

Nuestras raíces en el derecho civil y nuestro futuro en el derecho común

Raúl F. Campusano Droguett

Profesor Titular de Derecho Internacional Público

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Pablo A. Romero Zurbuchen

Licenciado en Derecho

UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO

1. Introducción

La finalidad de este artículo es proponer una reflexión sobre la viabilidad, conveniencia y eventual inevitabilidad de integrar los postulados del derecho común (también conocido como anglosajón) en la matriz jurídica nacional. Para ello, se hará una breve revisión de los principios e instituciones básicas de esta familia del derecho y de la familia del derecho civil (o derecho continental, como también se le conoce) que es la que informa hasta hoy el ordenamiento jurídico chileno y que tiene como antecedente directo para nosotros el derecho español colonial.

Existe una discusión de larga data sobre las virtudes y problemas de cada una de estas dos familias jurídicas europeas y los autores de estas líneas tienen presente tal discusión. Sin embargo, más atinente a la intención del artículo es observar un fenómeno derivado de los procesos de globalización y es que el derecho de la mencionada globalización pareciera ser el derecho común y no el derecho civil. También es relevante observar que la misma globalización ha provocado la difusión de otras familias jurídicas no europeas y que están cobrando cada día más relevancia en el contexto global.¹

La idea que está detrás de este artículo es que Chile debiera reflexionar sobre la conveniencia de integrar los principios e instituciones del derecho común en su ordenamiento jurídico para equipar así de mejor manera al país para hacer

¹ Por ejemplo, el creciente aumento de la relevancia de China en el contexto mundial ha vuelto la mirada hacia esa cultura, su historia, su política y, por cierto, su derecho. Sobre la búsqueda de aportes al derecho de familias jurídicas no europeas pueden verse los trabajos académicos y jurisprudenciales del juez de la Corte Internacional de Justicia Weeramantry.

frente a los desafíos del siglo XXI. Esta opción sería consistente con su apertura comercial internacional, con su inserción en la globalización, con una concepción moderna de estado de derecho y con una aproximación hacia aquellos que han construido su derecho desde esa matriz jurídica. Esta idea también es consistente con la creciente y acelerada adopción del idioma inglés en Chile como forma de comunicación con el mundo.²

Por cierto, el tema propuesto es largo y complejo. En estas páginas no pretendemos agotar el tema ni, ciertamente, decir la última palabra, sino que buscamos generar interés por reflexionar y discutir sobre la materia.

Chile ha ingresado abiertamente al mundo globalizado y una de las expresiones más claras de tal ingreso es la numerosa y significativa firma de tratados de libre comercio con los países y bloques comerciales más importantes de los tiempos actuales. Tenemos libre comercio con Europa, Estados Unidos, China, Japón, Corea, Canadá, México y muchas otras naciones. Es interesante observar que el derecho que se construye en tales acuerdos está inspirado en el derecho común, especialmente en materias procedimentales y de resolución de conflictos. Más aún, en cada uno de estos acuerdos, Chile ha debido aprender y aceptar parte de la idiosincrasia del derecho del Estado con el que negociaba y firmada el acuerdo respectivo.³

Los países en desarrollo han emprendido un esfuerzo importante para adaptar sus sistemas jurídicos a las necesidades globales (la protección de los derechos humanos, el resguardo del medio ambiente, la apertura comercial, entre otros) y tienen como modelos principalmente al *Common Law* y al derecho continental. Los países emergentes del sudeste asiático han desarrollado sistemas jurídicos

² No cabe duda que el inglés es el idioma dominante en esta etapa de la historia y mientras Chile sea más capaz de expresarse en ese idioma, más fácil será su proceso de inserción en los temas globales y de futuro. En este sentido, hemos estimado pertinente no traducir al español algunos conceptos en inglés, latín y francés. La idea es doble, por una parte subrayar la idea de que la comunidad académica nacional debiera dominar el idioma inglés y tener, al menos, rudimentos de comprensión lectora de latín y francés. En segundo lugar, se busca resaltar la idea de la importancia del lenguaje y más aún, del multilinguaje en el mundo contemporáneo, esto es, poder hablar los lenguajes de los otros y lo difícil que es hacer universidad desde el monolingüaje. Sabemos que es provocador (al menos en Chile, ciertamente no en Holanda) y queremos generar reflexión y debate sobre el particular.

³ Sobre el tema de tratados de libre comercio con países con una tradición jurídica diferente de la europea ver los artículos de Raúl F. Campusano: 1. "El Tratado de Libre Comercio Chile-Corea". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Coautor: Francisco Carvajal. Año VI, volumen 11, enero 2005. 2. "Prevención y Solución de Conflictos Ambientales en la Región Asia Pacífico en el Contexto APEC". En *Prevención y Solución de Conflictos Ambientales: Vías Administrativas, Jurisdiccionales y Alternativas*. Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Diciembre 2004. 3. "El Ingreso de China a la Organización Mundial de Comercio". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Coautor: Eduardo Silva. Año V, volumen 10, julio 2004. 4. "El Ascenso Económico de China y sus Actuales Desafíos". En *Actualidad Jurídica*. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Coautor: Eduardo Silva. Año V, volumen 9, enero 2004.

mixtos que les han permitido conciliar sus culturas y tradiciones ancestrales con elementos occidentales. Sorprendente es el caso de China, que concilia un sistema político comunista, libre mercado y apertura comercial, e instituciones tradicionales fuertemente imbuidas en el confucionismo. Sin embargo, lo más sorprendente de este fenómeno es que estos países no son los únicos en aportar elementos exógenos a sus ordenamientos jurídicos. Tanto Francia, como Inglaterra y Estados Unidos revisan constantemente las fisuras de sus ordenamientos y buscan respuestas en el de sus vecinos. En cierta medida se observa una aproximación entre sistemas jurídicos aparentemente inconciliables. ¿Qué causa el diálogo entre las “familias del derecho”?

