

Traducción de  
CARLOS SIERRA

# La tradición jurídica romano-canónica

*por* JOHN HENRY MERRYMAN



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA  
MÉXICO

Soviética después de la Revolución de Octubre, el sabor utópico era demasiado penetrante. Afectó profundamente las reformas revolucionarias en Francia y, puesto que las leyes revolucionarias tuvieron demasiada influencia fuera de Francia, los sistemas jurídicos en muchas partes del mundo del derecho civil muestran los efectos tanto de la utopía que caracterizó a la Revolución Francesa como de las reacciones contra él. El acento sobre la separación de poderes condujo a un sistema separado de tribunales administrativos, inhibió la aceptación de una revisión judicial de la legislación y limitó las funciones del juez a un papel relativamente menor en el proceso legal. La teoría del derecho natural condujo a dar una importancia exagerada a los derechos individuales de la propiedad y del contrato y a una distinción demasiado quisquillosa entre derecho público y privado. La glorificación del estado, el nacionalismo y el racionalismo se combinaron para producir una teoría singular del derecho civil acerca de lo que es el derecho y para determinar la forma y el estilo de los códigos básicos.

#### IV. LAS FUENTES DEL DERECHO

EN EL PERIODO del cambio revolucionario que hemos ido estudiando, las injusticias sociales y económicas del viejo orden llegaron a estar en conflicto directo con el deseo de igualitarismo. La torpe, altamente descentralizada e ineficiente estructura del gobierno feudal se vino abajo ante la necesidad de un sistema gubernamental más eficiente y centralizado: el moderno Estado-nación. Tanto para llevar a cabo esta transformación como para consolidar las conquistas de la revolución, se hacía necesaria una ideología y el nacionalismo —la ideología del estado— llegó a cubrir esa necesidad. Si el nacionalismo era la idea predominante, la soberanía era la premisa básica de su expresión jurídica.

El concepto de soberanía ya existía desde varios siglos antes. Su desarrollo como concepto legal puede encontrarse en la obra de ciertos europeos, en especial de Hugo Grocio, quienes con frecuencia son llamados los "padres del derecho internacional". Estos eruditos consideraban la soberanía como un concepto fundamental para reglamentar los asuntos internacionales entre las naciones. Durante el periodo del colonialismo y el establecimiento de los imperios, iniciaron una escuela de derecho internacional que apoyaba las reclamaciones y trataba de controlar la conducta de las potencias colonialistas e imperialistas. Durante el nacimiento del Estado-nación el mismo concepto se usó en formas nuevas y un tanto diferentes.

Otro aspecto del movimiento hacia el positivismo



estatal lo proporcionó la índole laica de la revolución europea. Aun cuando había variaciones de una nación a otra en la forma y en intensidad, el concepto de que el derecho emanaba de Dios —ya sea expresado directamente como en la ley divina (las Escrituras) o indirectamente mediante la naturaleza del hombre creado por Dios, como en la Ley Natural de la Iglesia Católica Romana— actualmente ha perdido casi todo lo que le quedaba de vitalidad. Aún podría darse crédito formal a la deidad en el proceso legislativo (como, por ejemplo, en la Declaración de Independencia Norteamericana), pero a partir de entonces la teoría importante era que en última instancia el poder legislativo residía en el estado. El Derecho Natural Romano Católico perdió su poder de controlar al príncipe. El derecho natural positivo, aun cuando contribuyó con muchas de las ideas que fueron como el carburante intelectual de la revolución, resultó ineficaz como control de la actividad del estado. No tenía para sostenerlo ninguna organización y carecía de poder coactivo. La inmemorial controversia entre los abogados del derecho natural y los positivistas jurídicos (conocida por todo estudiante de filosofía del derecho) se resolvió decididamente en favor de los positivistas jurídicos, al menos en cuanto a su propósito operativo. Posteriormente, aunque ese debate no ha perdido fuerza actualmente, ha tenido un matiz marcadamente académico desde el nacimiento del estado moderno. Todos los estados occidentales son positivistas.

