

CAPITULO 1. LOS SISTEMAS JURÍDICOS OCCIDENTALES

1.1 Derecho y sistema jurídico

No se trata aquí de sumar más páginas a las miles que se encuentran en las bibliotecas sobre la definición de la palabra "Derecho" y que se han generado al utilizarse este término para referirse a múltiples realidades que, a su vez, han sido objeto de diversas concepciones teóricas. Sin embargo, los problemas de ambigüedad que sufre este término obligan a aclarar que se utilizará en su acepción de Derecho objetivo, es decir, de conjunto de normas de conducta social, y se escribirá siempre con mayúsculas¹.

Por otra parte, la vaguedad del concepto asociado a lo que se acaba de identificar con la palabra "Derecho", exige precisar mediante una o más definiciones cuál es la concepción aquí defendida de dicho conjunto de normas². Se expondrán a estos efectos dos de las posturas que más aceptación han despertado en la doctrina de los sistemas jurídicos occidentales.

Hans Kelsen defendió una idea de Derecho que primaba los aspectos positivos y formales. El Derecho era un conjunto de normas de conducta sociales creadas y aplicadas por el hombre, e impuestas por el poder coercitivo del Estado. No hacía pues referencia a los aspectos sustantivos del Derecho, no se conectaba este conjunto de normas con un determinado ideal de justicia para que tuviesen o no

¹Atienza recoge cuatro acepciones de este término, que hacen referencia a conjunto de normas, derecho subjetivo, idea de valor y ciencia (*vid.* M. Atienza, *op. cit.*, pp. 11 ss.. Este libro efectúa un excelente análisis de los significados de "Derecho" y "Ciencia del Derecho").

²El estudiante que se acerca por primera vez al mundo del Derecho se sorprende al verificar que después de tantos siglos de ciencia jurídica aún no existe una única manera aceptada por toda la comunidad científica, para definir lo que es el Derecho. Sin embargo, su extrañeza desaparece en gran medida cuando puede comprobar el conjunto de realidades que a lo largo de la historia se han cubierto con el manto de significados atribuidos a esta palabra. Baste recordar las diferentes funciones que se asignan al Derecho en cada una de las sociedades, y ello circunscribiéndonos tan sólo a las actuales."En algunas sociedades la función del Derecho es encomiar conductas, en otras el acento se coloca en la conciliación y la pacificación. Algunos ven el Derecho como un sistema ideal de normas y un ejemplo a seguir, otros como un sistema para resolver conflictos. Algunos buscan en el Derecho un sistema normativo, otros un simple método de regular los diversos problemas que surgen en las relaciones sociales"(Rene David en *International Encyclopedia of Comparative Law*, V. II, cap. 1º, 1975, p. 4). Actualmente, en España no encontramos posturas tan dispares como las que se han dado entre diferentes períodos de la historia y entre diferentes países, pero es necesario aclarar nuestra concepción por motivos de honestidad científica, ya que los objetivos y métodos docentes que se establecerán son coherentes con ésta y están a su servicio.

validez³.

El jurista brasileño Miguel Reale, con su teoría tridimensional del Derecho, aporta más información sobre las características básicas y propias de todo sistema de normas de conducta de los hombres que se denomina Derecho.

Al distinguir entre un aspecto normativo, otro fáctico y otro axiológico, permite que se pueda definir el Derecho sumando y relacionando las normas con los hechos que regulan y los valores a los que responden: "Conjunto de normas jurídicas creadas e impuestas por el Estado para resolver los hechos sociales o conflictos de intereses sociales en base a un determinado sistema de valores"⁴, definición que, además de útil para los propósitos de este libro, resulta bastante adecuada para reflejar lo que muchos docentes españoles entienden por "Derecho"⁵.

El modelo de docencia que se propugna en la segunda parte de este libro exige que se precise además de la realidad que se acaba de delimitar, otra aún más amplia, designada con la expresión "sistema jurídico". Sólo el conocimiento de esta última realidad permite entender el Derecho vivo o en funcionamiento; por ejemplo, cómo se crean e interpretan las normas jurídicas y cómo se salvan las antinomias, los vacíos y las imperfecciones que presenta dicho conjunto normativo.