Una primera observación que ponemos para la observación es determinar si la globalización genera efectos en el derecho y cuáles serían estos efectos. Pensamos que la globalización está generando una nueva forma de hacer, aplicar y entender el derecho y que se están produciendo dos fenómenos interesantes que parecieran ser incompatibles y que, sin embargo, no lo son. Por una parte, el sistema jurídico del derecho común se está convirtiendo en el derecho de la globalización, en la lengua franca de las relaciones jurídicas internacionales, en la forma de expresión técnica del *ius gentium* actual. Por otra parte, la globalización también está permitiendo la expresión global, la difusión y la aplicación de otras familias del derecho y especialmente de aquellas que no tiene su origen en Europa. Estamos pensando en la familia jurídica china, en la india, y en la islámica. Cada una de ellas se está haciendo oír hoy más que ayer y está siendo relevante más allá de sus fronteras tradicionales y naturales.

En el contexto de lo señalado, cabe preguntarse si hay un espacio para Chile en estos fenómenos, o presentado de una forma diferente, si en el contexto globalizado actual basta con salir al mundo vestidos con nuestro derecho posthispano de ex colonia europea. En este contexto, es interesante observar el caso japonés, que ha sabido mantener su tradición jurídica milenaria, pero que también supo integrar lo mejor del derecho alemán y francés, y luego del derecho norteamericano. Sería difícil acusar a Japón de falta de identidad nacional, y sin embargo, allí está un proceso claro de mantención de la tradición con apertura a la adopción de las formas jurídicas que le permitieron ser un actor relevante en el mundo contemporáneo. Proponemos que esta es la reflexión que debe hacerse Chile y, por cierto, confesamos nuestra simpatía y apertura al cambio.⁴

⁴ De hecho, como lo señala Raúl F. Campusano en el texto que presentó en las Jornadas de Derecho Público de 2007, en la Universidad Católica de Valparaíso, hay una nota de pie de página que dice lo siguiente: “Virginia Postrel es quien quizás de mejor manera ha sabido postular la dicotomía entre aquellos que temen y aquellos que abrazan el cambio. A los primeros los llama “stasists” y a los segundos los llama “dynamists”. Dice Postrel que “stasists reclaman al miedo como aliado: miedo al cambio, miedo a lo desconocido, miedo a que aquellas rutinas cómodas sean transformadas en confusión.

2. Las familias jurídicas

¿Cuál es la razón para interesarse en el derecho de un país extranjero? Antaño esa pregunta podía presentar una respuesta simplemente legislativa: el derecho comparado constituye una fuente de inspiración para los legisladores.

La necesidad científica del derecho comparado lleva a distinguir distintos grupos, tradiciones, culturas o *familias jurídicas*. Empero, dicho esfuerzo taxonómico es fundamentalmente secundario, y sobre todo tributario a las finalidades y objetivos del derecho comparado. Se busca entregar sentido y orden a la masa de sistemas jurídicos para efectos de facilitar el trabajo de los comparatistas.

La *teoría de las familias jurídicas* busca responder a ciertas preguntas fundamentales. ¿Es posible dividir el vasto número de sistemas jurídicos en unos pocos grupos generales? ¿Cómo determinar la composición de estos grupos? ¿Cómo saber si determinado sistema legal pertenece a éste o aquel grupo?⁵

Los autores han propuestos varios criterios y elementos para generar dichos grupos. Arminjon, Nolde y Wolff propusieron estudiar la *sustancia* de los sistemas jurídicos prescindiendo de los elementos exógenos. Por su parte Esmein considera una clasificación a partir del escrutinio de las fuentes históricas, así como del estudio de la estructura general, y de las características principales de cada uno de los sistemas. Por su parte, René David⁶ consideró exclusivamente dos elementos, a saber, la ideología⁷ y la técnica jurídica. Por último Zweigert recurre a los *factores de estilo* para proponer una clasificación: “según nuestra perspectiva, el aspecto decisivo de los sistemas jurídicos lo constituyen sus