El nacimiento del moderno Estado-nación destruyó la unidad jurídica proporcionada por la aceptación universal del *jus commune* romano-canónico en la Europa feudal. El *jus commune*, asociado mental-

mente en mucha gente con el concepto del Sacro Imperio Romano, era un derecho que trascendía la variedad de tribus locales, de las comunidades y de las naciones. Con la caída del feudalismo, el advenimiento de la Reforma y el consiguiente debilitamiento de la autoridad del Sacro Imperio Romano, la monarquía centralizada comenzó a emerger como la principal reclamante de la lealtad de los hombres. El estado centralizado estuvo en oposición a la autonomía medieval de clases y tierras, asociadas comúnmente con el feudalismo, y a toda clase de poder fuera del estado. El estado trató de convertirse en la única fuente de derecho reclamando la soberanía para él solo, tanto nacional como internacionalmente. Así los sistemas legales nacionales comenzaron a reemplazar al *jus commune* que llegó a ser un derecho subordinado o complementario. El derecho romano mismo era citado para indicar que proporcionaba, en su máxima *quod principi placuit habet vigorem* (lo que agrada al príncipe es legal), la justificación a la autonomía jurídica del estado que condujo a fin de cuentas al desplazamiento del mismo en favor de sistemas legales nacionales. La autoridad del príncipe reemplazó la del *jus commune*. El contenido del derecho nacional continuaría nutriéndose básicamente del *jus commune*, pero su autoridad provenía del estado.

Así fue como comenzó la era de la soberanía absoluta. Donde el *jus commune* fue recibido formalmente, como en parte de Alemania, lo fue por voluntad del príncipe y el que pudiera seguir estando en vigor en el estado también dependía en teoría sólo de su voluntad. Pero donde, como en la mayor parte de Europa, no hubo una formal recepción del derecho romano, el proceso de integración de un derecho na-



cional (generalmente en el lenguaje nacional) se llevó a cabo en condiciones y sobre la base de ciertas premisas que presagiaban el positivismo jurídico europeo. El acto legislativo no estaba sujeto a ninguna autoridad temporal o espiritual superior al estado, ni estaba sujeto a limitación alguna dentro del estado mismo (como el derecho local o consuetudinario). Desde el tiempo en que la legislación se distribuía a lo largo de una cadena que iba desde los señores regionales o concejos ciudadanos hasta el emperador o la Iglesia universal, en Occidente se ha llegado a legislar sólo en un sitio: el Estado-nación centralizado. La soberanía tenía dos caras, la exterior que excluía todo derecho de origen externo y la interior que excluía todo derecho de origen local o consuetudinario.

Es importante entender que el positivismo del estado fue destacado con mayor agudeza y raciocinio en el Continente que en Inglaterra durante el periodo de cambios revolucionarios. Desde luego, una razón fue la índole más suave, más gradual y menos evolutiva de la Revolución inglesa. En Inglaterra se conservaron muchas de las formas de feudalismo, mientras su espíritu se transformó. La estructura de una iglesia establecida sobrevivió, pero la influencia de la Iglesia tanto en la forma como en el contenido de su legislación fue disminuyendo hasta casi desvanecerse. Lo más importante de todo, el derecho común vernáculo de Inglaterra, que se desarrolló según lineamientos muy diferentes de los seguidos por el *jus commune* en el Continente, no fue rechazado en beneficio del estatismo, nacionalismo, positivismo y soberanía. Al contrario, el derecho común inglés fue una fuerza positiva en el resurgimiento de Ingla-

terra como un Estado-nación, y fue aceptada calurosamente como evidencia de identidad e idiosincrasia nacionales. En el Continente la revolución parecía requerir el rechazo del antiguo orden jurídico; en Inglaterra parecía requerir la aceptación e incluso la glorificación del mismo. Las implicaciones de esta diferencia en las actitudes hacia la codificación en los mundos del derecho civil y común son obvias. En el Continente, donde se creyó necesario rechazar el *jus commune*, era natural que los nuevos sistemas legales fueran codificados; en Inglaterra, donde se consideró necesario retener el derecho común, no se sintió la necesidad de codificación.

En el Continente la abolición del antiguo orden se llevó a cabo según una línea de pensamiento que incluía la visión del mundo como organizado correctamente en Estados-naciones laicos y positivistas. Consecuentemente, el derecho natural de la iglesia católica romana, al igual que otras teorías del derecho y la justicia derivadas externamente, y el derecho canónico, como otros cuerpos externos de leyes e instituciones, no pudieron tener efecto de derecho dentro del estado. La escuela occidental de derecho internacional que se basa sobre una especie de absoluta soberanía del estado que le permite obligarse sólo cuando él lo consiente, trataba incluso los principios aceptados de derecho internacional como operativos dentro del estado mismo, si el mismo estado había decidido que así fuera. El derecho emanado de organizaciones internacionales y las obligaciones de los miembros de tales organizaciones igualmente afectaban al estado sólo si él había aceptado estar sujeto a ese derecho. El derecho de un estado sólo podía imponerse dentro de otro estado si este último aceptaba



esa imposición. Una sentencia emitida por los tribunales de un estado podría o no ser aceptada por los tribunales de otro estado si éste optaba por ello. La cara exterior del positivismo estatal era de esta manera uniforme y de una pieza; nada fuera del estado podía hacer efectivo un derecho sobre o dentro del estado sin el consentimiento del estado.

