad de los grandes sistemas jurídicos preexistentes para poder interactuar entre bloques económicos, políticos y/o sociales. Otra cuestión realmente diferente es que cada Estado posee un ordenamiento que procede de fuentes propias de producción normativa capaz de ofrecer respuestas a todas las exigencias de la comunidad; esta autosuficiencia de un ordenamiento estatal y, por ello, su idoneidad para cubrir con su propia normativa todas las situaciones que se presenten no impiden o excluyen la existencia de conexiones con otros ordenamientos externos.

Como base debemos partir de la idea que la importancia y utilidad del derecho comparado es clara. Por un lado, ayuda a entender el derecho como creación natural y, por otro lado, proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos y ello, sin lugar a dudas, ayuda a entender e interpretar el sistema jurídico propio.

Así las cosas, tal y como se expresó desde la introducción y tal y como nos lo muestra Guillermo Florís Margadant, la comparación nos es útil:

- *Como medio para ver más claramente la esencia de nuestro derecho.* Si en el marco de la comparación ampliamos nuestros horizontes y podemos divisar más allá de lo que nuestros conocimientos nacionales o internos nos proporcionan, estaremos en el camino correcto para poder ampliar nuestras perspectivas y nuestras expectativas; es cuestión de señalar los contrastes y así, también, tal y como expresa Fix-Zamudio, comprender mejor nuestro propio sistema jurídico;

Si podemos ver más claramente la esencia de nuestro derecho, por ende, *podríamos mejorar nuestro derecho*; ver si otro perfil jurídico daría un mejor resultado a una determinada situación.

- *Como medio para la codificación, uniformación transnacional del derecho* —nosotros agregaríamos, la comparación como medio para la globalización o integración del Derecho—. Plantear una codificación a nivel internacional no es, verdaderamente, una tarea fácil. Para codificar internacionalmente haría falta conseguir: 1) un lenguaje jurídico uniforme, un lenguaje que tenga incluida una misma terminología jurídica; 2) además, habría que arbitrar una interpretación y aplicación uniforme ya que los órganos jurisdiccionales de cada país pueden interpretar un derecho uniformado de manera completamente distinta, obedeciendo a su propia formación jurídica y a los principios informadores de su ordenamiento jurídico; 3) asimismo, la doctrina señala, por otra parte, que la codificación internacional necesita circunstancias sociológicas-históricas favorables, ya que en momentos de crisis económica, política, social, etcétera, es difícil potenciar un ideal codificador, globalizador; y 4) por último, pero sólo por acotamiento, no porque se acabe el listado de los problemas que contrae la codificación, una codificación internacional exige una técnica determinada para que tenga resultados favorables, conseguir una técnica adecuada para que la codificación consiga su éxito. La técnica actual es el convenio, tratado o pacto —cualquiera de estas denominaciones es válida—, pero esa técnica supone una política legislativa, una voluntad política de codificación, en definitiva, actuaciones concretas de los diferentes gobiernos. Ahí es donde realmente puede radicar la verdadera dificultad. No obstante, hoy se vislumbra, ante los procesos globalizadores e integradores que nos imbuye, una necesidad por potenciar una armonía, una puesta en común que pudiéramos denominar codificación.

- *Como ayuda para aclarar el elusivo concepto de “orden público”*; y además, debemos agregar que no podemos ni debemos olvidar que dicha codificación se puede enfrentar con la posibilidad de la “exención de orden público” en virtud de la cual, un ordenamiento jurídico puede rechazar la aplicación de una norma si estima que esa norma es absolutamente incompatible con los principios que informan su ordenamiento;
- *Como instrumento para crear una ciencia jurídica*, y concretamente una ciencia social; al decir de Merryman: “El supuesto fundamental es el de que el sistema jurídico constituye parte integrante de la sociedad y que el cambio social producirá a menudo, si no es que siempre, un cambio correspondiente en el sistema jurídico (los cambios jurídicos no originan los cambios sociales, sino al revés)”, en ese sentido el propósito, continúa Merryman, inmediato del derecho comparado es describir y explicar las correlaciones interesantes que se dan entre ciertos tipos de cambio social y ciertas formas de cambio jurídico; y por último,
- *Para un mejor estudio de las diferentes familias jurídicas existentes*, tratando de extraer la esencia de cada una de ellas y así poder analizarlo y compararlo con nuestro ordenamiento mexicano. No es necesario decir que resulta más fácil estudiar familias jurídicas que han sido definidas por sus elementos comunes que estudiar, separadamente, todos los países que han sido, hasta la fecha, reconocidos internacionalmente.

En definitiva, sabemos que un éxito legislativo no es exclusivo de un Estado en particular, la comparación, el método comparativo, nos sirve para, en principio, estudiar otras realidades diferentes en las que tengamos un punto de partida común, según Capelletti *un tertium comparationis*, y si ha habido un avance, un logro para solventar una laguna legal, pues adoptarla y sobre todo, adaptarla a nuestra realidad.

De los contrastes que se puedan marcar desde el análisis comparativo surgen coincidencias, semejanzas y diferencias que deben ser tenidas en cuenta, en distinta medida y en función de las exigencias de quien los realice. Así las cosas, siguiendo a Vergottini, la esencia de la comparación jurídica, y por ende del derecho comparado si se nos permite la extensión, es la operación intelectual del contraste entre ordenamientos jurídicos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume las características de las disciplinas científicas.

Muchas de las críticas de los detractores del análisis comparativo, de aquellos que consideran que la comparación no es un área de conocimiento del derecho sino tan sólo un método y bastante deficiente se basan en el argumento de que siempre que se trata de realizar un estudio basado en la comparación, los juristas extrapolan una solución jurídica a una realidad diferente, sin el acomodo o adaptación necesarios. En este sentido, podemos decir que el derecho comparado es un método de aproximación, no de imitación acrítica, a algún aspecto de uno o varios derechos extranjeros.

En este orden de ideas tenemos la opinión de nuestro gran maestro Fix-Zamudio, cuando siguiendo al comparatista francés, René David, nos dice que “... en nuestro concepto, no son incompatibles las ideas de disciplina científica y de método jurídico, ya que si bien es verdad que el ‘derecho comparado’ es un instrumento del conocimiento de los ordenamientos jurídicos y, por tanto, un método jurídico, es necesaria su sistematización, ya que es un instrumento delicado que no puede utilizarse de manera indiscriminada y, con este objeto, se ha elaborado un conjunto de estudios sistemáticos que integran lo que podemos calificar como ‘ciencia jurídica comparativa’, es decir, una disciplina que analiza el método jurídico comparativo y establece los lineamientos para su correcta aplicación al enorme campo del derecho”.

No obstante, siempre tenemos que ver las dos caras de la moneda y así debemos advertir que la ciencia de la comparación se enfrenta a una serie de problemas que pueden reducirse, según Vergottini, a las siguientes cuestiones: para qué se compara (problema de la *función*); qué se compara (problema del *objeto*) y cómo comparar (problema del *método*). Estas tres cuestiones planteadas, en principio incuas y de una evidencia palpable, hay que tomarlas realmente en consideración para situarnos ante la necesidad y/o utilidad de un análisis comparativo.

III. Fases del análisis comparativo

Cierto es que las fases o secuencias que congrega un análisis comparativo no son fáciles de realizar, pero precisamente su realización exitosa determinará que una vez estudiados minuciosamente, los problemas jurídicos en diferentes ámbitos y sus medios de solución se podría ubicar —la solución— en el contexto del Estado que las pretenda implementar.

Siguiendo a Rabel, Zweigert y Knapp, el derecho comparado no es el derecho que surge de la simple comparación de los textos legislativos, sino

el que procede de la comparación de las diversas soluciones jurídicas que se dan a los mismos problemas de hecho que afrontan los sistemas legales de los distintos ordenamientos.

Si eligiéramos uno de los comparatistas que, hoy por hoy, más influencia han tenido en el ambiente jurídico comparado, tendríamos que destacar a Mauro Cappelletti, e independientemente de que podamos estar totalmente de acuerdo o no, con su secuencia de fases a seguir o con la idoneidad de todas y cada una de las fases que nos enumera para realizar análisis comparativo; en lo que sí debe de haber consenso es en su razonamiento lógico. De esta manera, tenemos que según Cappelletti:

- La primera fase del derecho comparado consiste en ubicar un punto de partida común (*tertium comparationis*), un problema o una necesidad social real que comparten dos o más países a los cuales se quiere aplicar el análisis comparativo. El *tertium comparationis* fue objeto de fútiles disquisiciones entre los comparatistas, una cuestión ya rebasada en la actualidad;
- Una segunda fase, consistiría en encontrar las normas, instituciones, procesos jurídicos con los que los países examinados han intentado resolver el problema/necesidad, en definitiva, buscar soluciones jurídicas del problema;
- La tercera fase, pretende encontrar razones que puedan explicar las analogías, pero sobre todo, las diferencias en las soluciones adoptadas en respuesta a un mismo problema: razones históricas, sociológicas, éticas, etcétera;
- La cuarta fase, consiste en la investigación de las grandes tendencias evolutivas;
- En la quinta fase se tratan de evaluar las soluciones adoptadas, en cuanto a su eficacia o ineficacia, en la resolución del problema/necesidad de la cual ha arrancado la investigación;
- La sexta y última fase para Cappelletti, sería una cuestión de predicción de desarrollos futuros. Diferimos de esta última etapa ya que el comparatista o comparatista no debe ser “profeta”; la ciencia jurídica es, precisamente eso, ciencia, basada en la razón, en la secuencia

lógica de sucesos que deben de interpretarse, pero no se trata, sin lugar a dudas, de vaticinios.

IV. Conceptos generales

Tal y como hemos venido proyectando, no es sólo importante el conocimiento de los métodos para realizar análisis comparativo sino que, además, es de vital relevancia tener el conocimiento del concepto y sentido de familia jurídica y en concreto de la que es en este momento objeto de estudio, la familia jurídica romano-germánica; así como los caracteres definitorios de la misma y su ubicación geográfica.

1. Noción de sistema jurídico

La doctrina mayoritaria ha invertido una buena parte de su tiempo en tratar de definir qué es sistema jurídico, conceptuándolo con Zárata y otros como “aquél conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo en un lugar y tiempo determinados. Cada Estado soberano cuenta con un sistema jurídico propio”, o incluso se define, siguiendo a Merryman como un cuerpo operativo de instituciones, procedimiento y normas jurídicas; diferenciándola, de esa manera, de una tradición jurídica que, a su vez, se puede definir como aquel conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo en que el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural.

Asimismo, Castán Tobeñas nos define a los sistemas jurídicos, diciéndonos que el conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo es lo que constituye un sistema jurídico, es decir, el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad o que rigen en un determinado ámbito geográfico. Dichas reglas e instituciones, deben ser suficientemente completas e importan-

tes para que los hombres, a los cuales se aplican, estén ligados entre sí por una comunidad de derecho, tal y como expresa Arminjon.

No obstante, entre los comparatistas italianos, por ejemplo, Dino Pansini y en particular Mario G. Losano, es utilizado el término de sistema o sistemas, y así este último nos habla de “los cuatro sistemas jurídicos de relevancia mundial”. Esta terminología de sistema jurídico utilizada por el autor italiano, es contraria y rechazada por los comparatistas René David y John Henry Merryman. Sin embargo, no podemos dejar de hacer notar que una de las obras fundamentales de este gran comparatista, nos referimos a René David, se llama precisamente *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*; tampoco debemos dejar de observar que incluso nuestra materia impartida a nivel licenciatura y posgrado, también se denomina *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*.

2. Noción de familia jurídica

El reconocimiento de Estados no siempre se ha caracterizado por un criterio de uniformidad en la comunidad internacional, así tenemos que el principal problema que suscita la aparición de un nuevo Estado es el de su entrada en las relaciones internacionales ya que tal inserción depende de la actitud de los otros Estados.

El problema se expresa, jurídicamente, en la institución del *Reconocimiento* mediante el que uno o varios Estados hacen constar la existencia sobre un territorio determinado, una sociedad humana políticamente organizada, independiente y capaz de observar las normas de derecho internacional, considerándola miembro de la comunidad internacional.

Cuando surge un nuevo Estado, los demás se enfrentan con el problema de decidir sobre su reconocimiento, pero esto no significa que el nuevo Estado sólo exista tras el reconocimiento por parte de los otros Estados ya que, desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento es un acto libre y discrecional que expresa la voluntad de mantener relaciones de cooperación con el nuevo Estado, es decir, la admisión de que entre el que reconoce y el que es reconocido se establece un mínimo de cooperación.

Son más de doscientos los Estados que hasta la fecha han conseguido su reconocimiento internacional, el estudio y el cotejo de todos ellos se hace prácticamente inabarcable por lo que le interesa al derecho comparado reducirlos a grupos o familias jurídicas, teniendo en cuenta sus afinidades y elementos comunes.

No obstante, dicha clasificación en la que atenderíamos las características de los sistemas legislativos, despreciando las pequeñas particularidades y poniendo de relieve las coincidencias y analogías, no es tarea fácil, ya que algunos derechos, por sus elementos heterogéneos, se resisten a toda clasificación, además de la variedad de criterios que pudieran ser tomados para la realización de dicha sistematización.

Con el propósito de organizar el estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos, éstos Estados han sido agrupados en conjuntos supranacionales denominados familias y en definitiva, podríamos definir a una familia jurídica como aquel conjunto de sistemas jurídicos que tienen elementos institucionales, conceptos filosóficos, jerarquía de fuentes, como decíamos, elementos en definitiva que pongan de relieve las coincidencias y analogías entre ellos.

3. Elementos

Los elementos que podríamos contemplar como básicos y definitorios para el encuadre en familias jurídicas siguiendo las posturas de los comparativistas Arminjon, Nolde y Wolff son los siguientes:

- una legislación que sirve de vínculo a la colectividad que rige; y
- una cierta autonomía, cuando menos legislativa.

Nosotros, como veremos en las siguientes páginas, reconvertimos esos elementos en lo que denominamos “unidad cultural”.

4. Clasificaciones propuestas de los sistemas jurídicos contemporáneos

El primer intento clasificador de los sistemas jurídicos se dio en París, en 1900 en el *Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado*, donde los más ilustres comparatistas del momento, se abocaron a dar su propuesta clasificatoria de los sistemas jurídicos del mundo. Se trató de resolver numerosas incógnitas con respecto a las maneras de conseguir un mejor conocimiento del derecho nacional propio, del conocimiento de otros derechos y el intento de unificación de ellos; de la denominada universalización de los derechos, esa pretendida acción en búsqueda de un llamado “derecho común legislado

del mundo” de la cual realizó sus primeros intentos la Sociedad de Naciones, y que quedó frustrado, definitivamente, tras la Segunda Guerra Mundial.

Los primeros intentos clasificatorios no destacan por su idoneidad, acercamiento o proyección. Siempre es difícil realizar el primer paso en una investigación de tal calibre.

El tener propuestas de clasificación era ya un buen punto de partida para los siguientes comparatistas, que utilizaban esa retroalimentación para avanzar en aquellas cuestiones en las que no había unanimidad o simplemente, que no había suficientes razones que constituyeran un buen fundamento o razonamiento.

Los distintos comparatistas o internacionalistas como pudieran ser Esmein, Bryce, Taylor, Sarfatti, Clovis Bevilacqua, Martínez Paz, Saurse Hall, René David, Roca Sastre, Solá Cañizares, Silva Pereira y un largo etcétera, utilizaron una diversidad de criterios de clasificación, entre los que se encontraban desde la situación o criterio geográfico, lengua, raza, y/o historia hasta el ideológico o morfológico; todos ellos con variedad de cuestionamientos no todos atinados.

La razón de ser de la propuesta clasificatoria que se expresó y que nosotros, en este momento, proponemos, fue desdeñar los criterios citados como por ejemplo la lengua, la raza, etcétera y atender, exclusivamente, a la unidad cultural; que la base primordial de clasificación proporcione las coincidencias de civilización y cultura. Pero, ¿qué entendemos por unidad cultural?, según el ilustre internacionalista René David, los derechos se oponen unos a otros porque traducen concepciones distintas de la justicia, concepciones distintas de la filosofía o simplemente, porque tienen estructuras políticas, económicas o sociales diferentes. Por consiguiente, la clasificación de los derechos debe hacerse ante todo teniendo en cuenta su base filosófica y la concepción de la justicia que se esfuerzan en realizar. Lo descrito, si quisiéramos simplificarlo, se podría interpretar como que aquellas afinidades y elementos comunes que caracterizan a un determinado sistema jurídico, para encuadrarlo dentro de una familia jurídica, podrían ser:

- una historia, una tradición en común; en cuanto a la formación y características que debe tener la norma jurídica, evolución histórica de las normas;
- una filosofía, una concepción de los valores comunes; rectores de una determinada comunidad; y
- un orden de prelación de las fuentes del derecho, asimismo, común.

Por las cuestiones expuestas, cuestiones esencialmente prácticas, los grandes internacionalistas y comparatistas, estimaron oportuno crear un sistema clasificatorio de los diferentes ordenamientos jurídicos existentes en el mundo y encuadrarlos en cuatro o cinco grandes familias jurídicas, según el sistema clasificatorio escogido; éstas son : familia jurídica romano-germánico; familia jurídica del *Common Law*, familia jurídica socialista; familia jurídica religiosa y sistemas híbridos.

Esta labor de clasificación nos facilita analizar “en bloques”, los aspectos más destacables o sobresalientes de cada familia jurídica y extraer conclusiones que contribuyan al mejor entendimiento de por qué operan de una determinada manera cada una de las familias jurídicas.

El repaso por las diferentes propuestas clasificatorias de los sistemas jurídicos contemporáneos nos destaca que estamos asistiendo, a principios del siglo XXI, a cambios “copernicanos” que pueden deberse a fenómenos como la globalización, la mundialización y/o integración.

5. Mapamundi de los sistemas jurídicos contemporáneos

Tal y como venimos considerando, las propuestas clasificatorias son numerosas y variadas; lo que trataremos, en este momento, será ubicar al lector en aquellas propuestas que consideramos más cercanas a la realidad, desde nuestro punto de vista, debido a su razonamiento y fundamento jurídico.

Para el establecimiento de estas familias, una vez más, el comparatista francés René David, toma como base esencial las fuentes de creación del derecho en cada uno de los grupos, y así nos habla de una familia romano-germánica, cuyas fuentes de creación de derecho son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, y finalmente, los principios generales del derecho.

Una familia denominada del *Common Law*, cuyas fuentes de creación jurídica son: la jurisprudencia, la ley, la costumbre y la razón.

En tercer lugar, establece la familia jurídica compuesta por los derechos socialistas, cuyas fuentes jurídicas sitúa de la siguiente manera: la ley, la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina.

Por último, nos habla de una familia de derechos religiosos y tradicionales, cuya fuente fundamental para crear derecho es únicamente su concepción religiosa a través de sus libros sagrados.

Desde nuestro punto de vista, reiteramos, las cuatro o cinco grandes familias jurídicas, si englobamos los sistemas híbridos o mixtos actuales son:

- Familia jurídica romano-germánica; como fusión de las culturas romana y germana en el occidente de Europa a partir del siglo v d. C.; caracterizada porque la norma de derecho se elabora inicialmente y se aplica posteriormente a los problemas que la práctica presenta;
- Familia jurídica del *Common Law*; la cultura inglesa nace como una fusión de la nobleza normanda con la población anglosajona, con diferentes influencias como puede ser vestigios romanos, celtas, irlandeses, etcétera; lográndose una unificación del derecho, a través de las decisiones de los tribunales, un derecho eminentemente jurisprudencial;
- Familia jurídica socialista; un grupo inicialmente ubicado en Europa oriental, que originalmente formó su derecho con elementos romano-germánicos pero que a partir de la revolución bolchevique de 1917 en la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, ha elaborado su derecho de acuerdo con el socialismo;
- Familia jurídica religiosa; países que organizan su ordenamiento jurídico basándose en un libro revelado; y
- Familia jurídica o sistema híbrido o mixto, calificando así a aquellos entes —ya sean territorios, provincias, entidades estatales— que no logran ubicarse en ninguna de las familias jurídicas anteriores, que con sus particularidades y localismos logran concretarse dentro de este sistema mixto, nos referimos no tanto a la mezcla de elementos jurídicos de diversa proveniencia como a aquellos sistemas en los que “la ley del lugar” no los imbuye y asimilan caracteres peculiares o particulares dentro de un mismo territorio, organizado políticamente y con su correspondiente población. La doctrina, concretamente Zárate y otros, nos habla, asimismo, de sistemas mixtos como un “conglomerado de derechos positivos que reúne los elementos necesarios para ser considerado una familia jurídica. La peculiaridad común que los agrupa radica tan sólo en motivos generalmente atribuibles a recepciones políticas, que consisten en la coexistencia razonablemente armónica de dos o más tradiciones jurídicas en el seno de un mismo sistema”.

Todas y cada una de las familias enumeradas presentan variantes en cuanto a su desarrollo o proliferación.

No se trata, como dijimos anteriormente, de realizar profecías, en el sentido de determinar si preveemos que el futuro de tal o cual familia jurídica será esperanzador o no.

No tenemos, ni queremos, elementos de predicción para vaticinar algún aspecto de nuestro mapamundi de los sistemas jurídicos contemporáneos; ni tampoco queremos caer en el error de proyectar elementos de geopolítica porque, entre otras razones, no es objeto del presente manual. Tampoco pretendemos realizar un análisis pormenorizado y exclusivo de cada uno de los países en todos sus aspectos, en todas sus vertientes; simplemente es inabarcable.

Habría que destacar también una reflexión acerca de los sistemas jurídicos denominados híbridos o sistemas mixtos que si realmente no conforman una familia propia tal y como las estamos concibiendo, si conforman una realidad en nuestros sistemas jurídicos, es más, hay una tendencia que se inclina hacia la clasificación de sistemas híbridos cuando empiezan a considerarse ciertas particularidades en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales; ello derivaría en desdeñar la clasificación de las grandes familias jurídicas contemporáneas y por el contrario, tendríamos: derecho japonés, derecho hindú, derecho israelí y así una secuencia interminable que, abusando de la exageración, prácticamente constituirá los 193 países que son reconocidos por la comunidad internacional. Esa ni es la idea ni el espíritu clasificatorio y útil de la comparación.

Insistimos, en este momento, que un sistema híbrido o mixto es aquel ente o territorio encuadrado, geográficamente, dentro de una familia jurídica con la cual no posee una identidad total y que, por otro lado, mantiene ciertos localismos o particularidades que no le hacen encuadrarse, tampoco, dentro de ninguna otra familia jurídica. Es un sistema tan *sui generis*, que no se puede ubicar en ninguna de las cuatro grandes familias jurídicas mencionadas.

Como ejemplos típicos de sistemas híbridos o mixtos, de recepción romano-germánica, tenemos los ya clásicos: Escocia, Louisiana, Quebec, Puerto Rico y Filipinas. Con respecto a los tres primeros mencionados, realizaremos, dada su identidad con la familia jurídica romano-germánica, en la parte final del presente trabajo, una breve reseña que nos indique el porqué de su particularidad.

Un ejercicio por demás interesante que deberíamos proyectar en nuestras clases de sistemas jurídicos contemporáneos es solicitar a los alumnos que trabajen en grupos una propuesta clasificatoria de los distintos sistemas jurídicos en la actualidad, es decir, que realicen un “mapamundi” de los sistemas jurídicos contemporáneos, en donde coloquen, por ejemplo,

una banderita roja a los países que encuadran dentro de la familia jurídica romano-germánica, una banderita negra para los países que se puedan incluir en la familia jurídica del *Common Law*, una amarilla para los países de la familia jurídica socialista, una verde para aquellos que se ubican en la familia jurídica religiosa y, finalmente, una banderita blanca para aquellos países pertenecientes a los sistemas híbridos y mixtos. Como resultado de esta labor de investigación, tomando en cuenta los elementos característicos de la “unidad cultural” de cada país, habremos conseguido que los alumnos queden inmersos en una labor de clasificación por demás importante, en donde han podido profundizar y analizar de manera exhaustiva la idoneidad de su propuesta clasificatoria por país y a partir de ahí que se propicie una discusión, que no polémica, para concretar, con la interacción de todos, una propuesta clasificatoria.

Cuestionario

1. Enumere tres elementos o caracteres que fundamenten la “utilidad de la comparación” (puede seguir las pautas que marca el profesor Guillermo F. Margadant, si así lo prefiere).
2. Según Mauro Cappelletti cuáles son las seis fases que componen el análisis comparativo.
3. Defina qué es un sistema jurídico.
4. Defina qué es una familia jurídica.
5. Cuál fue el primer intento clasificador de los sistemas jurídicos contemporáneos (evento, lugar y fecha).
6. Cuáles son los elementos que componen la denominada “unidad cultural”.
7. Enumere las diferentes familias jurídicas que compondrían un mapamundi de los sistemas jurídicos contemporáneos.
8. Defina qué es un sistema híbrido o mixto.

CAPÍTULO SEGUNDO

Sistemas jurídicos de la cultura occidental (I)

Al término de este capítulo segundo, el lector deberá conocer globalmente todos aquellos elementos, es decir, la unidad cultural: origen y/o tradición común, filosofía o valores comunes y orden de prelación de las fuentes del derecho también comunes, que determinan que un determinado ordenamiento jurídico se englobe dentro de la familia jurídica romano-germánica o *Civil Law* o neorrománica. Asimismo, detectará aquellos sistemas denominados híbridos o mixtos cercanos a la familia jurídica romano-germánica.

I. Familia jurídica romano-germánica

Al abocarnos al estudio de la familia jurídica romano-germánica en la que se realizará un recorrido desde el punto de vista de su unidad cultural, también queremos acercarnos al estudio de los sistemas en que ha sido escasa la influencia del derecho romano, según la clasificación del maestro José Castán Tobeñas, como son los denominados sistemas híbridos o mixtos, entre los que destacamos Louisiana, Escocia y Quebec.

Queremos hacer notar al lector que quizá no es posible una comprensión total de la familia jurídica romano-germánica sin una referencia a la tradición del *Common Law*, dadas sus similitudes que provienen de una atenuación de las diferencias que dividen los ordenamientos del *Common Law* y del *Civil Law* o la tradición romano-germánica, y de una matriz cultural común que permite hablar de una tradición que engloba a ambas familias para así constituir la “tradición jurídica occidental”, según lo ha puesto de relieve la clásica obra de Harold J. Berman. Dicha matriz cultural se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales.

En cuanto a sus diferencias, por otra parte, se ubicarían en las fuentes del derecho o las funciones del juzgador. No obstante, dichas diferencias cada vez son menos notorias, dada la necesidad, en el mundo contemporáneo, de adecuar mecanismos jurídicos que hagan posible la interacción entre bloques políticos y/o económicos.

Ante este discurso, es obvio que lo adecuado sería estudiar la familia romano-germánica sin desvincularla del *Common Law* y aunque dividimos por capítulos la exposición de las distintas familias jurídicas, en concreto en este caso romano-germánico y *Common Law*, no debemos perder de vista esta cuestión primigenia que acabamos de exponer. Por cuestiones, además, de asimilación del alumno, le damos importancia a la captación individual de cada familia para que el interesado realice, posteriormente, ese análisis comparativo aprovechando la información proporcionada por familias jurídicas. Esa sería, en definitiva, la aportación que el alumno, en este caso concreto, podría dar.

1. Denominaciones

Son muchas y variadas las diferentes denominaciones que recibe la familia jurídica objeto de estudio.

Hay un sector doctrinal, De Cruz, que la denomina *Civil Law*, por contraposición al *Common Law*; otro sector la denomina sistema continental, por contraposición, asimismo, al sistema insular representado, en el continente europeo, por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; otra denominación sería romano-canónico; también se denomina grupo francés, denominación utilizada por René David; sistema romanístico, empleada, fundamentalmente, por los italianos; romano-cristiano, que muestra la filiación genética romana y la inspiración cristiana que caracteriza a este grupo de derechos; sistema neorrománico, como la denominación más actual, o simplemente romano-germánico como determinamos denominarlo nosotros

Cualquiera de las denominaciones mencionadas, obviamente, es válida, sólo habría que atender a los elementos que le caracterizan para elegir una u otra.

2. Características

Como característica esencial de este grupo o familia jurídica, tenemos que, siguiendo a René David, la unidad de este grupo de derechos son: la comunidad ideológica sobre la que se apoyan y que intentan llevar a la realidad; el común origen de tales derechos, fundados en el derecho romano; la análoga estructura de los mismos, que llevan consigo la utilización de iguales conceptos; la analogía existente en orden a la concepción general de las fuentes jurídicas admitida en esos diversos derechos, y el parentesco que existe en los métodos de trabajo y de investigación de sus juristas.

No obstante, esa “puridad” no la lleva consigo el derecho romano allí donde se acoge, las distinciones que hace Castán Tobeñas son las siguientes:

- 1) el derecho romano “recibido” por los pueblos del continente europeo y llevado a América, no es el derecho clásico de Roma, sino, fundamentalmente, el derecho del *Corpus Iuris* justinianeo, estudiado en las escuelas jurídicas de occidente;
- 2) que la recepción del derecho romano tuvo, en los diversos países, características distintas;
- 3) que, al lado del derecho romano, han contribuido otros distintos elementos históricos, como pueden ser elementos ibéricos, el derecho canónico, el derecho natural, el derecho germánico, etcétera.

3. Unidad cultural como sistema clasificatorio

A. Tradición e historia común

Para explicar ciertos aspectos particulares del derecho comparado es necesario recurrir a la historia del derecho; explicaciones, éstas, que dan luz al derecho actual. No se concibe, de hecho, a un estudioso del derecho que no tenga las nociones generales históricas de aquellos órdenes jurídicos con los que interactúa, posiblemente, con bastante frecuencia.

El panorama de los sistemas jurídicos contemporáneos, no puede explicarse sin referirse a su dimensión histórica. A la hora de estudiar la familia jurídica romano-germánica, a la hora de estudiar su formación histórica, no podemos ni debemos desdeñar la influencia y recepción del derecho roma-

no en Europa continental y en el resto de los ordenamientos jurídicos que acogieron sus principios, ya sea voluntariamente o por conquista; así como los motivos por los que ciertos ordenamientos jurídicos se han diferenciado del resto, los llamados sistemas híbridos o sistemas mixtos, tales como Louisiana, Escocia y Quebec.

La base histórica de la familia que nos ocupa y que es a la que pertenece nuestro derecho nacional, tiene su fundamento en el derecho romano, ya que como dice el profesor Robert von Mayr, en su obra *Historia del Derecho Romano*: “[...] ningún pueblo del mundo se puede encerrar en un aislamiento absoluto abstraído por entero a las influencias jurídicas de otras naciones”, por tal motivo en nuestro caso será pertinente el estudio del derecho romano, base de la familia romano-germánica, siguiendo a la misma doctrina, ya que: “[...] sólo puede dominar el derecho vigente quien haya estudiado previamente sus fundamentos históricos. Sólo la historia del derecho, la explicación del derecho del presente como un producto del pasado, nos puede llevar a la plena inteligencia de nuestra vida jurídica actual”.

Tales motivos nos conducen a estudiar la evolución histórica del derecho romano desde el momento en que se funda la ciudad de Roma, en el año 753 a. C. hasta la caída del Imperio romano de Oriente, con la caída de Constantinopla en 1453.

Para un mejor estudio, al menos más conciso y preciso, de los periodos de la historia del derecho romano y teniendo como base las diferentes transformaciones y cambios que se producen en las instituciones jurídicas de Roma, tenemos los siguientes:

- 1) Etapa del derecho romano arcaico. Desde la fundación de Roma en el año 753 a. C., hasta la promulgación de las leyes de las XII Tablas en el año 449 a. C.
- 2) Etapa del derecho romano preclásico. Desde la promulgación de las Leyes de las XII Tablas en el año 449 a. C. hasta el final de la República en el año 27 a. C.
- 3) Etapa del derecho romano clásico. Desde el final de la República en el año 27 a.C. hasta el Imperio de Alejandro Severo en el año 235.
- 4) Etapa del derecho romano postclásico. Desde la muerte de Alejandro Severo en el año 235, hasta que sube al trono el Emperador Justiniano en el año 527.

- 5) Etapa del derecho romano justinianeo. Desde el año 527 hasta el 565, duración del Imperio de Justiniano.

En la primera de las etapas mencionadas, la Etapa Arcaica, destacamos una serie de hitos o cisuras que hacen determinantes las características de la familia jurídica romano-germánica.

El derecho que en aquella época se desarrolló fue a través de la Ley de las XII Tablas, un derecho eminentemente primitivo, como compilación del derecho consuetudinario en vigor en esa época. Uno de los primeros fines u objetivos de las XII Tablas era establecer con precisión los procedimientos, así como la organización de la familia romana (familia, herencia, tutela y curatela); propiedad, posesión y obligaciones; delitos; derecho público y derecho sagrado.

Con la segunda guerra Púnica, tenemos que siguiendo a Mario Losano:

El poder romano se extiende desde el Lacio hasta los territorios más importantes del mundo antiguo. El derecho primitivo, sintetizado en la Ley de las XII Tablas, elaborado por los pontífices (a través de los *mos*, usos o costumbres, actividad jurídica confiada a los pontífices, los cuales tenían conocimientos técnicos que permitían la expansión económica de la sociedad), se muestra inadecuado para una sociedad que traslada su centro de gravedad económico de la agricultura al comercio.

El derecho necesita adecuarse a las nuevas exigencias y esto se hace a través de la obra del juez, del *praetor* romano y comienza a proyectar ese florecimiento de la jurisprudencia clásica que tiene su máximo esplendor del siglo I al III d. C.

En la Etapa Preclásica, la sociedad romana sufre una profunda transformación en diferentes ámbitos, plasmadas en crisis de distinta índole tales como económica, social y política, fundamentalmente, culminando con la caída del sistema republicano.

La política exterior de Roma, por otra parte, se coloca en su máximo esplendor, se convierte en “primera potencia” del Mediterráneo y de todo el mundo conocido de la época. Quizás este éxito radical tuvo su influencia en la crisis interna; lo cierto es que ambos factores fueron determinantes para una profunda transformación en el campo del derecho, el cual tuvo que evolucionar y adaptarse a los nuevos acontecimientos, a los nuevos cambios; no obstante, la costumbre siguió siendo fuente formal del derecho, aunque su campo de acción fue cada vez más reducido conforme aumentaba la actividad legislativa y normativa. La aparición de la Ley de las XII Tablas, con

la cual finalizaba el periodo anterior, constituyó el punto de partida de la evolución de la legislación romana de esta etapa.

En este sentido, tenemos que la legislación (decenviral) aun cuando aumentó su importancia, rápidamente se advirtió su insuficiencia; como decimos, la sociedad evoluciona a pasos agigantados y se necesita adaptar sus fuentes, la ley, a las nuevas circunstancias, eso se llevó a cabo a través de la *interpretatio*, que consistió en la labor de ensanchamiento y actualización de los preceptos contenidos en la mencionada legislación, con el fin de poner el derecho privado acorde con las nuevas necesidades.

Es un periodo que también destaca, por otra parte, por el paso del rigor formalista de etapas anteriores, por una época de consensualismo, debido al intenso tráfico mercantil, fruto de una política externa en plena actividad.

En la Etapa del derecho romano clásico, los pontífices, como dijimos, dejan de tener el monopolio jurídico, son los laicos los que detentan, en esta época, la actividad jurídica y se va estableciendo, paulatinamente, una nueva fuente del derecho que son las decisiones judiciales, emitidas por los mencionados jueces o *praeter* romanos. No obstante la importancia de esta jurisprudencia que se va emitiendo a través de la labor de los jueces y así, con Mario Losano “el derecho romano se va generando por sí mismo, con una mínima intervención estatal representada por las *leges*”, el derecho trata de desarrollarse, en cualquier dirección, para adaptarse a situaciones nuevas, a nuevas necesidades que demanda la sociedad; el error, porque no todo fueron grandes logros y éxitos, lo constituyó la aparición de un derecho romano difuso y disipado, dado el elevado número de juicios que no llevaban, precisamente, a criterios exhaustivos de analogía; o sea, en casos parecidos o análogos se dictaban sentencias totalmente diferentes y no se creaba un cuerpo jurisprudencial de criterios análogos que diera credibilidad a esa evolución del derecho romano.

En la Etapa del derecho romano postclásico, tenemos que después de la muerte de Alejandro Severo, en el año 235, las migraciones bárbaras violan los confines romanos entorno al Danubio y al Rhin y, paralelamente, hay un aumento del poder persa. El centro de gravedad del Imperio romano de occidente se va extrapolando hacia oriente.

Destacamos, *a grosso modo*, en este periodo o época que la carencia de publicidad de las constituciones dictadas por los emperadores y la falta de coordinación entre las normas nuevas y las anteriores, entre otras razones, fue lo que provocó una incertidumbre sobre el derecho vigente y una anarquía jurídica. De esta manera nacen los códigos Gregoriano y Hermogeniano y por supuesto, derivados de éstos, el Código Teodosiano, primera codificación oficial promulgada por Teodosio II en el año 426 y con entrada en

vigor en enero del 427. Estos códigos enunciados son conocidos como las codificaciones prejustinianas.

La Etapa del derecho romano justiniano, significa que ante un caos, más o menos visible, se procura una sistematización de criterios que se simboliza en la codificación del derecho romano realizada en Bizancio por el emperador Justiniano.

Antes de la mencionada codificación teníamos que la adaptación del derecho a nuevas realidades, realizadas acriticamente, supuso la adopción de disposiciones antitéticas, se produjo un desequilibrio jurídico que provocaba un déficit en la organización jurídica. El legislador estaba obligado a restablecer el equilibrio y es ahí donde aparece la figura del Emperador Justiniano que viene, desde el inicio de su reinado en el año 527, a proyectar sistematización.

Justiniano en el año 528 ordenó una publicación que fuera un texto legislativo unitario que reflejase la realidad jurídica del momento y que al mismo tiempo fuera un texto en continua adaptación. Esta idea se corporizó en la Codificación de Justiniano, a través de cuatro obras: Código, Digesto, Instituciones y Novelas.

El *Código* comprende las leyes imperiales, repartidas en doce libros; el primero de los ellos trata del derecho eclesiástico, de las fuentes del derecho y de los oficios de los funcionarios imperiales; los libros II al VIII se dedican al derecho privado; el libro IX, al derecho penal y, finalmente, del libro X al XII al derecho administrativo.

Justiniano, en el año 528, nombra una comisión para reunir los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano en una sola obra; esta obra entró en vigor el 16 de febrero de 529, después de un sólo año de elaboración, por ello dada la rapidez con el que se elaboró, una vez terminados el *Digesto* y las *Instituciones* se tuvo que proceder a una segunda edición actualizada del Código, que entró en vigor el 29 de diciembre del 534. Esta segunda edición fue dirigida por Triboniano e incluyó, después de revisado el Código, las constituciones imperiales más recientes, dándole el cariz que se pretendía de actualización a la codificación justiniana.

El *Digesto*, también conocido con el nombre de Pandectas, fue expedido con el objeto de corregir completamente todo el derecho civil, toda la jurisprudencia romana y reunir en un sólo volumen las obras dispersas de la mayoría de los jurisconsultos.

Se compone de cincuenta libros en los que están ordenados fragmentos extraídos de las obras de los principales juristas romanos. Es en el *Digesto* donde se encuentran las famosas interpolaciones realizadas para adaptar aquellos textos, escritos tres siglos atrás, al derecho vigente en la época justiniana.

La obra fue encargada a una comisión de juristas bajo la dirección de Triboniano y a su vez se subdividió la tarea de compilación del Digesto a tres subcomisiones, las cuales debía seleccionar un conjunto determinado de obras. La primera se encargó de revisar todo lo referente al derecho civil y a integrar lo que se conoce como fondo sabiniano, debido a las obras de Sabino y sus seguidores. La segunda comisión, revisó las obras relacionadas con el derecho honorario contenido en los edictos de los magistrados. La tercera comisión se dedicó a analizar los escritos de Papiniano.

Las *Instituciones* son una obra didáctica, solicitada por el emperador para facilitar el aprendizaje de su derecho. Los cuatro libros que componen las Instituciones se redactaron paralelamente a los trabajos del Digesto. Tanto las Instituciones como el Digesto entraron en vigor a la vez, el 30 de diciembre de 529.

La obra también estuvo dirigida por Triboniano y con él colaboraron juristas como Teófilo y Doroteo quienes se basaron en obras de Ulpiano, Marciano y Gayo.

Por último, las *Novelas*, es una recopilación de las nuevas leyes, Constituciones imperiales, dictadas del 529 al 565.

Esta obra no forma parte del cuerpo unitario de las tres precedentes, sino que puede derogar las disposiciones contenidas en éstas; incluso la ley más reciente de las Novelas puede derogar leyes anteriores contenidas en la misma obra.

Con la muerte del emperador Justiniano en el año 565 se terminaría la etapa de creación del derecho romano.

En definitiva, Código, Digesto e Instituciones constituyen el núcleo de la compilación justiniana, mientras que las Novelas constituyen su actualización. Las cuatro obras de la codificación justiniana son las que se conocen con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, declarada por una doctrina mayoritaria como el hito más importante de la historia de la familia jurídica romano-germánica e incluso el hito más sobresaliente de la historia jurídica del mundo.

A pesar de la división señalada en diferentes etapas, hay que destacar que el derecho romano sobrevivió a Justiniano y sobrevivió, sin lugar a dudas, a la caída del Imperio Romano de Oriente en 1453 hasta llegar a nuestros días. En ese sentido, el desarrollo del derecho romano y sus influencias deben marcarse en la siguiente periodización, siguiendo de nuevo a Beatriz Bernal y a José de Jesús Ledesma; periodos de los cuales sólo analizaremos, en el presente trabajo, aquéllos que nos sirvan para determinar las características esenciales del derecho romano y por ende, características de la familia jurídica romano-germánica:

- 1) Desarrollo del derecho romano en oriente.
 - 1.1. Etapa del derecho romano bizantino (565-1453).
 - 1.2. Etapa de la dominación turca (1453-1830).
 - 1.3. Etapa de la codificación del derecho griego (1830-1945).

- 2) Desarrollo del derecho romano en Occidente.
 - 2.1. El derecho romano en los primeros siglos de la Europa medieval (473-1090).
 - 2.2. Las escuelas del derecho y su evolución.
 - 2.2.1. Escuela de los Glosadores.
 - 2.2.2. Escuela de los Postglosadores o Comentaristas.
 - 2.2.3. Escuela de los Humanistas franceses.
 - 2.2.4. Escuela holandesa o de la Jurisprudencia elegante.
 - 2.2.5. *Usus Modernus pandectarum*.
 - 2.2.6. Escuela racionalista.
 - 2.2.7. Escuela histórica y sus ramificaciones.
 - 2.3. Recepción del derecho romano en Europa occidental (1500-1900).
 - 2.3.1. Recepción en España.
 - 2.3.2. Recepción en Francia.
 - 2.3.3. Recepción en Alemania.
 - 2.3.4. Recepción en Italia.
 - 2.3.5. Recepción en Inglaterra.
 - 2.4. Movimiento codificador del siglo XIX (1804-1900).
 - 2.5. Tendencias actuales.

De esta periodización, destacamos, como dijimos, aquellos sucesos jurídicos que marcaron y que han seguido marcando los caracteres de la familia que estamos analizando.

La civilización romano-bizantina legó a la alta edad media de la Europa occidental un derecho romano sistematizado, codificado; este suceso condicionó la existencia del derecho romano hasta nuestros días porque hizo posible aplicarle el conjunto de técnicas interpretativas que la teología cristiana estaba aplicando al libro por excelencia, la Biblia. La organización de las escuelas medievales, facilitó el estudio de la materia jurídica y religiosa, no hay una posición autónoma entre el derecho y la religión, tan sólo la manifestación de que el derecho se englobaba en la ética y en la lógica,

según Cervantes. No cabe duda que con el establecimiento de las universidades, se inició el apogeo en el campo de la doctrina jurídica.

Se reconstruye la compilación justiniana; se busca, de nuevo, la unidad legislativa y así aparece la actividad de los glosadores y comentaristas creando junto al derecho privado, derecho público.

La escuela de los glosadores, se inicia a finales del siglo XI y tiene lugar en la Universidad de Bolonia, al norte de Italia. El movimiento comienza con Irnerius, un monje que enseñaba artes liberales, el cual se dedicó a hacer comentarios y anotaciones marginales, las denominadas glosas, a la obra jurídica de Justiniano, al *Corpus Iuris Civilis*.

Siguiendo a Román Iglesias tenemos que: de las obras publicadas por dicha escuela, que tiene una vida de seis generaciones, la más importante, completa y última en su aparición, es la llamada *Glosa Grande* o *Glosa de Accursio*, compuesta por este jurista aproximadamente en el año 1260.

Son diferentes las interpretaciones, la finalidad, forma y contenido de cada una de las glosas depende de los juristas que las realizan, como ejemplo podemos destacar a Martinus que en sus glosas se denota una cierta inclinación hacia la equidad en todos sus comentarios.

En cambio, la escuela de los postglosadores, continuación de la escuela de los glosadores, nace en el siglo XIV, en la ciudad de Perugia, con la idea clara de ir más allá de la teoría y “aterrizar” en la aplicación en la práctica jurídica. A esta escuela se le debe la elaboración del *Ius Commune*. Tenemos que añadir que la recepción del *Ius Commune* varió según las diversas circunstancias de la Europa continental, como ejemplo tenemos que en Alemania la recepción del *Ius Commune* tuvo un matiz especial ya que se convirtió en derecho alemán y llegó a ser: “el primer país en tener una ciencia jurídica propia, llamada *Usus Modernus Pandectarum*”.

Como portaestandarte de esta escuela de postglosadores o comentaristas tenemos a Bartolo de Sassoferrato.

Una vez más, los integrantes de esta escuela se dedicaron a la obra de Justiniano y a las glosas realizadas sobre ella, con la finalidad de crear un derecho acorde con su época, la actualización de la que partió la idea primigenia del Emperador Justiniano.

Desde la época bizantina con las escuelas de los glosadores y los postglosadores hasta el renacimiento y la Ilustración, las relaciones entre los particulares se han regido por el *Corpus Iuris Civilis*.

Ya en el siglo XIX, la compilación justiniana es sustituida por una codificación fundada en los principios racionales de la Ilustración y así nace un nuevo texto “sagrado”: el Código de Napoleón de 1807.

Es evidente que ya el siglo XIX deparó una serie de cambios como la acumulación de la riqueza, el progreso de las ciencias exactas y la economía de mercado, entre otras, que producen efectos sociales que el legislador, hasta ese momento, no había previsto. La virtud del siglo XX ha sido, precisamente, respetar el sistema de actualización que se generó desde el año 528, con la compilación justiniana, y seguir con la puesta al día de sus códigos según lo demande la sociedad, según lo demande los cambios que experimentan los gobiernos.

B. Filosofía, valores comunes

Esos valores, esa filosofía que caracterizan a la familia jurídica romano-germánica; esos principios que forman parte de la unidad cultural de Occidente son: la común ideología de los pueblos que integran esta gran familia jurídica romano-germánica, en el triple orden moral, político y económico.

Siguiendo a Castán Tobeñas, lo que caracteriza fundamentalmente el derecho de la familia romano-germánica, pese a las desviaciones que haya sufrido en algunos pueblos y épocas, es constituir un derecho basado en la supremacía de los valores morales, esos valores espirituales humanos.

No olvidemos, asimismo, la labor de los humanistas cuyos estudios eran considerados parte de la historia y la filosofía. Como corriente de pensamiento, el Humanismo forma parte del proceso general de renovación ideológico, político, artístico e intelectual que culmina en el fenómeno cultural del Renacimiento a comienzos de la Edad Moderna. De modo especial, el Humanismo partícipe también de la convicción de que los fundamentos de la cultura occidental se encuentran en el mundo griego y romano, propugna, no obstante, la búsqueda de su expresión auténtica e históricamente originaria, frente a la actitud científicamente acrítica del pensamiento medieval. El Humanismo venía a situar en un primer plano la dimensión histórica del fenómeno jurídico y, con ello, la necesidad de adecuar el derecho a las exigencias de la realidad político-social de cada momento y a las condiciones de los diferentes pueblos europeos, cuya unidad cultural quedaba asegurada, precisamente, por el fundamento en común proporcionado por los valores universales de la cultura clásica.

Asimismo, se estima como valor supremo del romano-germánico, la consideración de las instituciones jurídicas, sin olvidar como tuvo lugar el nacimiento de las universidades y su desarrollo —en principio de forma privada— en donde se estudiaban las nuevas corrientes filosóficas, teológicas y de derecho de la época; e instituciones sociales bajo un prisma esencialmente civil y político, muy distinto de aquel tinte religioso y sacerdotal

que con frecuencia reciben en Oriente, pero, a la vez, el acercamiento de dichas instituciones a las ideas morales y sobre todo a la de justicia, fundamentalísima en las concepciones jurídicas de occidente. Es una base moral y filosófica de respeto a la dignidad del hombre y a sus libertades fundamentales, que sirve de apoyo a la civilización del mundo occidental.

René David, nos realza los valores mencionados de justicia y moral, buscados a través de la ciencia jurídica, representado en el derecho civil, centro de la ciencia jurídica.

No olvidemos que como parte de estas corrientes filosóficas tenemos que el racionalismo jurídico fue una escuela de filósofos. Los filósofos dicen que el mundo social se rige al igual que el mundo natural por leyes naturales, de esta forma surge la idea del derecho natural, con el iusnaturalismo racionalista.

Posteriormente, tenemos otra escuela de filósofos que dan el sustento codificador a través del positivismo jurídico; el modelo de ordenamiento jurídico codificado venía a dar respuesta al problema de la claridad y la certeza del derecho; por otro lado, facilitaba su adopción por parte de otros Estados en un momento histórico en el que las ideas incorporadas por la Revolución francesa venían a satisfacer el proceso de transformación social impulsado por el liberalismo.

Por último, tal y como mencionamos, no debemos dejar de decir que como fuente formal mediata del derecho, tenemos la equidad romana, *aequitas*, en donde el juzgador se tiene que fijar en la particularidad del hecho y resolverlo en justicia, más que legal, de sentido común.

C. Orden de prelación de las fuentes del ordenamiento jurídico

La familia jurídica romano-germánica, se caracteriza por ser un derecho eminentemente legislado, un derecho codificado. En ese orden de ideas y por ende en relación con el orden de prelación de las fuentes del derecho, debemos colocar en el primer escalafón a la ley; la ley construida o sistematizada en los códigos y plasmada a través de la codificación de la familia jurídica romano-germánica. Pero la ley sistematizada en los códigos, como decimos, no es la única fuente del derecho occidental. Los códigos están complementados por otros elementos como son la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina y los principios generales del derecho.

No creemos necesario ampliar este apartado ya que a los juristas a los que va dirigido este trabajo, principalmente, son juristas formados en una familia romano-germánica, como es México o España, y ha sido parte toral de su educación académica.

II. Los llamados sistemas híbridos

Dentro de las familias jurídicas, que pudiéramos llamar occidentales, tenemos casos particulares con una posición intermedia entre la familia jurídica romano-germánica y la familia jurídica del *Common Law*; nos estamos refiriendo a los sistemas híbridos o mixtos de Louisiana, Escocia y Quebec, entre otros muchos.

1. Louisiana

El Código Civil de Louisiana representa un enclave que el sistema romanístico y, en concreto el derecho francés, mantiene en los territorios estadounidenses, pertenecientes al *Common Law*.

El Estado de Louisiana estuvo sometido a las *Coutumes de Paris* hasta 1769 y desde esa fecha al derecho español. Permaneció fiel, asimismo, a la tradición del derecho romano después de su incorporación a los Estados Unidos en 1803; esto dio lugar, como consecuencia, a una región, a un sistema híbrido entre la familia jurídica romano-germánica y la familia jurídica del *Common Law*.

Louisiana, en el contexto americano, recibió, como apuntamos, influencias ajenas a la anglosajona, influencias españolas y francesas, con un grado de supervivencia sobre todo del derecho francés, en donde, hasta la fecha, muchas instituciones de raigambre romano-germánica, heredadas del derecho francés, conviven y se mezclan con aquellas derivadas del *Common Law*. En este sentido, tenemos que en 1808 se promulgó un Código Civil profundamente inspirado en el francés. Este código fue sustituido por el de 1825 que, a su vez, fue revisado en 1870 y recibió varias modificaciones en 1947, tal y como nos señala Marta Morineau.

No hay que obviar que después de la Independencia de los Estados Unidos, éste se convirtió en una república federal, adoptando, de este modo, igualmente siguiendo a Morineau “una organización político-constitucional diferente de la inglesa, razón por la cual el derecho histórico inglés tuvo que desenvolverse en una estructura política distinta de la original”. Asimismo, los sistemas jurídicos locales de cada uno de los estados de la unión americana, no son iguales entre sí y existen especificidades que permiten diferenciarlos. La más importante, tal vez, aparezca en Louisiana, en cuyo derecho, confluyen los mencionados elementos: *Common Law* y romano-germánico. Los elementos del primero, del *Common Law*, se encuentran también en los demás estados, constituyendo de algún modo

lo que algunos autores califican como una versión constitucionalizada del *Common Law* inglés. Los elementos romano-germánicos, por otro lado, aunque provengan de los derechos francés y español, se puede decir que se han “americanizado”, para constituir un subsistema distinto, que por un lado también puede considerarse como un sistema constitucionalizado de la familia romano-germánica.

Si calificamos a Louisiana como, hasta ahora hemos venido haciendo, un sistema híbrido es, entre otras razones por su:

Infraestructura, método y derecho público de tanta relevancia en el *Common Law*, mientras que su derecho privado, específicamente el derecho civil, regulado por el mencionado *Louisiana Civil Code*, que contiene las normas referentes a las personas, la familia, las obligaciones, los contratos y las sucesiones, encuentra su base en la familia romano-germánica, a través del derecho francés, del cual descende. Del orden jurídico de Louisiana, esta rama es la que tiene más impacto en la vida diaria de sus habitantes, ya que regula casi todos los aspectos de las relaciones entre los particulares, de tal suerte, que para éstos, la rama más importante del derecho moderno del lugar, probablemente esté representada por el *droit civil*.

2. Escocia

Es importante apuntar, en este momento, que Escocia es parte de los territorios encuadrados en lo que se conoce, hoy en día, como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Partiendo del presupuesto de que en 1066 d.C. se produjo la conquista normanda, por la cual subió al trono Guillermo I El Conquistador como rey de Inglaterra se incluyó un elemento más, el normando, a un territorio rico en influencias externas. El nuevo monarca, más guerrero que jurista, asumió la organización jurídica del momento y se limitó a centralizar la organización judicial dejando amplios poderes al estamento forense y en concreto a los jueces.

Después que los normandos conquistaron Inglaterra en 1066, se sintió, más que nunca en Escocia, la influencia anglosajona y, por supuesto, la influencia anglo-normanda.

Tal y como nos dice René David, por obra de los jurisconsultos y, especialmente, por obra del Vizconde Stair, autor en 1681 de sus *Institutions of the Law of Scotland*, considerado como el texto supremo del derecho escocés, se

operó en Escocia una verdadera recepción del derecho romano. A través de la mencionada obra, se plasmó una gran parte del derecho escocés que, además de tener elementos romanos, de hecho su composición, seguía la sistematización de las Instituciones de Justiniano y fundamentó sus principios en fuentes romanas y canónicas.

Es importante destacar que el libro de Stair conserva hasta la fecha una gran autoridad. Se ha dicho que su influencia es tan grande que hasta el día de hoy, se refleja en la manera en la que los jueces escoceses elaboran sus sentencias, siguiendo en gran medida el estilo de los jueces continentales. Primero tratan de hallar el principio general, para deducir la solución de un caso concreto, antes de recurrir al procedimiento; a su vez tenía grandes influencias irlandesas y celtas; un derecho reducido, hasta ese momento, a la aplicación de las costumbres locales.

Eran tiempos difíciles aquellos en donde la ausencia de universidades en Escocia, propiciaba la educación de sus abogados en las universidades europeas más prestigiosas de aquel momento; nos referimos a las escuelas de derecho de Francia, Holanda, Alemania e Italia, en donde el derecho romano era estudiado y aceptado con agrado por parte de los futuros juristas escoceses. Posteriormente, la carrera de derecho se fundó en Escocia en la que, en un principio, siguiendo:

La tradición continental se enseñaba el derecho romano y el derecho canónico; después se incrementó un número de materias para incluir también la enseñanza del derecho local y todo esto sucedió antes de que el eminente jurista inglés Blackstone, catalogado como doctrina de autoridad, empezara a enseñar el derecho inglés en la Universidad de Oxford.

Bajo el régimen feudal, en tiempos del rey escocés David I (1124-1153), la Iglesia se hizo poderosa y sus tribunales ejercieron jurisdicción sobre un buen número de materias. Fue, precisamente, a través de los tribunales eclesiásticos como se introdujo el derecho romano y el derecho canónico que tanta influencia ejercieron para la constitución de un sistema tan *sui generis* como el que presentamos, a través de Escocia.

En 1426, se decretó que todos los súbditos debían acatar el derecho real escocés, lo cual dio lugar al establecimiento de una especie de *Common Law* local, circunstancia que nos puede servir para explicar por qué el derecho escocés se desarrolló por cauces distintos de los del derecho inglés.

En el siglo XVI, la ley aparece como la principal fuente del derecho escocés, incluso se dieron, en esa época, varios proyectos de codificación.

Además, por lo que a las decisiones judiciales respecta, hay que agregar que, en esos momentos, no se publicaban las sentencias y que sólo se conservaban sus principios en notas redactadas por los abogados para su propio conocimiento y guía.

La reforma religiosa del siglo xvi se extendió por Escocia y de esa manera el Parlamento escocés desconoció al Papa; consecuentemente, los tribunales eclesiásticos desaparecieron pero no así el derecho que habían venido aplicando, salvo que fuera expresamente modificado.

Si avanzamos en el tiempo, tenemos que la dinastía Estuardo convirtió a Edimburgo en residencia real, sede del Gobierno y, por ende, capital de Escocia. La reina inglesa Isabel I, muere sin descendencia y en 1603, se produce la unión de las coronas, por la cual Jacobo VI de Escocia sube al trono como Jacobo I de Inglaterra trasladando su residencia a Londres. La unión de ambos reinos culminó en 1707 cuando se fusionaron el Parlamento escocés y el Parlamento inglés.

