

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA
JORGE MORAIS CARVALHO
Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad
Nueva de Lisboa

INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO

Traducción

Francisco Cuenca Boy, Catedrático
de Derecho Romano de la Universidad de Cantabria

Edición al cuidado de
Carlos Antonio Agurto Gonzáles
Sonia Lidia Quequejana Mamani
Benigno Choque Cuenca

Ediciones
Olejnik

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| Nota del traductor..... | 17 |
| Nota de los autores a la traducción española..... | 19 |
| Prefacio de la 3ª edición..... | 21 |
| Nota de presentación | 23 |
| de la 1ª edición..... | 23 |

CAPÍTULO I

CUESTIONES GENERALES DE DERECHO COMPARADO

§ 1º NOCIÓN Y OBJETO DEL DERECHO COMPARADO

| | |
|--|----|
| 1. El derecho comparado como estudio comparativo de derechos | 25 |
| 2. Macrocomparación..... | 26 |
| 3. Microcomparación | 27 |
| 4. Noción analítica de derecho comparado..... | 28 |
| 5. Derecho comparado y conocimiento de derechos extranjeros..... | 28 |

§ 2º breve referencia a la historia del derecho comparado

| | |
|--|----|
| 6. Precursores..... | 29 |
| 7. Institucionalización del derecho comparado..... | 29 |
| 8. Desarrollo del derecho comparado..... | 30 |

§ 3º funciones del derecho comparado

| | |
|--|----|
| 9. Funciones "utópicas" y funciones "realistas" | 31 |
| 10. Funciones relativas a los derechos nacionales..... | 31 |
| 11. Funciones relativas a la uniformización y armonización de derechos..... | 33 |
| 12. Funciones relativas a la construcción de reglas de aplicación subsidiaria | 34 |
| 13. Funciones de cultura jurídica..... | 34 |

§ 4º el método en derecho comparado

| | |
|-------------------------|----|
| 14. Planteamiento | 35 |
|-------------------------|----|

| | |
|---|----|
| 14 bis. Comparabilidad..... | 35 |
| 15. El método en la macrocomparación: constitución de una cuadrícula comparativa..... | 37 |
| 16. El método en la microcomparación: aproximación funcional y encuadramiento jurídico | 42 |
| 16 bis. Modelos microcomparativos | 44 |
| 17. Proceso comparativo: cánones metodológicos comunes a la macro y la microcomparación | 46 |
| 17 bis. Traducción y lenguaje comparativo..... | 50 |
| 18. Selección de los órdenes jurídicos a comparar | 53 |

§ 5º naturaleza y autonomía del derecho comparado

| | |
|---|----|
| 19. Tesis enfrentadas y orientación adoptada..... | 54 |
|---|----|

§ 6º agrupación de los sistemas jurídicos en familias de derechos

| | |
|---|----|
| 20. Criterios de clasificación..... | 54 |
| 21. Las grandes familias jurídicas contemporáneas..... | 56 |
| 22. Sistemas jurídicos híbridos | 56 |
| 23. Sistemas jurídicos seleccionados para la comparación: justificación de la elección y método de exposición | 57 |

CAPÍTULO II

SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-GERMÁNICOS

SECCIÓN I

COMPARACIÓN DE LOS DERECHOS PORTUGUÉS, FRANCÉS Y ALEMÁN

§ 7º factores históricos comunes

| | |
|---|----|
| 24. Planteamiento | 59 |
| 25. El derecho de los pueblos germánicos..... | 59 |
| 26. La recepción del derecho romano | 60 |
| 27. La Revolución Francesa, el liberalismo y la codificación..... | 61 |
| 28. La colonización..... | 63 |

§ 8º fuentes del derecho

| | |
|-----------------------------|----|
| 29. Elenco y jerarquía..... | 63 |
|-----------------------------|----|

§ 9º la ley

| | |
|--|--|
| 30. Las Constituciones escritas y el control de la constitucionalidad de | |
|--|--|

| | |
|---|----|
| las leyes..... | 64 |
| 31. Competencia legislativa..... | 65 |
| 32. Comparación entre las codificaciones civiles: Código Civil francés y Código Civil alemán..... | 66 |
| 33. Comparación del Código Civil portugués de 1867 con el Código Civil francés..... | 68 |
| 34. Comparación del Código Civil portugués de 1966 con el Código Civil alemán | 69 |
| 35. Influencia de los códigos civiles francés, alemán y portugués en otros códigos | 70 |