Por "sistema jurídico" de un país o de un determinado territorio políticamente autónomo entendemos el conjunto de sus instituciones gubernamentales, de sus normas jurídicas y de las actitudes y creencias vigentes en el mismo sobre lo que es

³Vid. Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989, pp. 70 ss., traducción de la edición francesa de 1953 de esta obra aparecida en alemán en 1934. Kelsen no negaba que las normas jurídicas estuvieran inspiradas en valores sociales y morales, pero entendía que el Derecho no dejaba de ser Derecho por ser justo o injusto (Vid. también, Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Universidad Autónoma de México, México, 5ª ed., 1986, pp. 79 y 80. Traducción ésta de la segunda edición del original Reine Rechtslehre, 1960, bastante más amplia que la que constituyó la primera edición).

⁴Miguel Reale, Introducción al Derecho, Ediciones Piramide, Madrid, 9ª ed., 1989, pp. 69 ss. Traducción del original: Lições preliminares de Direito

⁵Evidentemente aún se podría encontrar en España profesores que no la suscribiría plenamente, por ejemplo, por considerar que el concepto de Derecho debe incluir también normas de conducta surgidas de la naturaleza, de la razón universal o de la voluntad divina. Defender esta definición actualmente es poco problemático, pero en cambio lo hubiera sido hace tan sólo unos años, cuando no existía democracia en nuestro país. En aquellos años, que son precisamente en los que se formaron muchos de los profesores que imparten docencia hoy en día, la idea de justicia obstaculizaba que se pudiera adoptar una concepción como la que ahora se propone.

el Derecho, su función en la sociedad y la manera en que es creado o debería ser creado, aplicado, perfeccionado, enseñado y estudiado⁶.

Partiendo de la postura del profesor Lawrence Friedman, desarrollada en su libro American Law⁷, tres son los elementos del sistema jurídico: estructura, sustancia y cultura jurídica.

La estructura es el esqueleto, o parte más estable que otorga una especie de forma y definición al conjunto: composición y funciones de las cámaras legislativas, poderes del ejecutivo, número, composición y jurisdicción de los Tribunales, y un largo etcétera de instituciones y procedimientos entre los que se encuentran también las Escuelas y Facultades de Derecho.

La sustancia del sistema jurídico equivale a lo que surge de las anteriores instituciones y procedimientos, a lo que normalmente se entiende por normas jurídicas, y aún más apropiadamente como normas jurídicas sustantivas o normas que establecen comportamientos que deben seguir sus destinatarios⁸.

La cultura jurídica son las creencias, valores, ideas y expectativas de los hombres respecto a cómo funciona o debe funcionar el sistema jurídico al que están sometidos. Es la actitud que existe en una sociedad frente al Derecho y al conjunto del sistema jurídico. Es la parte de la cultura de una comunidad que hace referencia a esas realidades inmateriales. Sería lo que John Merryman define como tradición legal: "un conjunto de actitudes profundamente enraizadas e históricamente condicionadas frente a la naturaleza del Derecho, su función en la sociedad y en la política, la forma correcta de organización y funcionamiento del sistema jurídico y la forma en que el Derecho es o debería ser elaborado, aplicado, estudiado,

⁶ Se emplea con una significación que cubriría lo que John Merryman llama sistema jurídico y tradición jurídica (vid. John H. Merryman, The Civil Law Tradition, Stanford University Press, Stanford, 2ª ed., 1985, pp. 1 y 2.), y que se adaptaría en gran medida a lo que Lawrence Friedman dibuja como "sistema jurídico" (vid. Lawrence Friedman, American Law, W.W Norton and Comp., New York, 1984, pp. 1 a 8.). Esta concepción es más amplia que la que se suele utilizar en Derecho Comparado, pero puede considerarse adecuada a efectos de este trabajo, ya que potencia la idea de que las normas jurídicas y las estructuras sólo pueden entenderse si se sitúan en un determinado contexto jurídico-político que explique los valores y actitudes de aquellos que forman dichas estructuras y que son los que deben aplicar las normas jurídicas.

⁷Ibidem, pp. 5 a 8.