Ellos prometen hacer el mundo seguro y predecible, si tan solo les permitimos diseñar el futuro, si tan solo ellos pudieran imponer sus planificaciones uniformes. Estas promesas pueden ser falsas, pero son atractivas. El futuro abierto puede ser realmente aterrador, y la agitación que crea, genuinamente dolorosa... en su tarea de estabilidad los stasistas hacen que la sociedad sea frágil, vulnerable a toda clase de desastres. Ellos no consideran importantes conocimientos, el conocimiento específico a través del cual cada uno de nosotros arma su vida. Ellos desprecian placeres que no son propios, mejoras que no concibieron. Ellos encierran a los individuos en límites de angostas categorías, bloqueando oportunidades y autodefiniciones. Son aterradoramente intolerantes”. Por su parte, los dynamists se mueven en los bordes, en las fronteras y este moverse en las fronteras se encuentra asegurado desde el amor: “el amor al conocimiento, el amor a la exploración, el amor a la aventura, y, tanto como lo anterior, amor a los pequeños sueños, a las texturas de la vida”. Postrel nos recuerda también la frase de Hayek que dice que “es en el proceso de aprender, en los efectos de haber aprendido algo nuevo, que el ser humano disfruta el don de su inteligencia. Es en la curiosidad, en resolver problemas, y en jugar que descubrimos quienes somos”. Postrel, Virginia. *The Future and its Enemies: The Growing Conflict Over Creativity, Enterprise, and Progress*. Free Press, New York, 1992.

⁵ ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tercera Edición. México. Oxford University Press, 2002, pág. 71.

⁶ Véase ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. Op. cit., págs. 71 a 75.

⁷ Entiende por ideología el producto de la religión, de la filosofía, o de la estructura política, económica o social.

estilos, en virtud de que los estilos de los sistemas jurídicos y de los grupos compuestos por éstos son los que definen sus diferencias”.⁸

Es menester reconocer que cada uno de los criterios propuestos enfatiza, en una forma u otra, ciertos elementos que según su punto de vista constituyen el quid de la esencia de cada sistema. Empero, las distintas clasificaciones tienden a coincidir en diversos aspectos, esbozando de esa manera grupos coincidentes. Es por ello que zanjamos este problema metodológico, sobre todo teniendo en consideración que no constituye el eje fundamental del presente trabajo, simplemente presentando las familias jurídicas comúnmente aceptadas por la doctrina: 1. la familia romana; 2. la familia del *Common Law*; 3. la familia germana; 4. La familia nórdica; 5. La familia sínica; 6. La familia hindú; y finalmente, 7. La familia islámica.

Cada una de estas familia no constituye simplemente una masa de normas e instituciones jurídicas, sino el resultado emergente que deriva de una cultura determinada. Merryman en este sentido afirma que “la tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho.

La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural”.⁹ Esta forma de entender los sistemas jurídicos nos permite considerar que existen usos sociales arraigados que le dan vida y sentido a los códigos, instituciones jurídicas y *case law*. Limitar una cultura a la suma de textos vigentes nos expone a inmensos contrasentidos, en tanto ese derecho dogmático pueda estar alejado de la realidad sociológica; se corre el riesgo de hacer un paralelo entre prácticas vivas y letras muertas. Para ello, se hace necesario salir del Derecho.

Sin perjuicio de los ribetes culturales implicados en los sistemas jurídicos, en Occidente han surgido dos modelos jurídicos que revisten pretensión universal.

⁸ ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. Op. cit., págs. 75-82.

⁹ MERRYMAN, John Henry. *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*. Segunda Edición. Santiago de Chile. Fondo de Cultura Económica, 1995. Pág. 17.

Entre ellos el sistema francés y el *Common Law*. Sylvain Solei¹⁰ propone ciertas condiciones *sine qua non* para hablar de modelo jurídico. En primer lugar, un modelo jurídico es un sistema que forma un todo, es decir, un conjunto de postulados jurídicos, de mecanismos, instituciones peculiares y de jurisdicciones. Un conjunto que permite a los ojos de los juristas, esencialmente extranjeros, distinguirlo de los otros sistemas jurídicos. He aquí la relevancia del derecho comparado que entrega las herramientas para agrupar distintos sistemas jurídicos en grandes familias. En segundo lugar, un sistema de una calidad tal que aparece como un sistema ejemplar, en otras palabras, un modelo de género. Desde este punto de vista, no cabe duda que el Código Civil de Napoleón, ícono del sistema jurídico francés, representó un ejemplo para la codificación posterior.¹¹ Luego, en tercer lugar, los juristas han de brindarle el apelativo de modelo. En otras palabras, han de considerar que es susceptible de ser reducido a sus características fundamentales y así transportarse e implantarse intacto en otras regiones.

Algunos sistemas jurídicos están tan ligados a su cultura que no son modélicos ni se pueden copiar. Por ejemplo, los usos y costumbres de los pueblos indígenas de Latinoamérica o los pueblos aborígenes de Oceanía. Por último, el cuarto requisito se refiere a un discurso que exalta el valor del sistema jurídico. A lo largo de la historia las grandes potencias europeas, por medio de la literatura o de la fuerza, han difundido el prestigio y la grandeza de su cultura, y por supuesto, de sus sistemas jurídicos. Sistemas jurídicos que, desde su punto de vista, son modernos y capaces de impartir justicia, seguridad en el tráfico comercial, así como paz social.

Sin embargo, las cosas cambian y hoy es posible observar el mundo y utilizar presupuestos de comprensión y sentido que no son necesariamente europeos. El mundo se ha vuelto más diverso y se están desenterrando ideas, valores, comprensiones, aproximaciones al conocimiento y a la praxis política que tienen su origen en múltiples geografías y culturas. Ciertamente, Europa sigue existiendo y seguirá existiendo y parece bueno que así sea. Pero ya no existirá sola en el mundo de las ideas y en el mundo de la acción jurídica y política.

