

"COMMON LAW" Y "DERECHO COMÚN"

Licenciado Guillermo Fernández

La tradición jurídica romano germánica, llamada por otros romano canónica, se cimienta en el *derecho común*. La tradición jurídica inglesa, cuyos componentes son la costumbre del pueblo y su atemperación (dulcificación) por parte de los tribunales del rey de Inglaterra, se denomina *common law*.

Conviene, pues, estar atento y no traducir los términos, ya que estos no son intercambiables. *Derecho común* se relaciona con una tradición jurídica que prende fuerte en el continente durante la baja edad media; *common law* alude al sistema inglés del precedente judicial.

Tampoco conviene asociar estas distintas tradiciones con determinados modelos económicos, como en efecto han hecho algunos economistas. Se dice, sin fundamento, que la tradición del *common law* favorece la libertad económica y que la tradición romano germánica dificulta el eficaz funcionamiento de los mercados. Nada más lejos de la realidad. Tanto puede perturbar el libre funcionamiento del mercado el precedente de un juez dentro de la tradición del *common law*, como la legislación de un parlamento en la Europa continental. En el sistema del *common law* las decisiones de los jueces crean *stare decisis*; es decir, se vuelven obligatorias para los demás jueces en casos futuros, hasta que alguien modifique la *línea jurisprudencial*. A guisa de ejemplo, muchas medidas socialistas genéricamente denominadas "conquistas sociales" hicieron su entrada en los Estados Unidos de América a través de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. No es cierto, pues, como muchos dicen, que Estados Unidos no ha cambiado su Constitución. Ha cambiado, y mucho. Prueba de ello es que muchas de las sentencias, estatutos y regulaciones estatales y federales que hubieran sido impensables en la etapa fundacional de ese país, hoy son avaladas y declaradas CONSTITUCIONALES por los mismos tribunales de EEUU. Por la misma razón, cuando surge una vacante en las Cortes Federales o, yendo a los más alto, en la Suprema Corte, el debate político se agudiza y se analiza la trayectoria y la ideología del candidato a ocupar ese puesto en la judicatura. En pocas palabras, los precedentes que sientan las cortes son importantes. Y tanto pueden favorecer el libre funcionamiento de la economía como avalar políticas socialistas. Resulta pues FALSO que el *common law* proteja la libertad y la propiedad privada de manera más eficaz que la tradición civilística.

La historia, desafortunadamente, nos ha demostrado que en los países de tradición jurídica anglosajona tanto como en los países de derecho codificado, la acción de los políticos ha logrado producir importantes cambios en las reglas (judiciales o legislativas), en detrimento del respeto a la vida, la libertad y la propiedad.

Conviene también no confundir el Derecho Romano Clásico que, con raíces republicanas, alcanza su máximo esplendor en la primera etapa del imperio (principado), con el derecho romano medieval (fruto del estudio de los textos de Justiniano, emperador de Oriente). Media entre ellos largo tiempo y diferencias notables de técnica jurídica. La técnica jurídica del derecho romano clásico es casuística, la del derecho romano justiniano comulga mejor con nuestra concepción proleptica del derecho. Y en el tiempo, el primero ve la luz entre los años 27 a.C. a 235 d.C (año en que muere Alejandro Severo) y el justiniano entre el 527 d.C y el 565 d.C (duración del gobierno de dicho emperador).

La historiografía jurídica es una útil herramienta para desenterrar las claves de la grandeza y comprender los detonantes del fracaso. Es, sin duda, una temática con la que debe estar familiarizado cualquier abogado y, en alguna medida, también los politólogos y economistas.

Como bibliografía sobre el tema vale la pena consultar:

Kunkel, Wolfgang. *Historia del derecho romano*.

Bernal y Ledesma. *Historia del derecho romano y de los derechos neorromnistas*.

Margadant, Guillermo. *Panorama de la historia universal del derecho*.

Leoni, Bruno. *La libertad y la ley*

Jaramillo, Carlos Ignacio. *El renacimiento de la cultura jurídica*.

Von Ihering, Rudolph. *El espíritu del derecho romano*

Radbruch, Gustav. *El espíritu del derecho inglés*.