El sistema de influencias claramente romanas, siguió predominando incluso después de efectuarse la unión del Parlamento de Escocia con el Parlamento de Inglaterra en 1707, aún cuando fue afectado, considerablemente, por la inevitable penetración, por vía legislativa y jurisdiccional, de las concepciones jurídicas inglesas. Se promulgaron leyes aceptando los artículos de la fusión que respetaban la organización judicial escocesa y el sistema jurídico local, salvo en algunos aspectos relativos a la administración pública. No obstante, el derecho inglés comenzó a reemplazar, paulatinamente, al derecho romano como la principal fuente del derecho escocés. No siempre hubo un respeto por los artículos de la unión, de la fusión:

Inglaterra trató a Escocia como si fuera una provincia conquistada y ocupada; (y vemos como) ante situaciones como la descrita el derecho escocés conservó muchos de sus propios rasgos que la han ubicado como un sistema híbrido o mixto. Como dirían los comparativistas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz, el derecho escocés es digno de mayor atención por parte de los estudiosos de la materia, ya que es un buen ejemplo de una simbiosis de las dos tradiciones jurídicas: la inglesa y la continental.

Hoy por hoy, sin dejar de perfilar cuáles fueron sus orígenes y su evolución, se denota al derecho escocés, si pudiéramos denominarlo así, como un derecho basado en principios y distinciones entre procesos legales y sustantivos de derecho. Así tenemos que, “en cuanto a la estructura del sistema jurídico, existe una diferencia esencial entre Escocia e Inglaterra, ya que el derecho escocés jamás conoció la división entre *Common Law* y *Equity*, di-

visión que, como ya sabemos, es una de las características sobresalientes del derecho inglés”.

Finalmente, y por lo que a las ramas profesionales se refiere:

[...] en Escocia también existe, al igual que en Inglaterra, dos ramas:

- Los *advocates*, que equivalen a los *Barristers* ingleses; y
- Los *solicitors*

Los *advocates* se agremian en la *Faculty of Advocates* que es una agrupación semejante a los *Inns of Court* de Inglaterra.

Para ejercer la profesión, tanto los *advocates* como los *solicitors*, deben de tener el grado universitario y también cierto tiempo de práctica profesional.

3. Quebec

Podríamos partir del hecho de que en Canadá coexisten dos familias jurídicas: Canadá como parte de la familia del *Common Law*; y la provincia de Quebec como un sistema híbrido o mixto en el que confluye *Common Law* en cuanto al derecho público y romano-germánico en cuanto al derecho privado.

Desde que Canadá fue cedido por Francia a Inglaterra en 1763, se constata la presencia de diferentes influencias que, sin lugar a dudas, va a ser determinante para los lineamientos de su ordenamiento jurídico.

En 1774, los súbditos franceses de la colonia que, desde la conquista, vivían totalmente bajo el dominio de las leyes inglesas, lograron que Londres les otorgase el derecho de vivir, en materia de propiedad y de derecho civil, bajo el régimen de sus leyes y sus costumbres francesas.

Junto con la población originaria francesa se mezcla también población inglesa, esta dualidad o dicotomía cultural se establece con mayor rigor desde que en 1791, Inglaterra decidió establecer allí dos parlamentos y dos gobiernos para corresponder a las dos culturas. Se estableció, entonces, el Bajo Canadá y el Alto Canadá, dotando a cada una de estas nuevas colonias de un parlamento local, bajo la supervisión de un gobernador nombrado por la metrópoli. Dicho régimen de gobierno, que concentraba el poder verdadero en un consejo legislativo oligárquico, dejó poco margen al control de los parlamentos coloniales.

Ante presiones tanto de los canadienses, colonos irlandeses e ingleses demócratas que reclamaban un gobierno “responsable” en donde los nacio-

nalismos cada vez se marcaban más y más; ante el abuso o arbitrariedad de la metrópoli, en 1837-1838 se originó una rebelión por parte de los patriotas del Bajo Canadá y definitivamente en 1838 se decretó la disolución de la Asamblea Parlamentaria del Bajo Canadá y así en 1840, se reunificó la colonia y nació la provincia de Quebec.

A principios de la década de 1860, las colonias inglesas del Norte (Canadá Unido, Nueva Brunswick, Nueva Escocia, Isla del Príncipe Eduardo y Terranova), consideraron la posibilidad de formar una unión política.

En la provincia de Quebec surgieron dos coaliciones que discrepaban sobre la forma del nuevo gobierno. La coalición más fuerte, preconizaba una fórmula federal ya que el federalismo representaba una oportunidad única para recuperar la autonomía perdida en 1840 y así dar a la población del antiguo Bajo Canadá sus propias instituciones representativas; buscaban: “un pacto constitucional que les permitiera afirmarse como pueblo distinto en condiciones de igualdad con la mayoría anglohablante”. Atendiendo a las peticiones de los parlamentarios de la provincia de Canadá, de Nueva Brunswick y de Nueva Escocia, Westminster creó, en 1867 a través de una Constitución denominada *British North American Act*, promulgada en el mismo año, el *Dominio de Canadá*, integrado por un gobierno central y cuatro provincias, entre ellas las de Quebec.

El país que se diseñó en 1867, seguía siendo una colonia que aún no ejercía todos los atributos de la soberanía. Era una monarquía constitucional que, desde hacía poco tiempo, realizaba la experiencia de ese gobierno “responsable” tan demandado.

El texto constitucional de 1867, concentraba muchos desequilibrios, ya que algunas de sus disposiciones otorgaban al gobierno federal los poderes y el estatuto de un gobierno unitario. Sus leyes y decisiones podían ser anuladas por el gobierno federal, gracias a una gama de poderes unilaterales. Asimismo, éste podía incrementar sus competencias mediante una declaración unilateral de su Parlamento.

No obstante, el compromiso de 1867 sellaba un pacto entre dos naciones, un convenio bilateral entre “dos pueblos fundadores” que, reconocidos en su igualdad de derecho, elegían el federalismo para vivir mejor juntos y dejar a la nación canadiense francesa los medios para proteger sus instituciones, sus leyes y su carácter propio. No hay que olvidar, siguiendo a Reeves, que con el nombre de:

Código Civil del Bajo Canadá, apareció un Código Civil para Quebec, inspirado en el Código de Napoleón, que adquirió fuerza de ley el 1 de agosto de 1866. Además, se ordenó que las leyes vigentes hasta esa fecha, que fuesen contrarias

a lo dispuesto por el código, quedaban abrogadas. Este Código no sólo fijó el derecho civil de la provincia, unificándolo, sino que también logró garantizar la supervivencia de la tradición romano-germánica en la materia.

La historia jurídica de Quebec, es una historia que revela, por un lado, la preocupación por conciliar los intereses regionales dentro de la estructura federal, y por el otro, la lucha de una minoría étnica por preservar su identidad y su autodeterminación.

Junto con Pearl Eliadis a la que sigue Marta Morineau, a modo de resumen, destacamos una serie de fechas y periodos más sobresalientes de la historia jurídica de Quebec:

- 1) 1663-1664, periodo en que rigieron las Ordenanzas de Luis XIV, que establecieron que el derecho aplicable en Nueva Francia, sería el francés, particularmente la *Coutume de Paris*.
- 2) 1774, año en que se expidió el *Quebec Act*, se autorizó, aunque en forma limitada, la aplicación del derecho francés, en la provincia.
- 3) 1866, promulgación del Código Civil del Bajo Canadá.
- 4) 1867, promulgación del *British North America Act*, conocido también como la Constitución de 1867, que creó la federación canadiense y,
- 5) 1991, promulgación del Código Civil de Quebec, que entró en vigor en 1994 y sustituyó el antiguo Código Civil del Bajo Canadá.

No hay que olvidar que, aunque suponga dar un salto en el tiempo, antes de 1960, las peticiones de Quebec tuvieron como principal objeto la defensa de la autonomía provincial, que aunaba el no intervencionismo del Estado y la protección del carácter tradicional de Quebec.

Con la elección del gobierno Lesaje, en 1960, se renovó el discurso autonomista. Desde ese momento hasta el referéndum del 30 de octubre de 1995, cambió mucho el contenido de las peticiones de Quebec y en este sentido tenemos:

- 1) Se arranca de una “petición de reconocimiento”. Se trata de lograr que el resto de Canadá reconozca la presencia, en Quebec, de una comunidad política distinta, que existió antes de la creación de Canadá,

en 1867, y que ha conservado en el transcurso de la historia los rasgos de una comunidad nacional viva;

- 2) Se promueve “una petición de competencias”. Esta petición de competencias se refería a dos aspectos que son, la integridad y la coherencia del reparto de poderes. En primer lugar, los gobiernos quebequeses exhortaron regularmente al gobierno federal a que evitase intervenir en los campos de competencia ya reconocidos a las provincias por la Constitución (educación, salud, asuntos municipales o recursos naturales). En segundo lugar, afirmar la coherencia de sus competencias en el sentido que algunos poderes escapaban a las provincias, debido al lenguaje de la Constitución y al traslado paulatino de competencias al gobierno federal por decisión de la Corte Suprema, como sucede en materia de comunicaciones.
- 3) Por último, la participación en las instituciones federales. El Canadá de 1867, al igual que el de finales del siglo xx, se diferencia también de la mayor parte de las federaciones conocidas en el mundo por la ausencia de ciertos mecanismos de participación de las provincias en las decisiones federales. federales, jueces de la Corte Suprema, senadores y altos funcionarios.

Otro elemento fundamental para la vida jurídica de Quebec fue el 15 de abril de 1982, cuando la reina Isabel II de Inglaterra proclamó la entrada en vigor de la Ley Constitucional de 1982. El Parlamento de Westminster acababa de renunciar al residuo de dominio que poseía sobre Canadá; convirtiéndose Canadá en un país plenamente soberano, se dotó de una carta constitucional de derechos, consagró los derechos colectivos de los pueblos autóctonos, contrajo compromisos en materia de desigualdades regionales, precisó los poderes de las provincias en materia de recursos naturales y heredó una fórmula de enmienda de su nueva Constitución.

Desde 1867, Canadá no había conocido ninguna reforma tan importante como la de 1982. La Ley Constitucional de 1982 adoptada por el Parlamento británico introdujo en la Constitución canadiense una carta de derechos. Dicha carta, inspirada en el *Bill of Rights* estadounidense, confiaba a los tribunales, sobre todo a la Corte Suprema de Canadá, el mandato explícito de interpretar los derechos individuales y de anular, cuando fuese necesario, las leyes de las asambleas democráticas consideradas contrarias a dichos derechos.

La reforma de 1982 reemplazó el principio de soberanía parlamentaria, principio del derecho inglés que había imperado en Canadá desde 1867, por la supremacía de la Constitución y los tribunales.

La reforma de 1982 se inspira en una visión centralizadora de Canadá, difícilmente compatible con la visión federativa y binacional de Quebec. Lejos de reconocer a Quebec como nación, pueblo o sociedad distinta, la reforma de 1982 parte del principio que en Canadá existe sólo una nación, integrada por individuos que gozan de derechos constitucionales iguales de un océano a otro. Después de 1982, lo que hemos encontrado es un Quebec debilitado a la búsqueda de una justa reparación. Tras el referéndum del 30 de octubre de 1995, resulta difícil saber si Canadá acabará reparando la pérdida del estatuto y de competencias impuesta a Quebec en 1982. Quebec es una democracia que se remonta a más de doscientos años, dispuesta a recoger los sufragios sobre cualquier gran debate y a cultivar la discusión y la polémica. En tres ocasiones, en mayo de 1980 y en octubre de 1992 y de 1995, los quebequenses ejercieron su derecho a disponer libremente de su futuro político, lo cual hicieron con orden y serenidad.

Por lo que respecta a la profesión legal, y siguiendo a Marta Morineau:

El ejercicio de la abogacía está controlado en Quebec, por la Barra de Abogados de Quebec y por el Consejo de Notarios [...] Para ejercer la profesión, además del grado universitario, se requiere acreditar el curso de admisión a la Barra y también un determinado tiempo de práctica profesional.

Los abogados registrados en Barras de otras provincias pueden solicitar su transferencia a la Barra de Quebec, pero deben presentar los exámenes que acrediten sus conocimientos del Código Civil.

En cuanto a la enseñanza del derecho, las universidades enseñan tanto *Civil Law* como *Common Law*. Seis universidades otorgan grados en *Civil Law*, que es el nombre inglés de la familia romano-germánica, y en dos de ellas, el estudiante puede obtener grados en ambos derechos: *Civil* y *Common Law*.

III. Reflexión final

El estudio de otros ordenamientos jurídicos y en el caso particular esos ordenamientos jurídicos reconducidos en familias jurídicas, nos revelan puntos de conexión, problemas/necesidades y soluciones que pueden ser cruciales para solventar un determinado vacío legal, una laguna legal, un punto oscuro.

Legislar sobre una determinada materia, estudiando leyes que otro Estado ya previamente realizó, supone adelantar o avanzar tratando de no errar aquello que otros erraron. Si de algo debe servir analizar legislaciones de aquellos países que fueron pioneros en legislar una determinada cuestión jurídica es, precisamente, una cuestión de economía legislativa que debemos emplear, siempre y cuando traslademos la solución adaptándola al medio en el que pretendemos implantarla y variar los baremos según las necesidades y circunstancias del Estado al que se pretende adaptar, es decir, con una visión crítica, no acrítica.

Si no se efectúa de la manera descrita, quizás todo lo positivo que tiene, desde nuestra óptica, el análisis comparativo, se volvería en contra y en vez de conseguir logros, tendríamos retrocesos significativos en detrimento del avance y desarrollo necesario de los diferentes ordenamientos jurídicos.

Por otro lado, insistimos en la idea de que quizás la materia de la familia jurídica romano-germánica se debe estudiar conjuntamente con el *Common Law*, ambos parten de una unidad denominada como la formación de la tradición jurídica de Occidente, así lo dejamos apuntado en páginas anteriores. De esta manera, solicitamos que en el siguiente capítulo, dedicado al *Common Law* se analice el mismo sin perder de vista esta cuestión crucial para un buen entendimiento de la tradición jurídica de occidente.

Por último, la doctrina nos reitera que vamos hacia un nuevo orden común, y en esa puesta en común son determinantes los factores jurídicos que cada vez son más cercanos entre diversas y muy diferentes familias jurídicas. Ese concepto denominado globalización, mundialización y/o integración, nos guste o no, es la inercia y la tendencia mundial y en esa dinámica debemos concebir el estudio de los sistemas jurídicos contemporáneos, no podemos ni debemos salirnos de la “foto” que representa esta comunidad global hacia la que vamos derivando.

Cuestionario

1. Enumere, al menos, cuatro denominaciones diferentes que recibe la familia jurídica romano-germánica.
2. Explique, extensamente, la tradición y/o historia común de la familia jurídica romano-germánica.
3. Explique en qué consiste un sistema híbrido o mixto.
4. Explique cuestiones puntuales del sistema híbrido de Louisiana.
5. Explique cuestiones puntuales del sistema híbrido de Escocia.
6. Explique cuestiones puntuales del sistema híbrido de Quebec.

CAPÍTULO TERCERO

Sistemas jurídicos de la cultura occidental (II)

Al terminar este capítulo tercero, el lector debe haber aprendido los elementos que caracterizan a la familia jurídica del *Common Law*.

Igualmente, debe discernir entre el derecho inglés representado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el *Common Law*, representado, en esta ocasión, por el derecho de los Estados Unidos de América.

Una cuestión que destacamos, a lo largo del manual, es el conocimiento de lo más actual de un determinado sistema jurídico; en esta ocasión subrayamos el relieve que cobra los *Restatement of the Law* en los Estados Unidos de América.

I. Introducción

Harold J. Berman en su ya clásico libro *La formación de la tradición jurídica de occidente*, nos expresa una manifiesta atenuación de las diferencias que tradicionalmente han dividido los ordenamientos o familias jurídicas del *Common Law* y del *Civil Law* o romano-germánica, todo ello aunado a esa matriz cultural común que permite hablar de una tradición jurídica de occidente que engloba a ambas familias. Dicha matriz cultural se refiere a la concepción que distingue justamente al derecho occidental de los derechos no occidentales.

Cuando René David reflexiona en torno a las propuestas clasificatorias de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos nos indica que como criterio crucial debemos tomar la “unidad cultural”, es decir, que la base primordial de clasificación de los sistemas la proporcione las coincidencias de civilización y cultura, y con ello nos da argumentos de más para corroborar que entre las familias jurídicas clasificadas en la actualidad las diferencias cada vez son menos notorias, dada la necesidad, en el mundo

contemporáneo, de adecuar mecanismos jurídicos que hagan posible la interacción entre bloques políticos y/o económicos.

Centrándonos en una de las familias jurídicas que comprende la tradición jurídica de occidente, el *Common Law*, no podemos evitar estudiar la misma distinguiendo entre derecho inglés y *Common Law* propiamente dicho, (es decir, el derecho que se da en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y en los Estados Unidos de América) como sistemas que desde el punto de vista de la “unidad cultural”, tienen una historia o tradición común y una filosofía como concepción de valores comunes. Por lo que respecta al orden de prelación de las fuentes del derecho entre Inglaterra y los Estados Unidos de América, cada vez se distancian más o, dicho en otros términos, cada vez se acomodan más a las necesidades y/o realidades del lugar donde se implementan, cuestión que abordaremos con más detenimiento posteriormente.

Retomando el tema de la tradición jurídica de occidente y su concepción como una familia jurídica por sí misma sin distingo entre *Common Law* y *Civil Law*, tenemos que agregar que como expresa Castán Tobeñas:

El grupo del *Common Law* (los derechos del grupo angloamericano según la denominación de Castán), frente a los otros sistemas occidentales, nos muestra una oposición ideológica de concepción de la vida y de la organización social y económica. Es una oposición más bien técnica, de construcción jurídica, de método y de interpretación. El derecho anglo-americano tiende, con procedimientos técnicos distintos, a obtener los mismos resultados que los otros Derechos occidentales.

De igual manera expresa su opinión Lévy-Ullmann al decir que “la distancia que separa el sistema del derecho anglosajón del sistema continental o *Civil Law* afecta mucho más a la forma que al fondo”.

II. En torno al derecho inglés

1. Contexto histórico

Tradicionalmente se ha dicho que el régimen constitucional inglés se define por sus peculiaridades respecto a otros, especialmente por sus diferencias con los sistemas del continente europeo, pero tal y como hemos manifes-

tado en la introducción hay una manifiesta atenuación de las diferencias entre *Common Law* y *Civil Law* o romano-germánica, de hecho, en España, Sánchez Agesta, expresa que no existe una frontal oposición entre el constitucionalismo inglés y el constitucionalismo del continente europeo, por ejemplo.

La historia de Inglaterra se caracteriza por su continuidad histórica no interrumpida por una recepción en bloque, fundamentalmente, del derecho romano; el derecho inglés se desarrolló de manera autónoma, a lo largo de una evolución ininterrumpida y apegada invariablemente a los principios del *Common Law* y la *Equity*, como auténticas fuentes del derecho.

La historia inglesa está jalonada por la aparición de determinados documentos que con carácter vinculante y obligatorio invocaron principios, establecieron reglas o reiteraron tradiciones, con el fin de resolver cuestiones políticas en litigio; según una doctrina mayoritaria, leyes constitucionales en sentido material pero no formal. Entre estos textos jurídicos destacamos la *Carta Magna Liberhatum*, de 1215, impuesta por los barones ingleses al Rey Juan sin Tierra, el *Petition of the Right* que el Parlamento inglés obligó a aceptar a Carlos I, del 2 de junio de 1628, *Habeas Corpus Amendment Act* de 26 de mayo de 1679, *Bill of Rights* del 13 de febrero de 1689, el *Act of Settlement* del 12 de junio de 1701, hasta llegar al *Parliament Act* del 18 de agosto de 1911, *Statute of Westminster* del 11 de diciembre de 1931 y el *Parliament Act* de diciembre de 1949.

La fusión de los diversos elementos que intervinieron en la formación del derecho inglés constituyó un todo muy homogéneo por la circunstancia de que esos elementos componentes presentaban entre sí muchos puntos de contacto. Roscoe Pound expresaba esta idea de la siguiente manera:

Los primeros jueces del *Common Law* aplicaron materiales germánicos [...] La conquista normanda introdujo en nuestro lenguaje un elemento románico, pero, en cambio, aportó a nuestro derecho muy poca cosa que fuera romano ... Inglaterra (siempre mantuvo) un derecho general, unificado y armonioso. En Inglaterra, por tanto, el derecho germánico se conservó gracias a un sistema judicial fuerte y centralizado; pero también por efecto de la tradición docente de los *Inns of Court*, gracias a la cual el derecho manifestaba la tenacidad de que participa todo lo aprendido por tradición.

Las premisas históricas para constatar las manifestaciones arriba señaladas parten de la Conquista Normanda en el año 1066, cuando Guillermo el Conquistador, Duque de Normandía, vence en la batalla de Hastings al rey inglés Harold II.

Así, el derecho inglés surge tras la búsqueda y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, entre otros, y que Guillermo el Conquistador ordenó que se hicieran, después de la conquista de Inglaterra y como resultado se constituyó lo que los normandos llamaron la *commune ley*, o sea, el derecho común que los tribunales reales deberían aplicar en todo el territorio.

Guillermo I, el Conquistador, respetó el sistema judicial inglés, fue más guerrero que jurista, decomisó las tierras a sus opositores y se reservó la propiedad originaria en su calidad de soberano y después repartió las tierras entre sus más fieles seguidores, según su lealtad y fidelidad.

Guillermo I logró colocarse a la cabeza del reino y propició, como comentábamos, un gobierno y una justicia centralizada, uno de los caracteres más significativos del derecho inglés, y como base de la unidad nacional necesitaba lograr la unidad de la administración de justicia y la unidad del derecho. Así las cosas, respetó la justicia local que estaba dividida en: dos tribunales locales (*Shire* y *Hundred*) y los tres tribunales reales (*Court of Exchequer*; *Court of King's Bench* y *Court of Common Pleas*). *Court of Exchequer* (Tribunales del Tesoro), competentes en materia fiscal e incluso para asuntos civiles, ya que a menudo la posibilidad de la Corona de cobrar un impuesto dependía de la resolución de una controversia civil; *Court of King's Bench* (Tribunales del Rey), eran de su competencia asuntos que competían directamente al rey, sobre todo los actos de violencia a la paz del rey, jurisdicción civil y penal; *Court of Common Pleas* (Tribunales Causas Comunes), competencia en materia de propiedad inmobiliaria.

Los tribunales locales fueron perdiendo con el tiempo su importancia y adquieren competencia universal los tres tribunales reales, también denominados *tribunales del Common Law*.

Los tres tribunales reales debían buscar lo “común” en las costumbres locales y así crear, una vez más, un derecho unificado. De esta manera surge la institución inglesa del *Common Law*.

Los tribunales del *Common Law* eran: 1. Tribunales de excepción frente a los tribunales locales (*Shire* y *Hundred*); 2. Era necesario, para lograr su intervención, solicitar y pagar al Canciller, un *Writ* o autorización real; 3. Ante demandas análogas, los *Writs* se estandarizaron y se convirtieron en formatos-tipo o machotes, que sólo debían completar con los datos particulares del caso, a estos formatos se les denominó *Forms of Action*.

Siguiendo a Zweigert, tenemos que hacia el siglo XII el Canciller había redactado alrededor de 75 tipos de *Writs* registrados en colecciones semioficiales, Registros de *Writs*. El procedimiento y la forma en el derecho inglés cobró mucha importancia ya que si se equivocaba el *Writ*, el juez

podía rechazar el asunto. Conforme iban aumentando las demandas de los particulares, este sistema de emisión de *Writs* se hizo insuficiente y el remedio se encontró en otra de las grandes instituciones inglesas, la *Equity*. En el derecho inglés había una prevalencia del procedimiento que se constata en: a. Obtención de la cancillería un *Writ*; b. Aquellos que no encontraran un *Writ* apropiado a su caso, no lograba remedio procesal (Remedies Proceede *Rights* –los remedios procesales preceden a los derechos–); c. Cada *Writ* conducía a un procedimiento distinto (*Forms of Action*); d. Aparecen las ficciones (*Fictions*) y se extiende el alcance de los *Writs*; e. Posteriormente se da la opción al demandante de presentar su caso, fundándose sobre dos *Forms of Actions* o *Writs*.

Ante la reclamación de injusticias, nace la *Equity* en el siglo XIV, cuando los particulares no pudieron obtener justicia de los Tribunales Reales o Tribunales del *Common Law*. De esta manera, los particulares llevaban sus quejas directamente al rey y éste delegaba en los Cancilleres, guardianes de la conciencia del rey, la tarea de determinar la solución más justa, la equitativa (*Equitable*). En la *Equity* se tomaban en cuenta las circunstancias especiales del caso y sobre todo se tomaba más la intención que la forma. La Equidad pasó a ser parte de la estructura del derecho inglés, convirtiéndose en otra vía de creación del derecho o de soluciones jurídicas, *Legal Remedies*. Al decir de Castán Tobeñas, fueron doce máximas fundamentales que sintetizan todo el sistema de la *Equity* y a las que algunos tratadistas han cobijado bajo la denominación de “las doce tablas de la equidad” y son: 1) La equidad no tolera que haya agravio sin reparación judicial adecuada; 2) La equidad actúa *in personam*, es decir el derecho de equidad opera sobre las personas y no sobre las cosas, surte efectos sobre las personas demandadas y no sobre las cosas o materia de las controversias; 3) La equidad sigue a la ley porque si bien suple las lagunas del régimen estricto del *Common Law*, y aún deroga en ocasiones sus preceptos, no puede ser considerada como un sistema jurídico completo y absolutamente independiente que rivalice con aquél en el ámbito de todas las materias jurídicas; 4) La equidad atiende a la intención más bien que a la forma; 5) La equidad tiene por realizado aquello que debe hacerse en el futuro; 6) La equidad presume la intención de cumplir una obligación; 7) La igualdad es equidad; 8) La negligencia propia impide el acudir a la equidad; 9) El que acude a la jurisdicción de la equidad debe tener la conciencia limpia; 10) El que reclama equidad debe proceder también con equidad; 11) Cuando la equidad favorece por igual a las dos partes prevalece la ley, es decir, prevalece el *Common Law* y las leyes positivas vigentes; 12) Cuando la equidad favorece por igual a las dos partes prevalece el derecho de quien es primero en el tiempo.

Tales máximas de equidad no deben ser interpretadas literalmente, ya que son tan sólo directivas en las cuales se inspira la llamada *Equity Jurisprudence*, o, en otros términos, una guía generalísima para la solución de las cuestiones que se presentan en materia de equidad y, sobre todo, en el tema jurisdiccional. Por ejemplo tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de América, la potestad de los tribunales de equidad para actuar en relación con las personas continúa intacta, pero la regla limitativa de que estos órganos no pueden obrar en relación con la materia está ya muy modificada. Hoy día la *Equity* ha perdido su sentido inicial de un principio ético-jurídico y se ha desnaturalizado el mismo sin llegar a separarse totalmente de él. Ya no es un remedio excepcional ante la rigidez del *Common Law* sino una forma normal y general de tutela judicial de los derechos.

Así las cosas, la *Equity* nació como una rama complementaria de los Tribunales del *Common Law* para remediar situaciones que éste último, por su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver, por ejemplo ante casos con el *Trust*. La *Equity* desempeñó varios papeles, a saber: 1) papel accesorio, la *Equity* podía otorgar a una persona un remedio procesal que los tribunales del *Common Law* no podía acordarle, por ejemplo, el proceso ante un tribunal del *Common Law* no entrañaba la presentación de documentos pero a través de un nuevo proceso ante el Tribunal de Equidad una parte podía obtener por mandato judicial que su adversario exhibiera los documentos pertinentes que tuviera a su disposición; 2) papel independiente de la jurisdicción de *Equity* como papel de vigilancia, por ejemplo los famosos *Trust* —una de las grandes instituciones del derecho inglés— en el que un propietario de un bien (*Trust*) transfiere a otra persona (*Trustee*) un bien pero pidiéndole a ésta que lo cuide o administre en beneficio de un tercero. Un tribunal de *Common Law* determina que el *Trustee* es simplemente propietario y puede hacer con la propiedad lo que le plazca, sin embargo un Tribunal de Equidad o *Court of Chancery* asume la competencia para controlar lo que hace el *Trustee* de una propiedad respetando la voluntad del *Trust* y protegiendo a los terceros; 3) papel correctivo, aquél que se encontrase judicialmente en conflicto ante un tribunal del *Common Law*, podía recurrir a la *Court of Chancery* y bajo ciertas condiciones, obtener un mandamiento judicial en contra de su adversario como protección de la injusticia generada por la aplicación estricta del *Common Law*.

No olvidemos que el *Common Law* es un derecho basado en la costumbre legal y por lo tanto la evolución propia del derecho obliga a recurrir ante el rey, delegando éste posteriormente en la figura de los cancilleres.

La *Equity* no surge de manera independiente sino apoyada en el *Common Law*, son realmente complementarios. Si desapareciera la Equidad subsistiría el *Common Law* pero no a la inversa.

Tanto el *Common Law* como la *Equity* son sistemas jurisprudenciales, el primero originado en los tribunales reales o tribunales del *Common Law* y el segundo en el Tribunal del Canciller, Tribunal de Equidad o *Court of Chancery*.

En 1870 se produjo la unificación de las jurisdicciones del *Common Law* y la *Equity*, pero sin competencias claramente diferenciadas con la consiguiente separación de ideas y opiniones, es una época en la que se da una fricción entre *Common Law* y *Equity*.

En 1873 se da primacía a las reglas de la *Equity* y después de la *Judicature Act* de 1875 se estableció que *Common Law* y *Equity* deberían ser administrados por los mismos tribunales pero siempre dando preferencia a la Equidad en caso de conflicto. De hecho, ambas leyes, unifican la organización judicial del Reino Unido. Todos los tribunales pasan a llamarse *Courts of Law*, aplicándose, como dijimos, unas veces el *Common Law* y otras la *Equity*.

2. Fuentes del derecho inglés

Hay una parte de la doctrina que a la hora de establecer las fuentes del derecho inglés, establece lo siguiente: 1. Fuente histórica, en el que incluye el *Common Law*, la *Equity*, derecho normando, derecho romano, derecho canónico, etcétera; 2. Fuente como lugar de consulta, y marcan la actualidad en las páginas web y así diferencian entre jurisprudencia (*Law Reports*) y el derecho escrito (*Statute Book*); 3. Fuente como institución creadora del derecho, y así establecen que son tres: a. Parlamento que aprueba el derecho escrito (*Statute Book, Act Book*), b. El derecho judicial, *Judge Made Law*, aprobado en los tribunales; c. La normativa emanada del gobierno, de la Administración (*Statutory Instruments*).

Como primera fuente del derecho inglés tenemos, dado que es un derecho hecho por los jueces (*Judge Made Law*), a la jurisprudencia (*Case Law*), en el que su autoridad deriva de la regla de la obligatoriedad del precedente judicial (*Stare Decisis*). Para que esta regla sea operativa, es necesario que jueces y abogados conozcan los casos y estos se pueden consultar en los reportes judiciales (*Year Books*), estos reportes judiciales cambiaron de nombre a partir de 1870, y se denominaron *Law Reports*, creándose un organismo, compuesto por abogados, que se encargan de su publicación.

La obligatoriedad del precedente en el derecho inglés (*Stare Decisis*) es a través de la siguiente regla:

- 1) Las decisiones de la Cámara de los Lores constituyen precedentes obligatorios, a cuya doctrina deben atenerse todas las jurisdicciones;
- 2) Las decisiones de la *Court of Appeal* constituyen precedentes vinculantes para todas las jurisdicciones, inferiores jerárquicamente a este tribunal, incluida la propia *Court of Appeal*;
- 3) Las decisiones de *High Court of Justice* se imponen sobre las decisiones inferiores y, sin ser estrictamente obligatorias, gozan de un alto valor de persuasión, y a ellas se atienen, por regla general, las diferentes divisiones de la propia *High Court of Justice*.

Se considera que los precedentes de los tribunales superiores son obligatorios o vinculatorios para ellos mismos, así como para los tribunales jerárquicamente inferiores, y que son los jueces de estos últimos los que al invocar el fallo anterior, le confieren la calidad de precedente judicial. De hecho, se habla de que una de las grandes funciones de la jurisprudencia es, precisamente, ser creadora del derecho, a través de su vinculatoriedad.

Los jueces de los sistemas anglosajones, y concretamente del derecho inglés, en la actualidad siguen creando derecho a través de los precedentes vinculantes. En cualquier resolución judicial de los tribunales superiores se contiene siempre la *ratio decidendi* e incluyen diversos aspectos: 1. Las normas legales; 2. Los precedentes vinculantes que se aplican, *Binding Precedent*; 3. El razonamiento que el juez ha seguido para llegar a esa concreta resolución.

Si sigue este precedente vinculante, se originará inmediatamente un precedente más. Puede ocurrir que el juez emita una opinión que se aleje del *Binding Precedent* y será por lo tanto un *Persuasive Precedent*.

Los jueces siempre están obligados, en todo caso, a seguir el precedente y de hecho la mayor parte de los recursos se basan en la errónea interpretación del precedente.

Hay una fórmula de innovación conocida como *Distinguishing* y permite a un juez apartarse de un precedente vinculante alegando la existencia de particularidades que diferencian a un caso del anterior. Esta es, de hecho, la principal vía para actualizar el *Common Law*.

Como segunda fuente del derecho inglés, tenemos la ley (*Statute, Act, Law*). La Ley emana del Parlamento a través de los *Act of Parliament*. En la actualidad cobra más importancia la ley, de hecho las instituciones de nueva creación tiene su origen en el derecho legislado.

La tercera fuente del derecho inglés es la costumbre, que se puede referir a:

- 1) Costumbre general, como aquella costumbre general inmemorial, costumbres de los antiguos reinos anglosajones.
- 2) Costumbre mercantil, creadas en la Edad Media y que se formaron con las prácticas adoptadas por comerciantes y mercaderes.
- 3) Costumbre local, que la puede hacer valer una persona ante un tribunal, buscando se le reconozca y declare un derecho que ha venido ejerciendo por algún tiempo. Se invoca y si el tribunal la acepta es derecho local, además debe reunir ciertos requisitos: a) debe existir desde tiempo inmemorial. Un Estatuto de Westminster de 1275 determinó que la calidad de inmemorial de la costumbre a aquella que se practicaba desde 1189; b) debe circunscribirse a una región determinada y su contenido ha de ser preciso; c) ejercicio continuado, razonable, público y sin vicios; d) no debe contrariar ninguna norma jurídica vigente, jurisprudencial o legislada.

Otra de las fuentes consideradas en el derecho inglés es la razón, dado que esta es, en ausencia de reglas jurisprudenciales o de legislación, a la que recurren los jueces a efecto de emitir una decisión del caso. De hecho, René David expresa que “la costumbre general inmemorial del reino” invocada por los primeros jueces de las cortes reales del *Common Law* era tan sólo una “ficción”, una imaginaria norma sancionada por la *opinio iuris su necessitatis*, a efecto de legitimar sus sentencias carentes de cualquier otro fundamento más que el de la razón, de esta manera René David considera que la razón es una fuente inagotable que permite a los jueces ingleses llenar las lagunas de derecho, e incluso orientar la evolución de su sistema jurídico a través de “soluciones razonables” que deben armonizar con las normas jurídicas ya existentes.

Por último, la doctrina es la quinta fuente del derecho inglés, también denominada libros de autoridad, aceptados universalmente por jueces y abogados.

Son libros de autoridad algunos libros de textos antiguos, en torno a los que la práctica judicial ha establecido una tradición en cuanto a considerarlos como fuentes originarias del derecho inglés, pero no todos los libros de textos antiguos son ubicados como tal sino a un número limitado de obras de prestigio que así han sido reconocidos por la práctica profesional; obras escritas generalmente por jueces y entre las que podríamos enumerar a Glanvill, *De Legibus et Consuetudinibus Anglica* (1189); Coke, *Institutes of the Laws of England* (1629); Blackstone, *Commeritaries on the Laws of England* (1765).

De Blackstone en adelante los autores de textos legales son autores de textos recientes, son autores de segunda categoría y ello es debido a dos razones, la primera porque desde la época de Blackstone los principios del *Common Law* quedaron establecidos en forma definitiva y en segundo lugar, porque en la actualidad, los reportes de los casos son más accesibles y confiables.

III. En torno al derecho de los Estados Unidos de América

1. La penetración del derecho inglés en los Estados Unidos de América

El nacimiento de los Estados Unidos de América forma parte de un cúmulo de circunstancias que dan como detonante final el surgimiento de una nueva nación con peculiaridades muy distantes del país que originariamente le trasmite o hereda su derecho, nos referimos a Inglaterra obviamente.

La recepción del derecho inglés se debió, como decimos, a la colonización ya que los ingleses transplantaron su derecho a los diferentes lugares en donde ejercieron su dominio, tanto en las islas británicas como fuera de ellas como es el caso de los Estados Unidos de América, pero reiteramos que existen diferencias muy profundas entre los sistemas jurídicos de estos dos países debido, fundamentalmente y tal y como veremos a continuación, a que el derecho americano recibió influencias ajenas a las inglesas y además porque después de su Independencia, los Estados Unidos de América se convirtieron en una república federal, adoptando una organización político-constitucional diferente de la inglesa, apareciendo así un derecho federal y un derecho local, circunstancia que no encontramos en Inglaterra. De hecho, no todos los sistemas jurídicos locales, en cada uno de los estados

de la unión americana, son iguales entre sí. Luisiana, por ejemplo, confluyen dos tradiciones jurídicas, la del *Common Law* y la del *Civil Law* o romano-germánico; en el resto de los Estados predominan genuinamente el *Common Law* que se ha dado en denominarse una versión constitucionalizada del *Common Law* inglés.

Así tenemos como en el continente americano, las antiguas colonias británicas comienzan a rechazar el dominio inglés, el dominio de la matriz.

Los primeros establecimientos del Reino Unido en el territorio del actual Estados Unidos de América proceden del siglo XVII y son las colonias independientes de Virginia (1607); Maryland (1632); Plymouth (1620); Massachusetts (1630); Nueva York (1664), Pensylvania (1681) y las restantes hasta constituir las primeras trece colonias en 1772.

De esta manera tenemos que no sólo se organizaron los famosos peregrinos del “Mayflower” (el *Mayflower Compact* del 11 de noviembre de 1620, celebrado entre cuarenta y un inmigrantes del Nuevo Mundo, es demasiado vago en sus aspectos jurídico como para considerarlo como inicio del derecho estadounidense. Más interesante es, al respecto, el *Charter de la Massachusetts Bay Company* de 1629), sino todos los colonos de las trece colonias originales, a través de una patente, o sea una carta dada a un individuo o empresa particular, normalmente metida en tráfico marítimo, en la primera parte del siglo XVII. Estas cartas otorgaron una autorización para una especie de autonomía, pero con base en el ordenamiento legal establecieron que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se depositaran en manos de un consejo real nombrado por la corona inglesa; al mismo tiempo se formó una asamblea representativa y en el año 1624, se celebraron asambleas y se elaboraron leyes.

Por regla general, las asambleas coloniales adoptaban el derecho común inglés como la base general de su jurisprudencia con la condición de que fuera posible una modificación en caso de ser necesario o por las condiciones locales.

Acercas del derecho que regía en las trece colonias inglesas, René David afirma que Londres hubiera señalado, de acuerdo con el principio del Caso Calvino de 1608, la respuesta es la siguiente: “El *Common Law* de Inglaterra, en principio, es aplicable; los súbditos de la Corona británica lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas”. Esa es la razón primigenia o principal de recibir América el derecho inglés, otra cuestión diferente es que se adaptase el derecho inglés a una nueva realidad como la norteamericana; de hecho, el principio del caso Calvino tenía una limitación y es que el *Common Law* británico sólo resultaba factible de aplicación en las colonias “en la medida en que sus normas se adaptan a las

condiciones de vida existentes en dichas colonias”, pero no fue así, ya en el transcurso del siglo XVII se constataba claramente que el *Common Law* inglés se adaptaba escasamente a las condiciones de vida de los colonos ante problemas nuevos que surge en una tierra por colonizar, el desconocimiento del propio *Common Law* inglés, un derecho primitivo basado en la Biblia, y una discrecionalidad absoluta por parte de los magistrados que administraban la justicia, entre muchas de las razones.

Hacia 1700, cada colonia norteamericana ya tenía una asamblea elegida y su propio gobierno, excepto Carolina del Sur. Los colonos estaban seguros de que los ingleses no intentarían manipular sus cartas, es decir, las Constituciones, y de que ni siquiera intentarían abolir las asambleas elegidas. No obstante, los colonos tenían sus diferencias con la madre patria.

Los juristas de la Nueva Nación soberana se revelaron contra la antigua tradición legal, e inclusive prohibieron la cita de decisiones judiciales inglesas en documentos oficiales. Dicha separación permitió también un acelerado desarrollo del derecho estadounidense, proceso que ya resultaba evidente en la peculiar problemática nacional planteada durante la guerra civil en 1861, y en sus consecuencias jurídicas, consistentes en el fortalecimiento de los poderes federales, principalmente del ejecutivo, y en la abolición de la esclavitud.

En 1775 se inicia la guerra de revolución en contra del dominio inglés, y un año más tarde se aprobó por el Congreso Continental la Declaración de Independencia de las Trece Colonias. Durante la guerra, varias colonias promulgaron sus Constituciones, entre cuyos documentos destacamos la de Virginia (1776) por su *Bill of Rights*, su lista de derechos individuales inviolables, obra de Jefferson.

En el siglo XVIII, en los Estados Unidos de América, hay un importante desarrollo económico y por lo tanto la necesidad de un derecho más evolucionado que no podía decantarse en acoger entre el sistema jurídico del *Common Law* o el sistema continental, con una fuerte influencia de la codificación, inclinándose finalmente en un sistema propio del *Common Law* con características propias. No obstante, debemos puntualizar y comentar que la independencia política de los territorios no significa independencia jurídica.

A pesar de todas las influencias mencionadas a lo largo del texto, no debemos desdeñar que, sin lugar a dudas, la lengua también es un elemento determinante para englobar a los países que forman parte de esta familia jurídica del *Common Law*. Fiedman, cuando nos habla de los angloparlantes, coincide con René David y Camille Jauffret-Spinosi cuando afirma que la

familia jurídica del *Common Law* incluye, salvo muy raras excepciones, a los derechos de todos los países de habla inglesa.

Tanto para Inglaterra como para los Estados Unidos de América es 1900 el año en el que surge el derecho comparado. Sin embargo no resultó trascendental en su momento el estudio de dicha disciplina en virtud de que muchos años antes algunos juristas, tanto en los tribunales como en las universidades, habían analizado los sistemas legales neo-germánicos.

En 1869 se designa en Inglaterra a sir Henry Maine para impartir la primera clase de derecho comparado en la Universidad de Oxford. De manera simultánea, en los Estados Unidos comienzan a desarrollarse dichos estudios, al establecerse las cátedras de derecho romano en las Universidades de Yale en 1876 y Columbia en 1880. Realmente hubo un importante desarrollo de la cultura, lo cual motivó la fundación de prestigiosas universidades como Harvard en 1636; Yale 1701 y Princeton, 1747, entre otras.

2. Fuentes del derecho en los Estados Unidos de América: especial referencia a los *Restatement of the Law*

Debemos comenzar por expresar que hay un sector doctrinal que divide las fuentes del derecho norteamericano en las siguientes: 1) Fuente histórica, en la que se parte del derecho colonial, la Declaración de Independencia de 1776, la Constitución norteamericana de 1789; la Declaración de Derechos, los famosos *Bill of Rights*; 2) Fuentes como lugar de consulta, en donde la jurisprudencia se contienen en los *Law Reports* y en *Restatement*, el derecho escrito se contiene en el llamado *U.S. Code*, que recoge las leyes vigentes aprobadas por el Congreso desde 1873; 3) Fuentes como institución creadora del derecho, dividida a su vez: a. Parlamento Federal y Parlamentos Estatales; b. La jurisprudencia, dividida en *Federal, U.S. Courts*, y *Estatal, State Courts*; c. La Administración Central es *U.S. Administration*.

Antes de iniciar propiamente con el orden de prelación de las fuentes del derecho en los Estados Unidos, queremos realizar una sencilla apreciación y es que actualmente la bibliografía más importante estadounidense no expone de manera clara cuáles son las fuentes de su derecho; simplemente las referencias a las fuentes no han sido actualizadas con respecto a los cambios más importantes en los Estados Unidos y por lo tanto no disponemos de un material que nos refiera de manera exacta cuál es el papel y la preponderancia de cada una de dichas fuentes.

Marcando un orden de prelación de las fuentes del derecho americano tenemos que situar en primer lugar la jurisprudencia y posteriormente la ley, destacando entre una y otra los *Restatement of the Law*.

La jurisprudencia como un sistema u ordenamiento, el norteamericano, hecho por los jueces, que cumple un papel primordial, aludiendo al conjunto de decisiones judiciales, el *Case Law*.

Por lo que se refiere a la regla del *Stare Decisis*, la regla de la obligatoriedad del precedente judicial, no encontramos en los Estados Unidos el mismo rigor, en su aplicación, como el que existe en Inglaterra lo que hace más fácil que un tribunal norteamericano desconozca sus propios precedentes. De hecho,

lo anterior tiene diferentes explicaciones, así René David y Camille Jauffret-Spinosi señalan que como consecuencia del sistema federal, los Estados de la Unión son soberanos con relación a su régimen interno y por ello cuentan con su propia organización judicial. Es así, entonces, que en el país existen tribunales federales y tribunales locales y, como las cortes superiores de los Estados pueden establecer precedentes, esta circunstancia provocaría diferencias irreductibles entre los derechos de los Estados, si la regla del *Stare Decisis* no se aplicara de una manera más flexible.

La sociedad norteamericana es una sociedad dinámica y en consecuencia con ello tenemos una actuación de la Suprema Corte con infinidad de cambios que se pueden detectar en sus criterios, especialmente cuando aborda temas constitucionales y políticos. De esta manera tenemos que las sentencias de los tribunales americanos se publican tanto en repertorios oficiales como en colecciones privadas. Entre las colecciones privadas tenemos los *American Reports*, *Annotated Reports System* y el *National Reports System* o los importantes *Restatement of the Law* que abordaremos de manera muy especial.

Los pronunciamientos de los jueces pueden tener un gran efecto sobre la sustancia del derecho en los Estados Unidos de América, pero no todos esos pronunciamientos tienen la capacidad para lograrlo. Solamente cuando la situación de hecho, particular del caso, requiere una declaración del derecho con el fin de poder resolver la controversia planteada al tribunal (*Holding*), es que el pronunciamiento de derecho que haga éste, sin importar su profundidad, resulta determinante respecto del derecho que debe ser aplicado en otros casos. Aquello que el tribunal declara, pero que no es necesario para la resolución de la cuestión controvertida ante él, son meramente *Obiter Dicta*, y si bien estos pronunciamientos pueden poseer alguna fuerza de persuasión,

particularmente ante los tribunales inferiores en la jerarquía judicial, no se les otorga el *status* de *Stare Decisis*.

Realmente para el derecho norteamericano, el análisis de la jurisprudencia constituye el núcleo de la actividad del jurista. Ni los veredictos de un jurado ni las resoluciones de los jueces que atañen a los hechos, no forman parte de la jurisprudencia.

Tenemos, entonces, que el sistema jurídico estadounidense ya no es un sistema de derecho consuetudinario tal y como se heredó originariamente del derecho inglés, sino que es un sistema de normas positivas, legisladas, donde cobra un interés especial, precisamente, una fuente del derecho hasta ahora poco destacada por la doctrina como los *Restatement of the Law*.

Hoy en día en los Estados Unidos, los casos se deciden por normas concretas y escritas donde cobra un sentido realmente amplio el término legislación. La *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Uniformes Estatales), NCCUSL por sus siglas en inglés, redacta muchas leyes pero éstas no tienen ninguna vigencia fuera de su promulgación en los estados; sin embargo los *Restatement* del *American Law Institute* (Instituto del Derecho Americano), ALI por sus siglas en inglés, creado en 1923 por un grupo de jurisconsultos compuestos por personalidades eminentes del profesorado universitario, del foro y de la magistratura, declaran principios del derecho americano, respondiendo a la preocupación de la abogacía norteamericana de perder orden en su *Common Law*, dispersado entre los Estados y aplicado de manera diversa entre sus tribunales independientes. No cabe duda que el *Restatement* está encuadrado como un producto eminentemente doctrinal. El ALI nació con carácter interprofesional, en el que el principal protagonista es el asistente, a pesar de que la mayoría de sus consejeros son profesores universitarios de tiempo completo y que la presencia de los prácticos es activa aunque limitada a los momentos de aprobación final de los consejos. La razón de esta aparente segregación es intuitiva, si se considera, tan sólo el tiempo de preparación y de estudio para cada uno de los *Restatements*; los primeros variaron entre dos y dieciocho años.

Realmente fue la *Association of American Law Schools* (Asociación Americana de Escuelas de Derecho), celebrada en Chicago en diciembre de 1921 la que decide utilizar los recursos intelectuales de las escuelas de jurisprudencia para llevar a cabo una “mejoría de la ley”. Desde este encuentro en el cual el gran protagonista fue William Draper Lewis, presidente de la escuela de derecho de la Universidad de Pennsylvania, surge un comité permanente, cuya presidencia fue ofrecida a Elihu Root, presidente de la *American Bar*

Association, con el objeto de involucrar a todas las fuerzas organizadas de la profesión. De hecho, según las palabras de Cardozo: “La perplejidad del juez se convierte en oportunidad para el académico”.

Entre 1923 y 1944 el ALI, aprovechando la fuerza y aceptación de los *Restatement* como fuente derivada del prestigio e influencia de sus miembros, redactó normas que comprendían los principios del derecho americano en el campo civil y mercantil, fundamentalmente, todo ello apoyado en una actitud positiva hacia la codificación, incluso buscando un *Common Law* global cuya característica sea la homogeneidad, armonización, del *Common Law* de una jurisdicción a otra.

Surge, entonces, el *Restatement* como respuesta al caos normativo y de hecho en los análisis del comité Root se lee:

Entre las causas de incertidumbre del derecho tenemos: falta de acuerdo entre los miembros de la profesión jurídica sobre los principios fundamentales del *Common Law*; falta de precisión en el uso de la terminología jurídica; leyes contradictorias y mal redactadas; tentativas de distinguir entre dos de ellas casi cuando de hecho no justifica la aplicación de diversos principios del derecho; gran volumen de decisiones publicadas; ignorancia de los jueces y de los abogados; cantidad y naturaleza de nuevos casos, [...] falta de un desarrollo sistemático del derecho; multiplicación innecesaria de la reglamentación administrativa.

El modo para obtener este resultado, superando las causas de incertidumbre y complicación, no es otro que la redacción de una obra doctrinal, que goce de una dosis de prestigio y autoridad particularmente alto.

Para conseguir tal autoridad parecía que debían seguirse dos vías; por una parte, era necesario obtener la aseveración de la práctica y para tal fin fueron elaborados los complejos procedimientos de aprobación del trabajo doctrinal; por la otra parte el *Restatement* no podría ser pensado como una obra de carácter prescriptivo, pero debía limitarse a describir las reglas del derecho desarrollado en las cortes, y obtener así la legitimación.

El texto del *Restatement* de modo uniforme para todas las materias, debía presentarse al mismo tiempo: analítico, crítico e interpretativo. Analítico porque debe enunciar el estado del derecho y no su evolución; crítico al dar cuenta de las razones de cada regla individual porque “el *Restatement* debe ser más que una colección o comparación de leyes y decisiones, más que una enciclopedia jurídica de mejor calidad ... es una verdadera obra de doctrina jurídica” e interpretativo al no basarse únicamente en aquello que las cortes habían ya decidido o en aquellos que las leyes habían dis-

puesto, sino enfrentando también aquellos problemas que presumiblemente habrían hecho surgir controversias en el futuro.

Por otro lado, otra vía iniciada a través del ALI es precisamente canalizar los *Restatement* en la enseñanza del derecho.

Definitivamente, 1938 fue un año crucial para el derecho de los Estados Unidos. Cambiaron las condiciones básicas del derecho norteamericano y los *Restatement* cobraron fuerza en ese nuevo ambiente de principios del siglo XX, reformulándose la función del ALI y la función de los *Restatement* a finales del XX y principios del XXI por su función científica y su sobresaliente influencia en la práctica.

El éxito del *Restatement* estaba claro desde la Comisión Root en el que se daba la bienvenida a cualquier esquema que prometa ayudar o aliviar al práctico desorientado. La estructura y procedimiento del *Restatement* eran tales que garantizaban una “evidencia *prima facie*”, de cualquiera que fuera el derecho y de otorgar un ahorro extremo en el trabajo de investigación y una buena probabilidad de que la Corte se atuviese a cuanto era recomendado en el *Restatement*.

El *Restatement of the Law*, aunque no hay un acuerdo en la forma correcta de su traducción, ya que no existe en el argot jurídico propio del *Civil Law*, podríamos traducirlo como “Recopilaciones jurídicas”, y son una serie de volúmenes publicados por una asociación privada, la citada ALI, en el que para una determinada rama del derecho se señalan los criterios vigentes o la forma en que el derecho debería ser. Hay serias críticas en el intento que se realiza, mediante una traducción del *Restatement*, concretamente del conflicto de derechos, para que este sea más accesible al mundo latino; se aconseja, por parte de ciertos autores, que los juristas del *Civil Law* eviten recurrir al *Restatement*, el cual ya ha ejercido excesiva atracción sobre ellos como un recurso simplificador de su labor de investigación, en definitiva el *Restatement* no ofrece un resumen correcto del derecho americano. Existen, por ejemplo, *Restatement of the Law of Contract*, *Restatement of the Law of Property*, *Restatement of the Law of Trust*, *Restatement of the Law of Partnership*, *Restatement of the Law of Torts*, *Restatement of the Law Third. The Law Governing Lawyers*, *Restatement of International Law*, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, *Restatement of Conflict of Law*, entre otros. Los *Restatement* son frecuentemente citados por jueces en sus sentencias, inclusive en los casos en que deciden no seguir lo expuesto en el *Restatement*. Existen *Restatement* que han sido revisados y nuevamente publicados dado su carácter evolutivo. La idea de una actualización periódica necesaria del primer *Restatement* estuvo siempre presente y fue preferido en la elaboración del segundo *Restatement* más que enmendar al primero, para no correr

el riesgo de anquilosar la evolución del derecho. El ALI sigue todavía activo y en diversos sectores se ha producido ya un tercer *Restatement*, mientras en otros campos los trabajos de preparación, están siempre confiados a los doctrinarios más prestigiosos del momento.

Para David y Jauffret-Spinosi son una especie de Digesto, de cada rama del derecho, ya que contienen las decisiones judiciales, ordenadas sistemáticamente, por materia.

El *Restatement* trata de exponer, en forma tan exacta como sea posible, las soluciones que son más armónicas con el sistema el *Common Law* americano y que, por tanto, han sido sancionados de forma general por los tribunales americanos; sin embargo, no olvidemos, tal y como nos expone de manera magistral Dale Beck Furnish, que los *Restatements* no entran en vigencia formal por la aprobación y promulgación del Poder Legislativo, pero sí se aplican por los tribunales.

El *Restatement* se completa con dos series de volúmenes. La serie de *Restatement in the Courts* indica los casos en que un artículo del *Restatement* ha sido citado, sea para observar su doctrina, sea para rechazarla o matizarla, en las sentencias de los diferentes tribunales americanos. La serie de *State Annotations* muestra en qué medida las normas recopiladas por el *Restatement* son observadas en los diversos Estados. También bajo el nombre de *Supplements*, se han agregado correcciones y aclaraciones a los diversos volúmenes del *Restatement*. En definitiva, cada texto se presenta en forma de un esquema de los principios fundamentales del derecho establecidos en ese campo, junto con un importante análisis académico y anotaciones textuales.

Es un hecho, tal y como venimos comentando, que el *Restatement of the Law* está siendo muy bien acogido en los países habituados a la técnica de codificación ya que se cuenta con la posibilidad de disponer de una exposición sistemática del derecho de los Estados Unidos, de forma semejante a los códigos a los que estamos acostumbrados a manejar. No obstante, *Restatement* y Código tienen sus diferencias, el *Restatement* es una obra privada y la autoridad que se reconoce a sus fórmulas no es otra que la que pueden tener sus compiladores y en concreto la persona que ha dirigido la preparación de cada volumen y por lo tanto esta autoridad es variable, dependiendo de la calidad y reputación de los autores. En ningún caso el *Restatement* se utiliza en los Estados Unidos de América como un código. Sí se citan en los fallos judiciales pero la solución escogida por los jueces o juristas americanos como más conforme con la justicia no se deduce del *Restatement* sino de los principios que en ellos se recogen pero que emanan del precedente jurisprudencial. En algunas circunstancias, las resoluciones locales pueden haber rechazado los principios señalados en algún *Restatement*, de modo

que en la práctica resulta preciso revisar la jurisprudencia sobre el tema que se trate en una jurisdicción determinada. En algunas jurisdicciones estatales, el tribunal de mayor jerarquía ha declarado que si no existe una resolución anterior de *Common Law* sobre la materia en dicha jurisdicción, el tribunal se apegará al derecho según haya sido declarado en el *Restatement* pertinente.

Como decíamos es una especie de Digesto en el que pueden hallarse, ordenadas sistemáticamente, las decisiones jurisprudenciales importantes recaídas en los casos de la especie.

En definitiva, los *Restatement* constituyen la tentativa de proporcionar un panorama coherente del derecho en las materias cuyas fuentes dependen principalmente del *Common Law*, es decir, del derecho de creación judicial.

El derecho consuetudinario y el método por caso, o método socrático, con respecto a la enseñanza del derecho, continúa siendo una técnica fundamental para la enseñanza del derecho en los Estados Unidos de América, pero éste está en franco retroceso. Ya en 1975, en su informe anual al presidente de la Universidad, el decano de la escuela de derecho de Cornell afirmó que uno de los mayores cambios producidos en la enseñanza del derecho era el declive del método socrático o método de casos. El sistema jurídico de los Estados Unidos ha madurado, y los *Restatement* forman una fuente importante y concreta del derecho estadounidense tal y como hemos venido comentando.