¹⁰ SOLEIL, Sylvain. "La Formación del Derecho Francés como modelo jurídico". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*. [Online]. 2006. N° 28. [última visita: 05 de Junio de 2008]. Págs. 387-98. Disponible en la: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100011-&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0716-5455.

¹¹ Véase para ilustrar este punto, GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000.

3. Francia como paradigma del derecho continental

La Asamblea Nacional Constituyente de Francia, por medio de una ley de 16 de agosto de 1790 (título II, artículo 19), dispuso: “*Il será fait un code général de lois simple, claire et appropriées à la constitution*”.¹² En términos formales, los criterios que delinearón la redacción del *Code Civil* fueron la simplicidad y claridad, así como la concordancia del espíritu entre el sistema político (la Constitución) y la legislación. Desde el punto de vista sustantivo, secularización, seguridad jurídica e individualismo fueron los antecedentes que irradiaron su espíritu.

La Revolución Francesa gatilló la oportunidad para cortar las amarras del *ancien régime* y de absolver de manera selectiva los resultados de un largo período histórico. Se observa una feliz combinación de las instituciones legales tradicionales del *droit écrit* del Sur, influidas por el derecho romano, y el *droit coutumier* del Norte, formado por el derecho consuetudinario franco-germánico.¹³ “El *Code Civil* logró definitivamente la unificación del sujeto de derecho (el hombre) y no conservó vestigio alguno de las limitaciones exógenas a la propiedad, a la circulación de los bienes y a la libertad de contratación, lo que ciertamente pudo hacer gracias a que la Revolución ya le había despejado el camino cuando abolió el antiguo régimen económico-social”.¹⁴ El texto legal constó de 2.281 artículos, distribuidos en un breve *Titre préliminaire* y tres libros. El primero trató *Des personnes*, el segundo, *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, el último *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*.

El sistema jurisdiccional francés se caracteriza por una estructura piramidal doble. Coexisten dos órdenes distintos: las jurisdicciones administrativas y las jurisdicciones judiciales. Cada uno de ellos tiene estructura piramidal: en lo alto, una jurisdicción única y en la base jurisdicciones variadas. Quien no se conforme con una decisión de la justicia puede impugnarla ante la jurisdicción jerárquicamente superior. Una jurisdicción única, en cada orden, asegura, en última instancia, la unidad de interpretación de la ley por las jurisdicciones inferiores.

En lo que sigue revisaremos ciertos aspectos que consideramos característicos del sistema continental moderno, en particular: a) el rol del juez; b) el derecho administrativo.

¹² GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Chile. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Págs. 123-124.

¹³ Véase ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. Op. cit. Presenta una buena descripción de la evolución histórica del derecho francés.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 124.

a) El rol del juez

La actitud hacia los jueces en el mundo moderno del *civil law* surgió de la reacción en la Francia revolucionaria hacia el enorme poder legal y privilegios adquiridos por la magistratura durante el Antiguo Régimen. La autoridad judicial era uno de los blancos del fervor igualitario que impulsó a las asambleas de 1789-1790 a eliminar el "feudalismo". Con el decreto del 16 de agosto de 1790 los jueces fueron reducidos a técnicos que simplemente aplicarían las leyes (fundamentalmente por medio de operaciones silogísticas) y se remitirían a la legislatura en caso de duda (institución denominada referimiento al legislador). Con el mismo decreto se estableció que "las leyes civiles serán revisadas y reformadas por la legislatura; y se presentará un proyecto para un código general de leyes, sencillo, claro y en armonía con la Constitución".

Así surgió el impulso ideológico no sólo de cancelar la función interpretativa de los jueces, sino también de eliminar la acumulación de legislación pasada en favor de un código que se conformara a la naturaleza y a los derechos del hombre. Era una codificación dirigida por una ideología, la idea utópica de remplazar las leyes del pasado. La asamblea constituyente francesa también decretó el 16 de agosto que "los tribunales no participarán, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo", además de que "las funciones judiciales son distintas, y permanecerán separadas, de las funciones administrativas". Los revolucionarios encontraron apoyo para desconfiar de los jueces y para su determinación de separar los poderes del gobierno en las ideas de Montesquieu, quien había declarado en *El espíritu de las leyes* en 1748 que el juez "es la boca que pronuncia las palabras de la ley".

b) Derecho administrativo.

La manera generalmente aceptada para dividir y clasificar las normas jurídicas en el derecho continental, y particularmente en Francia, es bien diferente a la que realizan comúnmente los juristas del *Common Law*. El derecho continental moderno distingue entre derecho público y derecho privado. Para los juristas de este sistema esta división es básica, necesaria y obvia. Empero, esta separación que tradicionalmente se ha considerado tajante ya no es tan clara. Ciertas áreas especiales de la legislación, como por ejemplo el derecho laboral, son difícilmente susceptibles de ser clasificadas por esta dicotomía. De hecho, la doctrina ha considerado que se trataría de una rama "mixta", compuesta tanto por normas de orden privado como públicas.