⁸El profesor Friedman incluye además en este elemento, a diferencia de lo aquí expuesto, el resultado de la aplicación de estas normas y del funcionamiento del sistema jurídico en general: número de detenciones, número de multas administrativas, número de asesinatos, entre otros ejemplos.

perfeccionado y enseñado"⁹.

Cada sociedad disfruta de una determinada cultura jurídica y, dentro de la misma, siempre se pueden apreciar diversas subculturas. Por su gran trascendencia en la vida del sistema jurídico, destaca la subcultura propia de los actores de dicho sistema: abogados, funcionarios, jueces y profesores del Derecho, entre otros.

La cultura jurídica es la que explica, por ejemplo, lo que esperan de los jueces los particulares y los juristas, o el uso que se hace de los diferentes resortes y procedimientos que la legislación ofrece a los ciudadanos para defender sus derechos e intereses.

A modo de colofón, se puede decir, con el profesor Friedman, que si el sistema jurídico es un mecanismo de control y conformación social, su estructura vendría a ser la maquinaria del mismo, su sustancia sería el producto de dicha máquina y la cultura legal sería qué decide o quién decide cuándo y cómo hacer funcionar la máquina.

1.2 Sistemas jurídicos occidentales. Diferencias tradicionales

Cada país o cada territorio políticamente autónomo presenta su propio sistema jurídico. No existen dos iguales. No lo son el francés y el español, ni el inglés y el norteamericano, ni siquiera el inglés y el escocés. Pero si bien encontramos siempre diferencias entre ellos, en muchos casos también se pueden apreciar semejanzas y trazos comunes tanto en su estructura, como en su sustancia y su cultura, que permiten que los agrupemos en categorías.

Los sistemas jurídicos de los países occidentales se suelen clasificar en tres familias: sistemas de Derecho Común o Common Law, de Derecho Civil o Civil Law¹⁰, y

⁹J. Merryman, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰ La expresión "Derecho Común" o "Common Law", además de calificar los sistemas jurídicos propios de los países anglosajones, servía para distinguir en Inglaterra entre el Derecho creado por los Tribunales de Derecho Común del creado por los Tribunales de Equidad. Distinción que perdió gran parte de su interés desde que las Judicature Acts de 1873-75 acabaron con la separación de estas dos jurisdicciones, pasando a establecer que todos los Tribunales podrían utilizar ambos conjuntos de normas. Nosotros la emplearemos con el primero de estos significados. Por otra parte, la expresión "Derecho Civil" o "Civil Law" se utiliza para calificar el sistema jurídico propio de la mayoría de países europeos continentales occidentales y los sistemas altamente influidos por los mismos, como pueden ser los de América Latina. Éste es el uso semántico que recibirá en este trabajo. Evidentemente no es el único uso que ha revestido. "Derecho civil" en la antigua Roma se refería al Derecho aplicado a los ciudadanos romanos. En la Edad Media designó el Derecho derivado del romano, en contraposición al derivado del canónico. Finalmente, en la actualidad sirve para diferenciar una de las ramas de los Ordenamientos Jurídicos, la civil, en

mixtos¹¹. La palabra "familia" es empleada deliberadamente. Los miembros de una familia se encuentran emparentados, presentan un mismo antecesor.

Los ingleses llevaron su Derecho a los territorios que actualmente constituyen los Estados Unidos; Canadá, con excepción de Quebec; Australia; Nueva Zelanda; Barbados; Jamaica; y al resto de los territorios que a lo largo del mundo formaron parte de su imperio colonial. Todos ellos forman parte de la familia de sistemas jurídicos del Common Law¹².

Los países de la Europa continental, Francia, Alemania, España, Portugal, Italia, difundieron sus sistemas jurídicos a sus respectivas colonias situadas en América Latina, África y Asia. Todos estos sistemas constituyen la familia más amplia y más antigua, la del Civil Law, también llamada "romano-germánica"¹³.

Finalmente, y siempre dentro del mundo occidental desarrollado, encontramos los sistemas mixtos, como clase residual de los anteriores. Ejemplos de estos sistemas

contraposición a las otras, la penal, la administrativa, etcétera.

¹¹Otros criterios de clasificación de los sistemas jurídicos no utilizados aquí se pueden encontrar en Alessandro Pizzorusso, Curso de Derecho Comparado, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 91 a 99, traducción del original italiano Curso di Diritto Comparato, 1983.