Continuando con las fuentes, por lo que respecta a la ley como fuente del derecho americano, tenemos que como consecuencia del régimen federal americano, existen en los Estados Unidos, leyes federales y leyes de los Estados.

En el ámbito federal, la Constitución de los Estado Unidos de América, la Constitución más antigua que data de 1787, es la que ocupa el lugar más alto en la jerarquía. Después de la Constitución sigue las leyes federales, emanadas del Congreso de los Estados Unidos y al lado de ellas los Tratados Internacionales. A continuación están, en el mismo escalafón, las reglas de los diferentes procedimientos, establecidas por la Suprema Corte y dotadas de fuerza legal por el Congreso. Además existen las leyes que expiden los departamentos administrativos, en virtud de facultades delegadas del Congreso.

Con respecto a la legislación local se reitera el orden de prelación mencionada con respecto a la legislación federal señalando, que las leyes federales prevalecen sobre las leyes de los Estados.

Como vemos, en los Estados Unidos de América hay una variedad importante de leyes y por ello no es fácil estar al corriente de toda la legislación que se encuentra en vigor. Así, las leyes que aprueba el Congreso se publican en forma oficial primero como *Slips Laws*, que son folletos sin encuadernar que aparecen casi de inmediato cuando la ley es promulgada por el Presidente. Al final de cada periodo de sesiones se publican todas las leyes aprobadas durante las sesiones, recopiladas en orden cronológico en el *United States Statutes at Large*. En el caso de los estados, siguiendo a Sirvent, todas las leyes aprobadas en el periodo de sesiones, se publican bajo el nombre de *Session Laws*, ordenadas cronológicamente.

El derecho legislado, tal y como hemos venido comentando, es la fuente principal en los Estados Unidos de América, dependiendo, eso sí, siempre este cuerpo legal de la interpretación judicial; por ello, buscar y encontrar una ley no es suficiente, si no se examina la interpretación judicial que se haya hecho de la misma; por ello, además de los *Statutes at Large*, también se envían éstos para su publicación a la editorial que depende del Congreso, donde se reestructuran en forma temática para formar el *United States Code (usc)*.

Este usc divide todo el derecho legislado vigente en cincuenta áreas temáticas o títulos. Estos títulos se subdividen en partes lógicas de la materia jurídica de que se trate. Como nos comenta McKeever, un orden de este tipo resulta indispensable, ya que el derecho federal es muy amplio. La cita estándar del usc comprende primero el número del título; en segundo lugar señala que se trata del usc, y luego lista el número de sección; debe incluir también la fecha de publicación del volumen del usc y la fecha de cualquier modificación posterior.

Este orden temático de las leyes federales es una herramienta básica para el jurista que ejerce la profesión, por ello, y ante un proceso de edición bastante lento, se han emprendido dos versiones de publicación independiente: el *United State Code Annotated (USCA)* y el *United State Code Service (USCS)*. Ambas reproducen el usc con bastante información adicional. Esta información contenida en el usca y uscs se mantiene actualizada de dos maneras: como publicaciones de bolsillo y como suplementos provisionales. Las primeras son cuadernillos que se publican una vez al año (*Pockets*) e incorporan en forma acumulativa toda modificación al texto del usc, y los suplementos provisionales siguen el mismo esquema respecto de la serie completa, comprendiendo el periodo entre la publicación de las partes de bolsillo de un año y las del año siguiente.

Sin quitarles la importancia que realmente tiene este tipo de publicaciones, tenemos que ser consciente de que en la actualidad hay un desplazamiento hacia la publicación electrónica, nos referimos a las dos principales bases de datos jurídicas: *Lexis* y *Westlaw*. Consultar cualquiera de las dos bases de datos es cara y se cobra en función del tiempo en uso.

Otro servicio computarizado más especializado, en el que se puede consultar cuestiones más particulares, lo tenemos por ejemplo en el *National Law Center for Inter-American Free Trade*, con sede en Tucson, Arizona, el cual publica un sumario semanal de los cambios jurídicos sucedidos en el hemisferio que afectan al comercio y la inversión específicamente.

No queremos finalizar este apartado correspondiente a las fuentes del derecho norteamericano sin hacer mención expresa a la doctrina dada la importancia que tiene ésta, en definitiva, con los *Restatement* tal y como los estamos comentando. Reiterar que la Doctrina, constituida por los más prestigiosos doctos en la materia que han formado parte tanto de la academia, de la judicatura, como del ejercicio en la práctica, congregados en fuertes asociaciones, como por ejemplo el que constituye la ali, tiene un elemento más que comentar que es la importancia que tiene lograr publicar en las revistas más prestigiosas de los Estados Unidos en el que podemos destacar, *Harvard Law Review* y *Yale Journal*, o cualquiera de las revistas de las mejores escuelas de derecho.

No debemos, tampoco finalizar sin agregar que dada la compleja sociedad norteamericana, con una compleja sociedad industrial y el crecimiento de su gobierno, ha propiciado la necesidad de instaurar una gran red de juntas y comisiones con sus propias reglas de procedimiento, nos referimos a la instauración de un derecho administrativo, realmente preponderante, considerado, por parte de la doctrina, como una fuente más del derecho norteamericano.

El presidente de los Estados Unidos de América emite *Executives Orders*, órdenes ejecutivas, en gran número y de gran importancia, pero no son suficientes para agotar las necesidades de un derecho administrativo realmente en alza; de ahí la creación, para realizar este tipo de normativa, de las *Administratives Agencies*, agencias administrativas. Las reglas de procedimiento y las resoluciones dictadas en el derecho administrativo, tiene efectos similares a los pronunciamientos del *Stare Decisis* de los órganos judiciales, en el que se necesita un buen acceso a dichas reglas procesales y resoluciones administrativas, registradas diariamente en el *Federal Register* y posteriormente estas reglas definitivas se codifican en el *Code of Federal Regulations*.

IV. Cuadros: características del *Common Law*; Diferencias derecho inglés-derecho Estados Unidos de América; Analogías derecho inglés-derecho Estados Unidos de América

Características del *Common Law*: 1. La plasticidad de sus fuentes; 2. El espíritu realista y práctico de sus métodos jurídicos; 3. Concepción empírica del

mundo frente a la concepción racionalista europea; 4. Pensamiento concreto, enemigo de las ideas generales; 5. Carácter judicial eminentemente; 6. Caso real y práctico; 7. Derecho hecho por los jueces, derecho jurisprudencial.

Diferencias entre el derecho inglés y el derecho de Estados Unidos de América: 1. Inglaterra con una Constitución no escrita, flexible; EUA con una Constitución escrita federal; 2. Inglaterra una Monarquía Parlamentaria; EUA una República Federal; 3. EUA recibió influencias ajenas a la inglesa (Noruegos —Delaware—, Suecos —Hudson—, etcétera); 4. EUA recibió una multiculturalidad, diferencias sociales y culturales; 5. EUA conceptos jurídicos nuevos ante una nueva realidad, una realidad distinta a la ínsula inglesa —derecho mercantil, bancario, etcétera—; 6. Colonizadores desconocían el *Common Law* y aplicaron sus costumbres locales, un derecho arcaico inspirado incluso en la Biblia; 7. EUA en sus orígenes nombraron jueces legos con una gran discrecionalidad; 8. Inglaterra, al adquirir su autonomía y consolidación el poder judicial se separó de los demás poderes; 9. Inglaterra un derecho eminentemente procedimental; 10. EUA un precedente jurisprudencial más suave; ley escrita cobra importancia —comienzo codificación—; destaca los *Restatement* ; 11. Enseñanza del derecho: USA método socrático y grandes avances en la clase magistral; 12. Ejercicio profesional: *Inglaterra nos encontramos con Barristers y Solicitors*; en USA *Lawyer y paralegals*.

En Inglaterra y Gales, hay dos cuerpos en la profesión de abogados: *Barristers* y *Solicitors*, en los que hay una división de atribuciones. Desde la década de los noventa, hay una discusión sobre si conviene mantener esta división. Una ley del Parlamento enunció que en ciertos casos los *Solicitors* pueden actuar ante la *High Court*.

El *barristers* tiene su origen en la Inglaterra Medieval donde los tribunales estaban separados del público mediante una barra (*Bar*) y sólo la podían traspasar los *barristers*. *The Bar Council* fue creado en 1895, constituido por cuatro colegios de abogados que representan a la profesión (*Inns of Courts*); a dichos colegios de *barristers* se tienen que afiliar todos los *barristers* y los jueces. Para ingresar como *barristers*, se tiene que poseer el título de derecho. Hay que estudiar cuatro años una carrera general (Ciencias y Humanidades) y después en una escuela de derecho; someterse a un examen e inscribirse en uno de los cuatro colegios y un año de pasantía con un *barristers*. Para el ejercicio de *barristers*, sólo pueden ejercer individualmente, no pueden constituir sociedades con otros *barristers*; si se pueden agrupar en un edificio para compartir gastos. Los *clerks* organizan las agendas de los *barristers*, negocian los honorarios, etcétera. Se calcula que en la actualidad hay aproximadamente unos 12,000 *barristers* entre Inglaterra y Gales.

El *solicitors*, por otra parte, tiene como principal cometido asesorar a los clientes, preparar documentos e investigar para obtener pruebas, principalmente. Se agrupan en *The Law Society*, creada en 1839. Entre sus funciones destacamos que redactan testamentos, escrituras de compra-venta, quiebras, divorcios, etcétera. Para actuar ante la *Hight Court* necesitan una certificación especial (*ad casum*, para el caso concreto). Para ingresar como *solicitors* se necesita ser licenciado en derecho, practicar un examen que organiza el colegio de *solicitors*, y se necesita una pasantía con un *solicitors* durante un año. Actúan individualmente pero pueden actuar a través de sociedades mercantiles, son los despachos más famosos. Se calcula que en la actualidad hay aproximadamente unos 60,000 *Solicitors* entre Inglaterra y Gales.

Por su parte, en los Estados Unidos de América, el abogado —*lawyer*— es el que practica la abogacía, asiste al cliente, asesora y prepara los documentos para la demanda. Para ingresar como *lawyer* es necesario poseer una carrera de cuatro años en un *college* (ciencias o letras) y así conseguir el grado de *bachelor*. Posteriormente es necesario ingresar en la *School of Law* (actualmente existen 185 escuelas de derecho en los Estados Unidos de América) mediante una prueba de acceso y se mide así si tiene capacidad de lectura y comprensión, si llegas a conclusiones razonables y si tiene capacidad de síntesis y crítica. Cuando se obtiene el título, pasados tres años en la escuela de derecho, necesitan estar acreditados en la *American Bar Association* (entidades privadas) y después superar el examen —*Bar Examination*— en el Estado que pretenda centrar sus actividades. En la actualidad pueden realizar un *MultiState Bar Examen*. El ejercicio se puede realizar personal o conjuntamente.

Analogías entre el derecho inglés y el derecho de Estados Unidos de América: 1. Identidad en la división del derecho; 2. Identidad en la concepción de la norma jurídica; Identidad conceptual, aunque el USA se introducen conceptos nuevos; 3. Idéntico manejo del *Common Law, Equity, Trust*, etcétera; 4. Derecho jurisprudencial; 5. Reglas legislativas sólo asimiladas una vez aplicadas e interpretadas por los Tribunales; 6. No hay una referencia directa a las normas sino a las decisiones judiciales que la han aplicado.

V. Reflexión final

En general, los derechos del grupo del *Common Law* son una combinación del derecho judicial y el derecho legislado.

El juez para realizar su función de hacer justicia, ha de atenerse a los principios fundamentales de razón y de derecho natural, aunque los aplique a través de las resoluciones de casos anteriores y tomando en consideración las características de las situaciones particulares que se le presenten. Si bien no se debe negar que el *Common Law* es un derecho judicial, en tanto que constituye un derecho creado, en gran medida, por el juez que tiene poderes normativos bastante más amplios que los que le reconocen los sistemas continentales o de *Civil Law*; no debemos considerar a dicho derecho como desligado de toda clase de normas objetivas de derecho sustancial.

El principio del valor obligatorio del precedente judicial no deja de tener en la propia Inglaterra, adecuados límites. Ya Blackstone observaba que el juez debía acomodarse a la regla *Stare Decisis* sólo en caso que el precedente no sea contrario a la razón; y en la actualidad, los tribunales ingleses admiten excepciones a la aplicación de dicha regla cuando pueda apreciarse un cambio en los conceptos de orden público o de la política social que afecten a la cuestión decidida.

En definitiva lo que queremos llegar a expresar es que los mismos derechos del grupo del *Common Law* no son solamente derecho judicial, sino una combinación de éste y el derecho legislado. Según Lipstein, con cierta frecuencia se llega a conclusiones erróneas sobre las fuentes formales del derecho inglés cuando en algunas ramas, como en el derecho de contratos, predomina el precedente, en otras, como en el derecho de propiedad y el de sucesiones, ambas fuentes se hallan más o menos equilibradas, e incluso hay partes del ordenamiento jurídico que descansan por completo en el derecho legislado como la compraventa mercantil, las letras de cambio y cheques, las sociedades personalistas y capitalistas, patentes, derechos de autor, modelos y marcas.

Actualmente, hay una tendencia al acercamiento de las fuentes de los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law*, o sea, de los sistemas que encuadramos dentro de la tradición jurídica de occidente. Así lo manifiesta René David cuando nos dice que más que en la teoría de las fuentes, la diferencia fundamental entre el sistema del *Common Law* y el *Civil Law* la encontramos en la estructura que la doctrina ha dado a cada uno de ellos, en la profunda diversidad de nociones jurídicas, de los conceptos y de la ordenación de las normas de derecho que manejan sus respectivos juristas. Igualmente, corroborando esta misma idea de acercamiento de los sistemas del *Common Law* y

Civil Law o romano-germánico, tenemos que Castán Tobeñas nos refiere que tal y como advierte Solá Cañizares: “en la actualidad se da el caso de que en los países del *Common Law* hay una tendencia a la multiplicación de leyes escritas, que en la práctica adquieren cada vez más importancia, mientras que en los países del llamado sistema continental la función de la jurisprudencia como fuente creadora del derecho es cada día más importante, lo que parece indicar una tendencia al acercamiento de ambos sistemas”.

Por nuestra parte, insistimos en la idea que permea nuestra exposición, es decir, el acercamiento claro que tienen romano-germánico y *Common Law*, como sistemas de la tradición jurídica de occidente, al verse claridad en la práctica del *Civil Law* una mayor atención a la aportación de la jurisprudencia y en el *Common Law* una tendencia hacia el manejo de los *Restatement of the Law* igualmente en la práctica de los jueces norteamericanos, por ejemplo, como en la enseñanza del derecho a través de estos pseudocódigos denominados *Restatement of the Law*.

Cuestionario

1. Díganos ¿qué pueblos coexistieron en territorio británico en sus orígenes?
2. ¿De qué año data la conquista normanda por parte de Guillermo I?
3. Después de la conquista normanda, subsistieron durante un tiempo dos tribunales locales, ¿cuáles son?
4. ¿Cuáles son los tres tribunales reales originales?
5. ¿Cómo se denominaron, posteriormente, los Tribunales Reales?
6. ¿Qué era un *writ* en el procedimiento procesal inglés?
7. ¿Con qué ley se da la unificación de las jurisdicciones de los Tribunales del *Common Law* y los Tribunales de Equidad?
8. ¿En qué siglo se instituyen, oficialmente, los Tribunales de Equidad?
9. ¿La equidad inglesa, podía actuar *in personam*?
10. El orden de prelación de las fuentes del derecho inglés es el siguiente:
11. ¿De qué año data el caso *Calvino*?
12. ¿Los *Restatements of de Law* podrían ser considerados, según la lectura de *Furnish*, como fuente formal del derecho estadounidense?
13. ¿El *stare decisis*, es una regla que establece como obligatorio el precedente judicial?
14. ¿Los Estados Unidos de América se encuadran dentro de qué familia jurídica?

CAPÍTULO CUARTO

Sistemas jurídicos socialistas

Este capítulo dedicado a los sistemas jurídicos socialistas, pretende que el lector comprenda los principales postulados socialistas implementados en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y que se proyectan al socialismo de “occidente” y de alguna manera al socialismo de “oriente”. Por otra parte, se analizará la “unidad cultural”—tradición/ historia común, valores/filosofía común y orden de prelación de las fuentes común— de la citada ex URSS, Cuba y República Popular China. Con este bagaje por los distintos sistemas socialistas, se pretende presentar el itinerario por el que transitan los mismos.

I. Introducción

Ningún movimiento social o cambio de nuestra sociedad se da sin una pauta previa. Para tratar de explicar por qué se detona una determinada filosofía social, o para tratar de explicar por qué surgen una serie de movimientos e ideologías hay que echar un vistazo a las circunstancias históricas-sociológicas-económicas-jurídicas que va permeando en una determinada sociedad o en un determinado contexto. Esta es la situación que comienza a darse a mediados del siglo XIX y que da pie a una serie de ideologías socialistas. De esta manera, podemos concretar que surgen, en el siglo XIX, tres corrientes socialistas, a saber:

- 1) Socialismo utópico (con sus máximos representantes en las figuras de Fourier, Proudhon, St. Simon, entre otros), con el cual se pretende, resumiendo drásticamente esta ideología, encontrar una “receta de cocina” (con ingredientes concretos y precisos) para así conseguir una futura sociedad justa y feliz.

- 2) Socialismo científico (representados, a su vez, por Marx, Engels —y ambos basados en la filosofía de Hegel—) en el que analizando las fuerzas que creía percibir en la realidad de su época, pretendían crear las bases de un Estado socialista como etapa previa para llegar a un Estado comunista, una sociedad en donde el Derecho no tenga necesidad de ser.
- 3) Socialismo “sin dogmas”, digamos que es el socialismo que conocemos hasta la fecha, basado en la normal reacción humanitaria que se da ante situaciones sociales hirientes. Esta corriente de socialismo surge, primordialmente, en la legislación laboral inglesa, con una gradual admisión del derecho de huelga, el sindicalismo, etcétera. Esta última corriente del socialismo es la que se incorporó en nuestros sistemas jurídicos occidentales, sin que se los califique de “sistemas socialistas” ya que éste término se reserva para sistemas formados a la luz de una ideología socialista rígida, y en los cuales el derecho siempre debe interpretarse en el espíritu de esta ideología.

En definitiva, el sistema político socialista que deviene tras la manifestación de dichas corrientes, se caracteriza por su contexto socio-económico: la propiedad colectiva de los medios de producción detentada por el Estado, las autoridades locales o entidades cooperativas —insistiendo en la idea de la subsistencia de un pequeño sector privado—; su sustento ideológico es el marxismo y el apoyo en las instituciones autoridades bajo un partido único, rígidamente organizado.

Unido a estas corrientes filosófico-ideológicas, tenemos que destacar que para explicar la familia jurídica socialista, es necesario estudiar el derecho soviético, el derecho que surge después de la Revolución bolchevique de 1917, en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Derecho soviético como pionero y portaestandarte del socialismo, basado en el pensamiento de Marx y de Engels, reinterpretado por Lenin. Todo ello sin perder de vista que después de la disolución de la URSS en 1991 son pocos los vestigios que quedan de sistemas jurídicos que viven bajo la inspiración de un derecho socialista, entendiéndose por tal una forma transitoria de organización del poder destinada a la realización del comunismo.

En la década de los sesenta hubo un intento de régimen socialista en la denominada África Negra, no obstante, estos intentos no fructificaron al convertirse en dictaduras individuales; el interés que mostró, entre otros, Cuba, fue fallido.

Así las cosas, en la década de los ochenta aproximadamente un 60% de la población mundial vivía bajo un sistema socialista y a partir de la década de los noventa con la caída del “bloque socialista”, este porcentaje se reduce a un 25%, sin olvidar que el 20% de la población del mundo la tenemos en la República Popular China, uno de los países que persisten bajo un régimen socialista, cuya política e instituciones socialistas son cada vez más frecuentemente objeto de estudio en occidente, en donde también se destacan las concesiones que efectúa ante la comunidad internacional y el sistema mundial de la economía de mercado; el otro 5% corresponde a Cuba, Corea del Norte, Vietnam y Laos, fundamentalmente.

A todo ello hay que agregarle la división entre derechos socialistas de oriente y de occidente, la denominada dualidad socialista, refiriéndonos expresamente al dualismo entre el sistema de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el derecho de las Repúblicas Populares del Oriente de Europa, en su momento, o de Oriente con su máximo representante en la República Popular China.

II. Rusia / Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS/ Federación Rusa)¹

Para conocer el derecho de una sociedad, debemos atender la unidad cultural que establecía René David y de acuerdo con los elementos que la integran, tenemos que establecer las pautas necesarias que describan la historia común, la filosofía común y el orden de prelación de las fuentes del derecho.

De nuevo con René David, un sistema de derecho no puede ser examinado como una acumulación de reglas sin relación entre sí o sin otra relación que la yuxtaposición; se encuentra integrado por una serie de principios cuyo conocimiento es indispensable para comprenderlo, es decir, para descubrir el verdadero contenido de las normas que lo constituyen y así captar las relaciones que existen entre las mismas.

De esta manera, el primer orden de conocimiento lo constituye el estudio de la tradición, de la historia de la cual ha nacido un determinado derecho. Hay posturas que expresan que si bien dicha tradición puede repudiarse en muchos casos, ello no deja de constituir la base de donde aquél partió y sobre la cual, necesariamente, fue construido. Siguiendo a René David, las reglas que ella consagra pudieron, sin duda, ser modificadas, pero

subsiste la estructura general que ella había establecido. No es posible alcanzar la comprensión profunda de un derecho actual sin el estudio de su historia. En este sentido, pretendemos dar una visión histórica de la tradición jurídica rusa y así tener una idea del sistema jurídico vigente en la Rusia de antes de la revolución bolchevique de 1917, posteriormente veremos el derecho soviético, a través de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y para terminar veremos la perspectiva de la Federación Rusa o Rusia, como heredera de la URSS, no desde el punto de vista ideológico sino desde su inserción en la comunidad internacional, y la proyección que entraña su Constitución de 1993.

El segundo elemento de la muchas veces mencionada unidad cultural, lo constituye el conocimiento de la filosofía y de los valores, principios generales, jurídicos o suprajurídicos que aparecen como fundamentales dentro de una sociedad. Muy especialmente en el estudio de esta familia jurídica socialista, es fundamental el conocimiento de los principios que pernean su nacimiento, su origen. No olvidemos que la ideología con la que surge y se mantiene este sistema jurídico socialista es la base, precisamente, de su justificación y/o fundamento.

Por último, tomamos en cuenta el orden de prelación de las fuentes del derecho, las fuentes que prevalecen en este sistema jurídico y el papel que desempeñan en este caso, la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre; cómo se interpretan las normas formuladas por el legislador, qué autoridad se reconoce a las decisiones de las distintas jurisdicciones y, desde un punto de vista más material, dónde se encuentran las leyes, las sentencias, y cuáles son las obras de doctrina que deben ser consultadas en lo que concierne al derecho que se estudie.

1. Derecho ruso

A. Historia del derecho ruso antiguo y sus fuentes

Con respecto a la historia del derecho ruso, siguiendo de nuevo a René David, tenemos que podemos estructurar la historia del derecho ruso, anterior a la Revolución bolchevique, distinguiendo cuatro etapas:

- 1) Derecho ruso antiguo (989-1237 d. C.), que se corresponde con la época de la Rusia de Kiev;
- 2) Dominación de los Mongoles (1237-1497 d. C.);

- 3) Obra legislativa del zar Alexis II (1649-1653 d. C.);
- 4) Compilación del zar Nicolás I (1832 d. C.).

Para comenzar a visualizar esta primera etapa, los orígenes del derecho ruso, tenemos que comenzar por expresar que Rusia, al igual que el resto de los ordenamientos jurídicos del mundo, se constituyó como un derecho consuetudinario, es decir, el uso de las costumbres y su fuente no escrita constituyó el origen de su fundamento y proyección jurídica y, que por cierto, pocas referencias tenemos de dichas primitivas costumbres rusas.

El pueblo ruso se caracterizó, desde sus orígenes, por ser un pueblo eminentemente comercial y de ahí su contacto con diferentes pueblos, entre los que destacan los varegos, normandos, árabes y sobre todo Bizancio, lo cual dará congruencia al seguimiento y gusto desmesurado por seguir los pasos del derecho romano —y occidente, en definitiva— y siempre su proyección por parte del derecho ruso, hasta tal punto de concebirse Rusia, a la caída del imperio romano, como la tercera Roma.

En esta primera etapa que estamos destacando del derecho ruso antiguo, vemos que cronológicamente comienza en un año muy puntual, 989 d. C., en esta fecha Rusia se convirtió al cristianismo, siguiendo al príncipe de Kiev. De inmediato como reacción ante la posibilidad de la incursión de un elemento extranjero o extraño, se procede a la redacción escrita de las costumbres, para que de alguna manera se pueda salvar de una influencia que es, digamos, nueva. Hay otra interpretación diferente acerca de la necesidad de poner por escrito las costumbres y esta se basa en que al redactar, al escribir, las costumbres la idea es, ante todo, modificarlas, así, en este caso, la Iglesia y los jefes quieren asegurar la victoria de las nuevas concepciones sobre las costumbres antiguas.

Así las cosas, prácticamente a partir del siglo XI, aparece en Rusia recopilaciones de derecho consuetudinario, son las llamadas *Russkaya Pravda* (derecho ruso) que se mantienen desde el siglo XI al siglo XV, con pocos cambios sino tan sólo en las denominaciones que va captando.

Russkaya Pravda es el nombre genérico dado a todas las recopilaciones de derecho ruso que aparecen desde el periodo mencionado, siglo XI-XV. Son manuscritos abundantes que varían según el lugar y tiempo en el que fueron concebidos. De sus orígenes podemos expresar que aparecen por primera vez, debido a una recopilación ordenada por el príncipe de Kiev, para exponer de forma clara y coincidente, las costumbres tal y como debían ser aplicadas en el futuro, a la que se añadieron aportes de muy diferente naturaleza, como son precisar la costumbre por decisiones judiciales,

extractos de recopilaciones de derecho canónico y de obras de derecho bizantino, cuestiones que se refutan de una doctrina a otra.

En este momento destacamos que hasta la conquista mongola, que es el segundo periodo de la tradición rusa, la sociedad rusa no presenta ningún rasgo que la coloque en un plano diferente del de la sociedad de los otros Estados de Europa, y su desarrollo sigue las mismas líneas que el desarrollo de la sociedad francesa o alemana, recordemos que hacíamos hincapié en el gusto “desmesurado” por todo lo que representaba Europa continental u occidental.

Durante el periodo del feudalismo, la influencia en Rusia de los acontecimientos producidos en Europa occidental no fueron realmente importantes; la influencia de Bizancio será menos fuerte sobre el derecho ruso que la influencia del derecho romano sobre las costumbres francesas o visigóticas, por ejemplo. Además, antes de entrar en contacto con Bizancio, las costumbres rusas tuvieron tiempo de evolucionar y así la sociedad rusa se desarrolló sobre suelo ruso, teniendo un principio de territorialismo importante, es decir, la *Russkaya Pravda* era el derecho de todos aquellos que viven sobre el territorio de la Rusia de Kiev. Este es uno de los motivos por los que podemos justificar esa menor influencia, en principio, de Bizancio en Rusia que la ejercida por el derecho romano en el ordenamiento jurídico francés o en el español, por ejemplo.

Así las cosas, por un lado tenemos la *Russakaya Pravda* como un derecho consuetudinario laico y por otro lado, convive el derecho canónico, fuente esencial que contribuyó a la formación del derecho nacional, pero no sólo como derecho de la Iglesia, sino como derecho aplicable a las más diversas circunstancias. Hacemos la precisión de que cuando Rusia se convirtió al cristianismo, año 989 d. C., se liga a Bizancio y no a Roma, una influencia ésta que la separa, en principio de occidente; Rusia mantiene, en ese momento, una tradición diferente de la de Europa occidental, es la razón por la cual expresábamos que cuando cae Bizancio, en 1456 d. C., Rusia se consideraba la heredera más calificada de su grandeza, los encargados de cumplir su destino y en definitiva, se consideraba la “nueva Constantinopla” o la “tercera Roma”.

Por otra parte, hay que destacar que el derecho canónico que se aplicó en Rusia era un derecho distinto del que conocemos en occidente, era el derecho canónico de Bizancio, basado en nomocánones, es decir, parte de derecho civil (nomos) y derecho canónico (canon) para que así los clérigos puedan conocer, consultando una sola recopilación, todas las disposiciones a las cuales están sometidos y que a su vez deben aplicar.

Tenemos entonces que, por una parte, la *Russkaya Pravda* representa el derecho consuetudinario ruso y los Nomocánones, el derecho escrito ruso.

A toda esta gran influencia de Bizancio debemos de realizar una serie de matizaciones, tales como que la recepción del derecho bizantino no fue total en Rusia, las influencias del medio y las costumbres fueron definitivas para que surtiera algún efecto diferente de las decisiones de los concilios o sínodos de la Iglesia y de los soberanos.

El último comentario que realizamos en esta etapa primigenia del derecho ruso antiguo, es el cambio de denominación que sufren los Nomocánones, a partir del siglo XIII, al denominarse Kormtchaya y al constituirse como una guía del código mongol.

Por lo que respecta al segundo periodo de la tradición rusa, tenemos la Conquista o dominación mongola que trasciende durante más de dos siglos y medio, es decir, desde 1237 hasta 1497. Hasta ese momento, siglo XIII, Rusia evoluciona prácticamente con Europa, tal y como acabamos de expresar. Rusia no se ve de otra manera que no sea concebida en el contexto europeo, miembro de la gran familia europea.

La situación jurídica de Rusia, se concreta en: 1). *Russkaya Pravda* (recopilación de leyes y costumbres); 2). consolidación del cristianismo; 3). régimen feudal, con su fragmentación de la soberanía y la estructura de clases.

El cambio viene con la conquista mongola, un pueblo eminentemente guerrero que con su fijación en la extensión de sus tierras, llega a territorio ruso y consigue conquistar en 1237 una extensión de territorio que hasta la fecha no tenía parangón. Los mongoles agrupados bajo la dirección de un gran jefe, Gengis Khan, inundaron toda Asia Central, destruyendo poderosos imperios y una civilización floreciente, así llevaron el asalto a parte de lo que sería Europa. Los príncipes de Kiev, convertidos posteriormente en príncipes de Moscú, deben originalmente sus éxitos al hecho de que se convirtieron en los hombres de confianza de los mongoles. Como establece Guillermo Floris Margadant, los mongoles no tomaron Rusia bajo su administración directa, sino la hicieron tributaria, así las cosas, los príncipes de Moscú eran los encargados de percibir el tributo que posibilitaba a los mongoles seguir con un idea de conquista, y para ello disponían de tropas importantes para cumplir el fin del pago de la tributación. Cuando los mongoles se debilitan, los príncipes de Moscú, gracias a esta situación de poderío, se convierten en los libertadores del territorio y los unificadores de las tierras rusas.

Durante todo este periodo de la conquista mongola en Rusia, destacamos que no hubo realmente ningún cambio en el sistema jurídico ruso, hablamos de más de dos siglos y medio. Reiteramos la idea de que los

mongoles no buscaban imponer sus costumbres a las poblaciones sometidas, digamos que ejercían una fiscalización sobre el gobierno de los príncipes que le proporcionan los medios para ejercer su ideal conquistador; el pago regular de su tributo era una meta puntual y de manera paralela era hostil a cualquier cambio en el estado de las cosas, de ahí la nula evolución de su derecho.

Durante este periodo Rusia se aleja de occidente y su evolución, como decimos, desde el punto de vista jurídico es prácticamente nula. La *Russkaya Pravda* continúa siendo la ley en vigor desde 1237 hasta 1497 y después fue objeto de nuevas redacciones; como mencionamos en líneas precedentes, un cambio en la nomenclatura se dio cuando los Nomocánones pasaron a llamarse Kormtchaya, como código general mongol.

Como un último comentario a esta segunda etapa del periodo de la tradición rusa, expresamos que después de la citada conquista mongola, la periodización de la cultura rusa sigue un ritmo diferente de Occidente, y este es un hecho importante a destacar para argumentar o fundamentar, una vez más, el ritmo diferente que se desarrolla en el territorio ruso desde el derecho ruso antiguo hasta la actual constitución de la Federación Rusa de 1993.

Esta situación descrita, Guillermo Florís Margadant la expone de la siguiente manera:

Un primer hecho de esta fase de la Primera Rusia, importante para el próximo milenio ruso, ha sido la cristianización de los rusos, desde Kiev (989), sobre la base de la iglesia bizantina, lo cual más tarde perjudicaba al contacto del mundo ruso con el Occidente (católico) de Europa. Y luego, cuando Europa occidental vivía el interesante siglo XIII, con sus catedrales, la escolástica, la música polifónica y el comienzo de la democracia urbana, el mundo ruso se vio incorporado en la Asia mongólica, y aislado de la evolución europea. Es verdad que el gobierno mongólico permitió a los rusos un amplio grado de autonomía administrativa y cultural, pero, de todos modos, la cultura rusa tomó un ritmo diferente del desarrollo europeo general, y en los próximos siglos, hasta en tiempos muy recientes pudieron observarse los a veces desesperados esfuerzos de los gobernantes rusos de “europeizar” sus territorios.²

Por lo que hace al tercer periodo de la tradición rusa, tenemos la obra legislativa del zar Alexis II, 1649-1653.

Hacemos un alto en el camino para expresar que las fechas y periodos mencionados tiene razón de ser en cuanto a sucesos específicos acontecidos desde el punto de vista jurídico, ello no quiere decir que fuera de las

fechas expresadas no hubieran acontecido, históricamente hablando, cuestiones particulares o puntuales que no mencionamos.

Una vez que ha cesado la dominación mongola, mogol o tártara, los príncipes de Moscú, libertadores del pueblo ruso, extienden su dominio sobre las tierras rusas. De manera paralela tenemos cómo al ser conquistada Constantinopla, 1453, se derrumba el Imperio de Bizancio, y Rusia pierde la posibilidad de seguir viéndose proyectada en el Imperio. El retraso palpable que tiene Rusia en ese momento se ve en el desarrollo de su civilización. Además, y por otra parte, los rusos consideran a sus príncipes como defensores y libertadores de su pueblo, frente al enemigo invasor, y aceptan, sin discusión, una soberanía absoluta que procedía del carácter del jefe militar asumido por el príncipe de Moscú. Se consideran a los príncipes como reunificadores de la tierra rusa y para asegurar la unidad del imperio conciben la centralización de la administración, un punto característico de la Rusia que prosigue, la Rusia de los zares. Con los zares subsiguientes, desde Iván IV El Terrible, se dan cambios jurídicos pero que no necesariamente significan evolución, sino simplemente cambios; de hecho, se publica el *Libro de justicia* y posteriormente el *Stoglav* que son fundamentalmente materia eclesiástica para evitar abusos en la Iglesia rusa y unificar el derecho canónico en todos los territorios.

Para el periodo que estamos comentando, tenemos que expresar que a propuesta del zar Alexis II, en 1649, se toma la iniciativa de realizar una obra legislativa; para ello nombró una comisión de cinco miembros, tres laicos y dos eclesiásticos, para reunir todas las disposiciones en vigor del derecho ruso y subsanar las lagunas del derecho. No olvidemos que prácticamente desde el siglo XI el derecho ruso ha sufrido escasa evolución y ya en pleno siglo XVII se sigue en una situación de precario avance, jurídicamente hablando.

De esta manera, nace el Código de 1649, concebido como la primera ley rusa y concebida como una recopilación del derecho de la Asamblea. No obstante, al analizar la composición del Código de 1649, vemos cómo hay disparidad desde su articulado y lagunas que precisan seguir cubriéndose. El Código de 1649, dividido en 25 capítulos, divididos a su vez en artículos, contiene un total de 963 artículos. Los capítulos tenían una extensión variable: por ejemplo, el capítulo V, sólo disponía de dos artículos, mientras que el capítulo X contenía 267 artículos, es decir, casi un tercio de la recopilación en su totalidad. No obstante, el Código de 1649 ocupa en la historia del derecho ruso un lugar extremadamente importante. De hecho, durante cerca de dos siglos se intentará revisarlo y continuará siendo la base funda-

mental del derecho ruso, público y privado, hasta que en 1832, una nueva recopilación, el cuerpo de leyes rusas, vendrá a reemplazarlo.

El zar Alexis II, por otra parte, también ordenó publicar la *Kormtchaya* pero en esta ocasión como guía de los tribunales y de la administración eclesiástica, la cual se terminó y publicó en 1653, fecha que da término a este tercer periodo de la tradición del derecho ruso antiguo.

Por lo que toca al *cuarto periodo*, la obra compiladora del zar Nicolás I, debemos expresar que hacia 1800 quedó obsoleto el Código de 1649 y demás leyes como la *Kormtchaya*; además, los soberanos rusos siempre con la idea de adoptar instituciones y costumbres de occidente tenían sus miras hacia la proyección europeísta. La legislación rusa constituía un rotundo fracaso, dado que en realidad el pueblo continuaba viviendo de acuerdo con sus costumbres; digamos que el derecho escrito era el derecho de los privilegiados y el derecho consuetudinario el derecho del pueblo, de los campesinos.

La obra compiladora comienza, realmente, con el zar Alejandro I, en la que se idea una labor de simplificación del derecho y se concibe una obra útil. Para poder realizar tan importante misión, se pretendía encontrar a un jurista que conociera el derecho europeo y la tradición rusa en especial y el derecho positivo efectivamente aplicado en Rusia. Encontrar a alguien con estas características no era fácil, no obstante, en 1808 aparece una figura decisiva que podía estar al frente de esta labor compiladora, el conde Speranski.

Speranski era el entonces favorito de Alejandro I y ambos estaban totalmente seducidos por Napoleón y las instituciones francesas, de hecho, tal y como expresa René David, toda la actividad de Speranski debía tener la tendencia a introducir en Rusia las instituciones francesas. Así las cosas, Speranski compiló primero el derecho ruso vigente en una obra cronológica, el *Polnoe Soberanie* de 1830: 42 volúmenes con unas 35,000 leyes y tal y como especifica Margadant, sobre esta base, y eliminando lo contradictorio e innecesario, Speranski creó el *Svod Zakonov* de 1932: 15 volúmenes y 60,000 artículos ordenados por materia. Esta labor fue concebida como de consolidación del derecho ruso muy influenciada por Occidente. El resultado final fue que sólo se contemplaba el Código de Napoleón de 1807 y se ignoraba el derecho ruso, con lo cual la idea primigenia se quedó en un ultimísimo lugar, esa obra simple y útil del derecho ruso no prosperó.

Posteriormente, bajo Nicolás I, se intenta corregir dicho prejuicio, no olvidemos que se llegó a considerar al derecho ruso como un derecho bárbaro y atrasado, y se emprendió de nuevo el estudio del derecho ruso y de su historia. Speranski que sigue al frente del plan compilador vuelve a transgredir la idea original y el proyecto, en sus dos primeras partes, relativas

a las personas y a los bienes, eran copia fiel del Código de Napoleón; no olvidemos, que el pueblo ruso de aquel momento se caracterizaba por su ignorancia, y con dificultad podría vislumbrar este plagio. Speranski al ser descubierto, manifestó que efectivamente se había inspirado visiblemente en el mencionado Código de Napoleón pero había juzgado más político disimular la fuente; no obstante, el proyecto se aprobó, excepto algunos artículos relativos al matrimonio y al divorcio. Speranski era omnipotente y el Consejo encargado de revisar dicho proyecto no quería entrar en conflicto con él. Es hasta que se acaba la influencia de Napoleón cuando nombran a Speranski gobernador de Siberia y abandona el proyecto en su parte tercera y se vuelve a los principios de la legislación rusa en vigor. Posteriormente Speranski recobra el favor del zar y reanuda su labor que definitivamente dio como resultado final el Código de 1832: recopilación completa de todas las leyes promulgadas en Rusia y el ordenamiento sistemático de ellas en una segunda recopilación.

Como ya es habitual en este manual, realizamos una serie de observaciones con el fin de clarificar y no llevar a malos entendidos al lector. En este sentido, comentamos que no abordaremos el itinerario por los distintos zares que se sucedieron desde que acaba la conquista Mongola (Iván III El Grande, Iván IV El terrible, Los Romanov destacando a Pedro El Grande, Catalina La Grande, Alejandro I, Alejandro II, Alejandro III, Nicolás II y Nicolás III), es decir, la enumeración o sucesión de los mismos y su proyección jurídica y/o política, por excederse de las pretensiones u objeto del presente manual; pero ello no obsta para remarcar la trascendencia que marcó en el desencadenamiento, por ejemplo, de la Revolución bolchevique de 1917.

Tenemos en este estadio un derecho ruso que ha tenido varios perfiles caracterizadores que lo aproximan al derecho romano: 1) influencia del derecho canónico y de la Iglesia (Bizancio es el desarrollo del derecho romano de Justiniano), con una apropiación de conceptos y terminología romana; 2) el derecho canónico ruso absorbió el derecho laico ruso (*Russkaya Pravda*); 3) influencia de los vecinos occidentales: Polonia, Alemania y Suecia.

De estas últimas consideraciones podemos extraer, fácilmente, que si en la actualidad hablamos de una neorromanización de los sistemas socialistas, nos referimos, precisamente, a la influencia e importancia que ha tenido desde sus orígenes más remotos, el contacto y el gusto por la Europa occidental y de ahí la importancia, e insistimos en ello, del estudio de la tradición jurídica de un determinado sistema jurídico para poder vislumbrar el porqué de su proceder en la actualidad.

2. Derecho soviético

A. Historia del derecho de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

Estamos en un momento en el que la siguiente etapa, es decir, la Rusia soviética ha recibido una serie de influencias que se han ido sucediendo desde sus orígenes detonando una serie de características realmente particulares y duraderas. Estos rasgos o características las podemos concretar, siguiendo de nuevo a Margadant, en los siguientes:

- a) Estamos ante una población poliétnica;
- b) La costumbre a obedecer a poderes autocráticos (nobleza vikinga, lugartenientes mongólicos, las autoridades eclesiásticas, la jerarquía zarista);
- c) Un cierto distanciamiento de Europa occidental.

Después de haber trazado una línea, realmente general, acerca de la tradición del derecho ruso antiguo, de los príncipes de Kiev, debemos ver cuál era la originalidad de ese derecho en 1917, en el derecho soviético, con la revolución bolchevique, y ello en relación con los otros sistemas de derecho de Europa para plantearnos, si así se pudiera, la medida en que el derecho de la URSS se mantuvo de una manera u otra, de buen grado o a pesar de los esfuerzos de los dirigentes, influido por la tradición jurídica de la antigua Rusia de los zares.

Así las cosas, debemos avanzar y ver qué ocurre en dicha tradición jurídica tras el proceso de la revolución bolchevique. Al principio de este capítulo insistíamos en la idea de que la irradiación de las diferentes ideologías que se van propagando en una determinada sociedad, son detonantes para un cambio radical y en este sistema jurídico socialista, y concretamente en el contexto de la Rusia de los zares se da con contundencia estos cambios. De esta manera, tenemos que expresar que antes incluso de la propagación de la doctrina marxista, base ideológica de la revolución bolchevique —y que dígame de pase se realizó en un país preindustrial, agrario y, en definitiva, una Rusia caótica; todo lo contrario que representa la Inglaterra de la revolución industrial, marco en el que se instituyó o previó el concepto marxismo—, teníamos en Rusia un anhelo por la desaparición del derecho y el establecimiento de una sociedad basada en la caridad cristiana y el amor. Esta situación de la tradición jurídica rusa es importante a la hora de estu-

diar el derecho soviético, es decir, el derecho que surge tras la mencionada Revolución. No se debe hacer, tal y como señala René David: “abstracción de la situación en que los bolcheviques encontraron en 1917 al derecho ruso. Rusia, país de héroes y de santos, jamás había sido un país de legisladores y de juristas; para el pueblo ruso en general, la unidad del Imperio, aún en 1917, no era esencialmente de orden político y jurídico como lo era en Occidente, era más bien una unidad de orden moral y religioso”.

Tras la ya muchas veces mencionada Revolución bolchevique de 1917, no se dio, al contrario de lo que se pudiera pensar, un rechazo al derecho zarista en su totalidad. Si bien es cierto que el derecho ruso anterior a la Revolución se consideraba como un medio para oprimir al pueblo por la clase dirigente, la tradición rusa podía, incluso, conservar valor en la medida en que permita reglas que parezcan justas al pueblo ruso, con un orden social, moral; es decir, no se deroga en bloque la tradición rusa sino la influencia de los juristas rusos. Insistimos, no todo el derecho anterior a la Revolución de octubre de 1917 fue abrogado en bloque sino sólo aquellas normas que podían oponer un obstáculo a la realización de la justicia tal como era concebida por el nuevo régimen. Así, el decreto del 27 de noviembre de 1917 dispuso, en su artículo 50., que las leyes de los gobiernos depuestos, es decir, las leyes anteriores al 7 de noviembre de 1917, no conservarían valor sino bajo una doble condición: 1) que no hubieran sido derogadas por la Revolución; y 2) que no fuesen contrarias a la conciencia y al sentimiento revolucionario de la justicia. Los nuevos tribunales se constituían con un juez permanente y dos asesores no permanentes, los cuales no necesariamente tenían que ser abogados. Las resoluciones eran pronunciadas según su *conciencia revolucionaria*.

Sólo a partir de la nueva etapa concebida por los bolcheviques, a partir prácticamente de la ley sobre tribunales populares del 30 de noviembre de 1918, cuando se deroga en bloque el denominado derecho antiguo, prolifera una abundante legislación que propicia que el derecho de la época zarista quede abolido en su totalidad. No obstante, insistimos que la tradición *per se* queda presente, rechazando categóricamente la influencia de los juristas rusos. La razón marxista para la ruptura entre el derecho antiguo y el derecho soviético, es que el antiguo derecho era un instrumento al servicio de los zares autócratas, de la nobleza y de la burguesía, destinado a asentar y reforzar la preponderancia de las clases privilegiadas; en cambio, el derecho soviético viene a ser un instrumento destinado a establecer y consagrar el reinado de las masas y además, este derecho soviético, está al servicio de la dictadura del proletariado, uno de los principales postulados socialistas. Todos estos cambios, de gran magnitud, impiden asumir el derecho antiguo.

No obstante, debemos siempre reiterar que se abandonan soluciones de derecho ruso pero se acogen conceptos y términos del derecho ruso, pero considerados según una nueva perspectiva, a veces con una analogía formal tan sólo con respecto a los conceptos anteriores.

En esta evolución del derecho soviético tenemos que marcar una serie de etapas necesarias para la consolidación de una comunidad socialista y el paso al último estadio que es una sociedad comunista. Fueron, en el marco de la URSS, setenta y cuatro años de sistema soviético tras el fracaso zarista con la política internacional, el progreso social y la economía. Los acontecimientos que fueron detonando dicha Revolución fueron, principalmente:

- 1) La derrota frente a Japón en 1904.
- 2) La derrota frente a Alemania y Austria en la I Guerra Mundial, 1914.
- 3) Estalla la Revolución en marzo de 1917, el zar abdica.
- 4) Se organizan los soviets (consejos) de trabajadores.
- 5) Lenin regresa en abril de 1917 y Leon Trotsky proporciona ayuda militar.
- 6) En noviembre de 1917, Lenin y Trotsky derrotan al gobierno provisional de Kerensky e imperan los bolcheviques (radicales) sobre los mencheviques (moderados).

Ante el panorama descrito no hay más que comenzar a elaborar una serie de etapas que vayan conduciendo, precisamente, a una sociedad marcada por los principales postulados socialistas.

Así, en 1918 se promulga la primera Constitución soviética —15 de noviembre de 1917 “Declaración de los Derechos de los Pueblos de Rusia” y se adoptó por Decreto del 10 de julio de 1918— que se considera el primer acto constitucional formal en el que se afirmaban algunos de los principios fundamentales del nuevo ordenamiento, primer Estado llamado marxista y en donde destacamos, asimismo, cómo el nuevo régimen celebró con Alemania el famoso Tratado de Paz de Brest-Litovsk, bajo condiciones realmente duras para Rusia, de manera que los nuevos dirigentes tuvieron ahora las manos libres para defenderse contra sus muy fuertes enemigos interiores: “rusos blancos”, ayudados por los poderes occidentales y Japón. Esta Guerra Civil se prolongó hasta 1921 y obligó a Lenin a instaurar un

régimen de terror, en el que uno de sus efectos fue el sabotaje en gran escala y la terrible hambruna de 1921. En este periodo, se dictan las denominadas Normas emocionales (1917-1921) en las que se dan intentos de suprimir el dinero mediante la prohibición del comercio privado; la separación entre Iglesia y Estado —ateísmo oficial—; y se hace muy fuerte la policía, denominada cheka.

En 1921-1928 surge la Nueva Política Económica con un giro importante con respecto a la etapa anterior, en donde se propicia una “economía más capitalista” con pequeñas concesiones a la iniciativa privada aunque el Estado tiene el poder de tomar las supremas decisiones.

Lenin muere en 1924, víctima de una parálisis, circunstancia que aprovecha Stalin y en la que Trotsky se ve obligado a ir al exilio en 1929 a México, en donde muere asesinado en 1940.

En 1924, se realiza la segunda Constitución soviética, una Constitución Federal que recalca las opciones institucionales de la Constitución de 1918 y que estableció claramente las relaciones entre las diversas Repúblicas Soviéticas —entre las cuales destaca Rusia—; todavía son códigos romano-germánicos hasta 1928 con ideales de colectivizar la agricultura e industria. Destacamos, que en esta segunda fase del stalinismo la legalidad era la última de las preocupaciones de los líderes soviéticos.

Digamos que la estabilización del nuevo régimen condujo a la superación de los anteriores instrumentos constitucionales y al establecimiento de una nueva Constitución el 5 de diciembre de 1936. Así, en 1936 se elabora la tercera Constitución soviética, la denominada Constitución de Stalin, como un paso más hacia la consecución de una sociedad comunista en donde el derecho no tenga razón de ser y se conviva con reglas morales. Con esta Constitución se percibe que la transformación en comunidad socialistas era un hecho y debían comenzar una nueva Constitución que guiaría del socialismo al comunismo. De hecho, el texto constitucional debía trazar un balance de las modificaciones sociales, económicas y políticas realizadas en los primeros años de la dictadura proletaria. Los rasgos que marcan esta Constitución son: 1. no división de poderes, pero todavía sin desaparecer el derecho; 2. la URSS se transformó favorablemente; 3. legislación federal y cada entidad federativa sus propios derechos y códigos.

La Constitución de 1936 constituyó una racionalización de las estructuras estatales favoreciendo el reforzamiento del aparato de gobierno; se eliminó el Congreso de los *Soviet* de la URSS y se conformó un órgano parlamentario bicameral, denominado *Soviet* supremo, dotado de un *Presidium* que ejercía, habitualmente, las funciones del *Soviet* supremo con la ratificación sucesiva de este último.

Durante la Segunda Guerra Mundial, la URSS sufre un retroceso en dicho proceso. En 1953 muere Stalin y la evolución hacia esa sociedad comunista dista desde entonces, mucho de su consecución, amén de cuestiones de geopolítica, que no son objeto de este trabajo.

A Stalin le sucede Malenkov y posteriormente Krushev y Breznev y es ahí cuando comienza el periodo del “deshielo”, incluso con una cuarta y última Constitución soviética, la de 1977. De hecho, la consolidación del régimen socialista en el nivel interno e internacional llevó a considerar superada la Constitución de 1936 y a adoptar una nueva, como acabamos de anunciar, el 7 de octubre de 1977.

Desde el XXI Congreso del Partido, en 1959, Krushev planteó la oportunidad de revisar la Constitución y, en 1961, la aprobación del tercer programa del partido en la XXII Congreso conllevó la tesis de la superación de la fase de la dictadura y la consolidación de la nueva fórmula del “Estado de todo el pueblo”. A Krushev le siguió el nuevo secretario general, Brezhnev, quien entró en diciembre de 1964 en la Comisión preparatoria como presidente de la misma. En ese momento, estábamos ya ante una etapa que daría paso, en un futuro no muy lejano, a la etapa de la *Glasnost* o política de la transparencia y ésta a su vez, a la Perestroika, con un líder a la cabeza, Gorbachov desde 1983.

La llegada de Gorbachov al puesto de secretario del Partido Comunista de la URSS en 1985, dio paso a un “deshielo” definitivo en donde se repudiaban abiertamente los aspectos más deplorables de la política de Stalin.

En 1991, cae definitivamente el bloque socialista ante la sinergia entre Gorbachov y Yeltsin y así se disuelve la Unión Soviética y su dispersión en 15 Estados independientes más Rusia. Hablamos de la eliminación de la planificación económica, del restablecimiento de la propiedad privada, la privatización de la economía estatal soviética, entre otras cuestiones de vital importancia.

Rusia o la Federación Rusa es un país que ocupa, prácticamente, el 76% de la antigua URSS con las más importantes regiones económicas y la mayor parte de sus recursos militares y nucleares, además de la mitad de su población, de ahí que se exprese con cierta frecuencia que la Federación Rusa es la heredera para la comunidad internacional de la extinta URSS, pasando incluso a tomar el asiento que le correspondía ante Naciones Unidas.

En 1993 se promulga la Constitución de la Federación Rusa o Rusia, en donde los rasgos de una neorromanización son más que evidentes, constatándose la idea que el estudio de la tradición, la historia, da pauta o evidencia que es importante conocer los orígenes para comprender la actualidad y su proyección.

Por otra parte, hay que expresar que en la actualidad una extensión como la de la actual Rusia comprende dieciséis Repúblicas en 22.000.000 km², hablamos de la Confederación de Estados Independientes (CEI) con quince Repúblicas y una extensión de 5.000.000 km² y la Federación Rusa o Rusia con 17.000.000 km². Ello es importante manifestarlo porque no sólo es la extensión que ocupa sino la variedad de lenguas, religiones y concepciones, en definitiva, diferentes. En resumidas cuentas, estamos ante una nueva Rusia con una superficie de unas tres cuartas partes de la ex URSS, con 145 millones de habitantes, una Rusia poliétnica, pluricultural por ser, entre otras cosas, el país más extenso del mundo. Su estructura federal es compleja y su economía se encuentra en vías de desarrollo en donde la privatización es la regla general. Así lo veremos en el apartado correspondiente a la actual Federación Rusa o Rusia.

B. Filosofía común

Siguiendo la unidad cultural, en este momento tocaría formular los rasgos que destacan de los valores o filosofía común que enmarca a un determinado sistema jurídico.

Adelantábamos que en esta familia jurídica es aún más sobresaliente el rasgo filosófico porque es parte toral para la comprensión y evolución del socialismo. Con la base ideológica marxista-leninista se pretende construir una sociedad nueva, un derecho nuevo por su función social. El marxismo aspira a renovar completamente los elementos de dicha civilización, de hecho su objetivo final es simple: en oposición a las doctrinas fundadas en la desigualdad de los hombres, se persigue una sociedad donde llegue totalmente a su fin la explotación del hombre por el hombre, en la cual reine el principio: “De cada uno según sus posibilidades, a cada uno según sus necesidades”. De hecho, el marxismo cree que es posible, renovando las bases económicas de la sociedad y eliminando la apropiación privada de los medios de producción. Existe, digamos, un filosofía oficial, derivada de los escritos de Marx y de Engels, de Lenin y de Stalin en la URSS que tiende a dirigir la actividad del legislador, del juzgador, etcétera. El denominado estricto dirigismo dará curso al desarrollo y éxito de una filosofía de estas características. Stalin llegó a expresar que:

Es necesario admitir como un axioma, que cuanto más elevado sea el nivel político y la conciencia marxista-leninista de los trabajadores en cualquier rama de la actividad del gobierno o del partido, tanto más importante y fecundo será su trabajo y más efectivos sus resultados; y a la inversa, cuanto menos ele-

vado sea el nivel político y la conciencia marxista-leninista de los trabajadores, más habrán de temerse las derrotas y tropiezos en su trabajo [...]

Quizá la pregunta pertinente que sigue sería ¿cómo se fueron dando las pautas para instaurar en un país subdesarrollado, como fue el caso de la Rusia zarista y su heredera, la URSS, para instaurarse un movimiento, ideado por Marx y Engels, ubicado e ideado para un país industrializado y por tanto desarrollado? ¿Quizá sea éste uno de los motivos que propició que después de 74 años de intento de consolidación de un Estado comunista en la URSS, éste no culminara exitosamente? Estas preguntas son de gran trascendencia y su respuesta, aún sin contenido puntual, lo es más.

Karl Marx, nació el 5 de marzo de 1818 en Tréveris, Alemania, de familia acomodada. Su padre, abogado israelita. Marx estudió derecho, historia, filosofía y economía, pero ninguna de estas carreras universitarias finalizó ya que fue expulsado, sistemáticamente, de diferentes Universidades, tales como Francia, Bélgica y Alemania, por manifestar de manera realmente abierta su pensamiento, hasta terminar en Inglaterra.

Siempre estuvo atraído por la política y así en 1842 fundó el periódico la Gaceta Renana, como púlpito donde manifestar sus ideales revolucionarios. En 1847 asistió en Inglaterra al II Congreso de la Liga Comunista y a petición de este Congreso escribió junto con Engels, el célebre Manifiesto Comunista, publicado en febrero de 1848.

En 1852 se disuelve la Liga de los Comunistas y a iniciativa de Marx se crea en Londres, septiembre de 1864, la Primera Internacional, la Asociación Internacional de los Trabajadores.

Marx murió en Londres el 14 de marzo de 1883 y dejó un gran legado en materia económica y filosófica.

Junto al nombre de Marx va en paralelo el nombre de Friedrich Engels quien nació en Barmen, en la Prusia renana, en 1820, igualmente pertenecía a una familia acomodada, e interesado, desde temprana edad, en los problemas sociales, en donde tomó contacto con el proletariado en Manchester, Inglaterra. Él profesó la dialéctica de Hegel y de ahí su convencimiento de que el desarrollo histórico inevitable conduciría a la liberación del proletariado. En 1844 conoció a Marx y comenzó su colaboración con él en donde tuvo una importancia vital la redacción en común del Manifiesto Comunista en 1848. A partir de entonces la comunicación fue constante y de ahí la elaboración en común de las doctrinas que engloban el socialismo científico. Después de la muerte de Marx, Engels publicó, basado en el manuscrito dejado por Marx, los tomos II y III del Capital. Engels murió en Londres en 1895.