El nacimiento del derecho administrativo como disciplina autónoma del derecho, en cuanto reglamenta las funciones a cargo del Estado, se lo ubica a partir o a raíz de la Revolución Francesa de 1789. Nace como una necesidad para resguardar los principios liberales y concretizar la doctrina de separación

de poderes y de estado de derecho. En Francia, esta separación de poderes se asegura, primeramente, a través de la constitución de un tribunal especial para la administración, y luego, en una segunda versión, a través de la prohibición al Poder Judicial de turbar, de cualquier manera, la actividad de la Administración.

Varias son las características peculiares que distinguen el derecho público del privado. La más importante es que el derecho público generalmente no tiene cabida en el Código Civil.¹⁵ El derecho público se compone de diversas leyes y reglamentos, y es complementado por disposiciones que derivan de la jurisdicción administrativa. Toda esta masa normativa regula la organización y funcionamiento de los órganos públicos, así como la relación entre las agencias públicas y los particulares. La regulación pública tiende a ser más fluida que la privada dado que debe mutar rápidamente para responder a las fuerzas políticas.

La distinción entre público y privado establece muchas de las características básicas de la práctica legal de los países pertenecientes a esta familia del derecho. Así la estructura y competencia de los tribunales atiende a este criterio. En Francia asuntos privados deben ser conocidos por tribunales "ordinarios", mientras los asuntos públicos corresponden a tribunales administrativos independientes. Tal es la dicotomía que un profesor de derecho privado evitará referirse en su clase a asuntos constitucionales ajenos al derecho civil o al derecho tributario, dichos tópicos son entregados a un especialista del derecho público. Sin embargo, en las últimas décadas varios factores han llevado a examinar esta estricta distinción. Estos factores incluyen, entre otros, una expansión del *Common Law* y su forma de entender el derecho, un rol más activo del Estado en áreas tradicionalmente entregadas al derecho privado, y el aumento de campos legales que desafían estas categorías.

¹⁵ Decimos generalmente porque es posible encontrar en el Código Civil ciertas normas que son propias del derecho público. Pensamos, por ejemplo, en el caso chileno, en el artículo 591 del Código Civil, que reza lo siguiente: "El Estado es dueño de todas las minas de oro, plata, cobre, azogue, estaño, piedras preciosas, y demás substancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuvieren situadas. Otro ejemplo similar es el artículo 593: "El mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, es mar territorial y de dominio nacional. Pero, para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, el Estado ejerce jurisdicción sobre un espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medida de la misma manera (...)".

4. El derecho común

Para los juristas continentales el *Common Law* se encuentra sumergido en un misterio cuyo develo parece difícil alcanzar. Para éstos “es axiomático que el punto de partida para el análisis de un problema jurídico siempre estará constituido por las normas del Código Civil, aun si son interpretadas ampliamente por la doctrina o aplicadas creativamente por los tribunales. Incluso, si una cuestión específica no está reglamentada directamente por el Código Civil (o por otra legislación, ya sea codificada o ‘especial’), el Código establece la forma en que el asunto debe ser resuelto, proporcionando expresa¹⁶ o tácitamente¹⁷ los principios jurídicos orientadores y un conjunto de instrumentos jurídico-conceptuales”.¹⁸ Todo el sistema continental gira alrededor del “código”, en otras palabras, de la norma escrita. La creatividad jurídica tanto del académico como del juez está acotada a la norma textual, tanto es así que generalmente la misma legislación establece la manera en que deben ser interpretados y aplicados sus preceptos.

Por el contrario, la idea central del *Common Law* es “la antelación del derecho, que debe ser entendida tanto en sentido político, como la preeminencia de la *rule of law*,¹⁹ como histórico”.²⁰ La razón de esta particular paradoja se halla inmersa en la historia inglesa.²¹ Whittaker explica el asunto de la siguiente manera: “Los jueces ingleses desde antiguo aceptan que, cuando tiene aplicación, una ley del Parlamento posee la virtud de modificar o incluso sustituir el *Common Law*, lo que en términos constitucionales es visto como resultado del principio

¹⁶ Así, por ejemplo, numerosos Códigos Civiles establecen la aplicación preferente de normas especiales frente a otras generales. En Chile el artículo 4º del Código Civil dispone que “las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”. En forma inversa, es habitual que las legislaciones especiales se remitan a las generales cuando no prevean una solución a un caso determinado. Ilustra esta situación el artículo 2º del Código de Comercio de Chile, el cual dispone: “En los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil”.

¹⁷ Ilustra este aspecto el artículo 24 del Código Civil chileno: “En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. En la misma línea, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil de Chile: “Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: (...) 5. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”.

¹⁸ WHITTAKER, Simon. “El Precedente en el Derecho Inglés: una visión desde la ciudadela”. *Revista Chilena de Derecho*. [online]. abr. 2008, vol.35, no.1 [última visita: 06 de Junio 2008], p.37-83. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003&lng=es&nrm=iso>.

¹⁹ *Rule of Law* no equivale exactamente a *Estado de Derecho*. La aproximación conceptual más certera lo define como “primacía del derecho”. GARAPON, Antoine, y PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura Jurídica francesa y common law*. Colombia. Legis. 2006. Pág. 24.

²⁰ GARAPON, Antoine, y PAPADOPOULOS, op. cit., pág. 23.