§ 10º la costumbre

| | |
|--|----|
| 36. Relevancia como fuente del derecho | 72 |
|--|----|

§ 11º la jurisprudencia

| | |
|--|----|
| 37. Discusión sobre el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho..... | 73 |
| 38. El papel efectivo de la jurisprudencia | 73 |
| 39. El estilo de las sentencias..... | 75 |

§ 12º la doctrina

| | |
|--|----|
| 40. Relevancia como fuente del derecho | 76 |
|--|----|

§ 13º el descubrimiento del derecho aplicable

| | |
|-----------------------------------|----|
| 41. Interpretación de la ley..... | 77 |
| 42. Integración de la ley | 78 |

§ 14º organización judicial y sistemas de recurso

| | |
|--|----|
| 43. Organización judicial portuguesa | 79 |
| 44. Organización judicial francesa | 80 |
| 45. Organización judicial alemana | 81 |
| 46. Los sistemas de recurso | 82 |

§ 15º profesiones jurídicas

| | |
|---|----|
| 47. Formación de los juristas..... | 84 |
| 48. Las magistraturas judicial y del Ministerio Público | 84 |
| 49. La profesión de abogado | 85 |

| | |
|---|-----|
| Sección II | |
| Síntesis comparativa y ámbito de la familia de derechos romano-germánicos | |
| 50. Planteamiento | 86 |
| § 16° diferencias entre los sistemas jurídicos portugués, francés y alemán | |
| 51. Elementos metajurídicos | 86 |
| 52. Elementos históricos | 87 |
| 53. Elementos jurídicos | 87 |
| § 17° semejanzas entre los sistemas jurídicos portugués, francés y alemán; características comunes de los derechos romano-germánicos | |
| 54. Elementos metajurídicos | 88 |
| § 18° ámbito de la familia de derechos romano-germánicos | |
| 57. En Europa | 90 |
| 58. En otros continentes | 91 |
| CAPÍTULO III | |
| SISTEMAS JURÍDICOS DE COMMON LAW | |
| 59. Método de exposición | 93 |
| Sección I | |
| Derecho inglés | |
| § 19° evolución | |
| 60. Periodo anglosajón (del siglo V d. C. hasta 1066) | 94 |
| 61. La formación del common law en Inglaterra (de 1066 hasta finales del siglo XV) | 94 |
| 62. El desarrollo del common law y la formación de la equity (de finales del siglo XV hasta 1832) | 96 |
| 63. El periodo moderno (a partir de 1832) | 98 |
| § 20° organización judicial y sistema de recursos | |
| 64. Caracteres generales | 99 |
| 65. Tribunales superiores | 101 |
| 66. Tribunales inferiores | 102 |
| 67. Sistema de recursos | 103 |

| | |
|---|-----|
| § 21° profesiones jurídicas | |
| 68. Barristers y solicitors | 104 |
| 69. Formación de los juristas | 105 |
| 70. Reclutamiento y estatuto de los jueces | 105 |
| § 22° fuentes del derecho | |
| 71. Elenco y jerarquía | 106 |
| 72. El valor actual de la distinción entre common law y equity | 106 |
| § 23° la jurisprudencia | |
| 73. La doctrina del precedente (reglas del precedente vinculante) | 107 |
| 74. El estilo de las sentencias | 110 |
| 75. Publicación de las sentencias | 111 |
| 76. El precedente y la evolución del derecho jurisprudencial | 112 |
| 77. Fundamento y naturaleza de la regla del precedente | 113 |
| § 24° la ley | |
| 78. Función de la ley en el sistema jurídico y competencia legislativa | 114 |
| 79. Materias comprendidas y técnica legislativa | 114 |
| 80. Reglas de interpretación | 115 |
| § 25° la costumbre | |
| 81. Relevancia como fuente del derecho | 116 |
| § 26° la doctrina | |
| 82. Relevancia como fuente del derecho | 117 |
| § 27° el descubrimiento del derecho aplicable | |
| 83. La omnipresencia del precedente jurisprudencial | 118 |
| Sección II | |
| Derecho de los Estados Unidos de América | |
| § 28° formación del derecho norteamericano | |
| 84. Periodo colonial (1607-1776) | 119 |
| 85. Independencia política y triunfo del common law | 120 |
| § 29° estructura compleja del sistema | |
| 86. Federación y Estados; derecho federal y derechos estatales | 121 |