¹²"La fecha que se suele mencionar para establecer el inicio de la tradición del Derecho Común es el año 1066 d.C., cuando los normandos conquistaron Inglaterra"(J. Merryman, op. cit., p. 3.). A partir de aquel momento, representantes del Rey empezaron a ayudarle a resolver disputas privadas e incluso algunas de las que hoy denominaríamos públicas. Los reyes ingleses ofrecían al pueblo, a través de sus Tribunales reales, una justicia común a todo el Reino, que solía ser más equitativa que la que se podía obtener en los Tribunales de los Barones, que aplicaban las costumbres locales. Los jueces reales viajaban por todo el Reino administrando justicia. Sus decisiones conformaban el Common Law, empleando aquí este término en su acepción referida al Derecho creado por las Common Law Cours, y que junto a las decisiones de un Tribunal especial, llamado Tribunal de Cancillería o de Equidad, configuraban la mayor parte del Derecho creado judicialmente, mayoritario en dicho sistema jurídico. Este sistema jurídico inglés de la Edad Media evolucionó lentamente a lo largo de los años, pasando a dar forma a los sistemas legales de Inglaterra, Gales y de la mayoría de colonias de las que dispuso Gran Bretaña durante la época colonial. A diferencia de lo que ocurría en el otro lado del canal, el Derecho inglés medieval pudo continuar su evolución sin sufrir la interrupción brusca que experimentaron los Derechos indígenas de los países continentales con la recepción del Derecho Romano.

¹³ El sistema jurídico del Civil Law se basa en una tradición mucho más antigua que la de los sistemas del Common Law: la tradición romana. En el año 528, el emperador Justiniano nombró una comisión de juristas para que redactasen un colección, un codex, que después de diversas vicisitudes acabó convirtiéndose en el Corpus Iuris Civilis. Al surgir los Estados modernos, éstos crearon sus respectivos Derechos nacionales. Sin embargo, en la mayoría de los casos aceptaron gran parte de las normas y sistematización propias del Corpus Iuris.

son Luisiana, Puerto Rico o Escocia¹⁴.

Los científicos del Derecho tradicionalmente han destacado como principales diferencias entre la sustancia, la estructura y la cultura de los sistemas del Civil Law y Common Law, la diversa influencia del Derecho Romano en la configuración y sistematización de sus normas jurídicas¹⁵ y el diferente papel que desempeñan en la creación y evolución del Derecho el legislador, los jueces y los autores doctrinales. Así, y profundizando en esta última diferencia, mientras que en los sistemas romano-germánicos el Derecho se consideraba integrado básicamente por normas creadas por el poder legislativo y sistematizadas en códigos que ordenaban amplios sectores del Ordenamiento Jurídico con voluntad sistemática y onnicomprensiva, en los sistemas del Derecho común la mayoría de normas surgían de las decisiones de los Tribunales¹⁶. Mientras que en los sistemas del Civil Law a los autores

¹⁴No se mencionan los propios de los países escandinavos.

¹⁵La influencia de esta recepción no sólo se encuentra en el contenido material de las normas jurídicas, también se aprecia en el sistema de fuentes. Así, el Corpus Iuris no citaba entre las fuentes de Derecho la Jurisprudencia de los Tribunales. Ello era congruente con la forma en que se decidían los casos. En la Antigua Roma, los jueces eran elegidos por sorteo entre los ciudadanos. Sus decisiones no presentaban razonamiento alguno y no eran conservadas en colecciones accesibles a los juristas. Sólo aportaban material para los jurisconsultos que las utilizaban para asesorar y para escribir obras jurídicas, que éstas sí acabaron obteniendo la fuerza del Derecho al compilarse en el Digesto.