Definitivamente el punto de partida de la filosofía marxista es, tal y como mencionamos, la dialéctica hegeliana. La dialéctica es la ciencia de las leyes generales del movimiento, tanto del mundo exterior como del pensamiento humano. La consecuencia última de esta teoría filosófica es que no hay nada definitivo, nada absoluto, nada sagrado ante la filosofía dialéctica, ella muestra la caducidad de todas las cosas; nada existe para ella fuera del proceso ininterrumpido de devenir y transición, de ascensión sin fin de lo inferior a lo superior; de hecho, la teoría de Hegel se relaciona con las teorías evolucionistas de Charles Darwin, tratando de explicar que la sociedad, partiendo de la barbarie primitiva, se encamina hacia una fase final en la cual florecerá la civilización humana, una especie de edad de oro que constituirá la coronación de los esfuerzos seculares y aún milenarios de la humanidad. De esta manera, Marx y Engels describieron que las diferentes etapas por las cuales debe pasar la sociedad, a partir de la mencionada barbarie primitiva, pasan por la civilización de cazadores y pescadores dando lugar a civilizaciones pastoriles, luego a la de labriegos, después, durante el régimen feudal estableciéndose sobre las ruinas de la tribuna, posteriormente el régimen burgués, reemplazando al mencionado régimen feudal y no temen al predecir que la última fase del desarrollo de la sociedad será la fase del comunismo, en donde reinará el ya citado principio moral: “De cada uno según sus posibilidades, a cada uno según sus necesidades”. En todo ello hay que expresar que una fase sigue a la otra debido a la diversidad de clases y justamente en el momento que haya una sola clase, una sociedad sin clases, se llegará al culmen del comunismo. Obviamente la dialéctica hegeliana no es exactamente esta proyección ideada por Marx y Engels, es más, hay manifestaciones en las que se expresa que se encuentra en las antípodas de Hegel, cuando se trata de explicar el porqué de la evolución del género humano, echando abajo la doctrina de Hegel al afirmar uno de los dogmas fundamentales del marxismo: el materialismo histórico, y lo esencial de la filosofía marxista es precisamente este materialismo histórico, es decir, la concepción según la cual todas las instituciones, las creencias y la conducta de los hombres están determinados por las condiciones de su vida material, por la “infraestructura económica” de la sociedad. Las creencias y conductas de los hombres están determinadas por las condiciones de vida material.

Así las cosas, entre los principales postulados sociales destacamos los siguientes:

- 1) Base ideológica. Constituciones socialistas definen estructuras tales como:

- a) Socio-económicas en donde la “socialización de los medios de producción” son la base de toda la sociedad;
- b) Ideología socialista fundada en el marxismo con una base económica en donde aparece la “infraestructura” (elementos tecnológicos y jurídicos) y una “superestructura” (instituciones políticas);
- c) Lucha de clases en donde destacamos el Manifiesto Comunista de Marx y Engels de 1848 en donde se declara que “la historia de toda la sociedad hasta nuestros días, no ha sido más que la historia de la lucha de clases”;
- d) Socialización de los medios de producción como base de la liberación del hombre;
- e) Evolución del Estado y del poder político: en una primera etapa el Estado visto como instrumento de la dominación (una primera fase de dominio al servicio burgués); en una segunda etapa el Estado visto como instrumento de construcción del socialismo (en donde los obreros dominen el Estado a través de la denominada “dictadura del proletariado”); una tercera etapa donde se produzca una extinción del Estado en donde se regule éste con reglas de urbanidad; un cuarto estadio en donde las Instituciones de la dictadura socialista tomaran el pulso y el paso de dicha sociedad. Destacamos como Instituciones: 1. Dictadura revolucionaria concebida como un régimen autoritario que no se basa en la herencia monárquica y que además sería: una dictadura provisional; dictadura fruto de una mayoría; dictadura educativa y una dictadura con un fin que es liberar al hombre; 2. Partido único que agrupa a los ciudadanos con una misma ideología y objetivos políticos (también a sindicatos, asociaciones, artistas, etcétera); 3. Marco constitucional con sufragio universal, combinan el marco constitucional liberal y la dictadura de un partido único; 4. Elecciones Plesbicitarias. Sufragio universal con un sólo candidato.

Tal y como expresa René David, hay una clara concepción que en la fase final del género humano, la del comunismo, una producción bien organizada permitirá satisfacer las necesidades legítimas de todos. Cada uno trabajando según sus posibilidades recibirá de acuerdo con sus necesidades. Liberados del miedo, la necesidad y la miseria, los hombres no conocerán

el egoísmo con todos los vicios que engendra. El derecho se tornará inútil, porque la compulsión dejará de tener objeto; se extinguirá por sí mismo. Igual cosa sucederá con el Estado, que a los ojos de Marx y de Engels no son más que un aparato de coacción. Un plan bien concebido de producción y de repartición de las riquezas se ejecutará casi automáticamente: “el gobierno de los hombres dará paso a la administración de las cosas”.

C. Fuentes del derecho

A continuación tiene cabida el tercer elemento descriptivo de la unidad cultural, es decir, las fuentes del derecho.

Ya hemos avanzado al tratar la tradición del derecho ruso, cuál había sido la escasa evolución del marco normativo ruso y el retraso considerable que tenía con respecto al resto del mundo. Apenas había una recopilación de derecho consuetudinario, la *Russkaya Pravda*, derecho laico a través de los Nomocánones que posteriormente cambian de nomenclatura al constituirse como código general mongol, la *Kormtchaya*, y de ahí al Código de 1649 y el Código de 1832, en donde se seguía utilizando el derecho escrito destinado a las clases más privilegiadas y el derecho consuetudinario para la clase campesina, e incluso sentenciando sobre normas que no existían o que ya estaban derogadas, abusando, una vez más, de la ignorancia del pueblo y la prepotencia de la clase privilegiada.

En relación con el orden de prelación de las fuentes del derecho ruso podemos destacar, sin miedo a equivocarnos, que la ley, con todas sus precariedades, constituyó la fuente primordial del derecho ruso.

Ante tal panorama, tenemos que avanzar en el tiempo y así ante una falta de avance del derecho ruso, tenemos que una fuente del derecho soviético, en sentido lato, es la mencionada “dictadura del proletariado”, expresión de la voluntad de los trabajadores fundada sobre los principios del socialismo y la colectivización de los medios de producción.

Cuando comenzamos el estudio de las fuentes del derecho soviético, llamaba la atención el énfasis que se pone sobre la ley como fuente del derecho. Así, podemos expresar que la URSS era un país de derecho escrito con la ley en la cúspide de su prelación; de manera paralela a la afirmación de primar el derecho escrito debemos aclarar que hay una variedad de aspectos que puede revestir dicho derecho escrito soviético. Así, las disposiciones generales, votadas por el Soviet supremo son las que constituyen las únicas leyes en el sentido estricto de la palabra, todo ello agregado a la circunstancia de que no existe la división de poderes de Montesquieu (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y sí una unidad de poderes reunidos por la

“dictadura del proletariado”, quedando claramente comprobado que difícilmente otro tipo de leyes, por ejemplo las emitidas a través del gobierno, pueden tener un lugar en el derecho soviético.

Resumiendo, la idea es que las disposiciones dictadas por las autoridades que tienen poder, el Soviet supremo calificado por la Constitución de “órgano supremo del poder del Estado”, será la fuente principal; de hecho, es difícil que existan fuentes distintas de la ley y así el papel reconocido a la costumbre y a la equidad es realmente restringido.

Por otra parte, para reforzar esta idea del papel protagonista y casi exclusivo de la ley debemos retomar la idea del estricto dirigismo soviético y de acuerdo con el rigor del marxismo, ni la costumbre, ni la jurisprudencia son apropiadas para constituir la sociedad socialista, luego comunista, que constituye el ideal de los dirigentes. Otra cuestión diferente es el papel que cumple en el derecho soviético la doctrina, cuestión que abordaremos en las líneas siguientes.

La economía soviética estaba planificada con base en la ley y por una serie de reglamentaciones administrativas que dan cobertura a la consecución del comunismo. La ley se consideraba como la fuente principal del derecho soviético, entendida como medio de creación del derecho y sobre todo medio para los cambios rápidos y revolucionarios, una cuestión que difiere con respecto a la concepción de la ley en el sistema romano-germánico, en donde ésta es modo de expresión de las reglas de derecho y no un medio para los cambios rápidos.

En definitiva, en la ex URSS se reconocía la necesidad imperiosa de la ley y se insiste en su carácter moral y en la necesidad de respetarla en forma estricta, así, cumplir con los dictados de la ley soviética es participar en la realización del socialismo y cooperar con el éxito de la política soviética. Para poder vigilar esta misión de la ley en el derecho soviético, tenemos una institución particular que es la *Prokuratura* como guardiana de la legalidad socialista cuya función es la de velar siempre y en todas partes por el cumplimiento de las leyes y actuar para imponer este cumplimiento.

Fuera de la Constitución, la palabra ley (*zakon*) debe, apegado a derecho, reservarse estrictamente para las leyes votadas por los Soviets supremos de la URSS, de las Repúblicas Socialistas Soviéticas o de las Repúblicas Autónomas, leyes que tenían un número muy restringido. Dentro de las leyes no evitamos la ocasión para destacar la importancia de los Planes Quinquenales que regulaban la vida económica de la URSS y a los cuales se les dio mucha publicidad pero con un retardo importante, de ahí que se dude la efectividad y transparencia de los mismos.

Aprovechar, asimismo, la ocasión para expresar que persistieron códigos, dada la influencia de la Europa occidental, y de ellos destacamos que, siguiendo una tradición rusa, los artículos son seguidos frecuentemente por “notas” que tenían fuerza de ley como los mismos artículos, este procedimiento de las “notas” fue empleado con frecuencia en los códigos soviéticos.

En la Constitución de Stalin de 1936 se previó la promulgación, por las autoridades federales, de principios generales del derecho, que no Códigos. En un principio los principios generales del derecho tenían un valor en defecto de Códigos, no obstante, la filosofía o ideología socialista esperaba la anulación del derecho y por lo tanto no tenía sentido dar importancia a dichos principios generales del derecho, no obstante, era necesario guiar a los jueces en los principios de la justicia socialista. Por otra parte, conforme a la mencionada Constitución, el presidium del soviet supremo estaba facultado para dictar decretos e interpretar oficialmente las leyes en vigor. Otra fuente del derecho se constituía por las ordenanzas y reglamento del Consejo de Ministros, medidas que debían ser tomadas dentro de los límites de las leyes para su cumplimiento.

En otro orden de ideas, el Estado era el encargado de dirigir la producción jurídica y de esta manera se vio reforzada y asegurada la primacía de la ley. En lo que se refiere a la jurisprudencia tenemos que expresar que éstas son publicadas excepcionalmente y cuando presentan una dificultad se acude a una ordenanza o directiva que indica a los jueces cómo debe ser interpretado en el futuro el texto legal, el juez interpreta, a veces con el apoyo mencionado, la ley pero no crea derecho; de esta manera la voluntad de los dirigentes siempre se verá proyectado a través, en definitiva, de una ley, ordenanza o directiva emitida por el Soviet supremo. Las sentencias de los tribunales soviéticos no estaban redactadas bajo la forma de considerandos, hay un esfuerzo por su brevedad y siempre, dado que el juez no es independiente, todo le era revisado desde el gobierno. El juez no podía negarse a juzgar bajo pretexto de silencio, insuficiencia y oscuridad de la ley; el juez, en caso de silencio de la ley, era llamado a juzgar de acuerdo con su sentimiento socialista de la justicia, tomando en consideración la política del gobierno y el interés del proletariado. Para este efecto, se servía de diferentes documentos tales como el programa del partido comunista, los escritos de Marx y Engels, Lenin, Stalin, entre los más destacados jefes del gobierno bolchevique. Como vemos el papel de la jurisprudencia era muy restringido y dichos repertorios de fallos, realmente escasos, se encontraban únicamente en ediciones oficiales, publicadas por el Estado, ya que no existían editoriales privadas. A todo ello, agregamos que los jueces soviéticos eran jueces electivos que podían ser no juristas y que en todo caso estaban

asistidos por asesores populares legos. Todo lo reflejado en estas líneas da pauta para pensar que las condiciones planteadas se prestaban mal para que a la jurisprudencia se le pudiera atribuir un papel importante.

Destacamos por su pertinencia, en este momento, que las ordenanzas o instrucciones de la Corte Suprema de la URSS cobraron una gran importancia, y así lo manifiesta René David. Como ejemplo de ello tenemos cómo a través de una ordenanza, Ordenanza núm. 32 del 10 de febrero de 1931, se regló, en cinco artículos, todo el problema de los conflictos entre las leyes de las Repúblicas Socialistas Soviéticas. Esta labor de interpretación de las leyes, conforme pasó el tiempo, se limitó a ciertos organismos. Cuando la corte Suprema de la URSS, en el curso de su actividad, revocaba un fallo y observaba una errónea interpretación del derecho, se expedía una directiva dirigida a todas las jurisdicciones soviéticas, en la cual se prescribía la conducta a seguir y la norma a aplicar en caso de presentarse nuevamente el problema que motivó su intervención; de esta manera, dicha directiva era obligatoria, en el futuro, para los jueces soviéticos.

Por lo que se refiere a la doctrina, en la URSS no era considerada como fuente formal del derecho pero sí fuente sustancial. La doctrina tenía asignada la tarea de redactar manuales para estudiantes y folletos para jueces, fundamentalmente, explicando la belleza de las leyes. Igualmente destacamos que dentro de la doctrina debe reservarse un lugar especial a los autores no juristas o principalmente no juristas que han expuesto la doctrina marxista; dichas obras se encuentran en la base misma del Estado y del derecho soviético.

Por último, para darle seguimiento a todas y cada una de las fuentes del derecho, tenemos que insistir en la idea de que la costumbre en el derecho soviético tiene un papel muy limitado, al contrario de lo que supuso para la época zarista, y no cabe hablar de derecho consuetudinario; no olvidemos que la costumbre se ligaba a las costumbres del derecho ruso y relacionadas, a su vez, con el régimen feudal.

Ante esta afirmación, papel limitado de la costumbre, que asumimos con plenitud, nos encontramos con un sector doctrinal que expresa lo contrario, nos referimos a Consuelo Sirvent, es decir, considera a la costumbre como la siguiente fuente importante del derecho —después de la ley— al ser reconocida como fuente del derecho en la ley de comercio internacional, en la ley de comercio nacional y la ley del comercio marítimo de la URSS, no obstante, en un segundo momento, Sirvent, marca, posicionándose ahora sí con la doctrina mayoritaria al respecto: “La actitud del derecho socialista hacia la costumbre como fuente del derecho fue ambivalente” y ésta es

la posición que marca, precisamente, el papel de la costumbre en un derecho socialista como es el soviético.

La idea que permeaba toda esta estructura de las fuentes del derecho soviético era realizar una legislación nueva, controlada y dirigida, que iba paralela incluso con los periodos que mencionábamos en la tradición o historia del derecho soviético, desde la primera Constitución soviética de 1918, pasando por la de 1924, 1936 y hasta la de 1977. Todo ello tenía una idea primigenia que era crear un nuevo orden constitucional que diera pauta al rompimiento de los esquemas hasta ese momento existentes y que se fuera adaptando al desarrollo del país en su tránsito hacia una sociedad comunita, donde el Estado y el orden jurídico debían desaparecer; una postura sumamente polémica entre los pioneros de la doctrina jurídica soviética.

Otra cuestión que dista sustancialmente de las fuentes del derecho y su orden de prelación mencionado es la cobertura que da el régimen soviético a la unidad de poderes, en contraposición con la división de poderes instaurada en Occidente a través de Montesquieu. En el derecho soviético se habla de no división de poderes y sí de unidad de poderes ubicada en el soviét supremo, en donde se recogen los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. No olvidemos que la división de poderes era concebida como una invención que permite esconder a los verdaderos detentadores del poder, es decir, a los capitalistas. Así las cosas, los Estados socialistas sólo conocen de la unidad del poder que reside en los trabajadores, guiados por su vanguardia, el partido comunista.

3. Derecho de la Federación Rusa

A. Historia de la Federación Rusa o Rusia

Con la caída del bloque socialista y la extinción de la URSS, motivadas por la política de reformas que se realizaron, fundamentalmente ente 1985 y 1991, año de la caída definitiva de la URSS, a través de la *perestroika* y la *glasnost*, se desemboca en una propuesta o ideario de reformas expuestas por Gorbachov en la XIX Reunión del Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS) celebrada en 1988. Tal y como expresa Manuel Becerra, conceptos como división de poderes, estado de derecho, separación del PCUS de la función estatal, multipartidismo, etcétera, que antes no se aceptaban, en ese momento se consideraron como legado de la humanidad y pasaron a formar parte del lenguaje soviético.

Así las cosas, tenemos un desenlace final que todos conocemos y es que se extingue la URSS y Rusia o la Federación Rusa es la sucesora de la Unión Soviética desde el punto de vista jurídico internacional, y también desde el punto de vista cultural, político e histórico. Continúa Becerra expresando que Rusia aparece en la vida internacional como un país independiente, aplicando una política económica neoliberal en un marco jurídico constitucional heredado de los soviéticos.

En 1992 se presenta un proyecto constitucional, el cual no es aceptado por el Congreso de Diputados Populares, pero que culmina con un proyecto más avanzado que da lugar a la Constitución rusa de 1993, previa consulta vía referéndum a la población rusa sobre la necesidad de adoptar una nueva Constitución. La Constitución de 1993 es el producto de una profunda crisis política que puso a Rusia al borde de la guerra civil. El 12 de diciembre de 1993 el proyecto constitucional del presidente Yeltsin fue sometido a una consulta popular que dio como resultado que la Constitución se adoptara por un breve margen de votación.

La Constitución rusa está compuesta por 2 partes, 9 capítulos, 137 artículos y 9 puntos transitorios.

Entre sus características principales destacamos las siguientes:

- 1) Se rechazan los valores soviéticos y ello lo vemos al destacar de su articulado que el Estado ruso es un Estado soberano, de derecho, democrático, federal y social.
- 2) Se manifiesta un intento por pertenecer al constitucionalismo occidental, tratando de ajustarse a los valores políticos y de democracia de los países a los que antes recusaba.
- 3) Se reconoce y protege la propiedad privada y los medios de producción.
- 4) Se reconoce como un Estado social, considerando como el más alto valor al hombre, sus derechos y libertades.
- 5) Se considera como pueblo multinacional.
- 6) Se reconoce como un Estado laico.
- 7) Se establece un catálogo de derechos humanos.

Pareciera desde su Preámbulo que la Constitución de la Federación Rusa de 1993, tuviera la idea de regreso a sus orígenes pero también rescatamos de la lectura de dicha Constitución que lo que pretende es perfilar la idea de regreso al seno de la comunidad internacional, al expresar que Rusia es “parte de la comunidad internacional”, de hecho, regresa la Federación Rusa o Rusia como heredera de la silla que la URSS detentaba frente a Naciones Unidas. Otra cuestión que merece la pena reflejar para que pueda contribuir a la reflexión es que se mantiene latente la cuestión del regreso a sus orígenes “pseudo-occidentales”. Recordemos cuando comenzamos el itinerario por la tradición del derecho ruso, el derecho de la Rusia antigua, expresábamos ese gusto desmesurado por todo lo que representaba Occidente hasta el punto de considerarse como la heredera de Roma a la caída del Imperio Romano y ni que decir tiene la compilación dirigida por Speranski en donde se proyectó o plagió el Código napoleónico.

Con esta nueva Constitución rusa —denominada Constitución de Yeltsin—, a lo largo de su articulado, podemos ver una constante al desdeñar todo aquello que representó, en su momento, abusos manejados a la hora de proyectar el socialismo soviético. Algunos ejemplos muy denotativos de dichas arbitrariedades los encontramos al reivindicar la no pérdida de la nacionalidad rusa por motivos políticos, así véase el actual artículo 6o., fracción 3, que expresa que: “al ciudadano de la Federación Rusa no se le puede privar de su ciudadanía o de su derecho a modificarla”; el giro que toma la propiedad privada hasta el grado de constituir una garantía individual, artículo 35: “el derecho a la propiedad privada se garantiza por la ley”; la negación de una ideología oficial, estipulada en su artículo 13, fracción 2, “Ninguna ideología puede establecerse en calidad de estatal u obligatoria”; el Partido Comunista ya no será partido oficial, artículo 13, fracción 3, “En la Federación Rusa se reconoce el pluralismo político y el pluripartidismo” y, por último, el respeto por el estado de derecho ante violaciones palpables en la aplicación de leyes en la URSS, leyes que incluso no habían sido publicadas, constatando con este tipo de práctica la ignorancia de la población rusa en general y la arbitrariedad del poder instaurado en ese momento, por ello el actual artículo 15, fracción 3, expresa: “Las leyes deben de publicarse oficialmente. Las leyes no publicadas no se aplicarán”, y así un largo etcétera que se desprende a lo largo del articulado de la actual Constitución de la Federación Rusa.

Subrayamos este último artículo comentado, artículo 13, fracción 3, de la Constitución Rusa, en donde se manifiesta una constante idea en la instauración de un verdadero Estado de derecho, de hecho, esta idea se ma-

nifiesta desde su artículo 10: “La Federación Rusa-Rusia, es un Estado de derecho federativo con una forma republicana de gobierno”.

Por otra parte, destacamos las garantías sociales que, junto con las garantías individuales, se colocan en la cúspide de una jerarquía de valores, véase el artículo 45 que a la letra dice: “1. En la Federación Rusa se garantiza la defensa estatal a los derechos y libertades del hombre y del ciudadano. 2. Cada quien está facultado a defender sus derechos y libertades mediante todos los medios autorizados por la ley”. Se enfatiza en los derechos de la persona, por ejemplo en el artículo 24, fracción 1, al referirse a la protección de la información sobre la persona; inviolabilidad de domicilio en su artículo 25; el derecho a la nacionalidad, artículo 26; el derecho de tránsito y de entrar y salir del país libremente, artículo 27; la libertad religiosa, artículo 28; la libertad de pensamiento y palabra, artículo 29. En este sentido, la Constitución Rusa tiene mecanismos judiciales que protegen la observancia de dichas garantías. De esta manera, tenemos que el artículo 46 garantiza la defensa judicial de los derechos y libertades; artículo 103, inciso e), establece la designación y la remoción de su cargo del apoderado de los derechos humanos que regirá de conformidad con las leyes constitucionales federales, es decir, prevé una especie de *ombudsman*; e incluso, a través de su artículo 125, se crea una Corte Constitucional de la Federación Rusa.

También queremos hacer referencia, en este momento, a la división de poderes establecida en el artículo 10 de la Constitución, en la que se expresa que: “En la Federación Rusa, el poder estatal se ejerce con base en la división en: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Los órganos del poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial son independientes”. Se reconoce que el poder estatal es ejercido por el presidente de la Federación Rusa, la Asamblea (el Consejo de la Federación y la Duma), el Gobierno de la Federación Rusa, y los jueces de la Federación. Un sistema, por otra parte, muy cercano al modelo norteamericano, y ello lo manifestamos desde que en un inicio el Poder Ejecutivo representa un poder realmente importante.

El Gobierno de la Federación Rusa está compuesto por el presidente de la Federación Rusa, el presidente del Gobierno, vicepresidentes y los ministros federales. El presidente del gobierno está sometido al presidente de la Federación Rusa y a la Duma Estatal (Poder Legislativo). El Poder Judicial ruso se compone del Tribunal Constitucional de la Federación Rusa, el Tribunal Supremo de la Federación Rusa, el Tribunal Arbitral Superior de la Federación Rusa y la Procuraduría de la Federación Rusa.

Por último, subrayar que el sistema federal ruso está compuesto por 89 entidades federativas encuadradas en seis categorías, con perfiles jurídicos distintos:

- 21 “Repúblicas”, cada una con su “Constitución” y legislación;
- 6 “Demarcaciones” (*Okrugy*);
- 49 “Departamentos” (*Oblasty*);
- 2 “Ciudades de rango federal” (Moscú y San Petersburgo);
- 1 “Departamento autónomo” (*Oblast* judío autónomo) y
- 10 “Demarcaciones autónomas” (*Okrugy* autónomos).

B. Fuentes del derecho

Llegados a este punto, corresponde abordar el orden de prelación de las fuentes del derecho ruso a partir de la nueva Constitución rusa de 1993. Así las cosas, se mantiene una clara supremacía de la Constitución frente a todas las demás leyes. Destacamos, en este momento, una cuestión de máximo interés y es la relación entre Tratados y Constitución. En la propia Constitución no se hace mención a cuál es la que prevalece en caso de conflicto, no obstante, en caso de conflicto entre una ley y un tratado internacional prevalece el tratado. En otras palabras, tenemos un claro orden de prelación en donde se coloca la Constitución Rusa en la cúspide y prevalece ésta frente a las demás leyes, inclusive frente a los tratados internacionales.

Resumiendo la prelación de la Federación Rusa, tenemos:

- 1) La Constitución de la Federación Rusa y el derecho internacional, a tenor del artículo 15 constitucional que a la letra expresa:

1. La Constitución de la Federación Rusa posee una fuerza jurídica superior y se aplica directamente en todo su territorio. La ley y otros actos jurídicos que se hayan adoptado en la Federación Rusa no deben de oponerse a la Constitución de la Federación Rusa ... 4. Los principios generales y las normas del derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación Rusa son parte de su sistema jurídico. En el caso de que los tratados internacionales de la Federación Rusa establezcan reglas contrarias a las contenidas en las leyes entonces se aplican las leyes de los tratados internacionales.

En este mismo capítulo primero constitucional, el artículo 16 expresa que las normas que se encuentran en dicho capítulo no pueden ser contrariadas por alguna otra disposición constitucional, así en cuanto a su eficacia, existen en la Constitución de 1993, dos niveles jerárquicos: a) las normas constitucionales privilegiadas colocadas en este capítulo, y b) el resto de las disposiciones constitucionales.

- 2) Leyes Federales constitucionales, las cuales son competencia de la Federación. Artículos 76 y 108 que a la letra dicen:

Artículo 76. 1. Son materia de competencia de la Federación Rusa las leyes federales constitucionales y las leyes federales, las cuales tienen una vigencia directa en todo el territorio de la Federación Rusa. 2. Son materia de competencia conjunta de la Federación Rusa y los sujetos de la Federación Rusa la expedición de leyes federales y de acuerdo con ellas se dictan leyes y otros actos normativos de los sujetos de la Federación Rusa. 3. Las leyes federales no pueden contradecir las leyes constitucionales federales [...] Artículo 108. 1. Las leyes constitucionales federales se adoptan respecto de las materias designadas por la Constitución de la Federación Rusa.

- 3) Las leyes federales que son materia de competencia conjunta de la Federación Rusa y los sujetos de la Federación Rusa. Artículo 76 y 105. El artículo 76, fracción 2, que a la letra expresa:

“2. Son materia de competencia conjunta de la Federación Rusa y los sujetos de la Federación Rusa, la expedición de leyes federales y de acuerdo con ellas se dictan leyes y otros actos normativos de los sujetos de la Federación Rusa”. Por su parte el artículo 105 estipula: “1. La Duma estatal aprueba las leyes federales. 2. Las leyes federales se adoptan por la mayoría de votos del número total de diputados de la Duma Estatal, salvo que otra cosa se establezca en la Constitución de la Federación Rusa. 3. Las leyes federales que son adoptadas por la Duma estatal se pasan para su revisión en el plazo de cinco días al Consejo de la Federación”.

- 4) Los Decretos y las órdenes del presidente. Así se estipula dentro del artículo 90 constitucional:

1. El presidente de la Federación Rusa dicta decretos (ukaz) y órdenes (rasporyazhenie). 2. Los decretos y las órdenes del presidente de la Federación Rusa son de ejecución obligatoria en todo el territorio de la Federación Rusa. 3. Los decretos y órdenes del presidente de la Federación Rusa no deben de contradecir la Constitución de la Federación Rusa o las leyes Federales.

- 5) Las leyes de los sujetos de la Federación, las cuales se subordinan a las leyes federales en las materias que no son de su competencia original y son superiores a las leyes de la Federación en materias de su competencia.
- 6) Por último, tenemos las resoluciones y disposiciones del gobierno de la Federación Rusa. El artículo 115 a la letra expresa:

1. Con fundamento y en ejercicio de la Constitución de la Federación Rusa, de las leyes federales, de los decretos normativos del Presidente de la Federación Rusa, el Gobierno de la Federación Rusa emite resoluciones (*postanovlenie*) y disposiciones (*rasporyazhenie*) y asegura su cumplimiento”. Hacemos la advertencia que este tipo de normas están sujetas al presidente de la Federación ya que tiene la facultad de abrogarlas en caso de que contradigan las normas antes mencionadas.

III. Cuba

Parece un punto común entre los estudiosos actuales del derecho cubano, la ausencia de datos realmente certeros de los orígenes de la Revolución cubana, la identidad política e ideológica de las raíces y primeros años de dicha Revolución.

Partiendo de ese comentario, iniciamos la singladura del sistema socialista cubano a partir del 1 de enero de 1959, a raíz de la victoria de las guerrillas dirigidas por Fidel Castro cuando Batista es derrocado y comienza el movimiento revolucionario socialista en la isla de Cuba. El 3 de enero de 1959 el ex magistrado de la Audiencia de Oriente, Manuel Urrutia toma la presidencia de la República. En principio se reconoció la intención de restaurar la Constitución de 1940 pero finalmente, el Ejecutivo asumió la función constituyente y entre el 13 de enero y el 7 de febrero de ese mismo año, la mencionada carta magna fue modificada cinco veces hasta se sustituida por una ley fundamental de la República.

Estamos a cincuenta años de la proclamación del socialismo en Cuba y aún hay discusiones, enardecidas, en torno a las distintas etapas cubiertas por el socialismo cubano y el grado de avance en las mismas. De hecho, hay datos que expresan que prácticamente en 1961 ya era considerada la revolución como socialista e incluso con un fuerte compromiso, asumido por Fidel Castro, con la ideología marxista-leninista. No obstante, como decimos, después del transcurso de cincuenta años, vemos cómo esa etapa

primigenia de un gran impulso socialista, queda rezagado ante la perspectiva de continuar en una sociedad donde el socialismo, con ciertas connotaciones diferentes del socialismo de la URSS, aún dista de conseguir un estadio comunista.

Por supuesto que todas estas cuestiones están permeadas de geopolítica, cuestiones que no son objeto de un manual de estas características. Lo que si nos atrevemos a asegurar es que Cuba aún dista de una etapa que prevea el culmen del comunismo, es decir, una sociedad regulada por reglas de urbanidad, en donde el derecho no tenga sentido de ser.

Conjuntando estas apreciaciones, debemos establecer, *estricto sensu*, las etapas del desarrollo jurídico socialista en Cuba. Así las cosas, tenemos siguiendo a Azicri:

- 1) Etapa 1959-1963;
- 2) Etapa 1964-1969;
- 3) Etapa 1970-1991;
- 4) Etapa 1992 en adelante.

Las etapas tercera y cuarta no son parte del estudio de Azicri sino una proyección de la autora de estas líneas en donde se rescatan hitos jurídicos-históricos y se proyecta siempre con base en la ciencia jurídica sin atender a posibles predicciones, no propios del derecho comparado.

Comenzando por la primera etapa descrita, es decir, *etapa 1959-1963* destaca un sector doctrinal que hay una verdadera “institucionalización de la revolución”, mientras que otro sector doctrinal se cuestiona seriamente dicha institucionalización al plantearse la duda sobre si se estableció la base del derecho socialista cubano al mismo tiempo que la Revolución sufría una transformación política-ideológica hacia el marxismo-leninismo.

Esta cuestión no es un planteamiento sin sustancia, al contrario, parte de la respuesta llevará a un camino o a otro y de ello derivará el éxito de los principales postulados socialistas en Cuba.

Retomando esta primera etapa cronológica, independientemente de la trayectoria que puede conllevar, tenemos que representa una etapa inicial de profundos cambios sociales, regulados por una serie de leyes revolucionarias, con fines políticos y económicos, como son la redistribución de la riqueza, la reforma agraria, la nacionalización de las empresas privadas y la transformación del sistema educativo. Todas ellas son piezas claves para el éxito en la instauración de una ideología en una determinada comunidad pero proyectadas, pensamos, a un lapso o a un periodo más prolongado del que determinó la revolución socialista cubana; es decir, pretender tomar

un punto de partida tan importante y quererlo propiciar en prácticamente cuatro años planteó una dificultad sin parangón.

La segunda *etapa* 1964-1969, paralela al proceso de transformación social que se trazó en la etapa anterior, se comenzó con la realización de importantes iniciativas judiciales. Así, los juristas cubanos aportaron principios intelectuales para conceptualizar los fundamentos filosóficos del sistema jurídico socialista y concretamente, lo proyectaron en los primeros Tribunales Populares en donde pretendieron sustentar la justicia revolucionaria socialista. Todas estas aseveraciones precisan de matizaciones importantes porque la doctrina cubana que se escribe desde lejos de las fronteras de su país de origen, expresa de manera unitaria que sometido el Poder Judicial e instaurados los Tribunales Revolucionarios y la pena de muerte, las condiciones estaban dadas para imponer el denominado “terror revolucionario”.

De manera paralela, se organizaron los bufetes colectivos con el fin de proporcionar asesoría legal a los grupos más necesitados de la población, convirtiéndose, más tarde, dichos bufetes en instituciones permanentes de la profesión jurídica con un control, por supuesto, importante por parte del Estado, no sólo a la hora de organizarse sino a la hora, incluso, de devengar los honorarios de los abogados.

La tercera *etapa* 1970-1991, se caracteriza por convertirse en un periodo de reorganización de los sistemas político y judicial, en cuanto a su institucionalización, es decir, instituciones más permanentes que dieron cobertura al estatus presente o la formalización de un socialismo de avanzada, al menos así era la pretensión de los dirigentes cubanos. En este periodo destaca que tras la ley fundamental de 1940, modificada en multitud de ocasiones, surge la Constitución socialista de 1976, vigente en la actualidad, y ampliamente reformada en 1992, con 137 artículos —un modelo muy similar a la Constitución de China—, y la reorganización del sistema judicial en 1973 y 1977, lo cual proporcionó una estructura para el desarrollo y la institucionalización, como decimos, del sistema jurídico socialista. Aquí destacamos una cuestión de gran controversia y es la instauración o confirmación de jueces legos presentes en los Tribunales Populares.

En definitiva, la década de los setenta constituyó lo que los líderes revolucionarios denominaban como la llegada del momento de organizar las estructuras políticas que les mantuvieran indefinidamente en el poder.

Antes de dar comienzo a los comentarios a la siguiente etapa del socialismo cubano, tenemos que expresar que tanto la Constitución cubana de 1976 como los distintos códigos que dan cobertura a su ámbito jurídico, son netamente romanos-germánicos y esto, obviamente, en atención a su pasado romanista y así sigue un sistema legal codificado.

La cuarta *Etapa 1992 en adelante*, plantea un gran reto para el socialismo cubano. No olvidemos que en la Europa del Este se concreta la caída del socialismo, como “efecto dominó” fueron cayendo paulatinamente distintos Estados socialistas, en donde la URSS y su extinción hacen eco a nivel mundial y muy especialmente en el contexto cubano. Los embargos económicos que sufre constantemente Cuba por parte de los Estados Unidos de América y la falta de apoyo del socio soviético hace tambalear, de alguna manera, la proyección de futuro del socialismo cubano; quizás la resolución de permitir la entrada de capital privado, fundamentalmente en el sector turístico, ha sido la salida más apropiada para poder subsistir ante tal panorama. Ello no indica, necesariamente, que ceder en ese contexto de la propiedad privada haga mella o desbalance la inercia del socialismo cubano.

Ni que decir tiene que el socialismo en Cuba se ha retroalimentado de los principales postulados socialistas desarrollados en la ex URSS pero “aderezado” con una serie de principios muy característicos de una sociedad latina, nos referimos a ciertas características que se encuentran en el sistema cubano, de hecho una doctrina mayoritaria afirma que el sistema cubano es un sistema romano-germánico con caracteres soviéticos. Así, junto a prácticas “socialistas” o soviéticas encontramos otras particularidades que comentaremos entremezcladas a continuación:

- 1) La dirección suprema del Partido Comunista, consagrada y reconocida en el derecho público socialista y, en particular, el papel del Partido como intérprete y guardián de la ideología marxista-leninista.
- 2) La propiedad estatal de los medios de producción, es decir, la colectivización de la propiedad, que debe considerarse posiblemente como el aspecto más importante del sistema socialista.
- 3) La planeación económica nacional —recordemos los planes quinquenales de la URSS—.
- 4) La orientación de los sistemas socialistas para promover el compromiso social del pueblo y de manera muy especial, proyectada en Cuba, a través del nuevo “hombre socialista”.

Comentábamos al principio de determinar estas cuatro etapas del desarrollo jurídico cubano, que había un sector doctrinal que difería de esta secuencia,

así tenemos a Makhnenko que divide el desarrollo del derecho socialista en dos etapas:

- 5) La primera etapa consiste en los pasos comunes a seguir para alcanzar el socialismo.
- 6) La segunda etapa consiste en propiciar los principios de organización del derecho público, es decir, estatal, característicos del “socialismo desarrollado”.

Esta última división realmente, tal y como está plasmada, no es de una gran aportación al planteamiento y desarrollo o comprensión del sistema cubano. Plantear el itinerario por el que tiene que transitar el sistema socialista cubano de manera tan general no da pauta a fines concretos y resultados aún más concretos y/o reales. Quizás una aportación más puntual sería determinar que a través de esta primera etapa se definan unas características propias de la misma tales como: a) manifestaciones de la revolución socialista, es decir reemplazo de instituciones políticas y sociales del régimen anterior; b) establecimiento de algunos aspectos de la dictadura del proletariado; c) socialización y establecimiento de relaciones socialistas en los medios de producción, así como en todas las demás esferas de los asuntos públicos; y d) una revolución cultural, no sólo con cambios en los valores políticos y el sistema cultural sino también con modificaciones en la operación y en la propiedad de los medios de comunicación masiva.

Con respecto a la segunda etapa planteada, una etapa más avanzada, podemos destacar una serie de características y así tenemos: a) un poder político que ejerce la clase trabajadora en su posición vanguardista bajo la potestad del partido marxista leninista; b) un avance en el desarrollo económico y tecnológico bajo el sistema de propiedad social de los medios de producción; c) un sistema de incentivos aplicados de acuerdo con la evolución del desarrollo socialista bajo el principio “de cada quien según su habilidad, a cada quien de acuerdo a su trabajo”; d) la aplicación de un sistema de educación política universal de conformidad con los dogmas del comunismo científico, que comprenden los valores de internacionalismo y de la solidaridad con los países socialistas y la clase trabajadora de todo el mundo; y e) una política exterior basada en el principio del internacionalismo socialista y proletario.

Con la descripción de las etapas anteriores, nos referimos a las cuatro etapas proyectadas para el socialismo cubano en los términos generales expuestos y la proyección de las etapas mencionadas por Makhnenko, debemos

concluir o acercarnos a una conclusión que marque el estatus, itinerario y proyección de Cuba. Así las cosas, Cuba siguió el siguiente itinerario:

- 1) Instauró un proceso de cambio social el cual culminó con la multicitada revolución socialista.
- 2) Reconoció el papel fundamental de los dirigentes revolucionarios.
- 3) Proyectó, por supuesto, la socialización de los medios de producción.
- 4) Volcó gran parte de sus esfuerzos en el sistema educativo nacional, base primordial para la procuración de una asimilación y concientización del socialismo.

Ante este panorama no queda menos que subrayar una serie de indicadores que hacen de Cuba una sociedad que sigue caminando, bien o mal, hacia el comunismo y ello se hace patente en los siguientes puntos: a) El papel protagónico del Partido Comunista Cubano, tanto a través de la celebración del Primer Congreso del Partido en 1975, como a través de la Constitución cubana de 1976; b) la propiedad pública de la economía nacional y su planeación mediante organismos tales como la Junta Central de Planeación; c) el sistema de incentivos que corresponde a la etapa socialista de desarrollo según el principio “de cada quien según su habilidad, a cada quien de acuerdo a su trabajo”; d) el sistema educativo en donde cobra real importancia la enseñanza del marxismo-leninismo como ideología oficial; y e) el “hombre socialista” encarnado en la figura de Ernesto “Che” Guevara, en donde cobra un realce o impulso significativo la concientización del socialismo, concretamente en Cuba. La visión ideológica del Che Guevara fue altamente rentabilizada hasta el punto de concebirse como institución del actual sistema cubano, hablamos de una simbiosis de una cuestión cultural y de valores altamente positivos para la instauración de una conciencia socialista cubana.

De los indicadores descritos, destacamos dos que sobresalen en el contexto cubano, a saber, el “hombre socialista” y el “sistema educativo”, ambas cuestiones de puntual trascendencia cuando del sistema socialista cubano queremos hablar; de hecho, Fidel Castro ha expresado desde los inicios de la Revolución socialista cubana que “la gran tarea de la Revolución, es formar al hombre nuevo”, lo cual constituirá, al decir de González de Pazos, la justificación ideológica por excelencia para las transformaciones que en todos los ámbitos de la vida cubana llevará a cabo el gobierno revolucionario. Por otro

lado, el gran reto es precisamente el sistema educativo que se centra en el control estatal de la enseñanza y por supuesto en el control estatal de la universidad revolucionaria; una reforma educativa que fue realizada para cubrir los requisitos para la formación de ese hombre nuevo, el “hombre socialista cubano”, a través de una técnica que consiste, desde sus inicios, en la “acción cotidiana”.

No podemos, ni debemos, finalizar este apartado dedicado al socialismo cubano sin hacer referencia, aunque sean someras, sobre la situación cubana en las últimas fechas. Nos referimos a la situación que se da desde el verano de 2006 cuando Fidel Castro, por cuestiones de salud, delega en su hermano, Raúl Castro, con carácter provisional, sus funciones de Presidente del Consejo de Estado de la República de Cuba. Desde la fecha mencionada hasta este 2009, Raúl Castro ha convocado al pueblo de Cuba a participar en un debate con el fin de realizar una serie de “cambios estructurales o de concepto” para resolver problemas coyunturales de Cuba.

Los cambios o reformas a los que se hace referencia, y que aún no se han materializado prácticamente, siguiendo a Beatriz Bernal, se refieren a:

- 1) Reformas de fondo, con un contenido eminentemente económico, entre las que incluimos reformas salariales, al seguro social, sistema de salud y reforma agraria. Las reformas salariales consisten, fundamentalmente, en incrementar los salarios atendiendo a la productividad del trabajador, es decir, instaurar el sistema de estímulos por productividad, lo cual implica un incremento general de los salarios de los trabajadores estatales, es decir se mide el rendimiento individual del trabajador y no el rendimiento atendiendo al colectivo.

La reforma en el rubro del seguro social consiste en implementar, entre otros, una serie de derechos tales como que los menores huérfanos de ambos padres puedan percibir más de una pensión a la que se tenga derecho, que las viudas pensionistas por su propio trabajo puedan percibir también la pensión de viudez del marido, el derecho a la pensión por invalidez, total o parcial, sin tener en cuenta el requisito del tiempo por servicios prestados y la incorporación del derecho a la seguridad social de todos los trabajadores por cuenta propia, asimismo, se prevén programas sociales que garanticen la protección de ancianos sin recursos o cualquier otra persona no apta para trabajar y que carezcan de familiares en condiciones de prestarle ayuda.

La última reforma a la que hacemos referencia, la reforma agraria, si se implementa, representaría la reforma económica más importante porque

estaríamos hablando del reparto, en calidad de usufructo —no vitalicio—, de las tierras ociosas y baldías a los campesinos que deseen explotarlas en la que llevaría aparejadas la concesión de créditos, facilidades para preverse de herramientas, etcétera.

- 2) Reformas menores que consisten en disolver lo que se ha denominado la “maraña de prohibiciones” que sufre el pueblo cubano desde antaño, en el denominado “periodo especial”; y
- 3) reformas en *stand by*, en el que destaca la reforma para evitar las distorsiones económicas y sociales existentes en Cuba en relación con el sistema de doble moneda.

Todas estas reformas enunciadas y proyectadas por Raúl Castro no son una realidad en la actualidad y por lo tanto no tienen un verdadero calado en la realidad socio-jurídica cubana. Definitivamente, las reformas económicas tienen que ir unidas de una reforma política, mientras este binomio no se dé, difícilmente podremos valorar la trascendencia de las mismas.

IV. República Popular China

Definitivamente, cuando hablamos de un contexto oriental, y nos referimos en este momento a la República Popular China, vemos de inmediato que hay un cambio de paradigma a la hora de concebir la rutina diaria y no digamos las relaciones entre los conciudadanos, las relaciones que regulan la convivencia y el derecho en su máxima proyección.

Lo hemos comentado en páginas arriba y es que cuanto más nos alejamos, y no nos referimos solamente al aspecto geográfico, más difícil se nos hace comprender y concebir realidades de otros sistemas jurídicos que se engloban dentro de familias jurídicas como la socialista y no digamos de la religiosa.

Así las cosas, la República Popular China, de manera paralela a la concepción de Oriente en la cual se encuadra, a través de sus proverbios nos refleja un *modus operandi* que difiere, netamente del concebido en Occidente.

Dice un proverbio chino: “El buen ciudadano es el hombre de compromisos y el insistir en pretendidos derechos es una inmoralidad”, es decir, el comparecer ante los tribunales debe ser un *ultimum remedium*, sólo si se han violado ciertos deberes morales. Igualmente, haciendo referencia a la moralidad o ética, el siguiente proverbio chino que redundante en la idea al expresar:

“En un Estado bien gobernado, la hierba crece en las escaleras de los tribunales”. A estos proverbios siempre se le unen votos proclamando la buena voluntad entre las personas, entre los pueblos, entre las naciones.

Estas bases, la concepción y mentalidad orientales son milenarias únicamente es necesario dar un rápido vistazo a la trayectoria china que se desarrolla desde las dinastías más remota, en donde varía la precisión de los datos exactos de los orígenes de la cultura china (por orden cronológico la Dinastía Chin: 221–206 a. C. con un estricto derecho legislado y la concepción del primer Estado unificado de la historia de China; Dinastía Han: 206 a. C.–200, las leyes ocuparon un lugar secundario; Dinastía Sui: 589–618 vigor en los Códigos; Dinastía Tang: 618–907 resaltan los comentarios a los códigos; Dinastía Ching: 1644–1912) hasta la victoria del Partido Nacionalista y Socialista y la instauración en China a partir de 1911–1912 de la República.

Con la República surgen ideas que van permeando y definiendo el socialismo chino y así tenemos, como punto de partida: 1. democracia de Rousseau; 2. nacionalismo contrario a Marx; y 3. socialismos pensando en el bienestar de las masas. Es más, no solamente éstas razones pueden concretarse como realidades que han potenciado una determinada manera de proyectar el socialismo en China, sino que aunado a las influencias de los colonizadores, y la proyección del romano-germánico, se reemplazan maneras de concepción desde sus orígenes más remotos, y ya no digamos influencias como la teoría confuciana en la evolución del derecho chino.

Antes de entrar en el contexto más inmediato de la historia jurídica de China es preciso abundar, con una doctrina muy reconocida como la de Oropeza García, que “la diferencia entre China y otros imperios como el romano, el inglés, el egipcio, etcétera, ha sido su sorprendente capacidad de resistencia”, en donde continúa el autor expresando que son diversas y variadas las resistencias: resistencia a las diversas irrupciones de los pueblos del norte que atacaban sus fronteras: conquista mongola, la incursión occidental que traspasa sus fronteras desde el siglo XIII, expedición marítima europea del siglo XV, invasión japonesa en 1937, su trayectoria a lo largo del siglo XX y los retos en pleno siglo XXI ante los procesos de globalización.

Por otra parte, en esta introducción al sistema jurídico de la República Popular China (en adelante RPCh) hay que destacar la sucesión de los diferentes líderes y la proyección particular que cada uno ha dado a los avances y perspectivas de la instauración del socialismo chino —sin olvidar el manejo debido en un territorio de 9.5 millones de km cuadrados, 56 etnias y un 20% de la población mundial—; así partimos del Doctor Sun Yat Sen, seguido de Chiang Kai-Shek, Mao Zedong, Deng Xiaoping, Jiang Zemin o el actual Hu Jintao.

Como decimos, cada líder chino ha instaurado sus ideas socialistas con proyecciones diferentes y así, podemos destacar la dinámica entre Mao, Deng Xiaoping y Jiang Zemin, concretamente, y cómo sus diferentes concepciones de proyección o perpetuidad del régimen socialista en la RPCh han sido determinantes. De esta manera, sólo por perfilar esta idea, tenemos que Mao tenía una visión muy particular de cómo proyectar el comunismo en China hasta llegar a empujar a China al socialismo a través del “gran salto hacia adelante” para comunizar la agricultura, para posteriormente centrarse en la Revolución Cultural y los ataques cada vez más violentos contra los moderados del Partido Comunista chino. Mao fallece el 9 de septiembre de 1976. Deng Xiaoping quien nació en Bai-Fang, en la provincia de Sechuan, el 22 de agosto de 1904, hijo de un acaudalado terrateniente, se formó en Occidente y allí fue donde se enamoró del comunismo. A su regreso a China fue perseguido por Chinag Kai-shek y fue en ese momento en donde sigue a Mao sumándose a su doctrina sobre la revolución campesina. La relación entre Mao y Deng fue de “altos y bajos”, sobre todo al considerar Deng como negativa la veneración que China profesaba a Mao, tampoco Deng lo siguió en la denominada Revolución Cultural. Así las cosas, Deng y su énfasis por la estabilidad y construcción de la nación lo enfrentó en varias ocasiones con Mao. Finalmente, una vez en el poder, Deng disolvió la tierra comunal de Mao y la volvió a arrendar a privados, transformando la cara de la agricultura; posteriormente comenzó a reformar la industria alentando los negocios privados, mejorando la anticuada administración y la tecnología, aplicando reformas de precios, alentando la inversión extranjera e incluso aprobando los mercados de acciones, siempre alegando que “su programa de modernización era socialista”. Ante tal panorama, en el histórico Tercer Pleno de diciembre de 1978 Deng lanzó lo que se llamó “su segunda revolución” en la que declaró que las “Cuatro Modernizaciones”—agricultura, industria, defensa nacional y ciencia y tecnología— debían preceder a la lucha de clases, hablamos de la “reforma económica y apertura al exterior”. Este tercer pleno del XI Comité del Partido Comunista, puso a China en el comienzo de una de las reformas económicas más dramáticas que haya visto el mundo. Esta modernización económica realmente fue el objetivo del nacionalismo chino desde 1842.

Por su parte Jiang Zemin, hombre con educación superior, cuestión que lo distinguía, sin lugar a dudas, de la preparación universitaria de la que carecían sus antecesores, siempre mantuvo la línea ideológica pero siempre uniendo ideales de extremo. Jiang evocó una civilización espiritual que mantuviera altos parámetros morales y el orgullo nacional. Hombre pacifista que fijó su punto de mira en la política exterior.

Estos perfiles de liderazgo van unidos de manera paralela a la secuencia de las distintas cartas magnas que se han ido sucediendo desde la fundación de la República Popular China el 30 de septiembre de 1949 —el cual marcó el fin de un conflicto armado—. Es importante destacar, junto con Romer Cornejo, que aunque el régimen de la RPCh contradice los preceptos principales que deben permear una Constitución —marcos regulatorios: para la distribución de poder en una sociedad y para limitar el poder del estado frente a los ciudadanos, principalmente— y ello va en clara contradicción con los regímenes autoritarios como el de la RPCh, es importante analizar las cuatro Constituciones que se han dado en un lapso de 28 años, haciendo especial hincapié en la actual de 1982 con sus cuatro enmiendas hasta 2004 y sobre todo, como acabamos de constatar, cuando los líderes han ido incorporando a su discurso político fines como la “legalidad” o el “Estado de derecho”, cuestiones inauditas pero que no nos dejan de sorprender desde el momento mismo que vemos a una realidad socialista que difiere de otros contextos, entendamos que nos referimos al contexto occidental fundamentalmente. No olvidemos, en este mismo contexto, que es un gran reto su enorme crecimiento económico, el monto de la inversión extranjera y el surgimiento de un importante empresariado.

Ante este panorama, corresponde realizar algunos comentarios en torno a las cuatro Constituciones enunciadas, nos referimos a: 1954 (septiembre), 1975 (17 de enero), 1978 (5 de marzo) y 1982 (4 de diciembre) la cual sigue vigente.

Los rasgos generales que pueden caracterizar a la Constitución de 1954 son, en esencia y siguiendo a Cornejo, en primer lugar, un intento de ordenamiento del Estado; en segundo lugar, un instrumento para la estructuración del país y, en tercer lugar, fundamento para la institucionalidad del país ante el exterior.

Por su parte, la Constitución de 1975, sistematiza de manera legal la dictadura de partido que erigía su autoridad en nombre de una clase social y que, por supuesto, se reservaba el derecho a la propia definición de los límites de clase y por lo tanto de su particular concepción de ciudadanía, lo que ha marcado una más que notoria diferenciación de los individuos ante las leyes.

La Constitución de 1978 transmite, simplemente, el cambio político que se estaba gestando en China; su poca duración no dejó margen para ninguna reforma de más envergadura.

Por último, la Constitución de 1982, su Constitución vigente, destaca por tener cuatro enmiendas: abril de 1988 —con un objetivo que redundaba en la fijación de una economía individual en el campo, propiedad privada, y la inversión extranjera—; 29 de marzo de 1993 —reforma económica y

apertura al exterior ante un “socialismo con características chinas”; 15 de marzo de 1999— fundamentalmente la economía privada deja de ser un “complemento” para convertirse en un “gran componente” de la economía del país— y 14 de marzo de 2004 —como máximo exponente de las reivindicaciones de los derechos individuales, de base económica, frente al Estado; igualmente, se sientan las bases para un sistema para alejarse del predominio de una clase social específica y se pone el acento en la mejora de la representación en las organizaciones colegiadas—. Con esta última reforma los cambios son más que notorios desde que se publican, por primera vez, las cifras de las votaciones, además, destacamos que dentro de las reformas o cambios introducidos por esta última reforma constitucional, fue incluido, por primera vez, en el texto constitucional, el concepto de derechos humanos y así vemos un claro ejemplo de cómo la Constitución de la RPCh cumple un avance hacia las directrices internacionales sobre la protección de los derechos humanos.

No obstante el comentario anterior, tenemos que expresar que las Constituciones que han ido incorporando el sistema socialista chino, no han sido ni son aplicadas en su totalidad, más bien funcionan como marcos regulatorios que legitiman su actuación dentro y fuera del país. Ese es su objetivo principal, siempre como un mecanismo de institucionalización del poder con una tendencia, en la actualidad, hacia el reconocimiento de instituciones legales, ámbito económico primordialmente, y por ello se le da mayor realce y cabida al cumplimiento de las leyes. Por último, como manifiesta Cornejo, la atención al estudio del derecho ante la proliferación de abogados que defienden a los ciudadanos frente a la corrupción del Estado; en definitiva, la educación en relación con los derechos ciudadanos y la promulgación, cada vez mayor, de leyes.

Los cambios citados de manera escueta y puntual son parte de la proyección de sus líderes, tal y como hemos considerado y venimos constatando.

Por lo que corresponde al orden de prelación de las fuentes del derecho en la RPCh encontramos, sin lugar a dudas, la ley como fuente principal. El origen de la preeminencia de la ley viene desde la antigua China cuando a través del derecho penal se proyectó, siguiendo a Ríos Ruiz, la manifestación primordial del derecho para mantener en orden a los bárbaros. De hecho la misma autora, prosigue perfilando esta preeminencia de la ley al establecer que la: “tradición jurídica china se caracteriza por la utilización de dos métodos para gobernar un país: castigos o ritos. Dos grandes corrientes de pensamiento se enfrentan al problema de los ritos, la escuela de Confucio y la escuela del derecho”; de esta manera la escuela de Confucio potencia el gobierno por los ritos y el ejemplo dado por los hombres de bien; la escuela

del derecho, en cambio, preconiza el gobierno por las normas objetivas, un sistema calificado como de menos aleatorio y menos arbitrario.

En la evolución que caracteriza cualquier derecho o sociedad que se precie, tenemos que China y su actual sistema socialista responde a los principales postulados socialistas, determinados en: la dictadura del proletario enmarcado en la lucha de clases. Por ello, debemos entender que la tendencia de la ley mencionada parte de una tradición en la cual la legalidad no implica que las leyes coloquen al individuo por encima del Estado.

También merece la pena destacar, o quizás reiterar, subrayando la afirmación marcada más arriba al hacer referencia a las proyecciones de los distintos líderes chinos, que en la China actual se han realizado una serie de reformas, fundamentalmente económicas, que han ido definiendo la posición particular socialista de Oriente, o de China, con respecto a la posición que deriva en occidente, por ejemplo, en Cuba; no hay más que visualizar el término acuñado en la RPCh de “economía socialista de mercado”.

Retomando la idea del orden de prelación de las fuentes del derecho chino, tenemos que la ley ocupa, tal y como ya expresamos, el primer lugar seguida de la costumbre, siempre y cuando no vaya en contra de la legalidad; la jurisprudencia tiene un lugar realmente secundario, tomándola como indicación al juez pero sin obligación de seguirla.

Las leyes, en definitiva, comprenden todos los textos que emanan de los órganos de poder del Estado, Consejo de Asuntos del Estado, asambleas de gobiernos populares locales, etcétera y, nuevamente siguiendo a Ríos Ruiz, detentan una jerarquía:

- 1) La Constitución adoptada por la Asamblea Popular Nacional,³ como órgano supremo del poder del Estado.
- 2) Las leyes fundamentales adoptadas por la Asamblea Popular Nacional.
- 3) Las leyes adoptadas por el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional.
- 4) Los reglamentos administrativos, decisiones y ordenanzas adoptadas por el Consejo de Asuntos del Estado.
- 5) Los reglamentos locales, adoptados por la legislatura de las asambleas populares locales y los comités permanentes.
- 6) Las reglamentaciones de los ministros y de los gobiernos locales.