| | |
|--|-----|
| § 30° organización judicial y sistema de recursos | |
| 87. Organización judicial federal..... | 122 |
| 88. Organización judicial estatal..... | 123 |
| 88 bis. El jurado..... | 124 |
| § 31° profesiones jurídicas | |
| 89. Unidad de la profesión..... | 124 |
| 90. Formación de los juristas..... | 125 |
| 91. Reclutamiento y estatuto de los jueces..... | 125 |
| § 32° fuentes del derecho | |
| 92. Elenco y jerarquía..... | 126 |
| 93. Sentido de la expresión no federal general common law..... | 126 |
| 94. El valor actual de la distinción entre common law y equity..... | 127 |
| § 33° la ley | |
| 95. La Constitución de los Estados Unidos..... | 127 |
| 96. Competencia legislativa..... | 129 |
| 97. Codificación..... | 130 |
| 98. Leyes uniformes y leyes modelo..... | 131 |
| 99. Interpretación de la ley..... | 132 |
| § 34° la jurisprudencia | |
| 100. Valor del precedente..... | 132 |
| 101. Estilo de las sentencias..... | 134 |
| 102. Las colecciones de jurisprudencia..... | 134 |
| § 35° fuentes secundarias del derecho | |
| 103. La doctrina..... | 135 |
| 104. Los Restatements of the law..... | 136 |
| § 36° pluralidad y unidad del derecho norteamericano | |
| 105. El descubrimiento del derecho aplicable..... | 138 |
| Sección III | |
| Síntesis comparativa y ámbito de la familia de derechos de common law | |
| 107. Planteamiento..... | 139 |

| | |
|--|-----|
| § 37° diferencias entre los derechos inglés y de los estados unidos | |
| 108. Elementos jurídicos..... | 140 |
| § 38° semejanzas entre los sistemas jurídicos inglés y norteamericano; características comunes de los derechos de common law..... | |
| 109. Elementos metajurídicos..... | 141 |

| | |
|--|-----|
| § 39° ámbito de la familia de derechos de common law | |
| 112. Los derechos de common law..... | 142 |

CAPÍTULO IV

COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS ROMANO-GERMÁNICOS
Y DE COMMON LAW

| | |
|---|-----|
| § 40° sentido de la distinción entre common law y civil law | |
| 114. Terminología..... | 145 |
| 115. Semejanzas entre los derechos de common law y los derechos de civil law..... | 146 |
| 116. Diferencias entre los derechos de common law y los derechos de civil law..... | 147 |
| 117. Tendencias de aproximación..... | 149 |

CAPÍTULO V

SISTEMAS JURÍDICOS ISLÁMICOS

| | |
|--|-----|
| 118. Cuestiones metodológicas..... | 153 |
| § 41° el islam y la sharia | |
| 119. Religión islámica..... | 154 |
| 120. Sharia: sentido y fuentes..... | 155 |
| 121. Características de la sharia..... | 157 |

| | |
|--|-----|
| § 42° evolución y actualidad de los derechos islámicos | |
| 122. Del pasado glorioso a la modernización..... | 159 |
| 123. El resurgimiento islámico..... | 160 |
| 124. La diversidad de sistemas jurídicos islámicos en la actualidad..... | 161 |

§ 43° fuentes del derecho

| | |
|---|-----|
| 125. Elenco..... | 162 |
| 126. Constitución..... | 163 |
| 127. Códigos y otras leyes..... | 164 |
| 128. La sharia como fuente de derecho actual..... | 165 |

| | |
|--|-----|
| 129. Dualidad de sistemas y jerarquía de fuentes..... | 167 |
| § 44° organización judicial y profesiones jurídicas | |
| 130. Los tribunales de la sharía..... | 167 |
| 131. Organización judicial contemporánea..... | 169 |
| 132. Profesiones jurídicas y formación profesional | 169 |

CAPÍTULO VI

COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ISLÁMICOS
Y "CRISTIANOS"

| | |
|--|-----|
| 133. Cuestiones metodológicas..... | 171 |
| § 45° diferencias entre los derechos islámicos y los "derechos cristianos" | |
| 134. Concepción del derecho | 172 |
| 135. Fuentes del derecho y otros elementos jurídicos | 175 |
| § 46° semejanzas entre los derechos islámicos y los "derechos cristianos" | |
| 136. Concepción del derecho y elementos metajurídicos..... | 176 |
| 137. Elementos jurídicos | 177 |
| Bibliografía | 179 |