¹⁶Sobre estas cuestiones puede verse: Lon Fuller, Anatomía del Derecho, Monte Ávila Editores, C.A., Caracas, 1969, p. 151. Traducción del original Anatomy of The Law, 1968. Sobre otros criterios, para nosotros más rigurosos, que permiten diferenciar estos sistemas, véase A. Watson, " op. cit., pp. 1-5. Estas diferencias se pueden explicar por la tradición legal de cada uno de los dos sistemas, apuntada en las notas anteriores, y por cuestiones de ontología jurídica, es decir, de los modos más generales de entender el Derecho. La ideología que sirvió de base a la familia de sistemas jurídicos del Common Law se remonta a la Edad Media. Entre los diferentes tipos de Tribunales que había en aquella época, los reales fueron aumentando progresivamente su jurisdicción e importancia, y poco a poco desplazaron a los que únicamente aplicaban las costumbres locales. Sus decisiones se basaban en la prerrogativa del soberano, no necesitaban basarse ni en las costumbres practicadas, aunque en muchos casos las siguieran, ni en las normas de un Parlamento cuya actividad era escasa y cuya legitimidad era en ocasiones discutida. Sin embargo, para otorgarles una mayor legitimidad y coherencia se empezó a considerar que dichos Tribunales aplicaban lo que el jurista inglés Coke calificaba como la "inmemorial costumbre del Reino". Ello comportaba considerar que no obraban con libertad en la resolución de los conflictos que les eran sometidos. El Derecho ya existía, los Tribunales únicamente lo descubrían, anunciaban y aplicaban. El Derecho que servía para resolver los conflictos de intereses de los ciudadanos y guiar al conjunto de la sociedad se basaba en nociones cuasi-iusnaturalistas: en la existencia de un Derecho de la Tierra, el cual podía ser "descubierto" por los jueces, depositarios del mismo. Todo ello fue ya denunciado en el XIX por juristas como Austin, calificándolo de ficción infantil, pero a pesar de estas denuncias, sirvió como una de las bases de legitimación del modelo del Common Law en el XIX. En relación con la otra gran familia de sistemas jurídicos, la ideología que más influyó se dibuja en nuestro vecino país en la época de su Revolución Francesa, de la mano de autores como Rousseau y Montesquieu. Para el primero, el Derecho

doctrinales se les reconocía una gran peso en la evolución del Derecho, debido a su influencia sobre los legisladores y los estudiantes, en los sistemas del Common Law, concretamente en Inglaterra, su protagonismo se consideraba muy reducido, dado que la enseñanza del Derecho se realizaba en gran medida directamente en las corporaciones profesionales, las Inns of Courts, y no en las universidades. Todo ello conducía a afirmar que "el héroe del Civil Law es el académico, el autor doctrinal que comprende los principios filosóficos básicos que transforman el conjunto del sistema en un todo intelectualmente coherente. Su asistente es el legislador, que adopta sus análisis y les otorga fuerza coactiva en la comunidad. El juez, en cambio, fundamentalmente no es más que un técnico, ya que el código es supuestamente claro, detallado y completo.(...) Si el héroe del Civil Law ha sido el estudioso, el héroe del Common Law ha sido el juez, que ha tenido por escudero al abogado en ejercicio. En tanto que el Civil Law era formulado en la aséptica atmósfera de las universidades y dependía de la abstracción, el profundo conocimiento y la fría y tensa lógica; el Common Law creció en la suciedad y el lodo de las batallas de los juzgados"¹⁷.

Dejando a un lado las características propias de las fuentes directas e indirectas del Derecho de cada uno de los sistemas jurídicos, también se han señalado tradicionalmente otras diferencias que afectaban a lo que se entiende como Derecho privado y público, a procedimientos judiciales, a las reglas de prueba, a la forma, estructura y contenido de las sentencias, y a ciertas cuestiones estructurales de los sistemas, como pueden ser la institución del jurado y la carrera judicial, entre las más destacadas.

1.3 La aproximación de los sistemas jurídicos occidentales

No cabe poner en duda la veracidad y trascendencia de las anteriores notas que han

surge de la voluntad popular, lo que implica que la fuente normal de expresión del mismo sean los actos de las instituciones del Estado que directamente representan la voluntad popular: el poder legislativo. Este poder, bajo la doctrina de Montesquieu, se encuentra separado del resto de poderes del Estado y de las instituciones que se ocupan de resolver los conflictos de intereses de los ciudadanos: el poder judicial. Por tanto, los jueces, que no representan la voluntad popular, no pueden crear el Derecho, únicamente lo pueden aplicar (vid. también sobre estas cuestiones: Chaim Perelman, "Judicial Ontology and Sources of Law" en Northern Kentucky Law Review, n^o 3, 1983, pp. 387 ss., y del mismo autor: La Logica Jurídica y La Nueva Retórica, Ed. Civitas, Madrid, 1979, pp. 16 a 31, traducción del original: Logique Juridique. Nouvelle rhétorique, 1976; vid. sobre la jurisprudencia como fuente del Derecho a Rene David en International Encyclopedia of Comparative Law, V.II, Cap. 3^o, 1975, pp. 113 a 135).