Antes de proseguir con los comentarios en torno al resto de las fuentes del derecho y su prelación, tenemos que destacar que la Constitución de la RPCh de 1982 tiene una serie de variedades con respecto a la retórica tomada por las Constituciones sociales y así, destacamos que el texto expresamente habla de “la dictadura democrática popular”, “la civilización socialista”, entre otras, cuestiones que marcan un punto más de distanciamiento, hablamos en la concepción no en la ideología principal que permea a los países que englobamos dentro de la familia socialista, con respecto al socialismo de “occidente”.

La promulgación de una variedad de códigos —civil, penal, etcétera— distorsiona un tanto la idea del socialismo ya que éste no establece una división entre derecho privado y derecho público —propia de los regímenes capitalistas— pero no obstante este comentario, la claridad en la preferencia de un derecho legislado no redundará en un menoscabo de la proyección socialista.

La costumbre, como segunda fuente del derecho chino destaca por su proyección hacia la moralidad y los valores más fundamentales de la concepción oriental. La costumbre, como decimos, destaca como segunda fuente pero siempre y cuando no vaya en contra de la legalidad.

Por su parte, como indicamos, la jurisprudencia tiene un papel limitado pero destacamos la evolución que ha ido tomando y así ha ido adquiriendo autoridad como fuente del derecho; la jurisprudencia puede servir de indicación al juez pero no lo obliga a seguirla.

Como rasgos que debemos destacar de la organización jurídica china, tomamos la consideración del principio de la unidad de poderes o como ellos lo conciben “la armonización de poderes” que acepta la separación de funciones, es decir, “la Asamblea Popular legisla, el gobierno ejecuta las leyes y los tribunales emiten sentencia entre cada uno de estos órganos”, en resumidas cuentas, los distintos órganos están ligados entre sí y, a su vez, se encuentran sometidos a la dirección del Partido Comunista.

Para no dejar sin alusión alguna a la estructura del Estado de la RPCh, exponemos de manera sintética su organización:

- 1) Estructura del Gobierno Central: a) La Asamblea Popular Nacional, como órgano supremo del poder, la cual tiene una serie de características que merecen exponerse en este momento, es decir, la Asamblea Popular Nacional se basa en tres principios: a) los poderes en la RPCh pertenecen al pueblo; b) los órganos del Estado de la RPCh aplican el principio de socialismo democrático y c) la división de funciones y poderes entre los órganos centrales y locales del Estado,

se guían por el principio de reconocimiento de validez plena a la iniciativa y el entusiasmo de las autoridades locales, sujeto al liderazgo unificado de las autoridades centrales; b) El Consejo de Estado como órgano en quien recae el Gobierno Popular Central de la RPCh y se considera como el brazo ejecutivo del supremo poder del Estado, así como la cabeza máxima de la administración pública a nivel nacional; c) La Suprema Corte Popular como órgano judicial máximo y le reporta a los miembros de la Asamblea Popular Nacional y a su Comité Permanente; d) La Suprema Procuraduría Popular como ente de procuración máximo y le rinde cuentas, igualmente, a los miembros de la Asamblea Popular Nacional y su Comité Permanente; e) El Presidente de la República Popular China quien junto con el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional representan la máxima autoridad de la RPCh; f) La Comisión Central Militar como órgano responsable de las fuerzas armadas del país, asimismo, su presidente reportará a los miembros de la Asamblea Popular Nacional y al Comité Permanente.

- 2) Estructura del Gobierno Local: a) Las Asambleas Populares Locales, las cuales se encuentran en las provincias y municipios y así, en sus diferentes niveles, son los órganos locales que representan el poder del Estado; b) Los Gobiernos Locales quienes, también en sus diferentes niveles, son los brazos ejecutores y administradores de los órganos del Estado y deben reportar sus actividades a los órganos administrativos superiores; c) El sistema autónomo básico en las ciudades y los poblados ya que con base en la Constitución, existen unidades autónomas más pequeñas que las comunas y los pueblos en las áreas rurales; d) Las áreas autónomas que en la RPCh son cuatro: La Región Autónoma Nacional, la Prefectura Autónoma Nacional, el Condado Autónomo Nacional y Pueblos y Municipios Autónomos Naciones.

En definitiva, a través de la estructura que acabamos de exponer y de acuerdo con el artículo 30. de la Constitución actual, todos los órganos locales de naturaleza administrativa judicial y de procuración, emanan de las asambleas locales, quienes tienen la responsabilidad de coordinarlos y de supervisarlos. De igual modo, los gobiernos populares locales, que son presididos por el Consejo de Estado, deben aceptar estar sujetos a una doble supervisión por parte, tanto de las asambleas locales, como de los gobiernos populares superiores que correspondan.

V. Reflexión final

La idea de realizar una proyección por las etapas históricas que derivaron desde la Rusia zarista, pasando por la Rusia soviética y terminando en la Federación Rusa actual, no tiene otro objetivo que provocar la reflexión. El conocimiento de la tradición y/o historia común de un determinado país permite abundar en sus raíces y explorar tanto el panorama como la proyección a futuro de un determinado ordenamiento jurídico, de un determinado país. Concretamente, en este contexto, pretendemos exponer las razones que llevaron a las diversas transformaciones de Rusia, transformaciones que conducen a hablar de una neorromanización del derecho socialista. De la misma palabra, “neorromanización”, se desprende que hablamos de una “nueva romanización” y si hablamos de “nueva romanización” deducimos que previamente ha habido un antecedente románico. Para llegar a dicha consideración, es necesario, por lo tanto, hablar del nacimiento de una tradición, de una filosofía y de un orden de prelación de las fuentes, unidad cultural que venimos manejando para dar constancia de que a pesar de la simplificación dada a este concepto de René David, es parte total para la comprensión de cada una de las familias jurídicas que son objeto de estudio en el presente Manual. Es más, en esta familia jurídica socialista se hace más patente la necesidad de perfilar cada uno de estos estadios que darán, de manera natural, la comprensión del itinerario, desde los antecedentes más mediatos hasta los más inmediatos, del *modus operandi* de la misma; es decir, el estudio de la tradición rusa/soviética/federación rusa, de la filosofía que se proyecta desde mediados/finales del siglo XIX, pasando por los sucesos acontecidos en la URSS en el siglo XX y su proyección, a través de la Constitución de la Federación Rusa, siglo XX y XXI, hasta la sucesión en el orden de prelación de las fuentes del derecho ruso/soviético/ federación rusa, da un panorama general y muy acertado de la situación actual que deviene de sus orígenes, como decíamos, más mediatos.

Otra cuestión de máxima importancia es visualizar que en la Europa del Este, cuna realmente del socialismo, nunca existió un derecho socialista único y uniforme, con lo cual la observancia del proceso y las diferentes manifestaciones que se dan entre occidente y oriente son también, sin lugar a dudas, de máximo interés.

Retomando el aspecto de la mencionada Europa del Este, debemos comentar que el inicio de la crisis de los ex países socialistas no comienza, exactamente, con la caída en 1991 de la URSS, previa política de las *glasnot* y *perestroika*, sino que comienza, *stricto sensu*, en Polonia y con el movimiento del Sindicato “Solidaridad” liderado por Walessa, un movimiento, según se

expresa, no estrictamente sindical sino con un proyección con tintes más políticos, cuestiones que se visualizan cuando solicitan la independencia del sindicato respecto al partido y las empresas, libertad de expresión o simplemente con la solicitud de participación en los programas anticrisis.

No obstante, este detonante polaco, la crisis se evidencia aún más con la salida masiva de ciudadanos y de manifestaciones en la República Democrática Alemana en 1989, movimiento que culminó con la integración de la Alemania del Este a la República Federal Alemana. A raíz de este momento, también vemos una especie de “efecto dominó” con la caída de una serie de países socialistas. Por orden cronológico tenemos a Checoslovaquia en donde la Revolución de Terciopelo, se acaba con el dominio del partido comunista y la separación entre la República Checa y la República Eslovaca. Posteriormente, encontramos el caso de Rumania quien tras la ejecución de Ceaucescu, cambia su régimen político. En Bulgaria, la caída de Todor Zhivkov también detona el cambio de un régimen de estas características. Sigue la URSS con su caída definitiva en 1991 y la aparición de la Federación Rusa o Rusia y la Confederación de Estados Independientes (15 Estados). Así las cosas, el socialismo de la denominada Europa del Este queda como una reminiscencia de los detonantes del socialismo en la Europa continental y su proyección actual en ciertos países.

Del contexto analizado con Rusia/URSS/Federación Rusa destacamos el papel de portaestandarte que se dio en esas latitudes; pero a pesar de la extinción de esa filosofía socialista en dicho territorio, destacamos el mantenimiento del mismo, con ciertas adaptaciones y, por supuesto, proyecciones, en Cuba, República Popular China, Vietnam, Laos y Corea del Norte, fundamentalmente.

Cuestionario

1. Historia del derecho ruso.
2. Fuentes del derecho soviético: orden de prelación y justificación.
3. Constitución de 1993 de la Federación Rusa: Rasgos fundamentales.
4. Fuentes del derecho cubano.
5. La actualidad del derecho cubano.
6. Fuentes del derecho de la República Popular China.

CAPÍTULO QUINTO

Sistemas jurídicos religiosos

Al término de este capítulo, dedicado a los sistemas jurídicos religiosos, el lector debe saber la razón por la cual se reúnen dentro de esta familia jurídica derechos que se fundan en un libro revelado. Para analizar el *modus operandi* de estos derechos se analizarán el derecho hebreo y derecho musulmán.

Para finalizar esta unidad, se pretende que el lector reflexione y ubique la familia jurídica a la que pertenece el derecho japonés.

I. Introducción

Hay una idea que se viene perfilando a lo largo del manual, nos referimos a la cuestión de que según avanzamos en la explicación de las diferentes familias jurídicas que existen en la actualidad, nos vamos alejando no sólo geográfica sino también culturalmente. La concepción del derecho, por ejemplo de Oriente Medio, y la manera de proyectarlos en la vida diaria se distancia de la visión que podamos tener desde Occidente. En este momento, cabe hacer mención que ello no significa que unos derechos sean mejores que otros, todo depende desde el punto de vista desde el que se observe. Para occidente ciertas prácticas realizadas desde el derecho hebreo, por ejemplo la ley del talión, pudiera considerarse como una práctica desfasada, bárbara o atroz; para ellos la verdadera atrocidad se representa ante la falta de conciencia de lo que es delito o pecado. Así las cosas, ni que decir tiene que para poder conocer y poder interactuar entre distintas familias jurídicas lo que corresponde hacer a los interlocutores es no despreciar los ordenamientos jurídicos, sino conocerlos y respetarlos, ya no sólo por un principio de tolerancia fundamental sino por cuestiones de la práctica diaria que provoca el trasiego transfronterizo y la interacción entre distintos países.

II. Derecho hebreo

Volviendo a la idea central que venimos exponiendo, desde la introducción, las diferencias entre estos ordenamientos jurídicos que pertenecen a la familia jurídica religiosa, se marcan incluso desde que observamos que para el calendario hebreo de la creación estamos en el año 5,769 (2009 de la era cristiana), cuestión simplemente anecdótica pero que sirve para ubicar cuestiones de apreciación.

1. Historia

Los hebreos eran tribus semitas que se unieron para formar en Palestina un Estado cuya capital fue Jerusalén. Posteriormente, el Estado se dividió en dos reinos: Israel y Judá.

Israel fue conquistada por los asirios, hacia el año 722 a. C. y el reino de Judá fue conquistado, a su vez, por los caldeos en el año 568 a. C.

Merece la pena transcribir una breve síntesis histórica al respecto que nos proporciona Consuelo Sirvent, y así expresa que después de los citados acontecimientos, con posterioridad Palestina entró a formar parte del Imperio Persa cuando en el año 539 a. C., Ciro atacó Babilonia provocando su caída. El Imperio Persa fue conquistado por Alejandro de Macedonia, año 333 a. C. y así Palestina pasa a ser dominada por los griegos. Tres siglos más tarde, fue conquistada por los romanos respetando la organización y creencias religiosas de los judíos, no obstante, en el año 70 el emperador Tito se apoderó de Jerusalén y el resultado fue un saqueo de la ciudad y el incendio de su templo, la dispersión de los judíos, a raíz de tales acontecimientos, se le conoce como la Diáspora. Desde ese año, 70 d.C. Palestina dejó de ser patria de los judíos.

El lugar de nacimiento del pueblo judío es la tierra de Israel. Ahí, se desarrolló una parte considerable de la larga historia de la nación, de la cual los primeros mil años están registrados en la Biblia y de donde deriva su identidad cultural, religiosa y nacional.

Cuando hablamos de Israel, hablamos de la Biblia, la cual durante casi treinta y cinco siglos ha sido y es fuente de inspiración para la convivencia humana. Sin lugar a dudas, la Biblia es modelo de justicia, moral, religiosa y ética, concebida como culmen de la literatura y obra de pedagogía, como influencia en el desarrollo de la civilización contemporánea. Se ha proclamado que sólo Israel ha tenido el privilegio de escribir par la humanidad y así, a través de los siglos, los elogios a la Biblia han sido numerosos y

registrados con todo lujo de seriedad. Podríamos expresar que la diversidad de personalidades, reconocidas en el mundo de la ciencia y de las humanidades, ha tomado cartas en el asunto y han indagado acerca de la procedencia de la Biblia; por destacar algunos autores tenemos cómo Donoso Cortés en su discurso de ingreso en la Real Academia Española exaltó la magnificencia de la Biblia, Sigmud Freud que en su libro “Moisés y la religión monoteísta” realizó el psicoanálisis a Moisés y constatando la existencia de una dualidad: dos Moisés (egipcio y judío), hasta Schure con su libro “Los grandes iniciados” explica cómo Moisés elaboró el Génesis.

2. Fuentes del derecho

Las fuentes del derecho hebreo, como derecho que se circunscribe a un libro revelado, es la Biblia o Antiguo Testamento, el cual se divide, a su vez, en tres partes: Ley (Tora); Profetas (Neviim) y Hagiógrafos (Ketuvim).

La Biblia no es producto de un hombre sino que es fruto de muchos sabios y generaciones como cristalización de normas y preceptos de la época. Por su parte, Moisés, a quien se atribuyen, a partir del siglo v a. C. los cinco primeros libros, se consideró codificador e incluso legislador, pero no el único, vocero directo de Jehová.

El Antiguo Testamento o Biblia hebraica es la colección de los libros religiosos del antiguo Israel. Así, el Antiguo Testamento es el libro de la antigua alianza que Dios había concluído con Israel, el pueblo elegido; por otro lado, el Nuevo Testamento es el libro de la nueva alianza que Dios ha hecho con la humanidad pecadora por intermedio de Jesucristo.

El Antiguo Testamento está escrito en dos lenguas semíticas diferentes pero emparentadas, nos referimos al hebreo y el arameo. A la colección de los libros del Antiguo Testamento se le dio el nombre de canon, en la que la autoridad religiosa es una norma en materia de fe; de hecho, la doctrina nos habla que la razón primera y fundamental de la formación del canon del Antiguo Testamento ha sido la necesidad religiosa de coleccionar las palabras de los profetas, así como poner por escrito las leyes y el derecho consuetudinario.

Como expresábamos líneas arriba, el Antiguo Testamento o Biblia se divide, a su vez, en tres partes fundamentales o troncos: la Ley (Tora), Profetas (Neviim) y Hagiógrafos (Ketuvim).

La Tora, por su parte, comprende cinco libros, el Pentateuco, titulados: Génesis (Beréshit); Éxodo (Shemot), Levítico (Vayicrá), Números (Bamidbar) y Deuteronomio (Devarin).

El Génesis está dedicado a la creación del mundo, al pecado capital, a los patriarcas Abraham, Isaac y Jacob, al diluvio universal, a los viajes de José hacia Egipto y la residencia de sus familiares en aquel país, etcétera.

El Éxodo es una continuación narrativa y relata la vida de Israel en la esclavitud, la aparición y la obra de Moisés, la liberación de la servidumbre en Egipto y, en definitiva, una interesante y extensa legislación civil, ética de las fiestas, de los sacrificios y del servicio de Dios.

Por lo que respecta al Levítico, Números y Deuteronomio, estos abarcan casi toda la creación bíblica del pueblo judío. A estos tres libros hay que darle su relevancia porque suponen un completo sistema de leyes y preceptos acerca de casi la totalidad de las relaciones de convivencia entre los hebreos y entre éstos y su relación con los extranjeros.

Si nos detenemos, concretamente, en el libro quinto del Pentateuco, el Deuteronomio, observamos que tiene un sitio propio y especial al no ser una recopilación de los demás libros y al definir un objetivo y alcance diferente al resto del Pentateuco; a través del Deuteronomio se establecen una serie de recomendaciones.

La segunda parte de la Biblia, los Profetas —Pensadores religiosos y carismáticos dotados de un don divino para la revelación—, está compuesta por una colección de libros dedicados a los profetas de Israel. Tiene un contenido trascendental que atesora la esencia del judaísmo, por intermedio de la ley o Torá. El profeta trabaja a favor de la causa de Jehová e interpreta la conciencia del pueblo. A su vez, dichos profetas se dividen en: profetas primeros o mayores y profetas posteriores.

En relación con los *Profetas primeros o mayores* comprenden los libros de Josué, Jueces, Samuel y Reyes.

El libro de Josué, sucesor de Moisés, trata sobre la lucha de los hebreos para conquistar la Tierra Prometida. Divide la tierra entre las doce tribus de Israel asignándole una jurisdicción pero no hay acuerdo por lo que aparece el libro de los Jueces.

El libro de los Jueces se afina en asegurar la unidad nacional e imponer las bases de la independencia integral del pueblo.

En los libros de Samuel, después de terminado el periodo de los héroes individuales y de la división tribal, Israel se encamina hacia la monarquía y sobre este periodo se encarga la narración de los dos libros que se engloban bajo el título de Samuel. En ellos se narra la vida de Samuel, los comienzos de la monarquía con Saúl, el primer rey que cubre el periodo entre la pérdida de la organización tribal y el establecimiento de una monarquía plena por parte de su sucesor, David; y el reino de David hasta los últimos años de su vida.

Por último, los dos libros de Reyes relatan, con todo lujo de detalle, los hechos y sucesos de la vida hebrea a partir del reinado de Salomón, en el que se incluye la creación de dos reinos en Eretz (el de Judá, en el sur, y el de Israel, en el norte), hasta la destrucción de Samaria para terminar con la narración de la destrucción del Templo de Jerusalén y la deportación de los israelitas hacia Babilonia.

Por su parte, los *Profetas posteriores* o menores abarcan los libros de los profetas máximos de Israel, es decir, Isaías, Jeremías y Ezequiel y los doce profetas posteriores, así denominados por el número reducido de sus profecías.

Por lo que respecta a Isaías, éste representa una fecunda época del profetismo, predicada en el reino de Judá durante la caída de Samaria en poder de los asirios.

A Jeremías, primer profeta sacerdote, se le atribuyen las famosas jeremías-das como colección de elegias sobre la caída de Jerusalén.

Ezequiel, también sacerdote, fue llamado el profeta del destierro porque ante el declive nacional fue, finalmente, desterrado a Babilonia en donde proyectó renovación en la fe de su pueblo.

Por lo que respecta a los Profetas menores, representados a través de las figuras de Amós, Oseas y Jonás, su actividad no carece de importancia sino que el motivo de su clasificación es, simplemente, por el número reducido de profecías.

En este momento toca abarcar el contenido de la tercera parte del Antiguo Testamento o Biblia que son los Hagiógrafos. La Hagiografía es la historia de la vida de los santos. Esta tercera parte tiene un contenido narrativo, filosófico, moral y religioso, registrado de manera muy amplia y variada. Los principales libros que componen los hagiógrafos son el libro de las Crónicas, el libro de los Salmos, el libro de las Lamentaciones y el libro de los Proverbios, repletos de bellas sentencias morales y filosóficas.

Este primer grupo de fuentes del derecho hebreo, denominado también legislación mosaica por la atribución, fundamentalmente, de los cinco libros que componen la ley o torá, a Moisés, representa un sistema amplio para la regulación jurídica del pueblo para el que se proyectó, es decir, la ley mosaica como símbolo de la fe judía que remonta hasta Dios como regla en sus perspectivas públicas y privadas; no obstante, la ley mosaica, como suele suceder en otros derechos, tenía lagunas y puntos oscuros que se debía solucionar a través, como decimos, de la tradición oral, es decir, aquella que recibió Moisés a través de Dios, y en su defecto la tradición escrita, es decir, la que representa el Pentateuco.

Lo que Moisés no dejó escrito y pasó a su sucesor, Josué, posteriormente se codificó, así con el paso de los años se convirtió en un cuerpo o en una serie de codificaciones, bajo el nombre de Talmud con un alto espíritu ético y nobleza humana, pasando a ser fuente del derecho hebreo, fuente postmosaica.

En resumidas cuentas tenemos un primer periodo en el que la ley oral (tradición oral) sirvió como base de la ley escrita (legislación mosaica). Ambas, ley oral y ley escrita, conviven de manera paralela tratando de dar cobertura a la regulación legal del pueblo para el cual fue instituida. Posteriormente, podemos hablar de un segundo periodo como complemento de la legislación de Moisés, o legislación mosaica que se traduce en la codificación a través de las siguientes fuentes del derecho postmosaico, nos referimos al Talmud, la Mishná y el Guemára.

Así las cosas, podemos decir que el Talmud representa una obra que corporiza la ley civil y canónica del pueblo judío; representa la absoluta igualdad de los hombres y fue compuesta por numerosas personas y para numerosos asuntos, no fue, al igual que la Biblia, producto de un solo hombre y una sola generación. Igualmente, es importante destacar que el Talmud convivió simultáneamente con la Torá. Mateo Goldstein nos refiere que el Talmud es considerado como un registro de procesos verbales donde son consignados todos los debates de las diferentes academias judías, tanto de Palestina como de Babilonia, cuando se trató de establecer en las cuestiones de orden ritual, jurídico o social, los principios fundamentales, las normas. Sin lugar a dudas, el Talmud constituye un “pozo” inagotable para todo legislador.

Por su parte, la Mishná son colecciones de fallos, doctrinas e interpretaciones que tienen como base la Biblia y que han de dar lugar al nacimiento de la Guemará. La aparición de la Mishná se debió a circunstancias históricas que sobrevinieron a la destrucción del Estado judío y la necesidad de anotar la ley oral con el objetivo o fin de que no se debilitara en la memoria del pueblo. De esta manera se compuso la Mishná en la que se incluyeron todas las leyes posibles, no sólo aquellas que tenían validez en aquel momento, sino también las que no tenían valor práctico alguno, una confluencia de leyes antiguas y nuevas.

La Mishná está dividida en seis Sedarim o Tratados; a su vez cada Seder se divide en Masectas o Secciones; cada Sección o Masecta se divide, a su vez, en Perakim o Capítulos. El primer Tratado es el de Zeraim (Plantaciones), contiene un libro; el segundo es el de Moed (Fiestas), contiene dos libros; el tercero, Nashim (Mujeres), contiene tres libros; el cuatro Nezikin (Daños), contiene cuatro libros; el quinto Codashim (Consagra-

ciones), contiene cinco libros, y el sexto, Toharot (Purificaciones) compuesto por seis libros.

De los Tratados citados se puede leer:

[...]Y así como los sabios primitivos ahondaban y sofisticaban las palabras de la Torá, y añadían montañas de leyes a cada letra, a cada punto de aquella, así los sabios posteriores profundizaron y sutilizaron el texto de la Mishná para deducir de él nuevas leyes, nuevas ocurrencias. La consecuencia de todas estas argucias y sofismas, de esa admirable gimnasia intelectual, está representada pro la parte del Talmud conocida con el nombre de Guemará, la que sólo constituye, en el fondo, un comentario a la Mishná.

Como acabamos de ver, tenemos entonces que la Guemará, por lo tanto, son comentarios a la Mishná. La doctrina expresa que ante la sucesión de las fuentes postmosaicas del derecho hebreo, y la dificultad que revelada la comprensión de la Mishná, se vio la necesidad de implementar esta tercera fuente del derecho para dar claridad al texto de la misma.

3. Estructura política y jurídica

En el derecho hebreo se destacan ciertos aspectos puntuales de su normativa y entre ellas sale a colación la organización de la justicia, las leyes criminales —poco estudiadas desde Occidente— o el derecho procesal.

Con respecto a la estructura política, y circunscribiéndolo a una entidad jurídica, como no podía ser de otra manera, tomamos a Israel como representante del derecho hebreo y así se concibe Israel como una democracia parlamentaria formada por el presidente, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial. Sus instituciones son la Presidencia, La Knéset (Parlamento), el gobierno (Gabinete de Ministros) y el sistema judicial. Israel tiene una marcada tendencia hacia la centralización política y administrativa dentro de un sistema multipartidista y de coaliciones —vease en 2009 la coalición realizada para llegar al poder de Benjamín Netanyahu—.

Israel no cuenta con una Constitución escrita —no olvidemos la influencia de Inglaterra quien detenta la Constitución no escrita, consuetudinaria, más antigua— y unificada; no obstante, es reconocida como una Constitución Operativa. Tal y como expone Zárate: “la adopción de una constitución constituyó una de las metas principales del Estado de Israel a partir de su establecimiento, diversas circunstancias han evitado o pospuesto tal objetivo”, y de ahí su derivación, también por el cúmulo que plantea la

adopción de un documento de estas características, a una constitución no escrita. Israel se basa en el principio de división de poderes, con controles y balances, que el Poder Ejecutivo (el gobierno) depende del voto de confianza del Poder Legislativo (la Knéset) y la independencia del Poder Judicial garantizada por ley.

Destacamos la figura del presidente, el cual mantiene el antiguo título del jefe del Sanedrín —ente judicial y legislativo supremo del pueblo judío de Israel en los tiempos antiguos—. El presidente es símbolo de la unidad del Estado. Puede ejercer durante dos periodos consecutivos; elegido cada cinco años por simple mayoría de los miembros de la Knéset entre los candidatos presentados, ya sea por su capacidad personal o por su contribución al Estado. Entre los deberes presidenciales mayormente protocolarios encontramos: abrir la primera sesión de la Knéset, aceptar las credenciales de los enviados extranjeros; firmar tratados y leyes adoptadas por la Knéset; nominación de jueces, del gobernador del Banco de Israel y de los jefes de las misiones diplomáticas en el extranjero y así un largo etcétera.

Por lo que respecta al Poder Legislativo representado en la Knéset, éste es el parlamento unicameral de Israel, cuerpo legislativo del país.

La Knéset ejerce durante un periodo de cuatro años pero puede disolverse o ser disuelta por el primer ministro en cualquier momento durante su período. La Knéset trabaja en sesiones plenarias y por medio de catorce comisiones permanentes: 1. Abuso de drogas; 2. Constitución, ley y justicia; 3. Asuntos económicos; 4. Educación y cultura; 5. Finanzas; 6. Relaciones exteriores y defensa; 7. Knéset; 8. Inmigración y absorción; 9. Asuntos internos y medio ambiente; 10. Trabajo y bienestar social; 11. Quejas del público; 12. Contralor del Estado; 13. Status de la mujer y 14. Comisión especial para investigación, desarrollo científico y tecnológico.

Para que un proyecto de ley sea aprobado, éste debe pasar tres lecturas en la Knéset, posteriormente, después de un debate general, cada artículo del proyecto es sometido a voto.

El Poder Ejecutivo viene representado por el gobierno, Gabinete de Ministros, encargado de administrar los asuntos internos y externos, incluyendo asuntos de seguridad. Tienen poderes amplios y está autorizado a actuar en cualquier asunto que no esté delegado por ley a otra autoridad. Sus sesiones son una por semana y determina sus propios procedimientos de trabajo. Al igual que en la knéset, se trabaja por medio de comisiones, en este caso ministeriales.

Para formar gobierno, el primer ministro elegido debe presentar, en un término de 45 días desde la publicación de los resultados de las elecciones, una lista de ministros para su aprobación por parte de la Knéset, así como

las pautas del gobierno propuestas. El número de ministros, incluyendo al primer ministro, no puede ser mayor de 18 ni menor de 8; asimismo, al menos la mitad de los ministros deben ser miembros de la Knéset. El primer ministro puede nombrar vice-ministros hasta un total de 6 y todos deben ser miembros de la Knéset. Hay ministros con cartera que encabezan un ministerio, pero también puede haber ministros sin carteras que asumen responsabilidad por proyectos específicos. Una cuestión puntual en el sistema jurídico de Israel, es que el primer ministro puede ejercer también como titular de una cartera.

Por último en cuanto al Poder Judicial, debemos expresar que el sistema judicial en Israel, actúa como salvaguarda del gobierno de la ley y de los derechos humanos, pero no debemos olvidar que la ausencia de una Constitución completamente escrita, incluyendo una declaración de derechos, combinada con las regulaciones heredadas del Mandato Británico y la amplia autoridad del Poder Legislativo, pone al sistema judicial de Israel en una situación complicada.

Israel, su sistema judicial se divide en dos tipos de principales: 1. tribunales generales, conocidos como juzgados civiles o regulares; y 2. tribunales y otras autoridades del Poder Judicial. La diferencia entre ambos tipos de tribunales son el alcance de su jurisdicción.

Así las cosas, podemos decir que Israel es un Estado unitario con un sistema único de tribunales generales. La Ley Básica del sistema judicial establece tres niveles de cortes: 1. La Corte Suprema; 2. Tribunales de Distrito y 3. los Juzgados de Paz.

Tanto los Tribunales de Distrito como los Juzgados de Paz son tribunales de justicia, y la Corte Suprema es esencialmente una corte de apelaciones, que también opera como el Tribunal Supremo de Derecho. No existe la institución del jurado.

La Corte Suprema tiene jurisdicción para ver apelaciones a sentencias de los tribunales de distrito en casos criminales y civiles. Los casos que comienzan en el Tribunal de Distrito son apelables, por derecho, ante la Corte Suprema; otros asuntos pueden ser apelados sólo con permiso de la Corte Suprema.

La Corte Suprema tiene jurisdicción especial para ver apelaciones en lo relacionado con las elecciones a la Knéset, decisiones de la Comisión del Servicio Civil, decisiones disciplinarias del Colegio de Abogados de Israel, detenciones administrativas y peticiones de presos apeladas ante un tribunal de distrito. En la actualidad la Corte cuenta con catorce jueces. Por acuerdo, el juez principal es el presidente de la Corte; el segundo en jerarquía es el vicepresidente.

La Corte Suprema se reúne generalmente en paneles de tres jueces. El presidente o vicepresidente de la Corte tienen el poder de ampliar el tamaño del panel a cualquier número impar de jueces; además, cada panel tiene el poder de decidir la ampliación de su número. Esta composición —que no el número— y la manera de ir anexándole el número de jueces, tiene mucho que ver con las raíces históricas del denominado Gran Sanedrín o Gran Consejo de la Nación, en donde con una composición de origen de veintitrés sabios o jueces, se les iba agregando de tres en tres hasta completar, si era necesario, un número total de setenta y un sabios y así emitir sentencia.

En cuanto a los Tribunales de Distrito, éstos son juzgados de nivel medio. Tienen jurisdicción sobre cualquier asunto que no sea pertinente exclusivamente a la jurisdicción de otro tribunal. Concretamente, en asuntos criminales, los tribunales de distrito ven casos en los que el acusado enfrenta más de siete años de cárcel. En los casos civiles, la jurisdicción de estos se extiende a asuntos en que se dirima una cierta cantidad de dinero. Igualmente, pueden ver casos relacionados con compañías y sociedades, arbitrajes, peticiones de presos y apelaciones sobre asuntos de impuestos, asimismo, ven las apelaciones a los juicios de los juzgados de paz.

La composición de los tribunales de distrito son de un juez por juzgado, sólo se establece un panel de tres jueces cuando el tribunal ve una apelación a un juicio de un juzgado de paz, cuando el acusado enfrenta cargos con una ofensa que acarrea una pena de prisión de más de diez años, o cuando el presidente o vicepresidente del tribunal del distrito así lo decide. En Israel hay cinco tribunales de distrito. Estos tribunales de distrito se pueden asimilar al Pequeño Consejo de Ancianos de la Ciudad que se originó en el derecho hebreo.

Por lo que respecta a los Juzgados de Paz, también denominados Tribunales de Magistrado, éstos son los tribunales de justicia más inferiores o básicos. Tienen jurisdicción sobre asuntos criminales en los que el acusado enfrenta cargos por una ofensa que acarrea una sentencia potencial de hasta siete años de prisión, igualmente tienen jurisdicción sobre el uso y posesión de inmuebles. Los tribunales de paz o de magistrado actúan también como tribunales de tránsito, tribunales municipales, tribunales de familia y tribunales de demandas pequeñas. Estos tribunales los podemos asimilar al Tribunal Ordinario, creados en la Palestina antigua, para la interpretación y aplicación de la legislación mosaica.

Sería conveniente, por otra parte, hacer referencia a los Tribunales Religiosos, así el sistema judicial israelí es único, entre los sistemas legales de la actualidad, en la utilización de varias leyes sobre el status personal en el área de la ley familiar (matrimonio, divorcio, manutención, tutoría, adop-

ción), que son atendidas, precisamente, por los tribunales religiosos. Cada tribunal Tiene una composición de uno o tres jueces. La fuente básica de aplicación de la ley sobre el status personal y la jurisdicción de los diferentes tribunales religiosos se encuentra en la Orden Palestina en Consejo de 1922, la cual estipula: "... la jurisdicción en asuntos sobre el status personal será ejercida ... por los tribunales de las comunidades religiosas". De esta manera se establecen: tribunales rabínicos para juicios; cortes *sharia* para musulmanes; cortes religiosas drusas; cortes eclesiásticas de las diez comunidades cristianas reconocidas en Israel.

Por lo que respecta a los tribunales marciales o militares, tenemos que dichas cortes fueron establecidas por la Ley de Justicia Militar de 1955. Estos tribunales o cortes son competentes para procesar soldados por ofensas militares y civiles. Este sistema de tribunales militares incluye cortes menores y una Corte Marcial de Apelaciones. Los juzgados están compuestos de dos jueces oficiales y un juez presidente con capacitación legal. La corte de apelaciones se reúne en paneles de tres, excepto en los casos en que el acusado enfrenta la pena de muerte o cuando el presidente de la corte o el fiscal general del ejército ordena un panel ampliado, en estos casos, se amplía a cinco. En circunstancias muy contadas, las sentencias de las cortes marciales pueden ser apeladas directamente ante la Corte Suprema.

Por último, existen tribunales especiales compuestos por un solo juez; nos referimos a los denominados tribunales de tránsito, del trabajo, juveniles y municipales, con jurisdicciones claramente definidas; así como tribunales administrativos.

En el derecho hebreo siempre se ha dado un decoro y dignidad especial a la justicia. Igualmente, a través de la Biblia o Antiguo Testamento y el resto de sus fuentes del derecho, se han ido estableciendo los principios de justicia, así como la función del juez.

III. Derecho musulmán

Al igual que comentábamos con respecto a la distancia geográfica y cultural que concurría con el derecho hebreo y como ejemplo, de manera sencilla, comentábamos el año de comienzo del calendario hebreo, en esta ocasión comentamos que el calendario musulmán se inicia cuando Mahoma huye a Medina en el año 622 de la era cristiana. Además, esta distancia a la que hacemos referencia, se puede vislumbrar, con rapidez y claridad, desde que por ejemplo en Occidente, la religión no domina la

vida cotidiana, mientras que los musulmanes consideran la religión como algo decisivo en su vida y no dividen entre lo secular y lo sagrado.

1. Historia

Para poder comenzar el estudio del derecho musulmán, la primera cuestión que debemos exponer es que el derecho musulmán es una de las facetas de la religión del Islam y éste es el conjunto de preceptos obligatorios para los seguidores de dicha religión, Islam significa sumisión a la voluntad divina. Con la unión ambas ideas tenemos, entonces, que el derecho musulmán es el derecho de una comunidad de fieles que profesa la fe islámica.

Los derechos islámicos tienen una base geográfica que se puede circunscribir, de manera general, en Arabia (Mar Rojo, Océano Índico, Golfo Pérsico). Por supuesto también tiene un soporte religioso-ideológico basado en su libro revelado, el Corán, y un fundador, Mahoma.

El nacimiento del derecho musulmán tiene sus orígenes a partir de una serie de tribus independientes, unas sedentarias y otras nómadas, dedicadas al pastoreo y comercio principalmente, con una religión, en principio, politeísta, es decir, veneraban a varias deidades.

El fundador de la concepción de una religión monoteísta como el Islam, Mahoma, nació en La Meca en el año 570 de la era cristiana y falleció en Medina en el año 632. Perdió a su padre a los dos meses de edad y a su madre a los 6 años. Su tío, jefe de una de las tribus más importantes, los Koreichitas, se encargó de él al quedar huérfano. Mahoma se dedicó a conducir caravanas y esta actividad lo puso en contacto con sacerdotes y monjes de distintas confesiones. A los veinticinco años se casó con Kadija, quince años mayor que él, viuda y rica. Esta nueva condición social le permitió convertirse en uno de los principales ciudadanos de La Meca. Dedicado a la meditación, concibió una religión monoteísta revestida de elementos extraídos del judaísmo y el cristianismo. A los cuarenta años, durante uno de sus retiros espirituales, durante el mes del Ramadán, tuvo la primera revelación de Dios a través del Arcángel Gabriel (capítulo XLVI del Corán, seis primeros versículos). El conjunto de esta revelación, la cual continuó durante veintitrés años, se conoce con el nombre de Corán. La primera musulmana fue su esposa al expresar y sentir el credo musulmán: “No hay más Dios que Alá y Mahoma es su profeta”.

A partir de este momento, se concibe el Islam y con él el derecho islámico o musulmán.

Mahoma, a partir de este momento comienza a tener conflictos con la tribu de los Koreichitas, fundamentalmente por temor a que le restaran poder. Se suceden una serie de persecuciones a Mahoma y éste huye a Medina, ciudad en la que finalmente muere en el año 632 de nuestra era cristiana.

A. Pilares de la sabiduría musulmana

Mahoma organizó el Islam sobre la base de los denominados cinco pilares de la sabiduría musulmana, cinco grandes obligaciones del musulmán, las cuales representan el centro de su vida religiosa:

- 1) La profesión de fe a través del Credo musulmán: “No hay más Dios que Alá y Mahoma es su profeta” el que lo diga y lo sienta es musulmán desde ese momento.
- 2) La oración. Salat es el nombre que reciben las oraciones obligatorias que se rezan cinco veces al día en horas fijas (al amanecer, al medio-día, por la tarde, a la puesta del sol y por la noche) en dirección a la Meca, ante su anuncio desde el minarete de las mezquitas. La idea de la oración es alejarse En el Islam no hay autoridad jerárquica, ni sacerdotes, por ello, las oraciones las dirige una persona letrada que conozca el Corán y es elegida por la comunidad. Aunque es preferible rezar colectivamente, en una mezquita, un musulmán puede rezar casi en cualquier lugar.
- 3) El ayuno. Durante el mes del Ramadán, desde el amanecer hasta el ocaso, no se puede comer, beber, fumar o tener relaciones sexuales. Hay exentos como son los ancianos, enfermos, los que están de viaje, niños o mujeres embarazadas. Se considera el ayuno como medio para la purificación de uno mismo y se profundiza en su vida espiritual.
- 4) La limosna. Parte del salario se entrega para ayudar a los necesitados con base en que Dios es el único propietario de los bienes, el hombre es sólo su depositario.
- 5) Peregrinación a La Meca. Durante el duodécimo mes del año musulmán, al menos una vez en la vida, se debe ir a La Meca y una vez allí, se realizan una serie de ritos, con el objetivo de limpiar sus pecados y ser

perdonados, como pueden ser: dar siete vueltas alrededor de la Kaaba, besar la piedra negra, correr siete veces entre los montes más cercanos, sacrificar ovejas, etcétera. Hay exentos ante una situación de pobreza.

La escuela chiita considera como un sexto pilar, la *jihad* o guerra santa.

B. Conceptos musulmanes

Junto a los pilares de la sabiduría musulmana, encontramos una serie de conceptos o principios que le dan significado al derecho musulmán. Entre ellos, destacamos el *fiqh* que es el camino a seguir, es decir, lo que se debe o no de hacer y estos van fijados por los doctores encargados de interpretar; de manera paralela encontramos otro concepto musulmán de suma importancia, nos referimos al *taqlid* que es la prohibición de interpretación, de manera autónoma, de las fuentes del derecho musulmán. Sólo un grupo de doctores, designados para tal efecto, son los capacitados para interpretar el derecho musulmán, de manera conjunta y determinada. Los gobernantes no gozan de poder para crear derecho. Destacamos, asimismo, la *char* que es la totalidad del derecho musulmán que se conforman con el conjunto de: actos obligatorios; actos recomendados; actos indiferentes; actos reprobados y actos prohibidos por Dios.

2. Fuentes del derecho

Por otro lado, refiriéndonos ya a las fuentes del derecho musulmán tenemos las siguientes:

- 1) Corán
- 2) Sunna
- 3) Idjmá
- 4) Quiyás

Con respecto al Corán, como primera fuente del derecho musulmán, fundamento del derecho musulmán que se basa en un libro revelado, tenemos que es el texto sagrado transmitido a Mahoma en dos periodos: a) La Meca (609-622) con un contenido, eminentemente, religioso y moral; b) Medina (622-632) con un contenido de derecho familiar, derecho penal, derecho consuetudinario, etcétera.

Corán significa recitación, lectura o revelación; como decíamos, es el libro sagrado del Islam que contiene la doctrina transmitida por Mahoma a sus seguidores, la cual le fue revelada por Alá a través del arcángel Gabriel.

El Corán concibe la ley como deber civil y religioso; en el sistema islámico se confunde lo espiritual con lo temporal; la vida política y la vida religiosa son partes indisolubles de un todo único. No obstante esta afirmación tenemos que precisar de los 6,236 versículos del Corán, sólo 200 tienen contenido jurídico (114 capítulos — llamados “azuras” que a su vez se dividen en versículos o “aleia”), lo cual resultó insuficiente como norma de conducta en todas las cuestiones dogmáticas, rituales y jurídicas. No olvidemos, que el juez musulmán no está facultado para interpretar el Corán, sólo interpreta los doctores de la ley.

Así las cosas, hubo una necesidad de implementar una segunda fuente del derecho musulmán encargada de solventar aquellas lagunas no resueltas por el Corán o aquellos puntos oscuros que tampoco tienen respuestas a través del mismo, y en donde cobra especial relevancia el papel como segunda fuente del derecho, nos referimos al *Sunna*.

La *Sunna* constituye el modo de ser y de conducirse del Profeta; son anécdotas sobre la vida del profeta y otras que decidieron incluir y, como decimos, trataron de solventar las lagunas que quedaron después de la muerte del profeta, cuestión no muy afortunada y para ello se necesitó implementar una tercera fuente del derecho musulmán.

El *Idjmá* constituye la tercera fuente y ésta conformada por el acuerdo unánime de los doctores —nada tiene que ver con la costumbre—. En ella se da respuesta, prácticamente, a todos los problemas que no solventan el Corán o el *Sunna*; se considera como la verdadera base dogmática del derecho musulmán, junto al *fiqh*. El *Idmá* tiene dos postulados: “1. Mi comunidad nunca será unánime en el error; 2. Aquel que sigue un camino distinto al de los creyentes está condenado al infierno”.

Por otra parte, hace expresar que para que el *Idjmá* admita una norma jurídica no es necesario que la multitud de creyentes le preste su adhesión o que responda al sentimiento unánime de todos los miembros de la comunidad. Esta unanimidad requerida es la de las personas competentes (jurisconsultos del Islam), herederos de los profetas.

La cuarta fuente del derecho musulmán es el *Quiyás*, que es el razonamiento por analogía. Los doctores en derecho no pudieron prever todas las hipótesis que se presentaban en la vida diaria y de ahí la necesidad de incluir esta última fuente del derecho musulmán, la cual a través del razonamiento por analogía cubre una parte importante de las lagunas que se puedan dar. El derecho musulmán se considera un derecho cerrado desde el punto

de vista de que es un sistema en que hay respuesta para todas las cuestiones, no obstante, se admite el razonamiento por analogía, *quiyás*, como modo de interpretación, no autónoma, y de aplicación del derecho. No olvidemos, redundando en la misma idea, que el derecho musulmán basado en un principio de autoridad, con la analogía no se podrá crear normas fundamentales.

Una observación que estimamos más que pertinente es la puntualización de que tanto el Corán como la Sunna representan en la actualidad fuentes históricas si consideramos que el juez, en la actualidad, ya no está obligado a consultar directamente el Corán o la Sunna, ya que una interpretación infalible y definitiva de los mismos ha sido llevada a cabo mediante el *Idjmá*. Así, para conocer el derecho musulmán, según René David, sólo deben consultarse los libros del *fiqh* aprobados por el *Idjmá*, base dogmática del derecho musulmán.

Siempre se expresa que el derecho musulmán es un derecho cerrado en el que cabe dar respuesta, a través de sus fuentes del derecho, a todas las cuestiones que puedan plantearse. No obstante, sí se hizo necesaria la interpretación de las fuentes y para ello surgieron cuatro escuelas o sistemas llamados “ritos” hasta el siglo XIII que dieron cabida a diferentes interpretaciones según cada escuela. La unanimidad requerida por los expositores del *fiqh* para que una solución fuese aceptada no fue fácil. La regla de la unanimidad es compatible en el Islam con ciertas divergencias, secundarias, si se comparan con lo que es admitido por todos. Esta puede ser, perfectamente, la razón por la que el derecho musulmán ubicado en diferentes países es concebido de manera distinta. El estudio de las fuentes del derecho islámico nos lleva de la mano a revisar las distintas escuelas jurídicas islámicas que se dedican al estudio de las fuentes. Así las cosas, tenemos entre los ritos ortodoxos o “sunitas”:

- 1) Escuela Hanefí (fundado por el imán Abu Hanifa, fallecido en 767 de la era cristiana). Ubicada, fundamentalmente, en Jordania, Líbano, Siria, Irak, Afganistán, Pakistán, Egipto y Sudán. Cuenta con el mayor número de fieles.
- 2) Escuela Malekí (fundada por el imán Málic, fallecido en el año 795). Ubicada en Egipto, Mauritania y Nigeria. Digamos que se extiende entre los musulmanes de África del Norte.
- 3) Escuela Xafeí (fundado por el imán El Xafei, fallecido en 820). Ubicada en Etiopía, Somalia, Kenya e Israel.

- 4) Escuela Hanbalí (fundado por el imán Ibn Hanbal, fallecido en 835). Ubicada en Arabia, Golfo Pérsico e Israel.

Encontramos otro rito, el “heterodoxo”, o xiita, el cual predomina en Irán e Irak.

Como vemos, hay escuelas que comparten geografía, ello demuestra la diversidad de interpretaciones incluso dentro de un mismo país.

3. Derecho público/ derecho penal/ derecho familiar/ derecho fiscal y judicial

Hay varias cuestiones que merecen la pena subrayar en cuanto a ciertas particularidades del derecho musulmán. Nos referimos, por ejemplo al derecho público y su apenas normativización. El Corán no incluía norma sobre organización del Estado y de ahí la justificación ante tal ausencia.

Por otro lado, tenemos que destacar la importancia del derecho penal y el derecho familiar. Por lo que respecta al primero de ellos, el derecho penal no distingue entre el pecado y el delito y así establecen una clasificación de importancia:

- 1) Delitos de sangre: talión (homicidio doloso y lesiones corporales dolosas) y la composición (en defecto del talión);
- 2) Delitos contra la religión: a) apostasia (musulmán que abandona su fe); b) blasfemia contra Dios, Ángel o Profeta; c) Fornicación (relación no legitimada); d) Calumnia; e) hurto.
- 3) Delitos nocivos para la buena convivencia social.

Con respecto al derecho de familia, éste es amplio y representa, al igual que el derecho penal, una base importante del derecho musulmán. Las normas patriarcales establecidas en el Corán regulan el matrimonio, la filiación y la herencia. Así, el matrimonio es arreglado por los padres y las partes deben ser:

- 1) Capaces, aptos;
- 2) El hombre musulmán; la mujer pertenecer a una religión revelada;
- 3) El hombre entrega dote a la esposa. Se establecen contratos en los

que se estipula que el hombre dará parte de la dote a la mujer en el momento del casamiento y el resto sólo si se divorcian. El divorcio, por su parte, se puede otorgar en caso de repudio y para que sea válido debe ser pronunciado antes del vencimiento del término de cuatro meses y diez días;

- 4) No hay comunidad de bienes;
- 5) Cuatro son el máximo de esposas y un número indeterminado de concubinas;
- 6) Sólo se reconoce la filiación legítima; no se reconoce la adopción.

En otro orden de ideas, destacamos el sistema tributario, en donde el Diván representa el organismo encargado de la Administración Hacendaria y el “*azaque*” que es la limosna legal que contemplábamos enumerar los cinco pilares de la sabiduría musulmana. Ésta expresa que Dios es el único propietario de los bienes y el hombre es tan sólo su depositario y yendo más allá, el *azaque* constituye una especie de fondo de solidaridad entre los fieles. Realmente existen dos tipos de limosnas, al decir de Martínez García, para los musulmanes: la que se tiene que otorgar a los pobres y necesitados, porque Alá lo ve con buenos ojos, y la que se tiene que otorgar con fines de beneficencia comunitaria, ambas con base coránica y por ello, base religiosa.

El *azaque* que es la limosna legal, grava los ingresos y los bienes de todos los musulmanes anualmente y su porcentaje aplicado es de acuerdo con la especie que se grava, es decir, metales, predios, animales, etcétera.

El *mucus*, o tributos genéricos tan sólo grava las mercancías del extranjero en un diez por ciento.

Por último, para perfilar ciertos rasgos característicos del derecho musulmán, debemos mencionar algunos aspectos en relación con la administración de justicia. El poder judicial otorgado por Dios a Mahoma y de éste al califa, así los primeros encargados o delegados de administrar la justicia eran los denominados califas, posteriormente se encargan los *cadi* y éstos son personas que deben conocer notablemente las fuentes del derecho musulmán, con buenas condiciones mentales y físicas, personas honestas y respetables. En la actualidad el *cadi* debe, además, reunir ciertas características:

- 1) Licenciado en derecho
- 2) Musulmán
- 3) Libre

- 4) Sexo masculino (excepto la escuela Hanefi)
- 5) Facultades físicas, intelectuales y morales
- 6) Deben atenerse al *fiqk* de la escuela a la que pertenecen y también fallar según el conocimiento personal que tienen sobre el hecho.

Es un derecho con un procedimiento fundamentalmente oral en donde no existen archivos escritos de las decisiones judiciales —en realidad la demanda es oral, a menos que sea muy complicado el asunto, en cuyo caso se lleva a cabo por escrito—. En principio el juez propone una amigable composición y sólo en caso de no llegar a ningún acuerdo, el demandante tiene que probar su acción y el demandado sólo se defiende; con dos testigos oficiales (*adul*) como garantes de la justicia; la *surta* (policía) se encarga de la persecución de los culpables y la ejecución de la pena y, por último, expresar que existe un juramento especial, en caso de homicidio doloso, en donde al jurar 50 veces que es inocente, ante la idea de que el castigo proviene del ser supremo, queda exculpado. Merece la pena expresar que aunque normalmente en primera instancia se culminan prácticamente la totalidad de los asuntos, se puede solicitar la aclaración ante el mismo juez, o se puede apelar la sentencia cuando por motivos de deshonestidad del juez éste haya sido removido de su cargo por dichas razones, y un nuevo juez en funciones puede conocer del asunto.

En la actualidad el derecho musulmán tiene un margen de actuación un tanto más amplio del que se pueda suponer por la lectura, rígida, del sistema de fuentes que acabamos de presentar. Como ejemplo de ello tenemos que a pesar de que la costumbre no es tomada en cuenta por los ritos, tarde o temprano se llegan a tomar en cuenta; así, la costumbre se va formando a través del tiempo a pesar de que sea aceptada o no, incluso existen costumbres que las fuentes primarias no prohíben complementando el derecho musulmán. La idea principal, por supuesto, es no contravenir el derecho y así se deja, digamos, un margen de iniciativa. Igualmente, podemos aducir la misma consideración con respecto a la ficción, cuestión creada realmente para no contravenir los preceptos de Alá.

IV. Japón, ¿dentro de qué familia jurídica se encuadra?

Japón, hasta 1853 no tuvo contacto alguno con Occidente y sí, por el contrario tuvo un especial acercamiento e influencia con China. Realizamos estas dos observaciones al comienzo de este apartado dedicado al derecho

japonés porque aún con esta distancia y/o acercamiento marcado, Japón siempre ha mantenido un derecho original debido, siguiendo a René David, al carácter propio de los japoneses y debido, por supuesto, al aislacionismo que los dirigentes del país mantuvieron durante doscientos cincuenta años, antes de su apertura en 1853.

1. Historia

Mucho antes de la fecha citada, 1853, debemos acercarnos a ciertas cuestiones históricas que podrán marcar rasgos particulares de Japón y que podrán apoyar el manejo jurídico que se da en la actualidad.

El siguiente cuadro, esquemático, no pretende exponer una información muy completa de la parte histórica de Japón; de hecho, no podemos realizar un estudio exhaustivo de la evolución del derecho japonés porque ello excede el objetivo o propósito del presente manual, no obstante, un cuadro de estas características podrá ubicar al lector en los periodos más importantes, desde la prehistoria jurídica hasta la historia más contemporánea. De esta manera, realizamos la siguiente síntesis:

Periodo	Siglo	Comentarios
Periodo anterior al Barro	Año 15.000 a. C. Año 5.000 a. C.	Caza nómada, pesca y recolección
Periodo Cerámica Jomon	Año 5.000 a. C. Año 200 a. C.	
Periodo Cerámica Yayoi	Año 200 a. C. Año 200 d. C.	Cambio a la civilización del cultivo de arroz, y formación de asentamientos. Unificación de pequeños reinos.
Periodo del Túmulo	Finales s. III Finales s. VI	Extensión reino Yamato, dominio de casi la mitad del archipiélago japonés y el sur de Corea. Enfrentamientos en torno a la sucesión del trono, pérdida de poder de Yamato. Budismo y Confucianismo.

Periodo	Siglo	Comentarios
Periodo Asuka	Finales s. VI Principios s. VIII	Poder de Yamato restaurado por el príncipe Shotoku. Primeros intentos de establecer una Constitución y un sistema oficial de clases. Reformas Taika siguen la filosofía expuesta por Shotoku; el contenido de dichas reformas se resumen en un código conocido como el Ritsuyo.
Periodo Nara	Principios s. VIII Finales s. VIII	Nara se convierte en capital. Se pone en práctica total el Ritsuyo. Poder imperial en aumento. Culturalmente mezcla de cultura japonesa y china.
Periodo Heian	Finales s. VIII Finales s. XII	Nueva capital Kioto. Se modifica el Ritsuyo. Florece el poder de la familia Fujiwara detrás del trono. La corte imperial tiene un rol ceremonial, no tiene el control del país. En provincias gobierno corrupto. Los dueños de los distritos feudales (Shoen), forman grupos de guerreros para su defensa (samurais). En el siglo XII se establecen emperadores aislados. Continúa un gobierno despótico.
Periodo Kamakura	Finales s. XII Primeras décadas siglo XIV	Progreso de la agricultura por medio del uso de animales de tiro. Se funda el primer shogunado; Minamoto-no-Yoritomo se nombra general para someter a los bárbaros. Los guerreros Samurai se convierten en elementos poderosos en las áreas feudales. Nuevo intento de restablecer el régimen imperial; lo único que se consigue son dos cortes, la del Norte y la del Sur durante 57 años.

Periodo	Siglo	Comentarios
Periodo Muromachi	Principios s. XIV Finales s. XV	Reunificación de las cortes del Norte y del Sur en 1392. Continúa el poder de los samurai en los feudos. Pleno esplendor cultural (teatro, adornos florales, ceremonia del té). Comienza era de las guerras civiles. No obstante, se desarrolla la pesca, minería, comercio, etcétera.
Periodo Azuchi-Momo-Yama	Final s. XV Final s. XVI	Era de las guerras civiles. La autoridad es pasada progresivamente de superiores a inferiores. Obstinados con sus propios distritos, cada uno busca extender su poder, produciéndose la reunificación nacional. Influencias del Cristianismo. Comercio con el extranjero. Comienza a haber desconfianza con todo lo extranjero y se expulsan a los misioneros.
Periodo Edo	Principio s. XVII Finales s. XIX	Se establece un código legal para las familias nobles, facilitando el control al shogunado de la nobleza y del emperador. Aparece un sistema de cuatro clases (1. Guerreros, 2. Campesinos, 3. Artesanos, 4. Comerciantes), restringiendo los matrimonios a miembros de la misma clase. Cada clase tiene establecida la relación feudal amo-sirviente. Los seguidores japoneses del cristianismo son ejecutados. A todos los comerciantes extranjeros, a excepción de Holanda y China, se les prohíbe visitar Japón. Con el poder del shogunado estable, y la administración centralizada, la industria y la artesanía crecen. Las poblaciones aumentan en

Periodo	Siglo	Comentarios
		<p>tamaño, cantidad y prosperidad. Miseria en muchos campos. El shogunado impone grandes impuestos sobre todo en el arroz. Los campesinos se rebelan. Alejamiento de la educación china y vuelta a la tradicional e incluso holandesas. Japón hacia fines del siglo XIX desiste de su política de aislamiento. El shogunado decide comerciar con otras naciones.</p>
Periodo Meiji	Final s. XIX Primera década s. XX	<p>Los pueblos feudales son abolidos y reemplazados por el sistema prefectural. Se establecen la armada nacional y el servicio militar obligatorio, el nuevo sistema de impuestos, el sistema decimal, los ferrocarriles, el correo, sistema de teléfonos y telégrafos. Prospera la industria de la construcción. El Budismo y el Sintoísmo, por mucho tiempo fusionados, son oficialmente separados. Sintoísmo como base ideológica de las normas imperiales. Se revoca la prohibición del Cristianismo. Incremento de filosofías liberalistas, socialistas, de igualdad. Promulgación de una Constitución. Suceden una serie de guerras con China, Rusia. Ahora ya en la primera década del siglo XX, revolución industrial (hierro y acero).</p>
Periodo Taisho	Principios s. XX	<p>Primera Guerra Mundial, estimula la economía y comercio exterior de Japón; gana territorios en China y en el Pacífico Sur. Poder de los partidos políticos y surgen ideas democráticas “con forma”. Retroceso en la eco-</p>

Periodo	Siglo	Comentarios
		nomía en la posguerra y con el terremoto de Kanto en 1923; el movimiento socialista gana terreno.
Periodo Showa	Principios y mediados s. xx	Sin solución la crisis económica. La política americana de restricción en contra de Japón aumenta. Ocurre el movimiento para expulsar a Japón de China para presionar se retira la ONU, incrementa el expansionismo militar derechista. Japón inicia la Guerra del Pacífico. Derrota en la guerra y caída del militarismo. Ocupación extranjera. Japón reasume un rol internacional como una nación con un importante comercio exterior y gradualmente se convierte en la segunda potencia mundial.
Periodo Hesei	Finales s. xx	Guerra del Golfo. Se organizan las maniobras de mantenimiento de paz de las Naciones Unidas.