²¹ La germinación del *Common Law* es el producto de la convergencia de tres conflictos históricos: las tensiones feudales entre la multiplicidad de jurisdicciones locales y del aumento del poderío real; la concurrencia entre normas del *Common Law* y las reglas de *equity*; y la lucha entre el parlamento celoso de sus nacientes prerrogativas y las jurisdicciones fuertemente arraigadas.

de la soberanía parlamentaria.²² Sin embargo, si el derecho legislado emanado del Parlamento es la fuente jurídica (nacional) suprema, el *Common Law* lo precede, pues configura el cuerpo normativo que reglamenta un conjunto de hechos en defecto de cualquier otro”.²³ En otras palabras, el único derecho que existe en el *Common Law* es aquel pronunciado por el juez, y las “normas” que lo componen se encuentran en un sinnúmero de *Case Law* regidos por la doctrina del precedente o *E stare Decisis*.

En lo que sigue nos referiremos a dos aspectos del *Common Law* que hemos considerado característicos: a) la doctrina del precedente, y b) el rol respectivo de las partes y del tribunal. Por cierto, el *Common Law* presenta muchos otros aspectos que merecen ser destacados, empero los límites de este trabajo nos restringen a efectuar una selección.

a) Doctrina del precedente o *E stare Decisis*:²⁴

La doctrina del precedente o *E stare Decisis* constituye la piedra angular del *Common Law*. La fuente formal del derecho anglosajón es la jurisprudencia. Utilizando las palabras de Zweigert, el factor de estilo que caracteriza al *Common Law*, y que lo distingue sobre todo del resto de las familias del derecho. Esta doctrina no existe como principio general, o regla formal, en los sistemas jurídicos continentales. Tradicionalmente la primacía de la ley sobre la jurisprudencia ha sido absoluta, y el legislador le ha privado de toda fuerza vinculante. Vienen a ilustrar claramente este aspecto las siguientes normas:

Art. 5° del Código Civil de Francia: « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

Inc. 2° del art. 3° del Código Civil de Chile: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*”.

En gran medida este aspecto ha servido para oponer el *Common Law* con los sistemas romano-germanos. Sin perjuicio de que la evolución reciente de los sistemas continentales ha brindado una mayor atención a la jurisprudencia. Si bien no constituye una fuente formal propiamente tal, ella ha pasado a tener un rol argumentativo importante garantizando de esta manera coherencia normativa y mayor seguridad jurídica. A modo de ejemplo podemos citar el artículo primero del Código Civil suizo:

²² Los ingleses consideran a la legislación parlamentaria como algo excepcional que interrumpe el *Common Law*. Sin embargo, esta forma de entender la labor parlamentaria no le resta importancia, por cuanto viene en la gran mayoría de los casos a complementarlo.

²³ WHITTAKER, Simon. Op. cit. Pág. 42.

²⁴ El nombre completo de la doctrina del precedente es “*estare decisis et quia non movere*”, que significa, en términos gruesos, “estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido”.

« La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».

La doctrina de los tribunales del *Common Law* ha establecido dos elementos para determinar que fallos anteriores pueden ser vinculantes para el proceso decisorio posterior. El primer elemento identifica la parte de la sentencia capaz de obligar; mientras el segundo se refiere al origen jerárquico de la sentencia para efectos de determinar si ésta es vinculante para el juez que está conociendo de un asunto.

En el *Common Law* no todo el contenido de los casos anteriores reviste fuerza vinculante. El sistema opone dos conceptos: *obiter dicta* versus *ratio decidendi* (o *holding* en Estados Unidos).²⁵

Ratio decidendi significa "razón para decidir, razón suficiente, motivación principal en la sentencia".²⁶ Los ingleses definen este concepto de la manera que sigue: "A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case".²⁷ En contraposición a *ratio decidendi* (o *holding*) se encuentra *obiter dicta*. La oposición es extrema, pues este último se define negativamente. *Obiter dicta* es todo aquello que no constituye *ratio decidendi*. En otras palabras, es aquello incidental o colateral al caso. Es el lenguaje sobreabundante, innecesario para la decisión del caso, por cuanto se remite a hechos hipotéticos, o hechos no controvertidos o argumentos jurídicos superfluos.

Consecuentemente *obiter dicta* no tiene aptitud de vincular el proceso de decisión de un tribunal posterior, empero puede revestir de cierta autoridad persuasiva. Aunque no tenga un carácter fundamental en la doctrina del *E stare Decisis*, ayuda a comprender las resoluciones adoptadas. Puede tratar sobre opiniones dadas por los jueces, en forma de digresiones, lo que se llama en inglés *by the way*. Cuanto más prestigio y formación tenga el juez, tanto más apreciadas serán sus opiniones y reflexiones. De ahí la autoridad persuasiva.

²⁵ En términos conceptuales *ratio decidendi* y *holding* tienen la misma base conceptual. Son acepciones separadas por el Atlántico.

²⁶ CISNEROS FARIAS, Germán. *Diccionario de Frases y Aforismos Latinos*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003. Pág. 106.