¹⁷Walter F. Murphy y Herman Prichett, "Courts, Judges and Politics, An introduction to the judicial process", Random House, Inc, New York, 2^a ed., 1974, pp. 4 y 5.

justificado la separación de los sistemas jurídicos occidentales en dos grandes familias.

Pero una vez aceptada esta premisa, se debe también destacar que muchas de estas diferencias son un tanto imprecisas y que ambos tipos de sistemas comparten numerosos elementos comunes, que responden a una tradición legal en parte idéntica y a que todos ellos deben resolver parecidos conflictos de intereses, los propios de la civilización occidental.

Además es necesario poner de manifiesto que dichas semejanzas han crecido extraordinariamente en estas últimas décadas, a medida que en la mayoría de los Estados occidentales se sustituían las ideas políticas liberales por otras intervencionistas, propias de los modelos del Estado del Bienestar¹⁸.

En ambos tipos de sistemas jurídicos, las nuevas leyes, caracterizadas en muchas ocasiones por su inestabilidad y por su falta de racionalidad respecto al resto del sistema normativo, han desplazado en importancia a sus respectivas fuentes principales del Derecho: las decisiones judiciales en los sistemas anglosajones y las leyes reunidas en códigos generales en los romano-germánicos¹⁹.

En las dos familias ha adquirido una gran relevancia el Derecho público, el cual ha influido sobre la configuración del Derecho privado y ha comportado la aparición de una nueva e importantísima fuente del Derecho, los reglamentos, que exigen a los Tribunales de ambos sistemas labores de interpretación y de aplicación muy parecidas.

En el ámbito de la jurisprudencia, todos los jueces han aproximado sus funciones. En Estados Unidos su labor se reduce cada vez más a resolver los conflictos concretos y menos a establecer normas para regular los casos futuros. Además, la fuerza vinculante de los precedentes se reduce considerablemente, dependiendo la misma de la persuasión del razonamiento que acompaña a la decisión judicial, tal como ocurre en los países del Civil Law²⁰. En Europa, por el contrario, se destaca el

¹⁸Para un análisis de este fenómeno, *vid.* Mary Ann Glendon, "The Sources of Law in a Changing Legal Order", Greighton Law Review, nº 17, 1983-84, pp. 663 ss..

¹⁹Así, por ejemplo, en EE.UU la principal fuente normativa del sistema legal desde hace bastantes décadas ya no es la jurisprudencia sino las leyes procedentes del legislativo y la Administración (*vid. ibídem*, pp. 268 ss. y Guido Calabresi, A Common Law for The Age of Statutes, Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 1).

²⁰*Vid.* P.S. Atiyah y Robert S. Summers, Form and Substance in Anglo-American Law, Oxford

papel de los jueces en la configuración y creación del Derecho, reconociéndose así la necesidad de que justifiquen sus decisiones mediante la argumentación jurídica²¹.

También el papel de los autores del Derecho ha cambiado. Actualmente, los profesores de las grandes escuelas nacionales norteamericanas -en absoluto las de Gran Bretaña- desempeñan un papel muy relevante en el progreso del Derecho. Por el contrario, en los sistemas romano-germánicos se aprecia que su influencia ha disminuido. Hoy los científicos de otras ramas del saber son quienes en muchas ocasiones asesoran a los legisladores, en detrimento de los científicos del Derecho²².

Como conclusión a lo expuesto hasta aquí, se puede afirmar que aún tiene sentido hablar de sistemas de Common Law y Civil Law, pero debe resaltarse que las diferencias entre estas dos familias tienden progresivamente a desdibujarse y que nunca antes en la historia se hubiera podido encontrar una aproximación tan grande entre los sistemas jurídicos nacionales que las integran²³.