Después de la proyección sucinta, a través del esquema que acabamos de incorporar sobre las diferentes etapas de la historia más remota del derecho japonés, consideramos oportuno hacer lo propio con la etapa histórica, digamos, más inmediata —a partir de finales del siglo XIX—, y así hay que expresar que una vez superado el aislacionismo del shogunado, Japón propugna un cambio radical en su proyección jurídica y así vemos la apertura de asimilación y aprendizaje, tal y como nos expone Zárate, de todo lo que Occidente ofrece en los campos militar, jurídico, tecnológico, administrativo y educativo fundamentalmente. De manera paralela, ante la escasez de materias primas, recordemos la limitación geográfica de una ínsula de estas características, pone sus miras en una creciente industrialización y la expansión de sus mercados, así como la expansión geográfica —Corea, Isla de Formosa, Manchuria, etcétera—. Si avanzamos en el tiempo y nos posicionamos en plena Segunda Guerra Mundial, destacamos la alianza que firmó Japón con Alemania e Italia y el bombardeo de Estados Unidos

len Pearl Harbor, Hawai y las consecuencias tan nefastas que conllevó el contraataque de los Estados Unidos en Hiroshima y Nagasaki y su rendición incondicional. Una rendición que dio lugar a un gobierno de ocupación por las fuerzas aliadas que duraría seis años.

Este brevísimo resumen se hace necesario en un Manual de estas características, pero no queremos inducir a error al lector que demande explicaciones mucho más detalladas del perfil histórico que amerita el sistema jurídico japonés. La idea es sólo llevar de la mano al alumno hacia la justificación del aislacionismo japonés después del mencionado bombardeo atómico y cómo Estados Unidos, vencedor ante Japón, toma el poder y pretende implantar un sistema jurídico a Japón como país sometido a la potencia norteamericana; si bien es cierto que la implementación de un sistema de *Common Law* no se acomodaba en demasía a un sistema jurídico que, siguiendo de nuevo a Zárate “privilegiaba el orden, la armonía y la jerarquía sociales pregonados por Confucio. Por ello, al buscar una nueva normatividad para la vida social, los juristas japoneses encontraron más compatible el estilo del derecho germánico y francés de finales del siglo XIX, y en especial de la tradición germánica”. Como vemos, una mirada hacia la tradición de una determinada comunidad jurídica, sin lugar a dudas, y lo volvemos a corroborar en esta ocasión, nos da pautas para ver el funcionamiento en la actualidad de dicho ordenamiento jurídico. Japón no se asemeja sin motivos a la familia jurídica romano-germánica, tal y como estamos percibiendo. Las condiciones impuestas ante la rendición incondicional de Japón fueron: reducción territorial del imperio japonés a la ínsula que posee en la actualidad; la disolución de su ejército, la reconversión de su industria bélica y el establecimiento de un gobierno democrático.

Llegados a este punto, consideramos importante expresar que Japón ha sido calificado como la sociedad de más rápida evolución en el mundo, pero de manera paralela conserva tradiciones, como ya expresamos, que determinan su operatividad. A través de su larga historia, manifiestan Valdez y Mooney, el pueblo japonés ha demostrado una singular aptitud para asimilar y adaptar las nuevas ideas a su propio medio cultural, así:

Japón ha podido superar dos importantes transformaciones en los últimos cien años: primero a fines del siglo XIX, cuando desechó un sistema feudal estancado para emprender el camino de la modernización y respaldar su vida política en la Constitución (conocida con el nombre de Constitución Meiji) que el emperador concede al pueblo en el año 1889. Segundo, a mediados del siglo XX, cuando volvió la espalda a la trágica experiencia de la Segunda

Mundial para crear una nueva sociedad dedicada a la cooperación pacífica y a la forma de vida democrática [...] y la consiguiente rendición de Japón recepta y adapta la constitución dada en 1947.

Ante este panorama, estamos convencidos que para poder entender correctamente una sociedad, cuál es su sistema jurídico y por qué actúa o funciona de una determinada manera es necesario entender y estudiar, *a priori*, sus tradiciones y su *modus vivendi*. Tal es el caso de la sociedad japonesa, una sociedad que de por sí nos es lejana y extraña.

2. Estructura social, política y jurídica

El área total de Japón es aproximadamente de 377.484 km², con un terreno montañoso proporciona sólo una limitada área de tierra cultivable, aproximadamente el 12% de la superficie total de la nación.

En cuanto a la población, Japón ha alcanzado en la actualidad un aparente estado de saturación, con cerca de 124 millones de personas, ocupa el séptimo lugar en el mundo; no obstante, se espera que esta cifra aumente 300 mil anualmente hasta el año 2010.

Como país insular ubicado en el área monzónica de Asia en donde el cultivo de arroz es el estandarte, Japón tradicionalmente basaba su economía en la agricultura y la pesca, con las cuales se abastecía la mayor parte de los alimentos de la nación. Después de la Segunda Guerra Mundial, las industrias manufactureras más que la agricultura, se han vuelto el punto focal de la economía, aunque la agricultura no ha perdido su importancia totalmente.

En el ámbito educacional, Japón se encuentra entre las naciones más avanzadas del mundo, con un promedio de alfabetización prácticamente nulo. El acceso a la educación superior cada vez es mayor pero no hay que olvidar las fuertes presiones que caracteriza este acceso debido a la gran demanda y las limitadas plazas en las universidades japonesas.

La alimentación japonesa tradicional, se basaba principalmente en arroz, pescado y verduras; no obstante al incrementarse el contacto con otros países se produjeron muchos cambios en los patrones establecidos de la cocina, particularmente desde el final de la Segunda Guerra Mundial, con el desarrollo de la economía y los niveles de vida más altos; aumentó rápidamente el consumo de productos lácteos y carnes, así como de pan, pastas, y otros productos derivados del trigo.

Japón cuenta con grandes tradiciones. A lo largo de su historia el pueblo japonés ha creado un número de tradiciones culturales que simbolizan una espiritualidad única; entre dichas tradiciones se encuentra el teatro, cuyos orígenes se remontan a principios siglo XVII en el que se representaba a través de la mímica acontecimientos de la vida diaria. A través de su larga historia el pueblo japonés ha desarrollado varios tipos de artesanía tradicionales como son los kimonos; trabajos minuciosos en madera tallada y madera lacada; porcelana; el arte de la caligrafía, la ceremonia del te; los arreglos florales, etcétera.

El modelo de familia japonesa, dentro del esquema social, enfatiza una autoridad lineal de sucesión patriarcal. La familia tradicional consistía en una unidad patriarcal, como ya se dijo, con varias generaciones viviendo juntas en la misma casa, y tanto la ayuda mutua como la alianza entre parientes de sangre eran muy fuertes.

Otro de los pilares básicos para entender la sociedad y a la cultura japonesa, es la religión. Es fuerte la confusión encontrada en los libros de textos extranjeros acerca de las creencias religiosas japonesas. La confusión empieza en el problema lingüístico y la dificultad para el japonés de explicar sus creencias y sentimientos, en términos occidentales, junto con la coexistencia de una variedad de creencias, las cuales para otras razas parecen al mismo tiempo contradictorias, aunque no sea así para la mente japonesa. Confluyen tal variedad de religiones como el Sintoísmo como primera y única religión nativa del Japón; es un conjunto de creencias espirituales en las cuales las fuerzas naturales u objetos, junto con los antepasados difuntos son venerados y vistos como *kami*, osea dioses. El budismo, introducido por China en el siglo VI, también confluye con el resto de las religiones que se profesan en Japón entre las que se incluyen el confucianismo, cristianismo y la musulmana.

Entre las costumbres actuales de los japoneses está la visita a los templos y santuarios la madrugada del 1o. de enero para pedir prosperidad durante el año; se da las gracias por la salud y el crecimiento sano de los niños; se realizan ceremonias de purificación para evitar accidentes de tránsito, etcétera.

Políticamente hablando, en Japón, el poder soberano reside en el pueblo. La Constitución de 1947 establece que la nación debe ser gobernada por el pueblo. Hay que destacar, asimismo, el papel preponderante que tiene la familia imperial; el Emperador es símbolo de unión entre los japoneses. La Constitución del pueblo japonés renuncia para siempre a la guerra como un derecho soberano de la nación; de la misma manera, siendo un país que sufrió un grave ataque nuclear, establece tres principios antinucleares: 1. no producir; 2. no poseer; y 3. no permitir el ingreso de armas nucleares.

La Constitución de Japón de 1947 consta de un Preámbulo, una Parte Dogmática y una Parte Orgánica.

El Preámbulo, como es de esperar, contienen los propósitos y objetivos que inspiran su sanción así como las metas, lo cual lo convierte, prácticamente, en un programa de gobierno. De la lectura del citado Preámbulo vemos todas y cada una de las características que hemos anticipado en torno a la organización jurídica japonesa y la inercia que le ha derivado a mostrarse como un país, sin lugar a dudas, realmente singular, simbiosis de las tradiciones de oriente en la que no debemos olvidar que se constituye como tercera potencia económica mundial.

Definitivamente, los Estados Unidos de América y en concreto el general Mac Arthur, consciente de la dificultad de imponer una Constitución con claros perfiles del *Common Law* —como hubieran deseado—, se asesoró de un equipo multidisciplinar, fundamentalmente de sociólogos, antropólogos y economistas que determinaron cuáles debían de ser las características de la nueva Constitución para el Japón; una idea que sin lugar a dudas es más que plausible, al pretender respetar cuestiones puntuales de la idiosincrasia japonesa y así poder dar curso a su infraestructura no normada. De nuevo siguiendo a Valdez y Mooney, esto permitió un salto cualitativo y cuantitativo de esta nación. Su Constitución es parte toral, sin lugar a dudas, pero su marco normativo, en general, es el que ha posibilitado un espectacular desarrollo de la sociedad nipona; supone un marco normativo que une pasado, presente y futuro de su sociedad.

Si fue un hecho que durante los siete años de ocupación norteamericana, la legislación japonesa fue revisada de acuerdo con el espíritu, igualmente, norteamericano, en 1952, tal y como expresa Margadant, después de reasumir su independencia, el país se encontraba en posibilidades de recuperar un lugar dentro de la familia de las naciones en vías de iniciar su milagro económico, una tarea que ha tenido éxito completo y que ha repercutido, desde luego, en muchos aspectos de la propia legislación japonesa.

Como vemos, Japón es una monarquía parlamentaria, en la que la figura del emperador es parte de su columna vertebral; es más, en el momento mismo en el que los Estados Unidos plantearon que la institución del emperador saliera de su contexto jurídico, el pueblo japonés reaccionó y consiguió mantenerla como símbolo de su unidad y así se constata en su artículo 1o. constitucional “el símbolo del Estado y la unidad del pueblo, y cuya posición procede de la voluntad del pueblo en quien reside el poder soberano”. El emperador está facultado, a tenor de su artículo 7o. constitucional, para: 1) promulgar reformas a la Constitución, leyes y tratados; 2) convocar a la

Dieta —poder legislativo—; 3) disolver la Cámara de Representantes; 4) proclamar a elecciones para miembros de la Dieta; 5) atestiguar el nombramiento y remoción de los miembros del gabinete y embajadores; 6) atestiguar amnistías y perdones de penas; 7) conceder honores oficiales; 8) recibir embajadores y ministros extranjeros y 9) realizar todo tipo de funciones ceremoniales.

Como vemos, la derrota total de 1945, en la Segunda Guerra Mundial, no eliminó la figura del emperador, sino que la confirmó por medio de su nueva Constitución. Por otra parte, la sucesión al trono está reglamentada por la Ley sobre la Casa Imperial, *House Act* de 1947, enmendada en 1949.

Antes de comenzar con la exposición de la parte orgánica queremos destacar el capítulo segundo, el cual sólo se compone de un artículo, el noveno, en el que Japón renuncia para siempre a la guerra. Margadant expone que no se establece distinción alguna entre una guerra de defensa o una de ataque. Este apartado prohíbe la manutención de fuerzas terrestres, marítimas o aéreas, sin embargo, considerando que la dogmática del derecho internacional permite la autodefensa, al margen de este artículo surgió en 1957 una reducida Fuerza de Seguridad cuyos principios básicos fueron establecidos en su forma actual, por el legislador, en 1976. Esta fuerza, creada para preservar el orden interior en momentos de crisis, no ha sido considerada por el Poder Judicial como una institución anticonstitucional; además, el gasto del 1% del PBN, y su conducción debe estar a cargo de civiles; el servicio que presta es exclusivamente voluntario y no podrá ser enviada fuera del país ni deberá usar armas nucleares. En resumidas cuentas, a pesar de lo enunciado en el artículo 9o. constitucional, se cuenta *de facto* con ejército, armada y fuerza aérea.

También debemos en este momento hacer referencia capítulo tercero, artículos 10-40, que se refiere a los derechos individuales y, en este sentido, se destaca el sufragio universal para todos los japoneses mayores de edad por medio del voto secreto, corrección de actos en que la autoridad se haya excedido de su competencia legal, la libertad de religión y la separación entre religión y Estado, libertad de avocación, el derecho de petición pacífica, la libre fijación de su residencia, la igualdad dentro del matrimonio, el acceso a la educación gratuita, el derecho al trabajo y a la sindicalización, el libre acceso a la justicia, las garantías contra toda detención arbitraria, el derecho de asistencia gratuita y así un largo etcétera de derechos y garantías individuales que son muy similares a la concepción occidental.

Por lo que respecta a la Parte Orgánica, es decir, la parte de la Constitución en la que se encuentra ordenado el poder del Estado, como medio para alcanzar un fin que no es otro que el ejercer el poder sobre la población

de un Estado, tenemos al Poder Ejecutivo, representado a través del Gabinete, el Poder Legislativo, a través de la Dieta y el Poder Judicial.

Así las cosas, por lo que respecta al Gabinete, motor de la acción política del estado japonés, vedado a todos los militares, está compuesto por el primer ministro y 16 ministros de Estado.

El artículo 67 de la Constitución determina el nombramiento o designación del Primer Ministro y así expresa:

El Primer Ministro será designado de entre los miembros de la Dieta, mediante resolución de la misma. Esta designación tendrá prioridad sobre los demás asuntos. Si la Cámara de los Representantes y la Cámara de los Consejeros discrepan, y no puede alcanzarse un acuerdo ni siquiera mediante una comisión mixta de ambas Cámaras, en la forma prevista por la ley, o si la Cámara de los Consejeros no ratifica la designación dentro de los diez días siguientes, excluidas las vacaciones parlamentarias, a la designación efectuada por la Cámara de los Representantes, la decisión de esta última será la de la Dieta.

En este último supuesto, habrá de designarse una comisión conjunta de las dos cámaras para que resuelvan tal situación.

Por su parte, los ministros de Estado son designados por el primer ministro y así el artículo 68 expresa: “El primer ministro nombrará a los Ministros de Estado. No obstante, la mayoría de ellos habrán de ser elegidos de entre los miembros de la Dieta”.

El Título V se dedica al Consejo de Ministros, concretamente a sus poderes y así de esta manera, a través de su artículo 72 tenemos que: “El Primer Ministro, en representación del Consejo de Ministros, presentará los proyectos de ley, informará a la Dieta sobre asuntos nacionales de interés general y sobre relaciones exteriores, y ejercerá el control y la supervisión sobre los distintos departamentos de la Administración”. En relación con el control, tenemos el artículo 73:

El Consejo de Ministros, además de las demás funciones administrativas generales, ejercerá las siguientes funciones: la aplicación fiel y exacta de la ley; la conducción de los asuntos de Estado. La gestión de las relaciones exteriores. La celebración de tratados. No obstante, deberá obtener con anterioridad o posterioridad, según las circunstancias, la aprobación de la Dieta. La gestión de la función pública, de conformidad con las normas establecidas por la ley. La preparación del presupuesto y su presentación a la Dieta. La promulgación de órdenes ministeriales para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Constitución y en las leyes. No obstante, dichas órdenes ministeriales no podrán

incluir disposiciones de carácter penal, salvo que así lo autorice la ley. La adopción de decisiones en materia de amnistías generales o particulares, conmutación de penas, suspensión de ejecuciones y rehabilitación de derecho.

Por lo que atañe al Poder Legislativo, tenemos en Japón a la Dieta, órgano supremo del poder del Estado, conforme a lo estipulado en su artículo 41 constitucional, que a la letra expresa: “La Dieta será el órgano más alto del poder estatal, y será el único órgano capaz de dictar leyes del Estado”.

Es un cuerpo bicameral, compuesto por la Cámara de Representantes o Cámara Baja y la Cámara de Consejeros o Cámara Alta, ambas elegidas por sufragio universal y donde podemos advertir una importancia política superior y cierta preeminencia por parte de la Cámara de Representantes sobre la Cámara Alta.

La Cámara de Representantes posee en la actualidad 511 representantes y la Cámara de Consejeros tiene 252 miembros aunque la cifra es variable y es a través de una ley reglamentaria que se determina el número exacto y requisitos para su integración.

Los miembros de la Cámara de representantes son electos por cuatro años sin renovación parcial. Este periodo puede terminar antes de que expiren los cuatro años previstos si se procede a la disolución de la Cámara en un todo según se establece en el artículo 45 y 69 de la Constitución. Dichos miembros son electos por 124 distritos electorales.

Por su parte, la Cámara de consejeros está compuesta por miembros que son electos por un periodo de seis años siendo renovados por mitades cada trienio.

En otro orden de ideas, el artículo 52 constitucional, determina que “El periodo de sesiones ordinario de la Dieta será convocado una vez al año”.

Según el artículo 58: “Cada Cámara elegirá a su presidente y demás componentes de la mesa. Cada Cámara redactará su propio reglamento en lo relativo a sesiones, procedimiento y disciplina interna, y podrá imponer sanciones a los miembros que observen conducta desordenada. No obstante, para proceder a la expulsión de un miembro, será necesario una resolución aprobada por una mayoría de dos tercios o más de los miembros presentes”.

Definitivamente, entre el Gabinete y la Dieta tiene que haber armonía, para ello, el primer ministro y los demás ministros tienen el derecho de entrada a las Cámaras, tal y como se estipula en el artículo 63: “El primer ministro y demás ministros de Estado podrán comparecer en cualquier momento ante ambas Cámaras, con objeto de efectuar declaraciones sobre proyectos de ley, sean o no miembros de la Cámara. Estarán obligados a comparecer cuando se exija su presencia para responde a preguntas o dar explicaciones”.

Por último, tenemos el Poder Judicial, símbolo de garantía judicial para los gobernados, vela por el cumplimiento de la Constitución y asegura la implementación de las leyes. El Título VI se dedica al mismo, y así estipula su artículo 76: “El poder judicial en su integridad residen en el Tribunal Supremo y los tribunales inferiores establecidos por la ley. No podrá constituirse ningún tribunal de excepción ni se investirá de autoridad judicial inapelable a ningún órgano o departamento del Poder Ejecutivo. Todos los jueces gozarán de independencia para decidir con arreglo a su conciencia. Estarán únicamente obligados por la presente Constitución y las leyes”.

El artículo 79 determina que “La Suprema Corte consistirá en un Juez Principal y el número de jueces que determine la ley [...]”.

Destacamos, el artículo 77 constitucional que expresa que la Suprema Corte está investida del poder de redactar leyes, en las cuales deben determinarse las reglas de procedimiento y práctica judicial, así como sobre asuntos relativos a procuradores. Desde el punto de vista jurisdiccional, estrictamente, el artículo 81 establece que es el tribunal de último recurso para decidir cuestiones de constitucionalidad de cualquier ley, orden, reglamento o acto oficial.

Para culminar este apartado dedicado a la Parte Orgánica y concretamente el poder judicial, hacemos la observación que en Japón, los juicios son debatidos públicamente y las sentencias igualmente son públicas, excepto que se determine que por orden público o la moral, no deban ser publicitadas. Cabe resaltar que no existe sistema de jurado en Japón.

En relación con las fuentes del derecho japonés, no podemos evitar transcribir un comentario, como siempre atinado, de Margadant en donde hacía referencia a la obra de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, y así expresó que cada sistema jurídico tiene un ambiente propio que se manifiesta tanto en ciertos aspectos del derecho escrito como en la forma en que las autoridades apliquen este derecho, y en el derecho “vivido” que se manifiesta en el comportamiento jurídico de la población. Observando el derecho japonés en su aspecto legislado y en el comportamiento general al que da lugar, así como en las reacciones jurisdiccionales, encontramos a menudo un balance entre el individualismo típico occidental y una tradición japonesa, más comunitaria, que a menudo confiere delicadeza y belleza a este sistema. Así, prosigue Margadant, si un jurista occidental leyera los textos legislativos japoneses fuera de su contexto social recibiría la impresión de que la vida jurídica se halla totalmente divorciada de la realidad, y ello no es cierto. El pueblo japonés, desde su Constitución, como ley suprema de la Nación, refleja un anhelo por la búsqueda de la paz ante sucesos realmente duros, de

ahí que si lo sacamos de su contexto, pudiéramos pensar que la realidad y su legislación se encuentran en estadios diferentes.

Así las cosas, y haciendo recapitulación de la organización del Estado, tal y como hemos venido comentando, tenemos que como primera fuente, sin lugar a dudas, y de la misma manera que se encuadraría a un romano-germánico, tenemos situada a la Constitución de Japón del 3 de noviembre de 1946, con entrada en vigor el 3 de mayo de 1947, seis meses después de su promulgación, según se detalla en su artículo 100 que a la letra expresa:

La presente Constitución entrará en vigor el día en que se cumplan los seis meses desde la fecha de su promulgación. Antes de la fecha señalada en el párrafo anterior podrá procederse a la promulgación de las leyes necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Constitución, la elección de los miembros de la Cámara de los Consejeros y el procedimiento para la convocatoria de la Dieta, así como todas las medidas y procedimientos preparatorios para la entrada en vigor de la presente Constitución.

La Constitución tiene una estructura de 11 capítulos y un total de 103 artículos. El Capítulo IX, dedicado a las Enmiendas declara en su artículo 96 que:

Las enmiendas a la presente Constitución serán iniciativa de la Dieta, mediante una mayoría de dos tercios o más de todos los miembros de cada Cámara, y deberán ser sometidas a la ratificación popular, lo que exigirá el voto afirmativo de la mayoría de los sufragios expresados, mediante un referéndum especial o en las elecciones que la Dieta determine. Las enmiendas así ratificadas serán inmediatamente promulgadas por el Emperador en nombre del pueblo, y formarán parte integrante de la presente Constitución.

Destacamos el Capítulo X, titulado Ley Suprema, en donde sobresale el artículo 98 que a la letra expresa: “La presente Constitución será la norma suprema de la Nación; no tendrá fuerza ni validez legal ninguna ley, ordenanza, decreto imperial o acto del gobierno que la contradiga en todo o en parte”. De la misma manera, el artículo 99 declara: “El emperador o el regente, así como los ministros de Estado, los miembros de la Dieta, los jueces y todos los demás titulares de funciones y cargos públicos, tendrán la obligación de respetar y defender la presente Constitución”. Del artículo 98 y por ende del artículo 99, se desprende, con contundencia y claridad, la supremacía de la Constitución e, igualmente, el orden de prelación de las fuentes del derecho en el sistema japonés.

En este momento, pareciera conveniente realizar algunos comentarios en torno a la posición de los Tratados en el contexto jurídico japonés, así el artículo 73 constitucional, dispone: “El Consejo de Ministros, además de las demás funciones administrativas generales, ejercerá las siguientes funciones: [...] la celebración de Tratados. No obstante, deberá obtener con anterioridad o posterioridad, según las circunstancias, la aprobación de la Dieta”. De manera parecida acontece con la legislación que a continuación vemos.

Como expresa Zárata, desde una perspectiva formal, la legislación, emanada de la Dieta, constituye la fuente del derecho que desarrolla los lineamientos generales planteados por la Constitución, norma suprema de la Nación japonesa. Así las cosas, tenemos que la iniciativa de la legislación corresponde a los miembros de ambas cámaras y al ministro del gabinete que sea competente en la materia del proyecto de ley, de hecho, la mayoría de las leyes emanan de iniciativas propuestas por el Ejecutivo. El Capítulo IV, titulado “La Dieta” reúne la organización y estructura del Poder Legislativo nipón en el que destacamos el artículo 59 que a la letra expresa:

Un proyecto de ley, cuando es aprobado por ambas Cámaras, se convierte en ley, salvo en los casos de excepción previsto por la Constitución. Cuando un proyecto aprobado por la Cámara de Representantes es rechazado por la de Consejeros, se convertirá en ley si aquélla insiste con una mayoría de por lo menos dos tercios de los miembros presentes. Lo dispuesto en el párrafo anterior no impedirá que la Cámara de los Representantes convoque la reunión de una comisión mixta de ambas Cámaras, en la forma establecida por la ley. Si la Cámara de los Consejeros no adopta una decisión definitiva dentro de los sesenta (60) días siguientes, excluidas las vacaciones parlamentarias, al envío de un proyecto de ley aprobada por la Cámara de los Representantes, ésta podrá considerar que tal proyecto de ley ha sido rechazado por la Cámara de los Consejeros.

Por lo que respecta a los Reglamentos, el artículo 73 constitucional expresa: “El Consejo de Ministros, además de las demás funciones administrativas generales, ejercerá las siguientes funciones: [...] la promulgación de órdenes ministeriales para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Constitución y en las leyes. No obstante, dichas órdenes ministeriales no podrán incluir disposiciones de carácter penal, salvo que así lo autorice la ley”.

En cuanto a los precedentes, tenemos que las decisiones de la Suprema Corte e incluso, en menor medida, la de las Cortes inferiores, son compilados y publicados y la obligatoriedad de su criterio, se impone en decisiones

subsecuentes, especialmente por el valor institucional concedido a la uniformidad de criterios.

La doctrina no se concibe como fuente formal del derecho japonés, no obstante, dada la influencia del sistema romano-germánico, las opiniones de académicos e investigadores de renombre influyen de manera importante en el desarrollo del derecho japonés.

Por último, merece la pena decir algunas notas en torno a la costumbre, como fuente menor pero reconocida del derecho japonés y manejada, fundamentalmente, en el campo del derecho mercantil. Como vemos, de este simple comentario podemos extraer notas aún más cercanas del derecho japonés hacia la familia jurídica romano-germánica.

Si pudiéramos hacer un balance de las opiniones de una doctrina mayoritaria, o al menos la más reconocida en este terreno, podríamos concluir que al pretender encuadrar al sistema jurídico japonés dentro de alguna familia jurídica, sin lugar a dudas, en la que encajaría de manera más directa y sin tensiones sería, precisamente, la familia romano-germánica o neorrománica; no obstante, cuidando el detalle y las particularidades de oriente que también lleva aparejado el sistema nipón, se concluye que su ordenamiento jurídico estaría clasificado como sistema mixto o híbrido o simplemente como un derecho japonés, sin necesidad de encuadrarlo en ninguna otra familia o sistema. Claro, esta conclusión derivaría a denominar a muchos sistemas jurídicos por su gentilicio, cuestión no muy idónea, si al comienzo de este manual veíamos, con cierta insistencia, la utilidad de la comparación a la hora de estudiar la diversidad de ordenamientos jurídicos que existen en la actualidad y su ubicación estudiando su unidad cultural y su encuadre en familias.

De todo ello, encontramos variedad en las conclusiones y en las reflexiones, una de ellas es dejar al alumno abierta la puerta para que realice su propia clasificación de los sistemas jurídicos contemporáneos.

V. Reflexión final

Obviamente, al tratar de exponer una serie de reflexiones finales a este último capítulo dedicado a la familia jurídica religiosa, no se puede meter “en el mismo saco” reflexivo a todos los derechos que puede englobar dicha familia. La distancia actual —que no la de sus orígenes realmente— entre el derecho hebreo y el derecho musulmán, por ejemplo, impide realizar

un examen comparativo entre la evolución o involución entre uno y otro derecho; no obstante, la cuestión que si se nos plantea desde el momento en el que ubicamos dentro de un derecho y otro a Palestina e Israel, es la rivalidad que se tiene, digamos que históricamente, desde que el Pueblo Palestino reclama un territorio para así constituirse como Estado y por ende su reconocimiento por parte de la comunidad internacional. Las políticas entre Palestina e Israel han sido una sucesión de avances y retrocesos protagonizados por los gobernantes en el poder. Si con Yitzhak Rabin se habían conseguido grandes avances a través del Tratado de Paz de Oslo, después de su asesinato, Benjamín Netanyahu se aseguró de retirar las prevendas ya establecidas en dicho Tratado de Paz, y así propuso una “entidad” palestina con todos los atributos de soberanía: pleno ingreso en la ONU, una bandera internacionalmente reconocida, un gobierno y una capital (aunque no el Este de Jerusalén), pero todo sin sustancia, es decir, no tendría un gran ejército, ni fuerza aérea, ni derecho a formar alianzas militares con otros países, no tendría derecho exclusivo sobre su espacio aéreo o fuentes hidráulicas. Su ideal de “entidad” palestina no tendría fronteras contiguas con ningún país árabe y ahora en este 2009, de nuevo en el escenario político al haber establecido coalición para llegar nuevamente al poder —en principio entre su partido derechista Likud y el partido ultranacionalista Israel Beitenu—, no creemos que cambie de opinión y mucho menos de política, de hecho, ya manifestó que rechaza el proceso de paz con los palestino; la Unión Europea se ha manifestado al expresar que sólo cooperará con el nuevo gobierno israelí si éste apoya la creación de un Estado palestino independiente. En definitiva, estamos en el mismo punto de partida desde hace más de 60 años, al seguirse sin concebir a Palestina como un Estado reconocido por la comunidad internacional al no reunir los elementos que lo definen como tal, es decir, un gobierno, una población y, en particular para el caso palestino, un territorio.

El caso de Japón es punto y aparte. Lo incluimos en este capítulo dedicado a la familia jurídica religiosa no porque lo encuadremos dentro de la misma, de hecho ya hicimos ciertas consideraciones en la Introducción de este manual, sino porque pensamos que es importante retomarlo como objeto de estudio y que pueda ser modelo de ciertos ordenamientos jurídicos que no necesariamente se deben encuadrar dentro de las cuatro o cinco familias jurídicas contempladas. De hecho, Japón tiene un itinerario lejano a la tradición jurídica de occidente y que por tanto, de alguna manera, lo apartan de un sistema o familia jurídica romano-germánica e igualmente de la familia del *Common Law*. Asimismo, se aparta de la familia jurídica socialista al no verse permeado por los principales postulados socialistas que asisten a una

parte de la humanidad, principalmente, a principios del siglo xx y, por tanto, nada más nos queda su encuadre en la familia jurídica religiosa, en los sistemas híbridos o mixtos o simplemente, como alega la doctrina mayoritaria, que se ubiquen como un derecho netamente japonés. Dejamos, entonces, al lector que haga sus propias conclusiones.

Cuestionario

1. Fuentes del derecho musulmán: orden de prelación y justificación.
2. ¿Qué significan los conceptos musulmanes *Taqlid* y *Fiqh*?
3. ¿Cuáles son las cuatro escuelas o ritos de interpretación musulmanas?
4. Fuentes del derecho hebreo y orden de prelación (tanto mosaicas como postmosaicas).
5. Fundamente la clasificación (familia jurídica) en la que pudiera encuadrar el derecho japonés.
6. Características fundamentales de la Constitución nipona de 1946.

CAPÍTULO SEXTO

Unión Europea

En este capítulo sexto, el lector debe conocer la importancia del estudio de la Unión Europea como ejemplo de integración. Para ello, se realiza un recorrido por las fuentes, originarias y derivadas, por los tratados constitutivos y su evolución hasta la actualidad, así como el estudio de las Instituciones de la Unión Europea.

I. Introducción.

No quisimos dejar pasar la ocasión de incluir en un libro dedicado a los Sistemas Jurídicos Contemporáneos, la presentación o exposición de uno de los grandes fenómenos jurídicos como es la integración europea.

En la actualidad, dada la dinámica de la Unión Europea, es importante conocer en qué consiste este ente comunitario, así como visualizar su evolución y proyección.

En pleno siglo XXI, la Unión Europea forma el marco económico, jurídico y político en el que 27 Estados Miembros manifiestan una misma voluntad, bajo la integración y cesión de soberanías, de realizar un destino común.

Así, como decimos, para conocer la importancia del resurgir, hoy más que nunca, de la llamada Unión Europea, es preciso conocer, al menos, los hitos más importantes que generaron el nacimiento de la actual Unión y, por supuesto, su evolución, fundamentalmente a través de sus Tratados y de sus Instituciones.

Mucho se ha discutido sobre si el fenómeno de la Unión Europea ha sido o es exitoso. La respuesta puede ser realmente simple al visualizar que si siguen ciertos Estados esperando su turno para solicitar su inclusión en el marco comunitario, ello es un dato denotativo del interés y, por tanto,

del éxito de la integración comunitaria. Al final del capítulo incluimos un anexo I con las distintas etapas de la ampliación de los 27 Estados miembros.

Otro dato significativo es que en medio siglo, la Europa comunitaria ha elevado el nivel de vida de sus ciudadanos a unas cotas sin precedentes.

En la actualidad, la Unión Europea, con sus 27 Estados miembros, representa 500 millones de habitantes y es el primer mercado mundial, un mercado único sin fronteras y con una moneda única. Igualmente, al final del capítulo incorporamos un anexo II con las etapas de la Unión Económica y Monetaria (UEM).

Otro dato que merece la pena destacar es que el 70% de la legislación vigente en los Estados miembros es de origen europeo. Este alto porcentaje condiciona la vida diaria de los Estados, de la Administración, de las Empresas y de los ciudadanos. Esta legislación comunitaria se ha fortalecido a medida que se han dado las distintas reformas de sus tratados constitutivos. Es un hecho que en ningún país ha habido tantas reformas como en la Unión Europea en los últimos 20 años.

Cierto es que todo el proceso de la Unión Europea ha sido vinculado al gobierno, a las elites políticas y escasamente al pueblo. Ante tal aseveración no podemos evitar expresar que la Unión Europea no es una panacea, tiene un sistema de pesos y contrapesos en donde se han vislumbrado momentos de paz y estabilidad y momentos de inquietud.

El estudio del derecho comunitario representa un gran reto pero no por la dificultad de su contenido sino por la dificultad en la que se presenta su acervo y se incluyen todas sus reformas. Como ejemplo, véase cómo el estudiante que inicia sus estudios en derecho comunitario, al leer la última reforma a los Tratados constitutivos, Tratado de Lisboa, el cual cuenta ya con un subtítulo: “Por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”, y de ahí la remisión a un articulado que la deriva a las distintas disposiciones que deben ser actualizadas de los Tratados constitutivos mencionados, se encuentra ante una normativa diseminada en los distintos Tratados constitutivos, lo cual implica en la mayoría de las ocasiones, una “maraña” en donde debemos detectar las disposiciones vigentes.

La integración europea ha llevado su tiempo y aún está en proceso; un proceso de estas características, en el que se ponen en común no sólo los intereses económicos, sino además los intereses políticos y sociales, no hubiera sido posible sin las Instituciones que le dieron cobertura y los Tratados constitutivos como fuentes originarias.

La Unión Europea no es un Estado, ni una federación de Estados y tampoco es una organización internacional. Hay un sector doctrinal que la

conceptualiza como un sistema de soberanías compartidas, un poder civil basado en la interdependencia que dispone de poderes normativos, que incluso puede tomar decisiones pero que no tiene fronteras definidas. En ese sentido, destacamos, en este momento, un detalle realmente sorprendente y que da pauta al entendimiento de ciertas circunstancias dentro del ámbito de la Unión Europea y es el detalle que no tiene poderes fiscales, es decir, no hay impuestos europeos y por ello el presupuesto es realmente bajo, a veces inferior al que puede tener un país como Dinamarca. El motivo o justificación de tal situación, en el ámbito fiscal, es tan sencillo como que los Estados no quieren ceder poder fiscal a Europa. Los Estados Miembros controlan los presupuestos pero prácticamente tan sólo en dos parcelas, a saber: política agraria y política de cohesión —desarrollo regional—.

Hasta aquí, podemos expresar que en pleno siglo XXI, estamos ante una Europa totalmente diferente a la que marcó su nacimiento en la década de los cincuenta del siglo pasado. Hay más Estados miembros y más competencias por lo que el “edificio” europeo necesita ser adaptado a las nuevas necesidades, a las nuevas circunstancias. Ese fue el objetivo que marcó, por ejemplo, el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, una reforma realmente ambiciosa que tuvo un final un tanto sorprendente y que se reconduce en el Tratado de Lisboa de diciembre de 2007.

Hay que subrayar que sus Instituciones, como tal, son peculiares y así se puede representar al Estado de origen y al Ciudadano europeo como Diputado, por un determinado país miembro, en el Parlamento Europeo, y por lo tanto, podríamos decir que se puede dar la paradoja de ostentar dos poderes: diputado en el país de origen y diputado europeo. Por lo que se refiere a la Comisión Europea, ésta tiene algo de Poder Ejecutivo y Poder Legislativo; tecnocrática dado que no sale de un proceso electoral, compuesta por un comisario (uno por cada país miembro —veintisiete comisarios—) repartidos en carteras tales como agricultura, economía, ampliación, etcétera. Entre sus funciones más destacables tiene la de proponer iniciativas, es decir, tiene poder propositivo en exclusiva.

En definitiva, tenemos una mezcla de elementos democráticos (Parlamento) con elementos tecnocráticos (Comisión), una mezcla que además de ser curiosa no nos deja de sorprender.

El Derecho comunitario se impone a los Estados. Si se pertenece a la Unión Europea se debe aplicar las normas de la Unión Europea. Estamos ante un sistema que se basa en dos legitimidades: estatal y ciudadanos (elecciones).

II. Fuentes comunitarias

Las fuentes del derecho comunitario son dos:

- 1) Derecho primario, integrado por todos los Tratados constitutivos de la Unión Europea, incluidos los anexos, protocolos, reformas de los Tratados y los Tratados de adhesión.
- 2) Derecho derivado, integrado a su vez por:
 - 2.1. Reglamentos, disposiciones de carácter general, obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado Miembro;
 - 2.2. Directivas que obligan a todo Estado Miembro destinatario en cuanto a su resultado, pero deja a las instancias nacionales la elección de la forma y los medios para alcanzar dichos objetivos; la directiva puede ser general o individual;
 - 2.3. Decisiones que son obligatorias en todos sus elementos para sus destinatarios, que no son necesariamente los Estados.

III. Tratados constitutivos

Podemos decir, sin miedo a equivocarnos, que el nacimiento del proceso de integración europea se sitúa en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Europa, en ese momento, tenía dos objetivos claramente definidos por una parte: la intención de reconstruir la estructura económica y política de Europa occidental; y, por otra parte, consolidar la paz entre los países europeos.

A tales objetivos hay que añadir que se dieron una serie de condiciones propicias que determinaron el surgimiento de una nueva configuración de Europa, destacando, entre otras, el reconocimiento de su propia debilidad; la convicción de acabar, definitivamente, con la posibilidad de nuevos conflictos armados y el deseo de un mundo libre y justo —la denominada y tan anhelada convivencia de personas y de Estados—.

Tal y como ya hemos expuesto en un trabajo anterior en el que introducíamos aspectos generales de la Unión Europea, el cual queremos

seguir por su concreción e idoneidad en este momento, fue Winston Churchill, primer ministro Británico, quien propuso la creación de los “Estados Unidos de Europa” en su famoso discurso de Zurich el 19 de septiembre de 1946, cuyo primer paso debía ser la creación de un Consejo de Europa. Es el primer paso hacia la reconciliación.

Al mismo tiempo que se pronunciaba el mencionado discurso de Winston Churchill, en Suiza se llevaba a cabo un congreso de grupos europeístas que demandaban la supresión de las soberanías nacionales europeas para dar lugar a una nueva entidad federal.

Llegados a este punto, el 5 de junio de 1947, el Secretario de Estado norteamericano, George Marshall, propuso, en un discurso que disertó en la Universidad de Harvard, el plan que llevó su nombre “Plan Marshall” (Programa de Reconstrucción Europea). Se destinaron importantes montos de capital norteamericano con el objeto de apoyar el proyecto de la unificación europea con la esperanza de que fuera realmente un alivio a la política mundial y la apertura de nuevos y mayores mercados. El Plan Marshall tenía dos misiones centrales que fueron, por un lado, contrarrestar a las fuerzas políticas de izquierda y sindicales —especialmente en Italia y Francia— y por otro lado, influir y contener el surgimiento de un capitalismo europeo y vigoroso que representara una fuerte competencia futura.

En este contexto, Europa se encontraba al borde del abismo; apenas había terminado la Segunda Guerra Mundial cuando tomó cuerpo la amenaza de una Tercera Guerra Mundial; las hostilidades continuaban y se produjo lo que se denominó la Guerra Fría: confrontación Este-Oeste. Apenas cinco años después de la Segunda Guerra Mundial, los antiguos adversarios estaban muy lejos de haberse reconciliado. Concretamente el problema se planteaba con respecto a Francia y Alemania, era necesario establecer un vínculo entre estos dos países y reunir en torno a ellos a todos los países libres de Europa para construir juntos un destino común.

Los jefes de las diplomacias norteamericana y británica habían confiado a Robert Schuman, ministro de Asuntos Exteriores francés, una misión de suma importancia que consistía en presentar una propuesta para integrar la Alemania Federal en el concierto occidental.

Se necesitaron, en definitiva, sentar las bases de una colaboración y alianza permanente entre las dos grandes potencias productoras de las materias primas de la industria bélica —el carbón y el acero—, Francia y Alemania. A los bloqueos políticos se sumaban las dificultades económicas. Jean Monnet, comisario del Plan Francés de Modernización, poseedor de una experiencia única como negociador y hombre de paz, propone a Robert Schuman y al Canciller alemán Konrad Adenauer la creación de un interés común entre

sus países: la gestión, bajo una autoridad independiente, del mercado del carbón y del acero. En efecto, se acaba de salir de un conflicto bélico que había concienciado a Europa acerca de la necesidad de evitar situaciones cualesquiera vejatorias para el individuo o atentatorias contra sus economías; por lo tanto, la propia creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, cobre o cubría, en ese momento, todos los mencionados propósitos sin olvidar que por encima de todo esto estaba el deseo de paz de las naciones europeas, afirmado, con absoluta rotundidad, en la declaración Schuman del 9 de mayo de 1950.

Sin lugar a duda, el Plan Schuman encierra en sí propuestas revolucionarias. Su principio fundamental es la *delegación de soberanías*, en un sector limitado pero decisivo: la producción franco-alemana de carbón y de acero.

Como nos destaca Josep M^a Jordán Galduf, desde los inicios de la integración europea se puede ver claramente cómo Europa está utilizando pragmáticas metas económicas para aproximarse a ambiciosos objetivos políticos. Según los fundadores de las Comunidades Europeas, la fusión de los intereses económicos de los Estados miembros crearía las condiciones para alcanzar posteriormente una integración política de mayor envergadura.

Siguiendo la línea del proyecto comunitario, en 1950, como ya se mencionó, el ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, hizo el llamado a los países europeos para crear una primera comunidad; es el comentado Tratado Constitutivo o fundacional, Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y Acero (TCECA) también denominado Tratado de París, por el lugar de su firma, el 18 de abril de 1951, entrando en vigor el 23 de julio de 1952.

Tras su ratificación por parte de los seis Estados signatarios: República Federal de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos; el 10 de agosto de 1952, la Alta Autoridad, presidida por Jean Monnet, se instalaba en Luxemburgo.

El TCECA tenía un ámbito de aplicación muy definido, nacía con un marcado carácter técnico y económico; se considera como el primer organismo multilateral con un verdadero carácter multinacional. El siguiente paso era continuar por la vía de la integración; acabar con el tradicional enfrentamiento franco-alemán y establecer, de una vez, la federación europea.

En el avance hacia la integración, como manifiestan Rossell y Aguirre, “el éxito de la CECA inspiró aún más a los europeístas, quienes pensaban que había llegado el momento de extender los esfuerzos integracionistas a los ámbitos políticos y militares (...) las circunstancias internacionales demandaban una mayor cooperación intereuropea”.

Hasta ese momento, todo parecía funcionar bien, se habían creado solidaridades de hecho y el avance continuaba hacia otros sectores de la economía; sin embargo, cuando se ignoró la necesidad de la técnica de los “pequeños pasos” y se intentó avanzar aún más rápido, creando la Comunidad Europea de Defensa (CED) y la Comunidad Política Europea (CPE), estos grandes proyectos fracasaron de inmediato.

Tras el fracaso de la CED y CPE, al decir de Mangas y Liñán, resultaba peligroso dejar aislada a la CECA y era necesario reanudar la experiencia supranacional con el método funcional, dando lugar, posteriormente, a los siguientes Tratados Constitutivos de la Unión Europea.

Tenemos, por otro lado, el Tratado de Roma o los Tratados de Roma, con un antecedente en la unión aduanera y económica alcanzadas por Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, a partir de 1948, conocida como, el ya mencionado, Benelux, y estuvo, además, precedido de la Constitución de la CECA.

Fue un hecho que los logros alcanzados en el aspecto económico por la CECA, estimularon a los seis países miembros, al tratar de proyectar la misma fórmula hacia todas las actividades económicas e industriales.

Se continúa con el espíritu de integración materializándose en la Conferencia de Ministros de Asuntos Exteriores de la CECA, celebrada en Messina, Italia. En esta reunión se expresa la voluntad política decidida para entrar en una nueva etapa de la construcción europea y se anuncia la voluntad de establecer una Europa unida, la preparación de un informe sobre las posibilidades de una unión económica general, así como sobre una unión en el terreno nuclear. La meta era, tal y como expresa Piñón Antillón, en definitiva, presentar una propuesta de integración económica a partir de las resoluciones allí tomadas. El Informe Spaak se convirtió en base principal para continuar con la idea integracionista europea.

Los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom), se firmaron en Roma, el 25 de marzo de 1957, con entrada en vigor el 1 de enero de 1958, con las mismas bases que el Tratado CECA, aunque con un mayor acercamiento hacia la idea intergubernamental. Se estableció a través de los Tratados de Roma, la coordinación en el desarrollo e investigaciones atómicas pacíficas, así como un programa de acercamiento para promover el progreso tecnológico y la producción nuclear en Europa; Euratom garantizaba también el suministro de las necesarias materias primas. Fue una negociación en *Package-Deal* para que todos los participantes resultasen beneficiados en alguna medida y así se diera un paso más hacia la integración europea.

En este momento, tenemos que expresar que tanto la CECA como el Euratom representaron dos formas de integración sectorial (carbón y acero por un lado y el desarrollo común y para fines pacíficos de la energía nuclear, por otro lado); en cambio, la CEE constituye una forma de integración global (extendida al conjunto de la actividad económica); esto último motivó o provocó la hegemonía que ha tenido esta última en el proceso de conformación de la Unión Europea. Desde esa perspectiva, los órganos de estas tres comunidades estarían separados y serían independientes entre sí hasta la firma en Bruselas, el 8 de abril de 1965, del Tratado de Fusión de los mismos, con entrada en vigor el 1 de julio de 1967, pudiéndose hablar, a partir de ese momento, en conjunto, de las “Comunidades Europeas”.

Mediante el Tratado de Fusión, se integraron los órganos de la CECA, la CEE y Euratom.

En 1984, se elaboró un Proyecto de Tratado de Unión Europea (TUE) —el denominado “Proyecto Spinelli” por su ponente—, el cual tuvo escaso éxito práctico pero fue el empuje determinante para iniciar el proceso de reforma de la Comunidad.

En 1985, se produce un avance hacia la integración como consecuencia de haber resuelto en el Consejo Europeo, celebrado en Fontainebleau, el problema del presupuesto británico.

La realización del Mercado Único Europeo quedó recogida como un objetivo fundamental del Acta Única Europea (AUE) firmada en Luxemburgo y en La Haya, el 17 y 28 de febrero de 1986, respectivamente, que entró en vigor el 1 de julio de 1987.

Con la firma del Acta Única Europea, al decir de Fernando Morán, “se produce un salto cualitativo muy importante dentro del sistema comunitario. Se amplían las competencias de la Comunidad y se abordan tres de los grandes problemas de la Comunidad Europea que son, a saber:

- El déficit de representación de la Comunidad, problema institucional manifestado en el terreno de los valores políticos.
- La creación de un mercado interior, suprimiendo todas las barreras aduaneras entre los Estados.
- Las consecuencias monetarias de este mercado interior.

Hay que destacar que el Acta Única Europea representó la primera reforma importante de los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, y marcó uno de los grandes principios, en el plano económico, que inspiran

a la Comunidad Europea desde el Tratado de Roma, es decir, garantizar las cuatro libertades de circulación (personas, mercancías, capitales y servicios); libertades sin obstáculos aduaneros desaparecidos en el interior de la geografía determinada por el mercado común.

Tras el Acta Única Europea, el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht, supone la segunda reforma más importante de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

Los proyectos preparados por las Conferencias Intergubernamentales fueron sometidos a la reunión del Consejo Europeo en Maastricht el 9 y 10 de diciembre de 1991 y los jefes de Estado y gobierno aprobaron el texto.

El TUE fue firmado por todos los Estados miembros el 7 de febrero de 1992 en Maastricht, y no entró en vigor sino hasta el 1o. de noviembre de 1993. Este lapso demuestra que el TUE tuvo serios obstáculos para ser admitido en los diferentes Estados miembros.

Esta segunda gran reforma fue motivada, en principio, por los éxitos que se venían dando dentro de la Comunidad, y además por todos sus cambios y crecimiento. Se necesitaba elaborar un nuevo tratado basado en la unión económica y monetaria. En este momento es cuando se propicia una importante fase de la tantas veces mencionada integración europea.

Son tres los pilares que se establecen después de esta segunda gran reforma:

- 1) La Comunidad Económica Europea, surgida del Tratado de Roma, se convierte ahora formalmente en la Comunidad Europea o Unión Europea;
- 2) Se dota a la Comunidad de nuevas competencias, sobre todo en materia de educación, cultura y salud; y se refuerza el principio de la cohesión económica y social;
- 3) Se consagra el principio de subsidiariedad, según el cual la Comunidad sólo intervendrá cuando aporte un valor añadido a la acción nacional o regional.

La *tercera gran reforma* de los Tratados Constitutivos, la representa el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997. Cabría plantearse la justificación de esta nueva reforma ante el olvido, pensamos, de los legisladores del TUE, de “partidas” importantes que motivaron la posterior reforma a través de este Tratado de Ámsterdam.

Los objetivos principales de la Unión, a través del Tratado de Ámsterdam fueron:

- 1) *Libertad, seguridad y justicia.* En este apartado el Tratado hace especial hincapié en fomentar una zona de libertad, seguridad y justicia para todos, en el que se reconozcan y protejan las libertades fundamentales y los derechos humanos; reconociendo, asimismo, igualdad de sexos, de oportunidades, de protección social; se protejan los derechos inherentes a la libre circulación de personas; mayor interés por los temas de asilo, visados y migrantes para evitar prácticas xenófobas o discriminatorias; “cooperación reforzada” para la supresión de controles fronterizos en las carreteras y aeropuertos; y una mayor cooperación entre los gobiernos en los temas policiales (Europol) y judiciales.
- 2) *La Unión y el ciudadano.* Este capítulo del Tratado está concentrado, en su mayor parte, en torno a marcar una serie de directrices comunitarias que deberán incluirse en los planes nacionales para el empleo. La Unión Europea coordinará las políticas de empleo pero serán los Estados Miembros los encargados de responsabilizarse de sus políticas de empleo, en las que se deberá conceder mayor importancia a la creación de empleo; combatir, asimismo, el desempleo de larga duración; fomentar un alto nivel de formación para acceder a mejores empleos; luchar contra la exclusión social y por la igualdad de oportunidades; representación y defensa colectiva en terceros países; y crear, en definitiva, un “modelo social europeo” que solvete o mejore, al menos, la situación laboral europea.

El Tratado de Ámsterdam, de la misma manera, asienta la posibilidad, para los ciudadanos de la Unión, de acogerse a representación diplomática y consular de cualquier Estado Miembro en los terceros países en que su país no esté representado; votar y ser elegible en las elecciones municipales y europeas en el Estado en el que se reside, aún sin poseer la nacionalidad; se subraya que la ciudadanía europea es complementaria y no sustituta de la nacional; cumplir con el principio de subsidiariedad, en el sentido que la Comunidad debe actuar únicamente cuando puedan obtenerse mejores resultados con sus intervenciones; cooperación aduanera; protección y estrategias medioambientales; protección de la salud humana, previniendo enfermedades y evitando fuentes de peligro.

- 3) *Política exterior coherente y eficaz*. Uno de los grandes pilares que sustenta la Unión Europea es precisamente éste, la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). El Tratado de Ámsterdam, en lo que concierne a la PESC, establece estrategias con objetivos, duración y medios para lograrlos con la coordinación de los quince Estados Miembros; mayor eficacia en el ejercicio diplomático y capacidad económica; capacidad de la Unión para celebrar acuerdos internacionales para desarrollar, en definitiva, su política exterior; y, sobre todo, una cooperación de las misiones diplomáticas y consulares.
- 4) *Las Instituciones de la Unión Europea*. Uno de los grandes retos de la Unión es hacer frente a las futuras ampliaciones de la Comunidad Europea y en conexión directa, se necesita adaptar y mejorar sus Instituciones. Se exponen, en el Tratado, procedimientos más accesibles y transparentes de las Instituciones de la Unión; se limita el número de miembros del Parlamento Europeo; se extiende la posibilidad de adoptar decisiones por mayoría cualificada a nuevos ámbitos de actuación política de la Unión, como por ejemplo en relación con la ampliación de nuevos Estados Miembros; se refuerza la Presidencia de la Comisión Europea; se amplía la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en cuanto a la salvaguarda de los derechos humanos; y se otorga una mayor autonomía administrativa al Comité de las Regiones.
- 5) *Cooperación más estrecha, "flexibilidad"*. La unidad, cultural o económica, que más o menos, pudiera haber tenido la "Europa de los seis", no es la que en la actualidad o, mejor dicho, en el futuro, va a tener la Unión Europea. En epígrafes anteriores del presente trabajo, ya dijimos que es un hecho la entrada, próximamente, de una decena de países de Europa Central y Oriental. En esta línea, el tratado prevé una "cooperación más estrecha" que dé flexibilidad o dé ciertas garantías a los Estados miembros que se encuentren en una situación de desventaja y así poder nivelarse con el resto de los Estados que forman parte de la Unión Europea; y lograr una "cooperación más estrecha" estipulando condiciones generales que establezcan un marco claro de la mencionada cooperación.
- 6) *Simplificación y consolidación de los tratados*. El especialista en derecho comunitario sabe, o sufre, que adentrarse en el estudio de la legis-

lación comunitaria no es tarea fácil y así lo manifestamos desde la introducción de este capítulo. El problema no radica en la dificultad, envergadura o extensión del acervo sino es el laberinto de artículos intercalados de las diferentes fuentes originarias. El Tratado de Ámsterdam se propuso simplificar los Tratados (más de una docena de los mismos y actos básicos sin mencionar los protocolos) con la intención de lograr una consolidación del acervo comunitario.

Seguimos avanzando y llegamos a la *cuarta gran reforma* de los tratados constitutivos y así nos encontramos ante el Tratado de Niza y con la firma de éste concluye la Conferencia Intergubernamental que se inició el 14 de febrero de 2000 y que llegó a un acuerdo en el Consejo Europeo de Niza durante los días 7 a 11 de diciembre de 2000. La Cumbre Intergubernamental terminó sus trabajos adoptando el Tratado de Niza el 26 de febrero de 2001, que entraría en vigor el 1o. de febrero de 2003. El texto aprobado del Tratado de Niza fue publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, serie C, número 80, del 10 de marzo de 2001.

La Conferencia Intergubernamental de 2000 cumplió los objetivos de reforma institucional que permitió hacer frente a las adhesiones; no obstante, se previeron modificaciones para cuando el número de Estados miembros de la Unión supere los 20, al menos con un año de anterioridad, debiéndose reunir una nueva Conferencia Intergubernamental para llevar a cabo una revisión global de los preceptos de los Tratados en su composición y funcionamiento.

Como objetivo fundamental, el Tratado de Niza adaptó el funcionamiento de las instituciones europeas con el fin de permitirles acoger a nuevos Estados miembros; fue el paso hacia la ampliación de la Unión Europea a los países de Europa central, oriental, mediterránea y báltica.

Los principales elementos del Tratado de Niza se refieren a la composición de las principales instituciones de la Unión; los mecanismos de decisión en el Consejo y a las cooperaciones reforzadas.

Con respecto al primer elemento, tenemos que la composición de las principales instituciones de la Unión quedaría de la siguiente manera:

- a) La Comisión Europea compuesta, por dos representantes nacionales de los países más poblados de la Unión y de uno de los países menos poblados, tiene un total de 26 comisarios. El Tratado de Niza limita la composición de la Comisión a partir de 2005 a un comisario por cada Estado miembro. El Consejo deberá decidir, por unanimidad,

el número preciso de comisarios. La nacionalidad de los comisarios dependerá de la rotación igualitaria entre los miembros.