²⁷ MACCORMICH, Neil. "Why cases have *Rationes* and what these are", in: L. Goldstein (Ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 155 -182. Whittaker define *ratio*

La *ratio decidendi* establece una relación entre las proposiciones de derecho y los hechos del caso. Los hechos de un caso no se encuentran circunscritos al simple contexto: ellos trascienden y juegan una función decisiva al determinar la fuerza del proceso. “La *ratio decidendi* (...) de una sentencia queda delimitada por los hechos a los cuales se aplica. Sólo cuando en un caso futuro existen hechos relevantes análogos a los del precedente, su *ratio* obliga”.²⁸ En este sentido corresponde a los jueces que conocen de procesos posteriores realizar operaciones analógicas a partir de los antecedentes fácticos de casos anteriores para identificar una o más proposiciones de derecho que configuraron la *ratio*. “En consecuencia, las proposiciones jurídicas contenidas en las sentencias (...) se supeditan a los hechos en un doble sentido: su fuerza vinculante depende de su relación con los hechos del fallo en el cual ellos fueron declarados y de su relación con los hechos del juicio en que posteriormente se alega su aplicación”.²⁹

El segundo ingrediente que da estructura a la doctrina del precedente anglosajón es el rol de la jerarquía judicial. La organización judicial determina en gran medida qué sentencias obligan. El valor vinculante del precedente tiene dos dimensiones: *Stare Decisis* horizontal y *Stare Decisis* vertical.

En virtud de la dimensión horizontal el juez que conoce de un asunto determinado debe tomar necesariamente en consideración las sentencias precedentes que versaron sobre hechos analógicamente similares (esto es, la *ratio* según recién fue explicada) dictadas por “jueces de la misma jurisdicción de jerarquía de coordinada, incluidos ellos mismos”.³⁰ En el sistema inglés, por ejemplo, el *stare decisis* horizontal es aplicable a la jurisprudencia de las Cámaras de Apelación, que están obligadas a seguir sus propios precedentes.³¹ Hasta 1966 la Cámara de los Lores se consideraba a sí misma obligada por sus propias sentencias, pero a partir de dicha fecha anunció, mediante una *practice statement*, no encontrarse necesariamente obligada por su jurisprudencia. Para evitar injusticias y restringir indebidamente el desarrollo del derecho, la *House of Lords* acordó el poder apartarse de una decisión previa cuando ello fuera juzgado adecuado (doctrina).³² El “*practice Statement*” fue anunciado el 26 de julio de 1966, y reza de la siguiente manera:

decidendi como “la proposición o proposiciones de derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos”. WHITTAKER, Simon. Op. cit., págs. 49-50.

²⁸ LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César. “Naturaleza y Dimensiones del “*Stare Decisis*”. *Revista Chilena de Derecho* [online]. Abril de 2006, vol. 33, N° 1 [última visita: 07 junio 2008]. Pág. 122. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100007&lng=es&nrm=iso>.

²⁹ WHITTAKER, Simon. Op. cit., pág. 51.

³⁰ LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César. Op. cit., pág. 114.

³¹ LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César. Op. cit., pág. 115. También WHITTAKER, Simon. Op. cit., pág. 51.

³² DUXBURY, Neil. “The Authority of Precedent: two problems”. *Legal Theory Workshop Series* [online]. Faculty of Law, University of Toronto. Octubre de 2005. Pág. 11. [última visita: 07 junio 2008] <<http://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf>>.

“Los Lores consideran el uso del precedente como un fundamento indispensable sobre el cual decidir qué es el derecho y su aplicación a los casos individuales. Otorga al menos algún grado de certeza en el cual se pueden apoyar los individuos en la administración de sus asuntos, así como una base para el desarrollo ordenado de reglas jurídicas. Los Lores reconocen, sin embargo, que una adhesión demasiado rígida al precedente puede conducir a la injusticia en un caso particular y también a restringir indebidamente el apropiado desarrollo del derecho. Por ello proponen modificar su presente práctica y, aunque seguirán tratando decisiones pasadas de esta *House* como normalmente obligatorias, [proponen] apartarse de una decisión previa cuando ello parezca correcto. En conexión con esto tendrán presente el peligro de perturbar retroactivamente la base que sirvió como fundamento para contratos y arreglos de propiedad y fiscales, y también la especial necesidad de certeza en el derecho criminal. Este anuncio no está concebido para afectar el uso del precedente en otros tribunales distintos de esta *House*”.³³

La doctrina del *overruling* se funda intrínsecamente en consideraciones de justicia, es tanto un acto político como judicial, y consiste en una especie de derogación de la norma jurisprudencial. Aun cuando la *House of Lords* proclamó el poder de apartarse de su propia jurisprudencia, la práctica ha demostrado que ocurre muy excepcionalmente. A primera vista podemos considerar que este poder es fundamentalmente arbitrario, y lleva a perturbar la certeza jurídica, empero la aplicación de esta doctrina debe cumplir ciertos requerimientos (igualmente establecidos por la jurisprudencia) e ir acompañada de una argumentación tal que explique las razones jurídicas por las cuales el juez decidió apartarse del precedente.

La dimensión vertical *Stare Decisis*, al igual que la dimensión precedente rige los países que adoptaron el *Common Law*. Manda al juez que conoce de un asunto determinado a tomar necesariamente en consideración las sentencias precedentes que versaron sobre hechos analógicamente similares dictadas por jueces de la misma jurisdicción de jerarquía superior. Esto significa, en el sistema judicial inglés, que las sentencias pronunciadas por la Cámara de los Lores son vinculantes para los tribunales superiores de primera instancia (particularmente la *High Court*) y la Corte de Apelaciones.