Si la doctrina jurídica no ha sido capaz de detectar y proclamar esta nueva realidad con toda su rotundidad se debe a que los autores doctrinales suelen necesitar bastante tiempo para reconocer ciertos cambios que afectan al conjunto del sistema jurídico²⁴ y a que los estudiosos del Derecho comparado se han concentrado

University Press, Oxford, 1987, pp. 115 ss.. En este trabajo se efectúa un excelente análisis del papel de la doctrina de la Stare decisis en Inglaterra y en Estados Unidos. Vid. también nota 50.

²¹La función de establecer normas para el futuro dentro del ámbito del Common Law ha ido siendo asumida por el poder legislativo y por la Administración, instituciones que han demostrado una gran capacidad de producción normativa. Los Tribunales se han ido concentrado únicamente en resolver los conflictos concretos, tal como ocurre en los sistemas del Civil Law, evitándose con ello la dificultad de proporcionar justicia al caso concreto y establecer una norma general que beneficie a la comunidad y que sirva de guía a la resolución de futuros casos semejantes (vid. P.S. Atiyah, "From principles to pragmatism: changes in the function of the judicial process and the Law", Iowa Law Review, nº 65, 1980, p. 1251 ss.). En la medida en que esto ha ocurrido, la función de los Tribunales en ambos sistemas se ha acercado. Dicha aproximación se ha producido también por un motivo totalmente contrario. En los países del Civil Law cada vez se ha otorgado mayor importancia a las decisiones de los Tribunales como fuente normativa. Por último, pero no por ello de menor importancia, la introducción del control de constitucionalidad en muchos países de Europa continental ha otorgado oficialmente a ciertas sentencias judiciales fuerza vinculante frente a todos, tal como ocurre en los países del Common Law.

²²Vid. Atiyah y Summers, op. cit., pp. 384 ss.

²³M. Glendon, op. cit., p. 683. En el mismo sentido, vid. A. Pizzoruso, op. cit., pp. 74-5.

²⁴Dado su oficio de científicos del Derecho, los profesores universitarios en muchas ocasiones se adelantan al Derecho vigente y proponen modificaciones que en el futuro acaban siendo adoptadas por el legislador. En otras, sin embargo, como en este supuesto, parece que no sólo no van por delante, sino que aún no han

básicamente en el estudio del Derecho privado, sector del ordenamiento jurídico en el que se encuentran aún las diferencias más importantes. En la medida en que estos investigadores se vayan centrando en el Derecho público y en áreas donde el Derecho público y privado están mezclados, "es probable que los sistemas angloamericanos y los romano-germánicos de los países desarrollados serán apreciados como partes de una única familia jurídica occidental"²⁵.

La aproximación que se ha producido abre nuevas posibilidades para que se utilicen elementos de uno y otro con la finalidad de mejorarse mutuamente.

reaccionado ni reconocido los cambios que ya se han producido. Seguramente ello se debe a que son transformaciones que afectan al conjunto del sistema jurídico y no únicamente a alguna de las ramas del Derecho. Tanto en EE.UU. como en Europa, se puede apreciar que es necesario que pasen muchos años antes que los profesores reconozcan y lleven a sus clases las variaciones que afectan al conjunto del sistema jurídico. Tal como recoge la profesora de Harvard Mary Ann Glendon en uno de sus trabajos: "Las categorías más ampliamente aceptadas de pensamiento jurídico en los sistemas del Civil Law (la manera en que la mayoría de autores doctrinales entienden y explican su propio sistema a ellos mismos y a terceros) no parecían concordar con los diferentes materiales de razonamiento jurídico de dichos sistemas que predominaban realmentene en los mismos. Pero entonces tuve que preguntarme si la situación en Estados Unidos no era en realidad la misma. ¿Acaso los instrumentos conceptuales que se usan actualmente y de forma general en las Escuelas de Derecho de Estados Unidos no han ido siendo cada vez más obsoletos más o menos en los últimos sesenta años?" (M. Glendon, op. cit., p. 663).

²⁵M. Glendon, op. cit., p. 683.