El Tratado de Niza refuerza los poderes del Presidente de la Comisión. El nombramiento pasa, de ser responsabilidad de los Estados miembros a corresponder, por mayoría calificada, al máximo órgano jerárquico de la Unión, es decir, al Consejo Europeo. Se adopta un sistema de elección institucional y no estrictamente intergubernamental. El presidente de la Comisión decidirá la distribución de las carteras y podrá alterar estas responsabilidades durante el mandato, asimismo, fija la orientación política de la Comisión.

- b) Por lo que atañe al Parlamento Europeo, como institución en la que están representados los ciudadanos de los Estados miembros, pasó de 626 miembros a un máximo de 732, aumento que se dará progresivamente a medida que se integren los nuevos países; asimismo, se previó en el Tratado de Niza, la distribución de escaños entre los Estados miembros y los países candidatos. Los diputados previstos para los países candidatos sólo ocuparán su escaño en el Parlamento Europeo a partir de la fecha de adhesión a la Unión del país en cuestión.

El Tratado de Niza consolida los partidos políticos europeos. El estatuto de los partidos políticos europeos será establecido por el procedimiento de codecisión, al igual que las normas relativas a su financiación a cargo de la comunidad, y totalmente independiente de la de los partidos políticos a nivel nacional. El Tratado refuerza el papel institucional del Parlamento a través de la extensión de la adopción de decisiones por el procedimiento de codecisión, aunque no se impone de forma universal.

- c) El Consejo es la institución de la Unión Europea en la que están representados los Gobiernos de los Estados miembros. Es colegislador comunitario y tiene autoridad presupuestaria junto al Parlamento Europeo. Hasta la fecha, tomaba sus decisiones por unanimidad, por mayoría calificada o por mayoría sencilla de los miembros de la Unión, según los temas tratados. Con el Tratado de Niza se sustituye la unanimidad por la mayoría calificada, alegando la dificultad de alcanzar un acuerdo unánime a medida que se amplíe la Unión Europea. En este sentido, el Tratado de Niza permitió tomar por mayoría calificada diversidad de decisiones. Con el Tratado, la mayoría calificada se alcanzará cuando: 1. Una decisión reciba un número

de votos definidos; 2. Dicha decisión reciba la votación favorable de la mayoría de los países miembros; 3. La mayoría cualificada alcanzada represente por los menos el 62% del total de la población de la Unión.

A partir del 1.º de enero de 2005, el número de votos oscilará entre los 29 de cada uno de los Estados más poblados a los 4 votos ponderados asignados a Luxemburgo. La fijación definitiva de porcentajes y umbrales de mayoría dependerá del ritmo de la ampliación, por lo tanto se tendrán que ir adaptando proporcionalmente a medida que entren los nuevos socios.

La reforma del Consejo ha sido una de las más urgentes; destacamos, por ello, la reducción a nueve del número de formaciones del Consejo; la creación de un nuevo Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores, con sesiones distintas para ambas ramas; un nuevo programa trienal del Consejo Europeo (el primero de diciembre de 2003); nuevos programas operativos anuales de actividades del Consejo y la apertura al público de las sesiones del Consejo en las que se decida en codecisión con el Parlamento Europeo.

- d) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es una institución con una carga considerable de trabajo, lo cual aumentará a medida que se produzcan las diferentes adhesiones. El Tratado de Niza introduce una nueva arquitectura judicial europea. Convierte al Tribunal de Primera Instancia en un “juez común” comunitario; permite crear salas jurisdiccionales especializadas (en lugar de plenos) en algunos ámbitos específicos. Establece al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como órgano supremo distinto del Tribunal de Primera Instancia, además de prever la distribución de competencias entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. El Tribunal de Justicia estará compuesto por un número de jueces igual al de Estados miembros, no tendrá que reunir todos los jueces en pleno sino reunir en sala grande de trece jueces, de esta manera se podrá funcionar y deliberar en plazos razonables.

En cuanto a la cuestión de las cooperaciones reforzadas estipuladas en el Tratado de Ámsterdam, el Tratado de Niza suprimió la posibilidad de veto. Las cooperaciones reforzadas son una consecuencia de la necesidad de combinar el deseo o la necesidad de algunos países de avanzar con mayor rapidez o profundidad que otros en el proceso de integración europea. Las coopera-

ciones reforzadas serán un antídoto para evitar la parálisis de una Unión ampliada. Supone reconocer que algunos Estados miembros y algunos de los Estados candidatos no desean realizar los objetivos previstos de integración y que su misma pertenencia es el límite político de su integración. El número mínimo para establecer una cooperación se fija en ocho, independientemente, del número de Estados miembros de la Unión, con lo que una vez ampliada la Unión Europea decaerá la necesidad de que se trate de una mayoría de Estados.

Con las importantes reformas aprobadas en Niza se logró eliminar el veto que desnaturalizaba todo el entramado de la cooperación reforzada aprobada en el Tratado de Ámsterdam y se suavizaron los procedimientos para desencadenar, en especial al rebajar considerablemente el umbral mínimo y así, en el futuro no habrá ya excusas técnicas para que los Estados que desean hacer progresar la integración lo hagan. En el futuro unos pocos no impedirán avanzar a los demás. La unanimidad ya no será un obstáculo.

Por último, es necesario hacer la apreciación que la cooperación reforzada se implementa en la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), salvo en el sector de la defensa.

Al Tratado de Niza se le ha anexado una *Declaración sobre el futuro de la Unión*, dada la necesidad de un debate amplio y profundo sobre el futuro de la Unión Europea. En junio de 2001 se presentó en el Consejo Europeo el primer informe que implementa los primeros objetivos de dicha Declaración; posteriormente, en diciembre de 2001 se realizó un segundo informe fijando los lineamientos de este proceso de reflexión.

Como acabamos de exponer, la Unión Europea tuvo cuatro grandes reformas en menos de veinte años (en 1987 con el Acta Única Europea; en 1993 con el Tratado de Maastricht o Tratado de la Unión Europea; en 1997 con el Tratado de Ámsterdam y en 2001 con el Tratado de Niza) y con posterioridad apareció el *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, el Tratado constitucional. Esta reforma del Tratado constitucional, se acomete de manera distinta a las reformas anteriormente citadas, es decir, no a nivel gubernamental, se optó por un sistema nuevo llamado Convención —sinónimo de Constitución— que reunió a representantes de gobierno, de parlamentos (europeos y de los países miembros); una reforma, digamos, más democrática que buscaba por consenso que se pudiera aprobar una propuesta de Tratado Constitucional. Como una segunda fase, se convocó a la Conferencia Intergubernamental (CIG) y de ahí surgieron cuestiones puntuales del Tratado Constitutivo:

- 1) Reparto de competencias; con más claridad y transparencia;
- 2) Una Carta de Derechos fundamentales;
- 3) El derecho de iniciativa popular, es decir, un grupo de ciudadanos, de manera directa, puede solicitar una legislación;
- 4) Aparece una figura nueva como es la del Ministro Europeo o de Exteriores; y
- 5) Se establece una Presidencia estable, sin rotación, dadas las dificultades e inconvenientes técnicos que entrañaba este sistema de rotación, en principio, virtuoso de la democracia, pero que dificulta determinar la responsabilidad en quién recae ante un sistema de rotación como el instaurado.

El resultado final fue que con dos países con un referéndum negativo, Francia y Holanda, se prosiguió el proceso de ratificación del Tratado constitucional, en donde sólo 18 (de 25 en esa fecha) Estados ratificaron. El proceso, desde sus inicios, estuvo mal planteado porque se debieron realizar, como cualquier otro comicios el mismo día y sin embargo duró más de un año con los consiguientes cambios de gobierno, crisis, etcétera, que se pueden dar en un lapso de un año.

Se dejó transcurrir el tiempo, se dejó ver el decantamiento de las elecciones de Francia y Alemania y así con la presidencia en turno de Alemania se solicitó el cambio. El Tratado constitucional quedó en el olvido, desterrado, y se propuso un Tratado de Reforma o Tratado de Lisboa, por el lugar en donde se encontraba la presidencia en ese momento.

Como resultado final, tenemos que prevaleció el pragmatismo, sobre la base del consenso, fundamental para Europa, entre partidos, países, ideologías políticas, etcétera. Quizá una integración de estas características sólo era posible así, donde podemos adelantar que el Tratado de Lisboa proporciona más que Niza pero menos que la fracasada Constitución europea.

IV. Tratado de Lisboa o Tratado de Reforma: novedades

El Tratado de Reforma no es un tratado único que sustituye a los demás, tan sólo son una serie de enmiendas a los tratados existentes; así la estructura

de los dos primeros artículos modifican los dos Tratados existentes: el Tratado de la Unión Europea, que trata de las instituciones, las cooperaciones reforzadas, política exterior y de seguridad, política de defensa; y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que se convierte en el Tratado de Funcionamiento de la Unión, el cual establece las competencias y los campos de acción de la Unión. Los artículos 30. a 70. son disposiciones finales, como las que se pueden encontrar en todos los tratados internacionales.

Ante esta estructura, debemos expresar, que de acuerdo con el artículo 20. del Tratado de Lisboa que se refiere, como mencionamos, al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o Tratado de Roma, y que pasa a denominarse en la actualidad Tratado de Funcionamiento de la Unión, se inserta un artículo 10. bis que expresa: “1. El presente Tratado organiza el funcionamiento de la Unión y determina los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias. 2. El presente Tratado y el Tratado de la Unión Europea constituyen los Tratados sobre los que se fundamentan la Unión. Estos dos Tratados, que tienen el mismo valor jurídico, se designarán con la expresión los “Tratados””.

De esta manera, tenemos que las novedades se pueden resumir en las siguientes:

- 1) Personalidad jurídica. La Unión Europea tendrá personalidad jurídica única.
- 2) Constitución y símbolos. El Tratado de Reforma no llevará el nombre de Constitución Europea pero sí se refiere a los temas de los símbolos de la Unión: himno, bandera de doce estrellas, lema “unida en la diversidad”, etcétera;
- 3) Democracia. Se mantienen los valores y objetivos de la Unión Europea, es decir, se mantiene el valor de la democracia, de los derechos humanos, de la no discriminación, etcétera e incluso se añade una cláusula social general.
- 4) Iniciativa popular. Se reconoce la iniciativa popular: un millón de ciudadanos pueden pedir a la Comisión que proponga una medida legislativa. Símbolo de democracia participativa;
- 5) Competencias. La competencia deja de ser un objetivo en sí mismo sobre el cual las políticas de la Unión puede fundarse.

- 6) Carta de los Derechos Fundamentales. No se encuentra dentro del Tratado de Lisboa la Carta Europea de Derechos Fundamentales, no obstante, ésta es vinculante; el Reino Unido logra aclaraciones y restricciones en la aplicación de la Carta a su territorio, lo mismo que Polonia.
- 7) Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Unión Europea se adhiere a la Convención Europea de Derechos Humanos y así actúa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es un tribunal independiente de la Unión Europea, al que pueden acudir los ciudadanos si piensan que sus derechos han sido vulnerados en sus países;
- 8) Codecisión. La codecisión (Parlamento/Consejo) abarcará casi todas las decisiones, es decir, el 95%, excepto Política Exterior y Política de Seguridad Común;
- 9) Cooperación reforzada. Se crea un nuevo mecanismo automático de colaboración reforzada en la cooperación policial y judicial en materia penal.
- 10) Veto. Desaparece el veto en 40 ámbitos de acción, como asilo, inmigración y cooperación policial y judicial, que se decidirán por mayoría cualificada.
- 11) Sistema de votación. Se cambia el sistema de decisiones, como las del Consejo. Se establece un nuevo sistema para el cálculo de la mayoría cualificada en la toma de decisiones: la < doble mayoría > (55 por ciento de países (14 países actualmente) y 65 por ciento de población). Sin embargo, para dar satisfacción a Polonia, su entrada en funcionamiento se aplaza, como mínimo, hasta el 1 de noviembre de 2014.;
- 12) Presidencia de la Unión Europea. Se crea la figura de presidente estable de la Unión. Será elegido por un periodo de dos años y medio, renovable una vez. El primer Presidente entrará en funciones después de la presidencia francesa de la Unión Europea, del 1o. de julio al 31 de diciembre de 2008, puesto que el nuevo tratado debe entrar en vigencia el 1 de enero de 2009, una vez ratificado por cada uno de los Estados miembros. Como hasta ahora, cada seis meses, de forma rotatoria, un país tendrá la Presidencia para los consejos sectoriales;

- 13) Política Exterior. Se mantiene la figura del Ministro de Exteriores al que se le llama Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y la Política de Seguridad. Tendrá a sus órdenes el servicio de acción exterior y será, a la vez, vicepresidente de la Comisión a partir de enero de 2009, cuando entre en vigor el Tratado de Lisboa. El cargo, en principio, lo ocupará el español Javier Solana. Conjugar en la misma persona el alto representante con la vicepresidencia de la Comisión tiene a favor coordinar la acción común de los países miembros con las instituciones comunitarias.
- 14) Consejo. Los Estados miembros adquieren en el Consejo un peso proporcional a su población.
- 15) Comisión Europea. Se reduce su tamaño, en el que todos los países tenían, al menos, un comisario. De los 27 actuales se pasa a un máximo de dos tercios del número de estados miembros a partir de 2014. Se mantiene el monopolio de la iniciativa legislativa.
- 16) Parlamento Europeo. El Parlamento Europeo tiene mayor peso. Aumenta el poder de codecisión o colegislación del Parlamento Europeo. Se dota de un mayor papel a los Parlamentos nacionales. El Parlamento Europeo elige al Presidente de la Comisión, lo que fortalece la importancia de las elecciones europeas y su influencia sobre el funcionamiento de la Unión.
- 17) Salida de la UE. Se recoge la posibilidad de los Estados miembros de abandonar la Unión.

Definitivamente, el resultado no es muy distinto al que se propuso en el Tratado de la Constitución Europea, pero pasó mucho tiempo y fracasó. Algunos especialistas han denominado al Tratado de Reforma, el “Tratado parche”; un Tratado que ha supuesto un paso adelante en relación con el Tratado de Niza, actualmente vigente, integrado por la mayor parte de los contenidos del Proyecto constitucional, pero que no es suficiente.

V. Las instituciones: su itinerario hasta el Tratado de Lisboa

La Unión Europea para poder realizar las funciones que les han sido encomendadas, se ha provisto de una serie de instituciones que actúan como “infraestructuras”. Estas instituciones son capaces de formar y expresar la voluntad de la Unión Europea, propia y distinta de la de sus Estados miembros.

Los Estados miembros confieren unas competencias a la Unión, ya que no todo es integración en la Comunidad, y por tanto las instituciones tienen, en cada caso, diferentes funciones según el tipo de competencia que estén ejerciendo.

Conforme a los Tratados constitutivos, hasta el Tratado de Maastricht (en el que se une el Consejo Europeo), eran cuatro las instituciones comunitarias, una especie de “cuatripartismo institucional”, que no responde a la división de poderes de Montesquieu. A cada una de estas instituciones les corresponde un tipo diferente de legitimidad: al Consejo la “legitimidad intergubernamental”; a la Comisión le corresponde la “legitimidad comunitaria”; al Parlamento la “legitimidad democrática”; y al Tribunal de Justicia la “legitimidad jurídica” como idea del Estado de derecho. Por ello, según una doctrina mayoritaria, las instituciones pierden sentido al estudiarse de forma aislada porque su razón de ser está en torno a su interrelación.

Paralelamente existen una variedad de “entes” que no son instituciones sino órganos que, asimismo, cumplen con una importante función. Tales órganos son: el Tribunal de Cuentas, el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social con facultades consultivas para la Comisión y el Consejo; el Banco Europeo de Inversiones, el Sistema Europeo de Bancos Centrales, el Defensor del Pueblo, entre otros, de los cuales sólo abundaremos en algunos de ellos.

El Consejo de la Unión Europea, comúnmente conocido como Consejo de Ministros y en la actualidad denominado Consejo (artículo 9o. C TUE reformado a través del Tratado de Lisboa), tiene su sede en Bruselas, excepto en los meses de abril, junio y octubre en que sus sesiones tienen lugar en Luxemburgo.

El Consejo representa la legitimidad intergubernamental en la Unión Europea, pero no es una reunión de representantes de los Estados sino una institución comunitaria y por tanto debe respetar unas reglas de funcionamiento.

Al Consejo le ha correspondido desde sus inicios, en esencia, el poder legislativo de la Unión Europea como poder de decisión y, además, le corresponde establecer los objetivos políticos de la Unión, coordinan sus

políticas nacionales y resuelven los conflictos existentes entre ellos y con otras instituciones; en definitiva, posee, además, el poder de decisión, asegura la coordinación de las políticas económicas generales y comparte con el Parlamento la autoridad presupuestaria. Además atribuye a la Comisión las competencias de ejecución de las normas que establezca.

El Consejo está compuesto por un representante de los gobiernos de los Estados miembros (Secretarios o Ministros del ramo según la cuestión a debatir), se reúne convocado por el presidente, a iniciativa de éste, de uno de sus miembros o de la Comisión; y decide por mayoría cualificada (de 345 votos, la mayoría cualificada es de 255 —cuando hablamos de 27 Estados miembros—). Estos representantes son responsables de sus decisiones ante sus parlamentos nacionales y sus ciudadanos.

Los ministros celebran también reuniones que no son oficiales, con el fin de permitir la reflexión en común y un intercambio de puntos de vista lo más libre posible sobre temas de alcance general. Estas reuniones oficiosas no sustituyen las actividades normales de los Consejos.

Compuesto, como decíamos, por un representante ministerial de cada Estado, el Consejo cuenta, además, con un órgano auxiliar como es el COREPER (Comité de Representantes Permanentes). Prepara las sesiones del Consejo y clasifica los puntos del orden del día según el acuerdo logrado. Si existe acuerdo, el Consejo aprueba sin deliberación. Los miembros del COREPER negocian entre ellos, con sus Administraciones nacionales y con la Comisión.

La Presidencia del Consejo rota cada seis meses siguiendo la secuencia siguiente (contando desde enero de 1997): Países Bajos, Luxemburgo, Reino Unido, Austria, Alemania, Finlandia, Portugal, Francia, Suecia, Bélgica, España, Dinamarca, Grecia, Italia e Irlanda.

La ponderación de votos, a partir de diciembre de 2007, para establecer la mencionada mayoría cualificada es la siguiente: Alemania, Francia, Italia y Reino Unido, 29 cada uno; España y Polonia, 27 cada uno; Rumania, 14, Holanda, 13, Portugal, Grecia, Bélgica, República Checa y Hungría, 12 cada uno; Suecia, Austria y Bulgaria, 10 cada uno; Dinamarca, Irlanda, Finlandia, Eslovaquia y Lituania, 7 cada uno; Luxemburgo, Lituania, Eslovenia, Estonia, Chipre, 4 cada una y Malta, 3.

La reforma del Consejo en el Tratado de Niza, fue una de las más urgentes; destacamos, por ello, la reducción a nueve del número de formaciones del Consejo; la creación de un nuevo consejo de “Asuntos Generales y Relaciones Exteriores”, con sesiones distintas para ambas ramas; un nuevo programa trienal del Consejo Europeo (el primero en diciembre 2003); nuevos programas operativos anuales de actividades del Consejo y la apertura

al público de las sesiones del Consejo en las que se decida en codecisión con el Parlamento Europeo.

Como adelantamos, con el Tratado de Niza, la mayoría cualificada se alcanzará cuando: 1. Una decisión reciba un número de votos definidos (habrá que ver las sucesivas adhesiones); 2. Dicha decisión reciba la votación favorable de la mayoría de los países miembros; 3. La mayoría cualificada alcanzada represente por los menos el 62% del total de la población de la Unión. Con el Tratado de Lisboa, tenemos el artículo 90. C TUE, que estipula lo siguiente en relación con el Consejo:

Artículo 90. C

- 1) El Consejo ejercerá conjuntamente con el Parlamento Europeo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de definición de políticas y de coordinación, en las condiciones establecidas en los Tratados.
- 2) El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho de voto.
- 3) El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa.
- 4) A partir del 1 de noviembre de 2014, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65% de la población de la Unión.

Una minoría de bloqueo estará compuesta por al menos cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada.

Las demás modalidades reguladoras del voto por mayoría cualificada se establecen en el apartado 2 del artículo 205 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

- 5) Las disposiciones transitorias relativas a la definición de la mayoría cualificada que serán de aplicación hasta el 31 de octubre de 2014, así como las aplicables entre el 1 de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2017, se establecerán en el Protocolo sobre las disposiciones transitorias.

- 6) El Consejo se reunirá en diferentes formaciones, cuya lista se adoptará de conformidad con el artículo 201 ter del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Consejo de Asuntos Generales velará por la coherencia de los trabajos de las diferentes formaciones del Consejo. Preparará las reuniones del Consejo Europeo y garantizará su actuación subsiguiente, en contacto con el Presidente del Consejo Europeo y la Comisión.

El Consejo de Asuntos Exteriores elaborará la acción exterior de la Unión atendiendo a las líneas estratégicas definidas por el Consejo Europeo y velará por la coherencia de la acción de la Unión.

- 7) Un Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros se encargará de preparar los trabajos del Consejo.
- 8) El Consejo se reunirá en público cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo. Con este fin, cada sesión del Consejo se dividirá en dos partes, dedicadas respectivamente a las deliberaciones sobre los actos legislativos de la Unión y las actividades no legislativas.
- 9) La presidencia de las formaciones del Consejo, con excepción de la de Asuntos Exteriores, será desempeñada por los representantes de los Estados miembros en el Consejo mediante un sistema de rotación igual, de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 201 ter del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Artículo 205 Tratado de Funcionamiento de la Unión.

- 1) Cuando deba adoptar un acuerdo por mayoría simple, el Consejo se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen.
- 2) No obstante lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 90. C del Tratado de la Unión Europea, a partir del 1 de noviembre de 2014, a reserva de las disposiciones fijadas en el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, cuando el Consejo no actúe a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 72% de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros que reúnan como un mínimo de 65% de la población de la unión.

- 3) A partir del 10. de noviembre de 2014, a reserva de las disposiciones fijadas en el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, en aquellos casos en que, en aplicación de los Tratados, no todos los miembros del Consejo participen en la votación, la mayoría cualificada se definirá como sigue:
 - a) La mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55% de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participante que reúnan como mínimo el 65% de la población de dichos Estados.

Una minoría de bloqueo estará compuesta al menos por el número mínimo de miembros del consejo que represente más del 35% de la población de los Estados miembros participantes, más un miembro, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada.
 - b) No obstante lo dispuesto en la letra a) cuando el consejo no actúe a propuesta de la comisión o del alto Representante de la unión para Asuntos Exteriores y política de seguridad, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 72% de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participantes que reúnan como mínimo el 65% de la población de dichos Estados.

Artículo 207

- 1) Un Comité compuesto por Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros se encargará de preparar los trabajos del Consejo y de realizar las tareas que éste le confíe. El Comité podrá adoptar decisiones de procedimiento en los casos establecidos por el reglamento interno del consejo.
- 2) El consejo estará asistido por una secretaría General, que estará bajo la responsabilidad de un Secretario General nombrado por el consejo.

El consejo decidirá por mayoría simple la organización de la Secretaría General.
- 3) El consejo se pronunciará por mayoría simple en las cuestiones de procedimiento y para la aprobación de su reglamento interno.

Artículo 210

El Consejo fijará los sueldos, dietas y pensiones del presidente del consejo Europeo, del Presidente del Consejo Europeo, del Presidente de la Comisión, del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de los miembros de la Comisión, de los Presidentes, miembros y secretarios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Secretario General del Consejo. Fijará también cualesquiera otros emolumentos de carácter retributivo.

La Comisión Europea tiene su sede en Bruselas y le corresponde una función que la sitúa en el centro del proceso político de la Unión Europea; le compete la “legitimidad comunitaria”; defiende el interés comunitario, no siempre igual a la suma de los intereses nacionales, es la “guardiana del derecho comunitario y motor de la integración”.

Una de sus más destacadas funciones es que tanto el Consejo como el Parlamento Europeo tienen que basarse en una propuesta de la Comisión para poder legislar; es el órgano ejecutivo de la comunidad. Esta institución ejerce el control del respeto y la aplicación del derecho comunitario; asimismo, da propuestas sobre el desarrollo de la política comunitaria; se encarga de la gestión y aplicación de las disposiciones comunitarias, es la impulsora de la política comunitaria y expresa el interés comunitario, mantiene la unidad y coherencia de esta política; es la representante de la Unión Europea en las organizaciones internacionales y es la encargada de la ejecución del presupuesto; en definitiva, dentro de sus competencias tenemos que asegura la realización de los objetivos de los Tratados, así como el control de vigilancia.

La Comisión está compuesta por un nacional de cada Estado miembro denominado comisario.

La cuarta gran reforma de los Tratados constitutivos a la que antes hacíamos referencia la protagoniza el Tratado de Niza; así uno de los principales elementos del mismo se refiere a la composición de las principales instituciones de la Unión.

La Comisión Europea estaba compuesta, antes del Tratado de Niza, por dos representantes nacionales de los países más poblados de la Unión y de uno de los países menos poblados, con un total de 26 comisarios. El Tratado de Niza limita la composición de la Comisión a partir de 2005 a un comisario por cada Estado miembro, eso significa que cuando la Unión Europea pasó a estar compuesta por 27 Estados miembros, se limitó el número de comisarios a esa cantidad. El Consejo deberá decidir, por unanimidad, el número preciso de comisarios.

El Tratado de Niza refuerza los poderes del Presidente de la Comisión. El nombramiento pasa, de ser responsabilidad de los Estados miembros a corresponder, por mayoría calificada, al máximo órgano jerárquico de la Unión, es decir, al Consejo Europeo. Se adopta un sistema de elección institucional y no estrictamente intergubernamental. El presidente de la Comisión decidirá la distribución de las carteras y podrá alterar estas responsabilidades durante el mandato, asimismo, fija la orientación política de la Comisión.

A partir del Tratado de Lisboa, el artículo 90. D TUE determina los cambios en la Comisión, a saber:

Artículo 90. D

- 1) La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el presupuesto y gestionará los programas. Ejercerá, asimismo, funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados. Con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los Tratados, asumirá la representación exterior de la Unión. Adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales.
- 2) Los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa. Los demás actos se adoptarán a propuesta de la Comisión cuando así lo establezcan los Tratados.
- 3) El mandato de la Comisión será de cinco años.

Los miembros de la Comisión serán elegidos en razón de su competencia general y de su compromiso europeo, de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia.

La Comisión ejercerá sus responsabilidades con plena independencia. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90. E, los miembros de la Comisión no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno, institución, órgano u organismo. Se

abstendrán de todo acto incompatible con sus obligaciones o con el desempeño de sus funciones.

- 4) La Comisión nombrada entre la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el 31 de octubre de 2014 estará compuesta por un nacional de cada Estado miembro, incluidos su Presidente y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que será uno de sus Vicepresidentes.
- 5) A partir del 1 de noviembre de 2014, la Comisión estará compuesta por un número de miembros correspondiente a los dos tercios del número de Estados miembros, que incluirá a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a menos que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número.

Los miembros de la Comisión serán seleccionados de entre los nacionales de los Estados miembros mediante un sistema de rotación estrictamente igual entre los Estados miembros que permita tener en cuenta la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de dichos Estados. Este sistema será establecido por unanimidad por el Consejo Europeo de conformidad con el artículo 211 bis del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

- 6) El Presidente de la Comisión:
 - a) Definirá las orientaciones con arreglo a las cuales la Comisión desempeñará sus funciones;
 - b) Determinará la organización interna de la Comisión velando por la coherencia, eficacia y colegialidad de su actuación;
 - c) Nombrará Vicepresidentes, distintos del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de entre los miembros de la Comisión.

Un miembro de la Comisión presentará su dimisión si se lo pide el Presidente. El Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad presentará su dimisión, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 1 del artículo 90. E, si se lo pide el Presidente.

- 7) Teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo y tras mantener las consultas apropiadas, el Consejo Europeo propondrá al Parlamento Europeo, por mayoría cualificada, un candidato al cargo de Presidente de la Comisión. El Parlamento Europeo elegirá al candidato por mayoría de los miembros que lo componen. Si el candidato no obtiene la mayoría necesaria, el Consejo Europeo propondrá en el plazo de un mes, por mayoría cualificada, un nuevo candidato, que será elegido por el Parlamento Europeo por el mismo procedimiento.

El Consejo, de común acuerdo con el Presidente electo, adoptará la lista de las demás personalidades que se propongan nombrar miembros de la Comisión. Éstas serán seleccionadas, a partir de las propuestas presentadas por los Estados miembros, de acuerdo con los criterios enunciados en el párrafo segundo del apartado 3 y en el párrafo segundo del apartado 5.

El Presidente, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y los demás miembros de la Comisión se someterán colegiadamente al voto de aprobación del Parlamento Europeo, por mayoría cualificada.

- 8) La Comisión tendrá una responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo. El Parlamento Europeo podrá votar una moción de censura contra la Comisión de conformidad con el artículo 201 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Si se aprueba dicha moción, los miembros de la Comisión deberán dimitir colectivamente de sus cargos y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad deberá dimitir del cargo que ejerce en la Comisión.

Artículo 211 bis Tratado de Funcionamiento de la Unión.

De conformidad con el apartado 5 del artículo 90. D del Tratado de la Unión Europea, los miembros de la comisión serán elegidos mediante un sistema de rotación establecido por unanimidad por el Consejo Europeo, basado en los principios siguientes:

- a) Se tratará a los Estados miembros en condiciones de rigurosidad igualada en los que se refiere a la determinación del orden de turno y el período de permanencia de sus nacionales en la Comisión; por lo tanto, la diferencia entre el número total de los mandatos que ejerzan nacionales de dos determinados miembros nunca podrá ser superior a uno.

- b) Con sujeción a lo dispuesto en la letra a), cada una de las sucesivas Comisiones se constituirá de forma que refleje de manera satisfactoria la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de los Estados miembros.

El Parlamento Europeo tiene su sede en Estrasburgo para las sesiones plenarios y Bruselas para las reuniones de las comisiones y las sesiones extraordinarias, facilitándose así los contactos con la Comisión y el Consejo. La Secretaría General tiene su sede en Luxemburgo. Como dato de interés, decir que las próximas elecciones al Parlamento se celebrarán en junio de 2009.

El Parlamento es considerado como la expresión democrática de la voluntad política de los pueblos de la Unión Europea. Todos los debates del Parlamento y de sus comisiones se realizan, gracias a una interpretación simultánea, en las once lenguas oficiales de la Comunidad: español, danés, alemán, griego, inglés, francés, italiano, neerlandés, portugués, finés y sueco. Asimismo, todos los documentos parlamentarios se traducen e imprimen en las once lenguas oficiales. Entre las principales funciones del Parlamento se destaca la aprobación de las leyes (es un Parlamento pero no legisla, delibera), controla al Poder Ejecutivo y una función presupuestaria de relevancia. De esta manera podemos decir que los poderes más importantes del Parlamento Europeo se dividen en tres categorías: poder “legislativo” en cuanto que tiene poder de deliberación, poder ejecutivo en cuanto al control se refiere y poder presupuestario como arma principal del Parlamento para aumentar sus competencias.

El Parlamento europeo es la única institución comunitaria que reúne y delibera en público en su totalidad. Sus debates, dictámenes y resoluciones se publican en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea*.

Para preparar y facilitar los trabajos del Pleno del Parlamento Europeo, los eurodiputados se reparten en veinte comisiones permanentes, cada una especializada en ámbitos específicos: Comisión de Asuntos Exteriores, Seguridad y Política de Defensa; Comisión de Agricultura y Desarrollo Rural; Comisión de Presupuestos; Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y de Política Industrial; Comisión de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Energía; Comisión de Relaciones Económicas Exteriores; Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos; Comisión de Asuntos Sociales y Empleo; Comisión de Política Regional; Comisión de Transportes y Turismo; Comisión de Medio Ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor; Comisión de Cultura, Juventud, Educación y Medios de Comunicación; Comisión de Desarrollo y Cooperación; Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores; Comisión de Control

Presupuestario; Comisión de Asuntos Institucionales; Comisión de Pesca; Comisión de Reglamento, de Verificación de Credenciales y de Inmuni-dades; Comisión de Derechos de la Mujer y Comisión de Peticiones. Además de estas veinte comisiones permanentes, el Parlamento puede también crear subcomisiones, comisiones temporales que traten problemas específicos, o comisiones de investigación. Asimismo, existen comisiones parlamentarias mixtas y delegaciones interparlamentarias.

Los orígenes del Parlamento se remontan a los años cincuenta y a los Tratados constitutivos, y desde 1979 sus miembros son elegidos directamente por los ciudadanos a los que representan, expresando la voluntad democrática de más de 500 millones de ciudadanos de la Unión e instituciones de la Unión Europea.

El Parlamento Europeo ha evolucionado en su composición que pasaba de los 626 eurodiputados, cuando la Unión Europea tenía 15 Estados miembros, pasando en el Tratado de Ámsterdam, a un número máximo de eurodiputados que no debe de exceder de 700 hasta los 785 de la actualidad —no obstante, hacemos la observación que a través del artículo 9o. A TUE, tal y como dispone el Tratado de Lisboa, limita el número de eurodiputados a 750 más el Presidente— en los que casi un tercio de ellos (222) son mujeres.

Los eurodiputados mencionados representan las orientaciones de los partidos políticos a los que pertenecen. Las agrupaciones políticas son las siguientes: Grupo del Partido de los Socialistas Europeos; Grupo del Partido Popular Europeo (Grupo Demócratacristiano); Grupo del Partido Europeo de los Liberales, Demócratas y Reformistas; Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea-Izquierda Verde Nórdica; Grupo Forza Europa; Grupo de Alianza Democrática Europea; Grupo de los Verdes en el Parlamento Europeo; Grupo de Alianza Radical Europea; Grupo Europa de las Naciones y No inscritos.

El Tratado de Lisboa, establece que el artículo 9o. A TUE, se refiere al Parlamento y a la letra expresa:

Artículo 9o. A

- 1) El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. Elegirá al Presidente de la Comisión.
- 2) El Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión. Su número no excederá de setecientos

cincuenta, más el Presidente. La representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro. No se asignará a ningún Estado miembro más de noventa y seis escaños.

El Consejo Europeo adoptará por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, una decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo conforme a los principios a que se refieren el párrafo primero.

- 3) Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años.
- 4) El Parlamento Europeo elegirá a su Presidente y a la Mesa de entre sus diputados.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, denominado anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tiene su sede en Luxemburgo y está compuesto por un juez por cada Estado miembro, asistido por abogados generales elegidos para un periodo de seis años por los gobiernos de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia es la institución judicial de la Unión Europea. Su misión es garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados de la Unión Europea. De esta manera, el Tribunal vela para que los Estados miembros cumplan con las obligaciones que les imponen los Tratados, para que las instituciones de la Unión Europea no se excedan en el ejercicio de los poderes que se les han conferido y, en colaboración con los tribunales nacionales, para que el derecho comunitario se interprete y aplique de manera uniforme en todos los Estados miembros; son, en definitiva, funciones similares a las que en los sistemas jurídicos de los Estados miembros competen a los tribunales constitucionales, los tribunales de jurisdicción general y los tribunales administrativos.

El Tribunal de Justicia examina los litigios entre instituciones comunitarias o entre Estados miembros y una institución comunitaria, y las causas que le remiten los tribunales de los Estados miembros a fin de que se pronuncie sobre la interpretación de algún aspecto del derecho comunitario europeo.

Los procedimientos que han correspondido históricamente al Tribunal de Justicia son: por incumplimiento de los Tratados (Comisión contra Estado miembro o Estado miembro contra Estado miembro); recurso de anulación (contra el Consejo o la Comisión); recurso por omisión (contra el Consejo o la Comisión); recurso por daños y perjuicios contra la Comu-

nidad. El Tribunal se pronuncia, a petición, sobre cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales de los Estados miembros sobre la interpretación y la validez del derecho comunitario.

Asimismo, ante el Tribunal de Primera Instancia, creado en 1989 y asistido, asimismo por un juez por cada Estado miembro, pueden realizar reclamaciones directas de personas físicas o jurídicas a excepción de los asuntos relativos al derecho antidumping; recursos de los funcionarios; recursos sobre temas relativos al carbón y el acero y recursos accesorios por daños y perjuicios.

Las decisiones del Tribunal de Primera Instancia pueden ser objeto de recurso ante el Tribunal de Justicia en lo que se refiere a cuestiones jurídicas exclusivamente. No cabe recurso contra la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

No hay que dejar pasar por alto que el Tribunal de Justicia es una institución con una carga considerable de trabajo, lo cual aumentará a medida que se produzcan las diferentes adhesiones. El Tratado de Niza introdujo una nueva arquitectura judicial europea; convierte al Tribunal de Primera Instancia en un “juez común” comunitario; permite crear salas jurisdiccionales especializadas (lugar de plenos) en algunos ámbitos específicos; establece al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como órgano supremo distinto del Tribunal de Primera Instancia, además de prever la distribución de competencias entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia. El Tribunal de Justicia estará compuesto por un número de jueces igual al de los Estados miembros, no tendrá que reunir todos los jueces en pleno sino reunir en sala grande de trece jueces, de esta manera se podrá funcionar y deliberar en plazos razonables.

El Tratado de Lisboa, afina cuestiones en torno al Tribunal de Justicia y así, a través del artículo 90. F, expresa:

Artículo 90. F

- 1) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

- 2) El Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por Estado miembro. Estará asistido por abogados generales.

El Tribunal General dispondrá al menos de un juez por Estado miembro.

Los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia y los Jueces del Tribunal General serán elegidos de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones contempladas en los artículos 223 y 224 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Serán nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros para un período de seis años. Los jueces y abogados generales salientes podrán ser nombrados de nuevo.

- 3) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

- a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;
- b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;
- c) en los demás casos previstos por los Tratados”.

Artículo 224 bis del Tratado de Funcionamiento de la Unión.

Se constituirá un comité que se pronuncie sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de las funciones del juez y abogado general del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, antes de que los Gobiernos de los Estados miembros procedan a los nombramientos de conformidad con los artículos 223 y 224.

El Comité estará compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento Europeo. El Consejo adoptará una decisión por la que se establezcan las normas de funcionamiento del comité, así como una decisión por la que se designe a sus miembros. El Consejo se pronunciará por iniciativa del Presidente al Tribunal de Justicia.

Artículo 235 bis TFUE

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acto adaptado por el Consejo Europeo en virtud del artículo 70. del Tratado de la Unión Europea, solamente a petición del estado miembro objeto de la constatación del Consejo Europeo o del Consejo y únicamente en lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el citado artículo.

Esta petición deberá presentarse en el plazo de un mes a partir de la constatación. El Tribunal se pronunciará en el plazo de un mes a partir de la fecha de la petición.

Artículo 240 bis

El Tribunal de la justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas.

No obstante, el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del artículo 25 del Tratado de la Unión Europea y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 230 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

Artículo 240 ter

En el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los capítulos 4 y 5 del título IV de la tercera parte relativa al espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior.

Artículo 241

Aunque haya expirado el plazo previsto en el párrafo quinto del artículo 230, cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestiona un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea alegando la inaplicabilidad de dicho acto por los motivos previstos en el párrafo segundo del artículo 230.

Con respecto a la última de las Instituciones introducidas a través del Tratado de Maastricht, tenemos el *Consejo Europeo* integrado por cada uno de los jefes de estado o de gobierno de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, así como por el presidente de la Comisión Europea. Hasta la fecha, y hasta el 1 de enero de 2009 con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se instala en el país al que le corresponde ejercer la presidencia del mismo y regula la vida política y el desarrollo de toda la Unión Europea; se reúne dos veces al año, durante los meses de junio y diciembre.

Con el Tratado de Lisboa, a través de su artículo 20., se inserta una nueva sección primera bis titulada “El Consejo Europeo” y los nuevos artículos 201 bis y 201 ter del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antes denominado Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o Tratado de Roma). Asimismo, el Consejo no realiza ninguna actividad legislativa; conjuntamente con el Parlamento, establece orientaciones y políticas generales dentro de la Unión Europea; coordina, arbitra o desbloquea todas las cuestiones difíciles que se plantearon en el seno de la Unión, en relación preferentemente con los Tratados adoptados por la Unión, las ampliaciones o bien los retos que plantea la Unión Económica y Monetaria (UEM).

El TUE, tras el Tratado de Lisboa, estipula en su artículo 90., incisos B y E lo siguiente:

Artículo 90. B

- 1) El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales. No ejercerá función legislativa alguna.
- 2) El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y

por el Presidente de la Comisión. Participará en sus trabajos el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

- 3) El Consejo Europeo se reunirá dos veces por semestre por convocatoria de su Presidente. Cuando el orden del día lo exija, los miembros del Consejo Europeo podrán decidir contar, cada uno de ellos, con la asistencia de un ministro y, en el caso del Presidente de la Comisión, con la de un miembro de la Comisión. Cuando la situación lo exija, el Presidente convocará una reunión extraordinaria del Consejo Europeo.
- 4) El Consejo Europeo se pronunciará por consenso, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa.
- 5) El Consejo Europeo elegirá a su Presidente por mayoría cualificada para un mandato de dos años y medio, que podrá renovarse una sola vez. En caso de impedimento o falta grave, el Consejo Europeo podrá poner fin a su mandato por el mismo procedimiento.
- 6) El Presidente del Consejo Europeo:
 - a) Presidirá e impulsará los trabajos del Consejo Europeo;
 - b) Velará por la preparación y continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en cooperación con el Presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales;
 - c) Se esforzará por facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo;
 - d) Al término de cada reunión del Consejo Europeo, presentará un informe al Parlamento Europeo.

El Presidente del Consejo Europeo asumirá, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

El Presidente del Consejo Europeo no podrá ejercer mandato nacional alguno.

Artículo 90. E

- 1) El Consejo Europeo nombrará por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión, al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. El Consejo Europeo podrá poner fin a su mandato por el mismo procedimiento.
- 2) El Alto Representante estará al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión. Contribuirá con sus propuestas a elaborar dicha política y la ejecutará como mandatario del Consejo. Actuará del mismo modo en relación con la política común de seguridad y defensa.
- 3) El Alto Representante presidirá el Consejo de Asuntos Exteriores.
- 4) El Alto Representante será uno de los Vicepresidentes de la Comisión. Velará por la coherencia de la acción exterior de la Unión. Se encargará, dentro de la Comisión, de las responsabilidades que incumben a la misma en el ámbito de las relaciones exteriores y de la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión. En el ejercicio de estas responsabilidades dentro de la Comisión, y exclusivamente por lo que respecta a las mismas, el Alto Representante estará sujeto a los procedimientos por los que se rige el funcionamiento de la Comisión en la medida en que ello sea compatible con los apartados 2 y 3.

Artículo 201 bis Tratado de Funcionamiento de la Unión.

- 1) En caso de votación, cada miembro del Consejo Europeo podrá actuar en representación de uno solo de los demás miembros.

El apartado 4 del artículo 90. C del Tratado de la Unión Europea y el apartado 2 del artículo 205 del presente Tratado se aplicarán al Consejo Europeo cuando se pronuncie por mayoría cualificada. El Presidente del consejo Europeo y el Presidente de la Comisión no participarán en las votaciones del Consejo Europeo cuando éste se pronuncie por votación.

La abstención de los miembros presentes o representados no obstará a la adopción de los acuerdos del Consejo europeo que requieran unanimidad.

- 2) El Consejo Europeo podrá invitar al Presidente Parlamentario Europeo a comparecer ante él.
- 3) El consejo Europeo se pronunciará por mayoría simple en las cuestiones de procedimiento y para la aprobación de su reglamento interno.
- 4) El Consejo Europeo estará asistido por la Secretaría General del Consejo.

Artículo 201 ter

El Consejo europea adoptará por mayoría cualificada:

- a) Una decisión por la que se establezca la lista de las formaciones del Consejo, distintas de la de Asuntos Generales y la de Asuntos Exteriores, de conformidad con el apartado 6 del artículo 90. C del Tratado de la Unión Europea;
- b) Una decisión relativa a la presidencia de las formaciones del Consejo, con excepción de las de Asuntos Exteriores, de conformidad con el apartado 9 del artículo 90. C del Tratado de la Unión Europea.

VI. “El triángulo de las decisiones” y el procedimiento de la toma de decisiones

Una vez presentado el estado actual institucional y resumiendo el cuadro institucional, a tenor del artículo 90. TUE, tal y como queda con el Tratado de Lisboa, tenemos lo siguiente:

Artículo 90.

- 1) Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones.
Las Instituciones de la Unión son:

- El Parlamento Europeo;
 - El Consejo Europeo;
 - El Consejo,
 - La Comisión Europea (denominada en los sucesivos “Comisión”),
 - El Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
 - El Banco Central Europeo,
 - El Tribunal de Cuentas.
- 2) Cada Institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal.
- 3) Las disposiciones relativas al Banco Central Europeo y al Tribunal de cuentas, así como las disposiciones detalladas sobre las demás instituciones, figuran en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- 4) El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones que ejercerán funciones consultivas.

Así, y en relación con las mencionadas Instituciones, y siguiendo el esquema de Pascal Fontaine, debemos hacer referencia al denominado “triángulo de la toma de decisiones”.

Tal y como expusimos, la Unión Europea es más que una mera confederación de Estados, pero no es un Estado federal. Se trata, de hecho, de un nuevo tipo de estructura que no encaja en ninguna de las categorías jurídicas clásicas. Su sistema político es único en la historia y ha estado en constante evolución desde hace más de cincuenta años.

Los Tratados constitutivos (también conocidos como derecho primario u originario) son la base de numerosos actos jurídicos de derecho derivado, que tienen una incidencia directa en la vida cotidiana de los ciudadanos en la UE. El derecho derivado, tal y como expusimos en el apartado correspondiente, consta fundamentalmente de reglamentos, directivas y recomendaciones adoptados por las instituciones de la Unión Europea.

Esta legislación junto con las políticas de la Unión en general, son el resultado de decisiones adoptadas por el triángulo institucional formado por el Consejo (en representación de los gobiernos nacionales), el Parlamento Europeo (en representación de los ciudadanos) y la Comisión Europea

(órgano independiente de los gobiernos de la UE y garante del interés colectivo europeo).

1. El Consejo de la Unión Europea o Consejo y el Consejo Europeo

El Consejo de la Unión Europea (también conocido como el Consejo o Consejo de Ministros) es el principal órgano decisorio de la Unión. Los Estados miembros se turnan para ocupar la presidencia del Consejo durante un periodo de seis meses en la actualidad sectoriales. A las reuniones del Consejo acude un ministro de cada país de la Unión Europea, que normalmente es el ministro competente en la materia que figure en el orden del día: asuntos exteriores, agricultura, industria, transporte, medio ambiente, etcétera.

El Consejo dispone del Poder Legislativo, que comparte con el Parlamento Europeo en el marco del procedimiento de codecisión. Por otra parte, el Consejo y el Parlamento comparten la responsabilidad de la adopción del presupuesto de la Unión Europea. El Consejo también concluye los acuerdos internacionales negociados por la Comisión.

De conformidad con los Tratados, las decisiones adoptadas por el Consejo se acuerdan por mayoría simple, por mayoría cualificada o por unanimidad, en función del asunto sobre el que se decida, en la actualidad el Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa (artículo 90. C, inciso 3 TUE).

En cuestiones importantes, como la modificación de los Tratados, la puesta en marcha de una nueva política común o la adhesión de un nuevo Estado, el Consejo debe decidir por unanimidad.

En la mayoría de los demás casos, el Consejo decide por mayoría cualificada, es decir, que ninguna decisión del Consejo puede adoptarse si no recibe el número de votos asignado a cada país de la Unión Europea, el cual se corresponde aproximadamente con el tamaño de su población. Este Consejo se reúne cuatro veces al año. Está presidido por el jefe de Estado o de Gobierno del país que ostenta en ese momento la presidencia del Consejo de la Unión Europea. El Presidente de la Comisión Europea asiste en calidad de pleno derecho.

Por lo que respecta al Consejo Europeo, con el tratado de Maastricht, éste se convirtió oficialmente en el iniciador de las principales políticas de la Unión y se le otorgó un poder de arbitraje en las cuestiones conflictivas sobre las que los ministros no pueden alcanzar un acuerdo en el Consejo de la Unión Europea. Es la más alta instancia de establecimiento de po-

líticas de la Unión, por lo que a menudo sus reuniones son denominadas “Cumbres”.

El Consejo Europeo aborda asimismo problemas internacionales acuciantes a través de la política exterior y de seguridad común (PESC), destinada a permitir que la UE se pronuncie con una sola voz sobre cuestiones diplomáticas.

El Consejo Europeo cobra mayor realce, a partir del Tratado de Lisboa.

2. El Parlamento Europeo

El Parlamento Europeo es el órgano elegido que representa los ciudadanos de la Unión. Ejerce la supervisión política de las actividades de la Unión Europea y participa en el proceso legislativo. Desde 1979, los diputados del Parlamento Europeo son elegidos por sufragio universal directo cada cinco años.

El Parlamento celebra normalmente sus sesiones plenarias en Estrasburgo y las sesiones suplementarias en Bruselas. Sus veinte comisiones, que se ocupan de los trabajos preparatorios para las sesiones plenarias, así como los grupos políticos, suelen reunirse en Bruselas. La Secretaría General tiene su sede en Luxemburgo y en Bruselas.

El Parlamento participa en los trabajos legislativos de la Unión en tres niveles:

- De conformidad con el *<procedimiento de cooperación>*, introducido por el Acta Única Europea en 1987, el Parlamento Europeo puede emitir su dictamen sobre los proyectos de directivas y reglamentos propuestos por la Comisión Europea y puede solicitar a la Comisión que modifique sus propuestas a fin de tener en cuenta su posición.
- Igualmente desde 1987, el *<procedimiento de dictamen conforme>* somete a ratificación por el Parlamento la celebración de acuerdos internacionales negociados por la Comisión, así como cualquier propuesta de ampliación de la Unión.
- En 1992, el Tratado de Maastricht instituyó el *<procedimiento de codecisión>*, que pone en pie de igualdad al Parlamento con el Consejo cuando se trata de legislar sobre toda una serie de cuestiones importantes, como la libre circulación de trabajadores, el mercado interior, la educación, la investigación, el medio ambiente, las redes transeuropeas,

la salud, la cultura, la protección de consumidores, etcétera. En ejercicio de este poder, el Parlamento europeo puede rechazar la legislación propuesta en estos ámbitos mediante el voto de la mayoría absoluta de sus miembros en contra de la posición común del Consejo. Sin embargo, el Tratado prevé un procedimiento de concertación.

Tal y como ya expusimos y sin ánimo de reiterar sino de completar el cuadro de decisiones, el Parlamento Europeo comparte también con el Consejo la responsabilidad de adoptar el presupuesto comunitario. El Parlamento tiene la posibilidad de rechazo, como ha ocurrido ya en varias ocasiones. En tal caso, debe volver a iniciarse todo procedimiento presupuestario. Corresponde a la Comisión Europea proponer el proyecto de presupuesto, que es debatido entonces por el Consejo y el Parlamento Europeo. El Parlamento ha hecho pleno uso de sus poderes presupuestarios para influir en la elaboración de políticas comunitarias.

El Parlamento es el órgano de control democrático de la Unión: dispone del poder de destituir a la Comisión aprobando una moción de censura por mayoría de dos tercios; asimismo, supervisa la gestión cotidiana de las políticas comunitarias, formulando preguntas orales y escritas a la Comisión y al Consejo.

El Presidente del Consejo Europeo ha de informar al Parlamento de las decisiones adoptadas por el Consejo.

3. La Comisión Europea

La Comisión es el tercer elemento del triángulo constitucional que gestiona y dirige la Unión Europea. Sus miembros son elegidos por los Estados miembros de común acuerdo, por un periodo de cinco años y su nombramiento está sujeto a la aprobación del Parlamento europeo. La Comisión está obligada a presentar su dimisión colectiva cuando el Parlamento Europeo, ante el cual es responsable, aprueba una moción de censura en su contra.

Desde 2004, la Comisión se compone de un comisario de cada Estado miembro.

La Comisión goza de una gran independencia en el ejercicio de sus atribuciones. Es la garante del interés común, por lo que no debe someterse a las instrucciones de ningún gobierno nacional. Como “guardiana de los Tratados”, ha de velar por que los reglamentos y las directivas adoptadas por el Consejo y el Parlamento se apliquen en los Estados miembros y, en caso

contrario, puede llevar a la parte responsable del incumplimiento ante el Tribunal de Justicia para obligarla a cumplir el derecho comunitario.

Como brazo ejecutivo de la Unión Europea, la Comisión pone en práctica las decisiones adoptadas por el Consejo en ámbitos tales como la política agrícola común. Dispone de amplios poderes para la gestión de las políticas comunes de la UE, como la de investigación y tecnología, la de ayuda exterior, la de desarrollo regional, etcétera. Asimismo gestiona el presupuesto de estas políticas.

La Comisión está asistida por una administración, compuesta de treinta y seis direcciones generales y diversos servicios, cuya sede se reparte principalmente entre Bruselas y Luxemburgo.

Procedimiento de la toma de decisiones

En general, la Comisión propone la nueva legislación, pero son el Consejo y el Parlamento los que aprueban las normas. Otras instituciones y organismos también desempeñan sus respectivos papeles.

Las normas y procedimientos de toma de decisiones de la Unión Europea se fijan en los Tratados.

Cada propuesta para una nueva norma europea se basa en un artículo específico del Tratado, denominado “base jurídica” de la propuesta. Esto determina qué procedimiento legislativo debe seguirse, los tres procedimientos principales son la consulta, el dictamen conforme y la decisión.

1) Consulta

En virtud del procedimiento de consulta, el Consejo acude al Parlamento, así como al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

El Parlamento puede:

- Aprobar la propuesta de la Comisión;
- Rechazarla;
- Solicitar enmiendas.

Si el Parlamento solicita enmiendas, la Comisión estudia todos los cambios sugeridos por el Parlamento y, si acepta alguno de ellos, envía al Consejo una propuesta modificada.

El Consejo examina la propuesta modificada, o bien la adopta como tal, o bien la modifica. En este procedimiento, como en todos los demás, si el Consejo modifica una propuesta de la Comisión, debe hacerlo por unanimidad.

2) Dictamen conforme

El procedimiento de dictamen conforme significa que el Consejo tiene que obtener la aprobación del Parlamento antes de tomar ciertas decisiones muy importantes.

El procedimiento es igual al de consulta, salvo que el Parlamento no puede modificar una propuesta: debe aceptarla o rechazarla. La aceptación (“dictamen conforme”) requiere una mayoría absoluta de los votos emitidos.

3) Codecisión

Es el procedimiento que se utiliza ahora para adoptar la mayoría de la legislación de la Unión Europea. En el procedimiento de codecisión, el Parlamento no se limita a dar su opinión, sino que comparte el poder legislativo en plano de igualdad con el Consejo.

Si el Consejo y el Parlamento no están de acuerdo con una propuesta de acto legislativo, la propuesta se presenta ante el Comité de Conciliación, integrado por igual número de representantes del Consejo y del Parlamento. Una vez que este Comité ha alcanzado un acuerdo, el texto se envía de nuevo al Parlamento y al Consejo para que puedan finalmente adoptarlo como ley.

Este procedimiento de codecisión cobra una vital importancia en el actual Tratado de Lisboa.

VII. Otras Instituciones comunitarias

El *Tribunal de Cuentas* no es una institución originariamente prevista en el Tratado CEE. El Tribunal de Cuentas con sede en Luxemburgo, fue creado por el Tratado de 1975 por el que se modifican determinadas disposiciones financieras e incorporado como órgano al TCEE. Tiene su sede en Luxemburgo.

Su misión consiste en fiscalizar la documentación contable, verificar la legalidad y regularidad de todos los ingresos y gastos de la Comunidad y asegurarse de que se ha realizado una buena gestión financiera.

El Tribunal protege los intereses financieros de la Comunidad frente al fraude y las irregularidades. El Tratado de Maastricht le confió nuevas tareas y ahora debe presentar al Consejo de la Unión Europea y al Parlamento Europeo una declaración sobre la fiabilidad de las cuentas y la regularidad y legalidad de las correspondientes operaciones. El Tribunal publica todos los años en el mes de noviembre un informe sobre la ejecución del presupuesto del año anterior y, esporádicamente, informes especiales sobre cuestiones concretas, siguiendo instrucciones del Parlamento Europeo o actuando por su propia iniciativa. Sin embargo, la responsabilidad fundamental de supervisar y desembolsar los fondos comunitarios corresponde a los propios Estados miembros, que responden directamente del 80% del presupuesto. En definitiva, su función es la fiscalización o control de cuentas (de ingresos y gastos), examinando no sólo la adecuación al derecho comunitario (control de legalidad), sino también la buena gestión financiera (control de oportunidad). Este Tribunal elabora un informe anual al cierre del ejercicio financiero que se publica en el *Diario Oficial de la Comunidad Económica* y también es responsable del control de los gastos y de la revisión de las cuentas.

El Tribunal de Cuentas está compuesto por un miembro de cada Estado miembro, nombrado por el Consejo por unanimidad y previa consulta al Parlamento, entre personas especialmente calificadas para esta gestión y que ofrezcan garantías de independencia. El mandato es de 6 años por decisión unánime del Consejo de la Unión, previa consulta al Parlamento europeo, y se renueva por partes.

El Banco Central Europeo

El Banco Central Europeo (BCE), con sede en Frankfurt, es responsable de la gestión del euro y la política monetaria de la Unión Europea.

En conjunción con los bancos centrales nacionales constituirán el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). Asimismo constituyen el Eurosistema y dirigen la política monetaria de la Unión. El SEBC está dirigido por los órganos rectores del Banco Central Europeo.

Entre los objetivos del SEBC encontramos los siguientes:

- mantener la estabilidad de precios;
- prestar apoyo a las políticas económicas generales de la Unión Europea para contribuir con la consecución de los objetivos de ésta.

Tiene personalidad jurídica propia y le corresponde en exclusiva autorizar la emisión del euro, asimismo, tiene independencia en el ejercicio de sus competencias y en la gestión de sus finanzas.

Artículo 245 bis Tratado de Funcionamiento de la Unión.