Un aspecto que merece ser mencionado es que la *Stare Decisis* vertical no viene forzada por una estructura jerárquica de la jurisdicción. La relación entre tribunales de primera y ulteriores instancias no se explica tanto por razón de

³³ [1966] 1 WLR 1234. La doctrina del *overruling* no solamente tiene aplicación en el Reino Unido. Ésta se ha desarrollado de la mano de la doctrina del *Stare Decisis* en los países que han adoptado el *Common Law*.

jerarquía como de competencia o, incluso, especialidad. Ello se explica porque la *Stare Decisis* está en la base de la división de funciones entre tribunales de primera instancia (tribunales encargados de resolver disputas) y tribunales de apelación (encargados del mantenimiento y provisión de reglas y estándares vinculantes y sólo residualmente de la corrección de errores *in judicando* o, todavía más raramente, *in procedendo*).

5. Una visión comparada del *Common Law* y del derecho continental

El siguiente esquema intenta dar una visión simple de la comparación entre derecho civil y derecho común en relación con sus características principales. Con este esquema damos por terminado nuestro artículo y, como lo señalábamos al comienzo, quedamos con la esperanza de haber generado curiosidad, reflexión y deseos de discutir sobre el tema.

Característica	<i>Common Law</i>	Derecho Continental
Concepto de orden social.	Individualismo: el individuo posee derechos subjetivos.	Ídem.
Liberalismo.	El individuo está protegido por principios jurídicos muy fuertes.	La Constitución y la ley protegen al individuo.
Estado de Derecho (sumisión de poderes públicos a la ley).	Separación de poderes y clara independencia de la justicia.	Separación de poderes, aunque con una independencia de la justicia menos pronunciada.
Control de la constitucionalidad de las leyes.	Inexistente en Gran Bretaña.	Órgano independiente y respetado (por ejemplo en Francia <i>Le Conseil Constitutionnel</i> , y en Alemania el Tribunal Constitucional Federal).
Preponderancia de la ley como primera fuente del derecho.	No.	Legislación superabundante (Derecho escrito y de reglamentos).
Preponderancia de los precedentes judiciales como primera fuente del derecho.	Derecho esencialmente jurisprudencial (primacía de la Doctrina del <i>Stare Decisis</i>)	No.

Característica	Common Law	Derecho Continental
Nociones abstractas de derecho.	Pocos conceptos abstractos (los jueces pueden atemperar el carácter abstracto de las leyes, por medio de normas jurisprudenciales)	Numerosos conceptos abstractos (por ejemplo: el espíritu general de la legislación, orden público, bien común).
Formulación de normas jurídicas generales.	Débil.	Frecuente (por ejemplo, en materia penal: " <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia</i> " o " <i>societas delinquere non potest</i> ").
Distinción entre derecho privado y derecho público.	Concepto desconocido.	Es uno de los puntos básicos y característicos de este derecho.
Imbricación de las normas jurídicas de fondo y de procedimiento.	Muy marcada.	Casi inexistente.
Proceso penal de característica inquisitivo.	No. El <i>Common Law</i> coloca en condiciones de igualdad a la acusación y a la defensa.	Si. Sin embargo, ha girado paulatinamente hacia un sistema acusatorio.
Derecho administrativo.	Existe un contencioso cuasijudicial (<i>Boards, Tribunals y Commissions</i>).	Orden administrativo autónomo separado del orden judicial.
Separación de las normas de fondo y de procedimiento.	Poco claras.	Muy diferenciadas.

6. Bibliografía

CISNEROS FARÍAS, Germán. *Diccionario de Frases y Aforismos Latinos*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2003.

DUXBURY, Neil. "The Authority of Precedent: two problems". Legal Theory Workshop Series [online]. Faculty of Law, University of Toronto. Octubre de 2005. Pág. 11 [última visita: 07 junio 2008] <<http://www.mcgill.ca/files/legal-theory-workshop/Neil-Duxbury-McGill-paper.pdf>>.

GARAPON, Antoine, y PAPADOPOULOS, Ioannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura Jurídica francesa y common law*. Colombia. Legis. 2006. Pág. 24.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2000.

MACCORMICH, Neil. "Why cases have Rationes and what these are", Oxford, L. Goldstein, *Precedent in Law*, Clarendon Press, 1987.

MERRYMAN, John Henry. *Sistemas Legales en América Latina y Europa. Tradición y Modernidad*. Segunda Edición. Santiago de Chile. Fondo de Cultura Económica. 1995.

SOLEIL, Sylvain. "La Formación del Derecho Francés como modelo jurídico". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Online]. 2006. N° 28. [última visita: 05 de Junio de 2008]. Págs. 387-98. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552006000100011-&lng=es&nrm=iso>.

WHITTAKER, Simon. "El Precedente en el Derecho Inglés: una visión desde la ciudadela". *Revista Chilena de Derecho* [online]. Abr. 2008, vol.35, N° 1 [última visita: 06 de junio 2008], pp. 37-83. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372008000100003&lng=es&nrm=iso>.

ZWEIGERT, Konrad, y KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tercera Edición. México. Oxford University Press. 2002.

SEROUSSI, Roland. *Introducción al Derecho Inglés y Norteamericano*. España. Ariel. 1998.