- 1) El Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales constituirán el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC). El Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro, que constituyen el eurosistema, dirigirán la política monetaria de la Unión.
- 2) El SEBC estará dirigido por los órganos rectores del Banco Central Europeo. El objetivo principal del SEBC será mantener la estabilidad de precios. Sin perjuicio de este objetivo, prestará apoyo a las políticas económicas generales de la Unión para contribuir a la consecución de los objetivos de ésta.
- 3) El Banco Central Europeo tendrá personalidad jurídica. Le corresponderá en exclusiva autorizar la emisión del euro. Será independiente en el ejercicio de sus competencias y en la gestión de sus finanzas. Las instituciones, órganos y organismos de la Unión y los Gobiernos de los Estados miembros respetarán esta independencia.
- 4) El Banco Central Europeo adoptará las medidas para desempeñar sus cometidos con arreglo a los artículos 105 a 111 bis, al artículo 115 C y a las condiciones establecidas en los Estatutos del SEBC y del BCE. Con arreglo a dichos artículos, los Estados miembros cuya moneda no sea el euro y los bancos centrales de éstos mantendrán sus competencias en el ámbito monetario.
- 5) En los ámbitos que entren dentro de sus atribuciones, se considerará al Banco Central Europeo sobre todo proyecto de acto de la Unión y sobre todo proyecto de normativa a escala nacional; el Banco podrá emitir dictámenes.

VIII. Otros entes en la Unión Europea

Como mencionamos anteriormente, en la Unión Europea hay una serie de órganos, que no instituciones, que es importante comentar.

El Banco Europeo de Inversiones

El Banco Europeo de Inversiones (BEI), con sede en Luxemburgo, concede préstamos y garantías para ayudar a las regiones subdesarrolladas de la UE y contribuir a que las empresas sean más competitivas.

Creado por el Tratado de Roma en 1957, su financiación surge del empréstito dentro de los mercados de capitales. Contribuye a la realización de los objetivos de la Unión Europea a través de la financiación de proyectos encaminados a la promoción:

- De la integración europea;
- Del desarrollo equilibrado;
- De la cohesión económica y social;
- Del desarrollo económico basado en el conocimiento y la innovación.

Su labor es autónoma en sus decisiones y actúa con personalidad jurídica propia, opera siempre sin ánimos de lucro y principalmente financia inversiones públicas o privadas para apoyar en el sector industrial, energético, transporte, salud, medio ambiente, educación, altas tecnologías, comunicaciones, etcétera.

Los accionistas del Banco Europeo de Inversiones son los Estados miembros de la Unión Europea, así el Consejo de Gobernadores se integra por los ministros que cada Estado miembro designa para ello. En resumidas cuentas, sus funciones también derivan en las siguientes:

- Participar en las Comisiones parlamentarias.
- Favorecer las financiaciones en los países en desarrollo del Mediterráneo, África, Asia, América Latina, el Caribe y el Pacífico.
- Financia países candidatos a la adhesión.
- Financia proyectos que tienden a la modernización o reconversión de empresas o la creación de nuevas actividades necesarias para el progresivo establecimiento del mercado interno, siempre que estos

no puedan ser financiados por los diversos medios existentes en cada Estado miembro.

- Financia proyectos de interés común a varios Estados miembros, que no tengan suficientes medios para ello dentro de sus países.
- Coopera con todas las demás instituciones europeas.
- Contribuye al desarrollo de las regiones menos prósperas de la Unión Europea.

El Comité Económico y Social Europeo

Su sede se encuentra en Bruselas y sus miembros están divididos en tres grandes grupos: el empresarial, los asalariados o trabajadores y otras actividades como los agricultores y los consumidores. El Tratado de Niza limitó su número a 350.

Al tomar decisiones relativas a una serie de ámbitos de actuación, el Consejo y la Comisión consultan al Comité Económico y Social Europeo (CESE). Tenemos, entonces, que es un órgano de consulta tanto para el Consejo como para la Comisión y el Parlamento europeo, ya que en el Comité están representados los grupos sociales y económicos de todos los Estados miembros. De esta manera, los miembros de este Comité representan a los distintos grupos de intereses económicos y sociales que constituyen lo que puede denominarse la “sociedad civil organizada”, y son nombrados por el Consejo por un período de cuatro años.

Entre sus funciones, podemos resumir las siguientes:

- Emitir dictámenes sobre las propuestas de la Comisión europea, en relación con cualquier cuestión que pueda ser de interés comunitario, o bien sobre aquellos temas que tengan repercusión económica y social;
- Garantiza una adecuada función consultiva frente a los grandes órganos de la Unión Europea, es decir, el Parlamento, el Consejo y la Comisión europea;
- Permite una mayor participación de la sociedad civil organizada al contribuir al reforzamiento de la cercanía de los ciudadanos al proyecto europeo, y

- Concreta el papel de la sociedad civil organizada en los países no comunitarios y procura crear estructuras similares en todas aquellas zonas que son propensas a unirse al proceso comunitario europeo.

El comité de las Regiones

Por su parte, el *Comité de las Regiones* tiene su sede en Bruselas, con cinco sesiones plenarias al año.

El Comité es un órgano consultivo creado por el Tratado de la Unión Europea compuesto por representantes de las entidades regionales y locales de los Estados miembros, repartiendo sus puestos con criterio proporcional. El presidente es elegido por los demás miembros del Tribunal por un periodo de tres años, renovables, y desempeña el papel de *primus inter pares*. La duración del mandato es de cuatro años. Se eligen por el Consejo por unanimidad para un período de cuatro años para ejercer sus funciones con independencia y en interés general de la Comunidad.

Nace con el firme propósito de respetar las identidades y prerrogativas regionales y locales, así como hacer participar a las regiones en el desarrollo y la ejecución de las políticas de la Unión Europea, de hecho, existe la obligación legal de consultar a los representantes de las autoridades locales y regionales en una serie de asuntos que les conciernen directamente. Tiene, en definitiva, una función consultiva pudiendo emitir dictámenes a petición del Consejo de la Comisión o por iniciativa propia.

Es un órgano permanente y comparte infraestructura administrativa con el Comité Económico y Social.

Entre sus funciones se destacan las siguientes:

- Ejerce funciones consultivas especialmente en aquellos casos que afectan a la cooperación transfronteriza, siempre que el Consejo de Ministros y la Comisión lo consideren oportuno;
- Se le consulta en cuestiones de empleo y legislación social, salud pública y medio ambiente, formación profesional, educación y juventud, cohesión económica y social, redes transeuropeas de infraestructura de transporte, telecomunicación y energía, así como cultura;
- Representa una gran gama de actividades en materia de política local y regional;

- Contribuye al buen funcionamiento de la Unión Europea y al principio de subsidiariedad; y
- A través de sus Comisiones Especializadas puede aprobar dictámenes en materia agrícola, protección ambiental y política urbana.

Artículo 256 bis Tratado de Funcionamiento de la Unión.

- 1) El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones, que ejercerán funciones consultivas.
- 2) El Comité Económico y Social estará compuesto por representantes de las organizaciones de empresarios, de trabajadores y de otros sectores representativos de la sociedad civil, en particular en los ámbitos socioeconómico, cívico, profesional y cultural.
- 3) El comité de las Regiones estará compuesto por representantes de los entes regionales y locales que sean titulares de un mandato electoral en un ente regional o local, o que tengan responsabilidad política ante una asamblea elegida.
- 4) Los miembros del comité Económico y social y del comité de las Regiones no estarán vinculados por ningún mandato imperativo. Ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.
- 5) Las normas contempladas en los apartados 2 y 3, relativas a la naturaleza de la composición de estos Comités, serán revisadas periódicamente por el Consejo para tener en cuenta la evolución económica, social y demográfica en la unión. El Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará decisiones a tal efecto.

El Defensor del Pueblo Europeo

El Defensor del Pueblo Europeo fue creado a través del Tratado de Maastricht.

El Defensor es nombrado por el Parlamento Europeo para un periodo de cinco años, que coinciden con la labor de los miembros de la legislatura

parlamentaria europea y su mandato puede ser renovable. Su sede está en Estrasburgo, misma sede que el Parlamento Europeo.

Entre sus funciones destacamos las siguientes:

- Pueden acudir a él cualquier persona física o jurídica o moral que haya sido víctima de un acto de mala administración por parte de las Instituciones u órganos de la Unión Europea, salvo en el caso del Tribunal de Justicia cuando ejercite sus funciones jurisdiccionales;
- Sus funciones son totalmente independientes y sólo debe de atender al interés general de los ciudadanos y de la Unión Europea;
- Puede poner en conocimiento de la Institución respectiva la queja recibida, dándole tres meses para exponer las razones y su posición por las cuales adoptó su decisión;
- Rendirá un informe al Parlamento Europeo y a la Institución, organismo o agencia interesada; y
- Informará del resultado de sus investigaciones a las personas que presenten las reclamaciones respectivas.

El Consejo de Europa

El Consejo de Europa es una organización internacional de cooperación intergubernamental creada mediante un Tratado internacional el 5 de mayo de 1949 con entrada en vigor el 3 de agosto de ese mismo año. Su sede se encuentra en Estrasburgo y su misión central es reforzar, en el espacio constituido por sus Estados miembros, la democracia, los derechos del hombre y el estado de derecho; en definitiva, se potencia la defensa y la promoción de los valores políticos fundamentales de todos sus Estados miembros.

El Consejo de Europa es independiente de la Unión Europea y se compone, en la actualidad, de 46 Estados de todo el continente, incluidos todos los Estados miembros de la Unión Europea.

En los orígenes del Consejo de Europa podemos destacar que tras la Segunda Guerra Mundial y ante la preocupación de un probable tercer conflicto mundial, se desplegó una idea concretada en el famoso discurso de Winston Churchill, primer ministro británico, en Zurich el 19 de septiembre de 1946 en el que se dijo: “Nos hace falta crear algo semejante a los Estados Unidos de Europa ... El primer paso a seguir es la constitución

de un Consejo Europeo ... Para realizar favorablemente esta tarea urgente, Francia y Alemania deben reconciliarse ...”

No hay duda que en el génesis del Consejo de Europa intervino un movimiento ideológico que pedía la unificación europea como la única solución a los problemas políticos, económicos y sociales del viejo continente. El primer paso gubernamental hacia la unidad europea fue de carácter militar y defensivo, a través del pacto de Bruselas del 17 de marzo de 1948 firmado por Bélgica, Francia, Holanda, Luxemburgo y el Reino Unido. El Pacto de Bruselas creó un Consejo Consultivo integrado por los cinco ministros de Asuntos Exteriores de las cinco mencionadas naciones y una Comisión Permanente que debería ocuparse de mantener el contacto entre los Estados miembros cuando no estuvieran reunidos los ministros. Tras numerosos avatares provocados por el movimiento europeísta, los gobiernos comenzaron a perfilar posiciones y a aclararse la actitud de cada Gobierno respecto a la Unidad Europea y se perfila así, la creación de un Consejo de Europa integrado por un ministro de cada uno de los citados miembros y que tomarían decisiones de común acuerdo. Se creó, en principio, un Comité de Ministros y una Asamblea Consultiva “independiente de los gobiernos”. Reunido el nuevo Consejo Consultivo de los Cinco, se decidió convocar una conferencia general a la que serían invitadas Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suecia. Esta conferencia, fue conocida con el nombre de “Conferencia de los Diez” y se celebró en Londres en marzo de 1949. Acto seguido se elaboró un proyecto de Estatuto del Consejo de Europa, el cual fue presentado a los ministros de Asuntos Exteriores de los diez países, quienes lo aprobaron en Londres el 5 de mayo de 1949 en el Palacio de Saint James. El mismo día de la firma de la Convención que aprueba el Estatuto del Consejo de Europa, los ministros publicaron un comunicado en el que se decía: “La característica esencial del Estatuto es la creación de un Comité de Ministros y de una Asamblea Consultiva, los cuales, reunidos, formarán el Consejo de Europa. El papel del Comité Ministerial será desarrollar la cooperación entre los Gobiernos; el de la Asamblea Consultiva consistirá en descubrir los medios gracias a los cuales podrán ser expresadas y formuladas las aspiraciones de los pueblos europeos: los Gobiernos permanecerán así en contacto perpetuo con la opinión pública europea”. Un obstáculo que había que superar sería la idea de crear una Europa ideológicamente unitaria, excluyendo a países plenamente europeos, por el solo hecho de que sus ideas no se acomodaran a las del Consejo.

El Consejo de Europa como una de sus primeras tareas, con firmes propósitos de cooperación internacional entre los Estados miembros, ela-

boró con gran entusiasmo una de las grandes convenciones, la Convención europea de los derechos del hombre firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953.

Entre los fines del Consejo de Europa, su Estatuto comienza con una declaración de principios en la que se habla de “Valores espirituales y morales” y de “Libertad individual, libertad política y preeminencia del derecho, sobre los cuales se funda toda democracia auténtica”. En este tenor, el artículo 1o. de su Estatuto enuncia: “El fin del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre esos miembros a fin de salvaguardar y conseguir los ideales y los principios que son su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social”. El mismo artículo en su apartado b) enuncia los medios con los que el Consejo de Europa perseguirá sus fines: “1. El examen de las cuestiones de interés común; 2. La firma de acuerdos; 3. La acción común en el campo económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo; 4. La salvaguarda y el desarrollo de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales”.

En cuanto a su composición, a los diez miembros originarios del Consejo de Europa se adhirieron varios Estados hasta llegar, en la actualidad, a un número de 46: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiján, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Ex-República Yugoslava de Macedonia, Malta, Moldavia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania. Pendiente de su ratificación Serbia-Montenegro.

Según el artículo 3o. de su Estatuto: “todo miembro del Consejo de Europa reconoce la preeminencia del derecho y el principio, en virtud del cual toda persona colocada bajo su jurisdicción debe disfrutar de los derechos del hombre y de sus libertades fundamentales. Se compromete también a colaborar, sincera y activamente, en la realización del fin definido en el artículo 1o.”.

Para lograr tales fines, el Consejo de Europa dispone de competencias tales como las mencionadas con anterioridad en el artículo 1o., inciso b) del Estatuto: el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos, la adopción de una acción conjunta en los campos económico, social, cultural, científico, jurídico y administrativo y la protección efectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales. Sin embargo, no dispone de competencias en relaciones exteriores, ni defensa, ni en materias de competencia de otras organizaciones internacionales europeas o no.

Los dos órganos fundamentales del Consejo de Europa son el Comité de Ministros y la Asamblea Consultiva. Junto a ellos existe un Secretariado y el Comité Mixto encargado de coordinar las actividades de la Asamblea y el Comité de Ministros.

El Comité de Ministros es el órgano de representación colectiva de los Gobiernos miembros. El Comité está compuesto por un representante de cada uno de los miembros del Consejo de Europa, con derecho a voto. Según el artículo 14 de su Estatuto establece que los representantes en el Comité son los ministros de Asuntos Exteriores y además se establece que: “cuando un ministro no pueda asistir a las sesiones, o cuando otras circunstancias lo aconsejen, puede designarse un suplente para que actúe en su lugar. Este será, en la medida de lo posible, un miembro del Gobierno de su país”.

Entre sus funciones, tenemos que según el artículo 13 del Estatuto: “El Comité de Ministros es el órgano competente para actuar en nombre del Consejo de Europa” y esta actuación consiste, según el artículo 15 en considerar “las medidas adecuadas para realizar el objetivo del Consejo de Europa, incluyendo la conclusión de convenciones y de acuerdos y la adopción por los Gobiernos de una política común respecto a determinados asuntos” y su apartado b) nos sigue indicando que “las conclusiones del Comité de Ministros pueden, si ha lugar a ello, revestir la forma de recomendaciones a los Gobiernos. El Comité puede invitar a éstos a poner en su conocimiento las medidas que han tomado respecto a dichas recomendaciones”. No obstante, debemos destacar que las facultades del Comité de Ministros están restringidas por el hecho de requerir la unanimidad para las decisiones importantes.

En cuanto al procedimiento, según el artículo 21: “El Comité se reúne obligatoriamente antes de la apertura de las sesiones de la Asamblea Consultiva y al comienzo de estas sesiones; se reúne además cuantas veces lo estime útil”. Las reuniones se celebrarán a puerta cerrada y deben celebrarse, según el mismo artículo, en Estrasburgo, pero en la práctica se celebran reuniones en otras ciudades como París y Roma.

Se seguirá la regla de la unanimidad para las cuestiones siguientes: las recomendaciones dirigidas a los gobiernos; las cuestiones relacionadas con el Informe que el Comité dirige a la Asamblea; Las decisiones sobre la publicidad que se dé a las reuniones del Consejo; las decisiones de celebrar alguna reunión ordinaria de la Asamblea Consultiva fuera de Estrasburgo; las recomendaciones relativas a las enmiendas a ciertos artículos considerados esenciales en la estructuración del Consejo de Europa; y cualquiera otra

cuestión que el Comité decida, por mayoría de los tercios, que debe ser sometida a la regla de la unanimidad.

Para otras cuestiones menos importantes tales como la adopción del presupuesto, del reglamento interior, etcétera, basta con la mayoría de dos tercios, y en cuanto a las cuestiones que a su vez deriven del reglamento interior o de los reglamentos financiero o administrativo, bastará con la mayoría simple.

El Comité de Ministros se sirve, además, de comités de expertos; tampoco hay que olvidar que el Comité de Ministros ha recurrido a otros métodos para obtener el necesario asesoramiento, tales como solicitarlos directamente a las Organizaciones internacionales competentes o convocar conferencias especializadas.

La Asamblea Consultiva, por su parte, se compone de representantes elegidos por los Parlamentos nacionales entre sus miembros. Existen dos requisitos para la designación de representantes: que sean nacionales del Estado miembro que representan y que no sean al mismo tiempo miembros del Comité de Ministros. Sus miembros son independientes, y disfrutan de inmunidad diplomática, cuando se ejercite ante países que no sean el propio, e inmunidad parlamentaria, que será la que se tenga ante su propio país. El número de delegados es proporcional a la población de los Estados miembros y se reúne en sesiones anuales. Los debates de la Asamblea son públicos a no ser que se decida lo contrario.

Se podría definir la Asamblea, como una forma de colaboración internacional que expresa la opinión pública de un sector europeo mediante debates y recomendaciones. Sus facultades se limitan a las propias de un órgano deliberante, y sus debates sirven para dar publicidad a las ideas europeístas.

Según el artículo 23 del Estatuto: “la Asamblea Consultiva puede deliberar y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión que responda al objeto y entre en la competencia del Consejo de Europa, tal como se define en el capítulo I; delibera y puede formular recomendaciones sobre cualquier cuestión que le someta para dictamen el Comité de Ministros”. Las “recomendaciones” se caracterizan porque la Asamblea Consultiva pide al Comité que actúe en cierto sentido. Exigen una mayoría de dos tercios. Asimismo, la Asamblea puede formular “resoluciones” empleadas para expresar su punto de vista sobre un problema o para contestar a los informes de las organizaciones internacionales. De la misma manera, la Asamblea emite “opiniones” en las cuales se contiene su parecer sobre un asunto para el cual el Comité de Ministros ha solicitado su opinión. La Asamblea también

tiene la facultad de formular recomendaciones al Comité de Ministros sobre todas las cuestiones que sean de la competencia del Consejo.

La Asamblea Consultiva puede constituir Comités o Comisiones encargados de examinar todas las cuestiones de su competencia.

Asimismo, como habíamos indicado, tanto el Comité de Ministros como la Asamblea Consultiva están asistidos por la Secretaría General. El Secretariado se compone de un secretario general, de un secretario general adjunto y del personal necesario. Los dos primeros son nombrados por la Asamblea Consultiva a propuesta del Comité de Ministros. Los otros miembros son designados por el secretario general, de acuerdo con el reglamento administrativo. Los altos cargos, es decir, Secretario general y Secretario general adjunto, deben ser independientes de los Estados miembros. Cada Estado miembro asume los gastos de su propia representación en el Comité y en la Asamblea y los gastos comunes de la Secretaría General se reparten proporcionalmente a la población de cada Estado miembro.

Dentro del movimiento codificador de derecho internacional privado hay instituciones como la que comentamos, el Consejo de Europa, y dentro de él, el *Comité Europeo de Cooperación Jurídica*, creado en 1963 y aunque procura no acometer la temática de la que se ocupa la Conferencia de La Haya, es el organismo encargado de desarrollar el programa jurídico del Consejo de Europa. De una manera esquemática comentaremos que, dentro de su compleja actividad, este Comité se ha encargado de materias de derecho internacional privado como la preparación de convenios de patentes y establecimiento de individuos, del seguro obligatorio de responsabilidad civil de accidentes de circulación por carretera; de información del derecho extranjero, y de la supresión de legitimación de escrituras redactadas por agentes diplomáticos o consulares. Paralelamente a ésta actividad, se encarga, asimismo, de coloquios de derecho europeo, estudios de derecho comparado, conferencias de ministros de justicia. Además se destaca que la actividad más sobresaliente de este órgano es la protección de los derechos humanos.

Cuestionario

1. ¿En qué consiste la integración europea?
2. ¿Cuáles son las fuentes originarias o primarias?
3. ¿Cuáles son las fuentes derivadas?
4. Mencione los Tratados constitutivos de la Unión Europea.
5. ¿En qué consisten las reformas del Tratado de Lisboa?
6. ¿Cuáles son las Instituciones comunitarias?

Aplicación de la Unión Europea

1950	La Declaración Schuman del 9 de mayo sienta los principios de la integración democrática europea que sustentan a la Unión Europea en la actualidad.
1957	Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos firman el Tratado de Roma y crean la Comunidad Económica Europea (CEE).
1963	Turquía firma un acuerdo de asociación.
1973	Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido se adhieren a la Comunidad Europea.
1981	Grecia se adhiere a la Comunidad Europea.
1986	España y Portugal se adhieren a la Comunidad Europea.
1987	Turquía solicita la adhesión.
1988	Hungría firma el primer acuerdo de comercio y cooperación; posteriormente se firman acuerdos similares con los demás países de Europa Central.
1989	Caída del muro de Berlín; la Unión Europea crea el programa Phare; la Comisión Europea emite un dictamen sobre Turquía.
1991	Hungría y Polonia firman los primeros acuerdos europeos (ratificados en 1994); posteriormente se firman acuerdos similares con los demás países de Europa Central.

1993	El Consejo Europeo de Copenhague establece los criterios de adhesión; la Comisión Europea emite dictámenes sobre Chipre y Malta.
1994	El Consejo Europeo de Essen define la estrategia de preadhesión.
1995	Austria, Finlandia y Suecia se adhieren a la Unión Europea.
1996	Entra en vigor la última fase de la Unión aduanera Unión Europea-Turquía.
1997	La Comisión Europea adopta la Agenda 2000 y emite dictámenes; el Consejo Europeo de Luxemburgo decide iniciar el proceso de ampliación.
1999	<p>Febrero: la Comisión Europea presenta una actualización de su dictamen de 1993 sobre Malta.</p> <p>Marzo: el Consejo Europeo de Berlín aprueba las perspectivas financieras para 2000-2006, que incluyen los fondos de preadhesión y los gastos relacionados con la adhesión.</p> <p>Octubre: la Comisión Europea aprueba la segunda serie de informes periódicos y revisa las Asociaciones para la adhesión.</p> <p>Diciembre: el Consejo Europeo de Helsinki reafirma el carecer inclusivo del proceso de adhesión, decide entablar negociaciones con otros seis países y confirma la candidatura de Turquía.</p>
2000	<p>Febrero: se inician oficialmente las negociaciones para la adhesión con Bulgaria, Eslovaquia, Letonia, Lituania, Malta y Rumania.</p> <p>Noviembre: la Comisión Europea aprueba la tercera serie de informes periódicos, propone una Asociación para la Adhesión con Turquía y una estrategia para la última fase de la ampliación con un calendario general de las negociaciones definitivas.</p> <p>Diciembre: el Consejo Europeo de Niza aprueba los informes de la Comisión y la nueva estrategia relativa a la ampliación; adopta asimismo el Tratado de Niza, que modifica los procedimientos de toma de decisiones de la UE para preparar el camino de la ampliación.</p>
2001	Enero: entra en vigor la nueva estrategia relativa a la ampliación junto con un plan de negociaciones de los capítulos pendientes que se llevarán a cabo durante las presidencias sueca, belga y española de la UE.

2001	<p>Marzo: la UE aprueba la Asociación para la Adhesión con Turquía.</p> <p>Junio: el Consejo Europeo de Gotemburgo confirma la irreversibilidad del proceso de ampliación y reafirma que la hoja de ruta constituye el marco para la feliz conclusión de las negociaciones.</p> <p>Octubre: el Consejo Europeo de Gante realiza una evaluación intermedia de la aplicación de la estrategia de ampliación aprobada en Niza.</p> <p>Noviembre: la Comisión Europea aprueba la cuarta serie de informes periódicos y las propuestas de revisión de los partenariados para la adhesión.</p> <p>Diciembre: el Consejo Europeo de Laeken confirma que se han logrado serios avances en las negociaciones y concluye que, siempre y cuando se mantenga el ritmo de trabajo actual, la República Checa, Chipre, la República Eslovaca, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia podrán concluir las negociaciones a finales de 2002. Llama asimismo la atención sobre los enormes esfuerzos realizados por Bulgaria, Rumanía y Turquía y anima a estos países a que sigan por este camino. Por último, el Consejo Europeo decide convocar a una convención sobre el futuro de Europa.</p>
2002	<p>Abril: la Comisión Europea lanza, en colaboración con los países en fase de negociación, planes de acción para el fortalecimiento de la capacidad administrativa y judicial.</p> <p>Junio: el Consejo Europeo de Sevilla reafirma la decisión de la Unión de concluir las negociaciones con los diez primeros países candidatos a finales del 2002, siempre y cuando estén preparados.</p> <p>Octubre: la Comisión Europea adopta la quinta serie de informes periódicos, recomendando al Consejo que concluya las negociaciones con la República Checa, Chipre, la República Eslovaca, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia.</p> <p>El Consejo Europeo de Bruselas respalda las recomendaciones de la Comisión.</p> <p>Conclusión del proceso de ratificación del Tratado de Niza tras la victoria del sí en el referéndum celebrado en Irlanda.</p> <p>Noviembre: la Comisión Europea presenta sendas hojas de ruta para Bulgaria y Rumania.</p> <p>Diciembre: el Consejo Europeo de Copenhague concluye con éxito las negociaciones de los diez primeros países candidatos. Respecto a Bulgaria y Rumania afirma que, dependiendo del progreso</p>

	en el cumplimiento de los criterios de adhesión, tiene previsto acoger a estos países a la Unión Europea en 2007.
2003	Abril: la República Checa, Chipre, la República Eslovaca, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia firman el Tratado de adhesión en Atenas, Grecia.
2004	El 1o.de mayo se integraron a la Unión Europea los diez nuevos miembros. Bulgaria, Rumania, Turquía y Croacia son los próximos candidatos a la Unión.
2005	25 de abril Adhesión Bulgaria y Rumania.

Unión económica y monetaria (UEM)

1957 25 de marzo	Tratado de Roma (CEE y Euratom).
1958 1 de enero	Entrada en vigor de los Tratados de Roma.
1969 1 y 2 de diciembre	Cumbre de la Haya. Los jefes de Estado o de gobierno deciden pasar de la fase transitoria a la fase definitiva de la Comunidad. Se establece el principio de que la CE debe de disponer de recursos propios.
1970 octubre	Plan Werner.
1972 24 de abril	Constitución de la “serpiente monetaria”. Los seis Estados miembros (Alemania, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo) deciden limitar al 2,25% los márgenes de fluctuación de sus monedas con respecto al dólar.
1979 13 de marzo	Inicio del Sistema Monetario Europeo.
1985	Acta Única. Estipuló la creación del Mercado Único Europeo y fijó como objetivo la unidad monetaria.
1988 Junio	Consejo Europeo de Hannover. Se requiere un informe sobre la creación de una Unión Monetaria Europea.
1989 Enero	Renovación del mandato por cuatro años de Jaques Delors como presidente de la Comisión.
1990	Se constituye la primera etapa de la UEM.
1992 7 de febrero en 1992	Firma del Tratado de la Unión Europea en Masstricht. Se instrumentó el Fondo de Cohesión para compensar a los miembros más pobres de la Unión Europea enfren-

11 y 12 de diciembre	enfrentados al duro camino de la Moneda Única. Consejo Europeo de Edimburgo.
1993 1o. de enero 2 de agosto 1o. de noviembre	Entrada en vigor del Mercado Único. Ampliación del Mecanismo de Tipo de Cambio de las bandas de fluctuación a 15%. Entrada en vigor del Tratado de Maastricht.
1994 1o. de enero 24 y 25 de junio 9 de diciembre	Comienzo de la segunda etapa UEM: Establecimiento del Instituto Monetario Europeo. Prohibición de crédi- to del Banco Central para los gobiernos. Consejo Europeo en Corfú. Consejo Europeo en Essen.
1995 31 de mayo 27 de julio 15 y 16 de diciembre	Libro Verde de la Comisión Europea en la práctica de acuerdos. Consejo Europeo en Cannes. Consejo Europeo en Madrid. Se prepara el escenario para la introducción del moneda única, el Euro, en tres fases: Fase A en 1998; Fase B el 1o. de enero de 1999; y Fase C del 1o. de enero a julio de 2002.
1996 29 de marzo junio 5 de octubre 13 y 14 de diciembre 31 de diciembre	Consejo Europeo en Turín. Informe de los resultados al Consejo Europeo en Flo- rencia. Sesión especial del Consejo Europeo en Dublín. Consejo Europeo en Dublín. Se determina el marco normativo, organizativo y logís- tico del Banco Central Europeo (BCE) y el Sistema Euro- peo de Bancos Centrales (SEBC).
1997 16 y 17 de junio 2 de octubre	Consejo Europeo en Ámsterdam. Proyecto del Tratado de Ámsterdam. Firma del Tratado de Ámsterdam.

<p>1999 1o. de enero</p>	<p>Comienzo de la <i>tercera etapa</i> de la UEM, de acuerdo con los criterios de convergencia, calendario, protocolos y procedimientos establecidos en el TUE.</p> <p>Los países que adoptaron el euro en el momento de su lanzamiento (como moneda virtual) el 1o. de enero de 1999 fueron: Austria, Alemania, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Portugal.</p> <p>Grecia adoptó el euro el 1 de enero de 2001.</p> <p>Todos estos países introdujeron el euro en la forma de efectivo a principios de 2002.</p>
<p>2002 1o. de enero (a más tardar)</p> <p>1o. de julio (a más tardar)</p>	<p>Etapa de la consumación de la transición. Se pondrá en circulación billetes y monedas Euro y retirada de billetes y monedas nacionales a través de la SEBC. Asistencia a todos los sectores económicos para una transición ordenada a la moneda única.</p> <p>Conclusión del Proceso de Transición.</p>
<p>2004 1o. de mayo</p>	<p>Diez nuevos Estados Miembros se incorporaron a la Unión; sin embargo, la moneda única no se ha introducido con la adhesión. Los nuevos miembros deben demostrar antes que están preparados para adoptar el euro. Dinamarca, Suecia y Reino Unido han decidido quedarse, de momento, fuera de la zona euro.</p>

Notas y referencias

- 1 Desde la llamada *Perstroika* la actual Federación Rusa sufrió un cambio drástico en su estructura jurídica, política y social. Con fines exclusivamente didácticos enmarcamos a este país dentro de un sistema socialista por su fuerte tradición como Madre Patria del bloque soviético.
- 2 Es conveniente destacar que Guillermo Florís Margadant, hace una por demás interesante división y nos habla de las tres Rusias y así podemos entender como la Primera Rusia, aquella de eslavos y vikingos, la Segunda Rusia la que había durado desde la fase vikinga hasta el final de la Rusia zarista –tsarista– y la Tercera Rusia, la soviética. Margadant, Guillermo F., *La Rusia post-soviética y su derecho contra el fondo de las tres Rusias sucesivas anteriores. Ensayo histórico-jurídico*, México, Miguel Angel Porrúa, 2002, 483 pp.
- 3 El sistema de la Asamblea Popular Nacional (APN) se basa en tres principios: 1. Los poderes en la RPCh pertenecen al pueblo; 2. Los órganos del Estado de la RPCh aplican el principio de socialismo democrático y 3. La división de funciones y poderes entre los órganos centrales y locales del Estado, se guían por el principio de reconocimiento de validez plena a la iniciativa y el entusiasmo de las autoridades locales, sujeto al liderazgo unificado de las autoridades centrales.

Glosario

Derecho comparado. La comparación jurídica, y por ende el derecho comparado, es la operación intelectual del contraste entre ordenamientos jurídicos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume las características de las disciplinas científicas.

Unidad cultural. Para proyectar una clasificación de las grandes familias jurídicas debemos partir de que la base primordial de clasificación la proporcione las coincidencias de civilización y cultura. René David expresa que los derechos se oponen unos a otros porque traducen concepciones distintas de la justicia, concepciones distintas de la filosofía o simplemente, porque tienen estructuras políticas, económicas o sociales diferentes. Por consiguiente, la clasificación de los derechos debe hacerse ante todo teniendo en cuenta su base filosófica y la concepción de la justicia que se esfuerzan en realizar. Lo descrito, si quisiéramos simplificarlo, se podría interpretar como que aquellas afinidades y elementos comunes que caracterizan a un determinado sistema jurídico, para encuadrarlo dentro de una familia jurídica, podrían ser:

- Una historia, una tradición en común; en cuanto a la formación y características que debe tener la norma jurídica, evolución histórica de las normas.
- Una filosofía, una concepción de los valores comunes; rectores de una determinada comunidad.
- Un orden de prelación de las fuentes del derecho, asimismo, común.

Sistema jurídico. Conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo en un lugar y tiempo determinados. Cada Estado soberano cuenta con un sistema jurídico propio. Igualmente, lo podemos definir como cuerpo operativo de instituciones, procedimiento y normas jurídicas.

Igualmente, lo podemos definir como el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad o que rigen en un determinado ámbito geográfico. Dichas reglas e instituciones, deben ser

suficientemente completas e importantes para que los hombres, a los cuales se aplican, estén ligados entre sí por una comunidad de Derecho.

Tradición jurídica. Conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse.

Familia jurídica. Conjunto de Sistemas jurídicos que tienen elementos institucionales, conceptos filosóficos, jerarquía de fuentes, como decíamos, elementos en definitiva que pongan de relieve las coincidencias y analogías entre ellos.

Familia jurídica romano-germánica. También denominada *Civil Law*, por contraposición al *Common Law*; otro sector la denomina Sistema Continental, por contraposición, asimismo, al sistema insular representado, en el continente europeo, por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte; otra denominación sería romano-canónico; también se denomina grupo francés, denominación ésta utilizada por René David; sistema romanístico, empleada, fundamentalmente, por los italianos; romano-cristiano, que muestra la filiación genética romana y la inspiración cristiana que caracteriza a este grupo de derechos; sistema neorrománico, como la denominación más actual, o simplemente Romano-Germánico como determinamos denominarlo nosotros.

Esta familia se caracteriza por la fusión de las culturas romana y germana en el occidente de Europa a partir del siglo v d.C; caracterizada porque la norma de derecho se elabora inicialmente y se aplica posteriormente a los problemas que la práctica presenta.

Familia jurídica *Common Law*. La cultura inglesa nace como una fusión de la nobleza normanda con la población anglosajona, con diferentes influencias como puede ser vestigios romanos, celtas, irlandeses, etcétera; lográndose una unificación del derecho, a través de las decisiones de los tribunales, un derecho eminentemente jurisprudencial.

Familia jurídica socialista. Un grupo inicialmente ubicado en Europa oriental, que originalmente formó su derecho con elementos romano-germánicos pero que a partir de la revolución bolchevique de 1917 en la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, ha elaborado su derecho acorde al socialismo.

Familia jurídica religiosa. Países que organizan su ordenamiento jurídico basándose en un libro revelado.

Sistemas híbridos o mixtos. Aquellos entes –ya sean territorios, provincias, entidades estatales– que no logran ubicarse en ninguna de las familias jurídicas anteriores, que con sus particularidades y localismos logran concretarse dentro de este sistema mixto, nos referimos no tanto a la mezcla de elementos jurídicos de diversa proveniencia como a aquellos sistemas en los que “la ley del lugar” no los imbuye y asimilan caracteres peculiares o particulares dentro de un mismo territorio, organizado políticamente y con su correspondiente población.

También se puede definir como aquel conglomerado de derechos positivos que reúne los elementos necesarios para ser considerado una familia jurídica. La peculiaridad común que los agrupa radica tan sólo en motivos generalmente atribuibles a recepciones políticas, que consisten en la coexistencia razonablemente armónica de dos o más tradiciones jurídicas en el seno de un mismo sistema.

Restatement. El *Restatement of the Law*, aunque no hay un acuerdo en la forma correcta de su traducción, ya que no existe en el argot jurídico propio del *Civil Law*, podríamos traducirlo como “Recopilaciones jurídicas”, y son una serie de volúmenes publicados por una asociación privada, la *American Law Institute* –ALI–, en el que para una determinada rama del derecho se señalan los criterios vigentes o la forma en que el derecho debería ser.

Unión Europea. La Unión Europea forma el marco económico, jurídico y político en el que veintisiete Estados miembros manifiestan una misma voluntad, bajo la integración y cesión de soberanías, de realizar un destino común, un destino compartido. Esta proyección se lleva a cabo a través del acervo comunitario, sus tratados constitutivos y sus Instituciones.

Bibliohemerografía

- AGOSTINI, Eric, *Droit Comparé*, París, Puf, 1988.
- ALVAREZ VELEZ, Maria Isabel y Alcon Yustas, Maria Fuencisla, *Las Constituciones de los quince estados de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1996.
- ARIAS RAMOS, J, Et Arias Bonet, J., *Derecho romano*, 18 ed., Madrid, Revista de derecho privado, 2 vols., 1986.
- ARMINJON, Nolde, *Et Wolf, Traité de droit comparé*, París, 1950, t. 1.
- AZICRI, Max, “Introducción al derecho socialista cubano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XIV, núm. 41, mayo-agosto 1981.
- BAGEHOT, Walter, *La Constitución Inglesa* (trad de Adolfo Posada), estudio introductorio de Alonso Lujambio y Jaime Martínez Bowness, México, Instituto Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- BALAUER CALLEJÓN, Francisco, *Fuentes del Derecho*, Madrid, Tecnos.
- BARCELÓ ROJAS, Daniel Armando, *Introducción al derecho constitucional estatal estadounidense*, México, Instituto Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *Derecho Internacional Público*, México, Mc Graw-Hill, 1997.
- _____, *La Constitución rusa de 1993*; Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, México, UNAM, 1995.
- BERLINGUER, Aldo, “Il ‘Restatement Of The Law Sugli Avvocati: Primer Osservazioni Di Un Giurista Civilian”, *Rassegna Forense*, Roma, año Xxxiv, núm. 3, julio-septiembre de 2001.
- BERMAN, Harold J., *La Formación de la tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BERNAL, Beatriz, *Cuba y sus leyes. Estudios Histórico-Jurídicos*, UNAM, México, 2002.
- BERNAL, Beatriz (Coord.), *Cuba. Ayer y hoy ¿Perspectivas De Cambio?*, México, UNAM, 2009.
- BERNAL, Beatriz y Ledesma Uribe, José de Jesús, *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas (de los orígenes a la Alta Edad Media)*, 4a. ed., México, Porrúa, 1989.
- BERNSTEIN, Anita, “Restatement (Third) of Torts: General Principles and The Prescription of Masculine Order”, *Vanderbil Law Review*, Nashville, Tennessee, vol. 54, núm. 3, abril 2001;
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado. Las “formas de Estado” y las “formas de gobierno”*. *Las Constituciones Modernas* (trad. de

- la 6a. ed. Italiana y “Estudio preliminar” de Héctor Fix Zamudio), México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BORCHART, Klaus-Dieter, “*La unificación europea. Nacimiento y desarrollo de la Unión Europea*”, Bruselas-Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de Las Comunidades Europeas, Serie Documentación Europea, 1995.
- BOUNDANT, J, y Gounelle, M, *Les grandes dates de l’Europe*, París, 1989.
- BURBAN, J.L., “Le Conseil de l’Europe”, *Que sais-je?*, Francia, núm. 885, Puf, 1985.
- BURGESS, Juan W., *Ciencia política y derecho constitucional comparado*, Madrid, La España Moderna, S.F.
- CAPELLETTI, Mauro, “El derecho comparado: método y finalidades (una propuesta metodológica)”, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (Cuatro estudios de derecho comparado)*, trad. de Héctor Fix- Fierro), México, Porrúa, 1993.
- CARDOZO, B.N., *The Growth of the Law*, New Haven, 1921, p. 188.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1994.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, 2a. ed., Madrid, Reus, 1957.
- _____, *Reflexiones sobre el derecho comparado y el método comparativo*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957.
- CASTELLOT RAFFUL, Rafael Alberto, *La Unión Europea: una experiencia de integración regional*, México, Plaza y Valdés, 1996.
- CATALANO, Nicola y Scarpa, Riccardo, *Principios de derecho comunitario*, trad. de Fernando M. Mariño Menéndez y Ángel G. Chueca Sancho, Madrid, Tecnos, 1988.
- CERVANTES, Javier de, *La tradición jurídica de Occidente*, ed. preparada por María del Refugio González Domínguez y José Luis Soberanes Fernández, México, UNAM, 1978.
- CHEVRIER, Marc, *Federalismo canadiense y autonomía de Quebec: Perspectiva Histórica*, Direction des Communications, Ministère des Relations Internationales, 1996.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, “*La causa del contrato*”, Bolonia-Zaragoza, Studia Albomotiana, 1998.
- CORNEJO, Romer, “Las Constituciones de China en Contexto” en Oropeza García, Arturo (coord.), *China-Latinoamérica. Un visión sobre el nuevo papel de China en la región*, UNAM-CIACI, México, 2008.
- DE CRUZ, Peter, *Comparative Law in a Changing World*, U.S.A., Cavendish Publishing Limited, 1995.
- DEIGHTON, Anne, “La Guerra Fría y los orígenes de la integración europea”, *Sistema*, Madrid, núms. 114-115, junio 1993.
- EHRENZWEIG, Albert, “American Conflicts Law in its Historical Perspective: Should the Restatement be Continued”, *University of Pennsylvania Law Review*, 103,

1954. Rheinsetein, Max, Recensión Bibliográfica, 10, *University Of Chicago Law Review*, 466, 1943.
- _____, “El Restatement americano del conflicto de derechos: historia de un fracaso. Una réplica”, *Cuadernos de Derecho Angloamericano*, Barcelona, núms. 7-8, julio-diciembre 1956, enero-junio 1957.
- ELIADIS, F. Pearl, “The Legal System in Quebec” en Gall, Gerald, *The Canadian Legal System*, 4a. ed., Canadá, Carswell, 1995.
- FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1992.
- FERRANDO BADIA, Juan (coord.), *Regímenes políticos actuales*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, S.F.
- FERRER, Isabel, “Escocia marca distancias con la reina Isabel en la inauguración de su parlamento autonómico”, *El País*, España, Viernes 2 De julio de 1999.
- FERRIS, Susan V., “Liquidated Damages Recovery under the Restatement (Second) of Contracts”, *Cornell Law Review*, Ithaca, N.Y. E.U.A., vol. 67, núm. 4, abril 1982; Braucher, Robert, “Interpretation an Legal Effect in the second Restatement of Contracts”, *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 81, núm. 1, January 1983; Kull, Andrew, “Disgorgement for Breach, the ‘Restitution Interest’ And the Restatement of Contracts”, *Texas Law Review*, Austin, Texas, vol. 79, núm. 7, June 2001.
- FISCHBACH, O. Georg, *Derecho político general y constitucional comparado*, 2a. ed., Barcelona, Labor, 1934.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana” en Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 3a. ed., México, Porrúa, 1988.
- _____, “La modernización de los estudios jurídicos comparativos”, *Ius et Praxis*, Lima, núm. 17, junio 1991.
- FONTAINE, Pascal, *Doce lecciones sobre Europa*, Comisión Europea. Dirección General de Comunicación, Bruselas, 2007.
- FURNISH, Dale Beck, “Fuentes del derecho en Estados Unidos. La muerte del derecho consuetudinario. Las fuentes escritas en la edad del derecho positivo y el papel y efectos de los Restatements of the Law”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, t. LI, núm. 235, 2001.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1988.
- GARCÍA Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Prólogo de Manuel Aragón, Madrid, Alianza, 1999.
- GOLDSTEIN, Mateo, *Derecho hebreo a través de La Biblia e Talmud*, Buenos Aires, Atalaya, 1947.

- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. *et al.*, *Curso de derecho internacional público*, 6a. ed., Madrid, Civitas, 1998.
- GONZÁLEZ DE PAZOS, Margarita, “El hombre nuevo y el sistema universitario cubano”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Sistemas jurídicos contemporáneos: nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 30, 2000.
- _____, “Common Law. Especial Referencia a los *Restatements of the Law* en Estados Unidos”, en González Martín, Nuria (coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje a Marta Morineau*, México, UNAM, 2006, t. II.
- _____, *Una Introducción a la Unión Europea*, México, UNAM-Porrúa, 2007.
- _____, “La Unión Europea como una fotografía en continuo movimiento: el Tratado de Lisboa”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XIII, núm. 124, enero-abril 2009.
- _____, “Consejo de Europa”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Anuario de 2005.
- _____, “El Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea: especial consideración a la cuestión prejudicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXIX, núm. 86, mayo-agosto de 1996.
- _____, “Europa: del Tratado de París al Tratado de Ámsterdam” en Vv.Aa., *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Reflexiones sobre la utilidad de la comparación y sus efectos en la codificación en derecho internacional privado” en Serna de la Garza, José María (Coord.) *Metodología del Derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, Seria Doctrina Jurídica núm. 272, 2005, pp. 205-228
- _____, “Consejo de Europa”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Anuario de 2005.
- _____, “Sobre la unificación del derecho internacional privado en materia de protección de menores: La Haya y Las CIDIPS”, *Memorias del XXVIII Seminario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Pachuca, Hidalgo, 10-13 noviembre de 2004, Disco Compacto.
- _____, “Tratado de Ámsterdam por el que se Modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de Las Comunidades Europeas y Determinados Actos Conexos”, *Revista de Derecho Privado*, México, Mc Graw-Hill, núm. 25.

- _____, “Tratado de Niza”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto De Investigaciones Jurídicas, Nueva Serie, Año Xxxvi, Núm. 107, Mayo-Agosto De 2003.
- _____, “Unión Europea: comentarios al proyecto de revisión de los Tratados. Especial referencia a los derechos fundamentales y no discriminación”, *Revista de Derecho Privado*, México, Mc Graw-Hill, año 8, núm. 23, mayo-agosto de 1997.
- HOEFLICH, M. H., *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*, U.S.A., The University of Georgia Press, 1997.
- HYLTON, Keith N., “The Theory of tort doctrine and the Restatement (Third) of Torts”, *Vanderbil Law Review*, Nashville, Tennessee, vol. 54, núm. 3, abril de 2001.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *La familia romano-canónica y su importancia en el marco de los sistemas jurídicos contemporáneos*, tesis de maestría, Universidad Iberoamericana, Plantel Santa Fé, México, 1998.
- JOLOWICS, J. A., *Derecho Inglés*, Caracas, Editorial Venezolana, 1992.
- JORDAN GALDUF, Josep Maria, *Economía De La Unión Europea*, 2ª Ed., Madrid, Edit. Civitas, 1997.
- KESSEDIAN, Catherine, “Le Restatement or the Foreign Relations Law of The United States: un nouveau traite de droit international?”, *Journal du Droit International*, París, año 117, núm. 1, enero-febrero-marzo de 1990.
- KOLAR, Jordan K., “Is this Really the End of Duty?: the Evolution of the Third Restatement of Torts”, *Minnesota Law Review*, Minneapolis, vol. 87, núm. 1, november 2002.
- LACAVEX BERÚMEN, Ma. Aurora, “Sistema jurídico contemporáneo”, *Admónjus. Revista del Poder Judicial de Baja California*, México, vol. I., año 1, núm. 1, agosto de 1997.
- LA PIANA, “A Task of no Common Magnitude”, *The Douding Of American Law Institute*, 11 Nova Law Review, 1987.
- LEDESMA URIBE, José de Jesús, *Valores cristianos y educación jurídica*, México, Universidad Iberoamericana, 1997.
- LERNER, Pablo, “Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre 2004.
- LÉVY-ULLMANN, *L’inexécution du contract pour cause d’impossibilité dans le droit anglais*, Annales de Droit Commercial, 1922.
- LIPSTEIN, “Las categorías fundamentales del derecho privado inglés”, *Cuadernos de Derecho Anglo-Americano*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, julio-diciembre de 1955.

- LÓPEZ AYLLÓN, Sergio y Fix-Fierro, Héctor, “Estado y derecho en la era de la globalización” en *Estudios jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1996.
- LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Sistema jurídico del Common Law*, México, Porrúa, 2003.
- LOSANO G., Mario, *Los grandes sistemas jurídicos*, Madrid, Debate, 1982.
- MANGAS MARTÍN, Araceli y Liñán Noguera, Diego J., “Instituciones y derecho de la Unión Europea”, Madrid, Mc Graw-Hill, 1996.
- MARGADANT, Guillermo F., *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 19 ed., México, Esfinge, 1993.
- _____, *Historia universal del derecho*, México, Esfinge, 1991.
- _____, *los sistemas jurídicos contemporáneos. antecedentes y panorama actual*, México, UNAM, 1996.
- _____, *el significado del derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*, México, UNAM, 1960.
- _____, *Derecho romano privado*, 26 ed., México, Esfinge, 2001.
- _____, *La segunda vida del derecho romano*, México, Porrúa, 1986.
- _____, *Evolución del derecho japonés*, México, Porrúa, 1984.
- _____, *El derecho japonés actual*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- _____, *La Rusia post-soviética y su derecho contra el fondo de las tres rusias sucesivas anteriores. Ensayo histórico-jurídico*, México, Porrúa, 2002.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América*, México, Col. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 13, 1994.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Derecho angloamericano y derecho romano. Las raíces canónicas de la “Common Law”*, Madrid, Civitas, S.F.
- MATTEI, Ugo, “Restatement” en Dig. Iv, *Disc. Priv. Civile*, 1994.
- MAYR, Robert Von, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Labor, 1930, vol 1.
- MCKEEVER, Kent, “Métodos para la investigación del derecho” en Molloy, John F y Kozolchyk, Boris, editoriales de la versión en inglés: Morineau, Marta y López Ayllón, Sergio; editores de la versión en español, *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, vol. I., México, National Law Center For Inter-American Free Trade-UNAM, 1999.
- MERRYMAN, John Henry, “Fines, objeto y método del derecho comparado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año IX, núm. 25-26, enero-agosto 1976.
- _____, “Modernización de la ciencia jurídica comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Año XVI, núm. 46, enero-abril 1983.
- _____, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo L. Suárez, 2a. ed. corregida, México, Fondo de Cultura Económica, col. Breviarios 218, 1989.

- MIAJA DE LA MUELA, A., “Ética y derecho del consejo de Europa: reflexiones y datos en el momento del ingreso de España”, Rie, 1978.
- MO JIHONG, “El derecho constitucional en China” En Oropeza García, Arturo coord., *México-China. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, 2008.
- MONTAÑA I MORA, Miquel, “Harvard y la enseñanza del derecho en los Estados Unidos”, *Cuadernos Jurídicos*, España, núm. 8.
- MONTES, Pedro, *La integración en Europa*, Madrid, Trotta, 1993.
- MORÁN, Fernando, “La encrucijada de Europa”, *Sistema*, Madrid, 114-115, Junio 1993.
- MOREAU DEFARGES, Philippe, *Les institutions européennes*, 3a. ed., France, Armand Colin, 1998.
- MOREIRA GONZÁLEZ, Carlos J. coord., *Tratado de Niza. análisis, comentarios y texto*, Colex, Madrid, 2002.
- MORINEAU IDUARTE, Marta y Iglesias González, Román, *Derecho romano*, 3a. ed., México, Harla, 1993.
- _____, *Una introducción al Common Law*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1999.
- _____, *Familias jurídicas contemporáneas*, México, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Porrúa-Instituto Investigaciones Jurídicas-UNAM, Anuario 2004.
- NEUBORNE, Burt, “Notes for the Restatement (First) of the Law of Affirmative Action. An Essay in Honor of Judge John Minor Wisdom”, *Tulane Law Review*, New Orleans, Louisiana, E.U.A., vol. 64, núm. 6, junio 1990.
- OROPEZA GARCÍA, Arturo (coord.), *China-Latinoamérica. Una visión sobre el nuevo papel de China en la región*, UNAM-CIACI, México, 2008.
- _____, *México-China. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, UNAM, 2008.
- PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, *Historia general del derecho*, México, Oxford University Press, 2008.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, 1996
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de derecho político*, Madrid, Civitas, 1976.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Edesa, 1977.
- PIÑÓN ANTILLÓN, Rosa María (comp.) *De La Comunidad a la Unión Europea (del Acta Única a Maastricht)*, México, UNAM, 1994.
- PIZZORUSSO, Alessandro, trad. de Juana Bignozzi, *Curso de derecho comparado*, Barcelona, Bosch, 1954.
- POUND, Roscoe, *El espíritu del Common Law*, trad. de Puig Brutau, Barcelona, S.A.
- QUIROZ ACOSTA, Enrique, “El precedente en México y en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Lex, Difusión y Análisis*, México, año IV, abril 1998, núm. 34.
- RABASA, Óscar, *El derecho angloamericano (estudio expositivo y comparado del Common Law)*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.

- RAMSEY, Stephen D., "State Responsibility Under the Restatement", *Proceedings American Society of International Law*, Washington, D.C., abril 5-8, 1989, pp. 232-239; The American Law Institute, *Restatement or the Law Seconda, Foreign Relations Law of The United States*, St. Paul, Minn, American Law Institute Publishers, 1965.
- REEVES, Paul, "The Quebec Legal System" en Gall, Gerald L., *The Canadian Legal System*, 3a. ed., Canadá, Carswell, 1990.
- RENÉ, David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1968.
- _____, *Tratado de derecho civil comparado (introducción al estudio de los derechos extranjeros y método comparativo)*, Madrid, S. E., 1953.
- _____, *El derecho soviético*, Buenos Aires, La Ley, 1964.
- RENÉ, David y Jauffret-Spinozi, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10 ed., París, Dalloz, 1992.
- ROSSELL, Mauricio y Aguirre, Pedro, *La Unión Europea. Evolución y perspectivas. Lecciones y oportunidades para México*, México, Diana, 1994.
- ROSSET, Arthur, "Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law", *The American Journal of Comparative Law*, Berkeley, California, E.U.A., vol. 40, núm. 3, verano de 1992.
- BONELL, Michael Joachim, "A 'Restatement' of Principles for International Commercial Contracts. An Academic Exercise or a Practical Need?", En *Homenaje A Barrera Graf*, México, UNAM, 1989, t. I.
- RUE, John D, "Returning to the Roots of the Bramble Bush: The 'But For' Test Regains Primacy in Causal Analysis in the American Law Institute's Proposed Restatement (Third) of Torts", *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. LXXI, núm. 6, mayo de 2003.
- SALGADO Y SALGADO, José Eusebio, "Las instituciones de la Unión Europea", Apuntes del diplomado 2008 Instituciones Derecho Comunitario Europeo, Facultad de Estudios Superiores Acatlán.
- SÁNCHEZ AGESTA, L., *Curso de derecho constitucional comparado*, en Álvarez Vélez, María Isabel y Alcón Yustas, María Fuencisla, *Las Constituciones de los quince Estados de la Unión Europea. Textos y comentarios*, Madrid, Dykinson, 1996.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, "La neorromanización del derecho socialista", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XXVIII, núm. 83, mayo-agosto de 1995.
- SCHACHTER, Oscar, "The Revised Draft Restatement of the Foreign Relations Law of The United State and Customary International Law", *American Journal of International Law Proceedings*, Washington, D.C., núms. 25-27, abril de 1985.
- SERBETO, Enrique, "Los líderes europeos cierran en falso la crisis institucional con un tratado de mínimos". *Abc*, España, sábado 20 de octubre de 2007, Sección Internacional.

- SERNA DE LA GARZA, José María, “Apuntes sobre las opciones de cambio en la metodología de la enseñanza del derecho en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVII, núm. 111, septiembre-diciembre de 2004.
- SIERRA NAVA, José María, *El Consejo de Europa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- SIRVENT GUTIERREZ, Consuelo y Villanueva Colín, Margarita, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Harla, 1996.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 2a. ed., México, Porrúa, 2001.
- SMITH, James Frank (coord.), *Derecho constitucional comparado*, México, Civitas, 1976.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *Historia del derecho mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa, 1998.
- TAMAYO SALMORÁN, Rolando, “La teoría de J. Raz sobre los sistemas jurídicos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XIV, núm. 42, septiembre-diciembre, 1981.
- VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, “Génesis y evolución histórica de la Unión Europea”, *Revista Jurídica Jalisciense*, México, año 7, núm. 1, enero-abril MCMXCVII.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM- SEPS, 2004.
- VEYTIA, Hernany, “El capítulo uno de los principios de UNIDROIT: disposiciones generales” En VV.AA., *Contratación internacional. Comentarios a los principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales Del UNIDROIT*, México, UNAM- Universidad Panamericana, 1998.
- WATSON, Alan, *The Spirit of Roman Law*, U.S.A., The University of Georgia.
- WEIDENFELD, Werner y Wessels, Wolfgang (comps.) *Europa de la A a la Z. Guía de la integración europea*, Bélgica, Col. Documentación Europea. Comisión Europea, 1997.
- WENDEL, W. Bradley, “Regulation Of Lawyers Without The Code, The Rules, Or Te Restatement: Or, What Do Honor And Shame Have To Do With Civil Discovery Practice?”, *Fordham Law Review*, New York, Vol. Lxxi, núm. 4, March 2003.
- WILSON, Woodrow, *El Gobierno Congresional. Régimen Político en Los Estados Unidos*, estudio introductorio de Alonso Lujambio, UNAM, 2002.
- ZÁRATE, José Humberto, *et al*, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Mc Graw-Hill, 1997.
- ZWEIGERT-H, Kotz, *An Introduction to Comparative Law*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1992.