La cara interior de la escuela del positivismo estatal permanecía también intacta. Solamente el estado tenía poder para dictar leyes y por ello se excluían de esta prerrogativa los individuos o grupos dentro del estado. La capacidad de los individuos de obligarse a sí mismos mediante contratos y de los miembros de organizaciones de adoptar reglamentos internos que regulen sus relaciones particulares no les confería ningún poder de legislar. Éstos se consideraban como contratos privados y tenían efecto legal sólo hasta donde el estado deseaba reconocerlos y darles validez. Los libros y artículos escritos por los eruditos (aunque con mucha mayor influencia que la jurisprudencia en los países de derecho común anglosajón como se explicará en los capítulos siguientes) tampoco eran derecho por las mismas razones.

De este modo el positivismo del estado, según se expresa en el dogma de la absoluta soberanía externa e interna del estado, condujo al monopolio estatal para legislar. El acento de la Revolución en la estricta separación de poderes exigía que sólo los órganos estatales designados específicamente pudieran expedir leyes. De acuerdo con esa doctrina los poderes legislativo y judicial del gobierno eran de una naturaleza diferente; para impedir el abuso debían estar perfectamente separados entre sí. El poder legislativo es por definición el poder que hace la ley y por eso

sólo las legislaturas pueden legislar. Por ser la única sección del estado representativa y directamente elegida por voluntad popular, la legislatura es la única que puede responder a esa voluntad. Algunas de las consecuencias de ese dogma para el juez del derecho civil serán estudiadas en el siguiente capítulo. Por ahora sólo debemos decir que la doctrina familiar al derecho común de *stare decisis* —es decir, la doctrina que enseña que casos similares deben juzgarse en forma similar— es obviamente contradictoria con la separación de poderes como se ha formulado en los países de derecho civil y, por tanto, es rechazada por la tradición del derecho civil. Las decisiones de los jueces no crean derecho.

¿Qué era entonces el derecho? La respuesta básica, que es la esencia del positivismo legislativo, es que sólo los estatutos del poder legislativo pueden convertirse en derecho. Sin embargo, era común en las naciones de derecho civil que el príncipe tuviera poder legislativo dentro de ciertos límites. Después de las varias revoluciones occidentales, tales decretos derivaban su fuerza de ley no de algún poder legislativo inherente en el ejecutivo, sino de la delegación del poder legislativo al ejecutivo por la legislatura que era la única depositaria de tal poder. Por la misma razón la legislatura podía delegar el poder de promulgar reglamentaciones con fuerza de ley para administrar los órganos del gobierno. Tales reglamentaciones legislativas y administrativas delegadas tenían fuerza de ley sólo dentro de los límites del poder delegado por la legislatura. Todo lo que se saliera del alcance de ese poder era "ilegal" y por lo mismo no era ley.

Además de los estatutos (inclusive las leyes pro-



mulgadas por el ejecutivo conforme a los poderes delegados) y reglamentaciones administrativas, las naciones que caen dentro de la tradición del derecho civil aún reconocen, por lo general, una tercera fuente del derecho que llaman *costumbre*. Donde una persona actúa de acuerdo con la costumbre, en el supuesto de que ésta representa el derecho, su acción se aceptará como legal en muchas jurisdicciones de derecho civil, siempre y cuando no existan leyes o reglamentos en contrario. La cantidad de escritos en países de derecho civil acerca de la costumbre como derecho es inmensa, muy fuera de proporción si se la compara con lo poco importante que es como derecho. La razón principal de tanto escrito (además de la importancia de la costumbre como fuente de derecho en los arcanos comienzos de la tradición del derecho civil) es la necesidad de justificar el que se trate como derecho algo que no ha sido creado por el poder legislativo del estado. El dar a la costumbre la fuerza de ley podría parecer una violación del dogma del positivismo de estado (sólo el estado puede legislar) y del dogma de una clara separación de los poderes (dentro del estado sólo el poder legislativo puede crear derecho). Se han desarrollado algunas teorías muy rebuscadas para explicar esta aparente discordancia. Mientras tanto la importancia de la costumbre como fuente de derecho es débil y va perdiendo interés.

El resultado de todo esto es que la aceptada teoría de las fuentes del derecho en la tradición del derecho civil reconoce sólo estatutos, reglamentaciones y costumbres como fuentes de derecho. Esta enumeración es exclusiva. También está listada en orden decreciente de autoridad. Un estatuto prevalece sobre una

10. - Estatutos

20. - Reglamentaciones

30. - Costumbres

Fuentes del Derecho

reglamentación contraria. Y tanto un estatuto como un reglamento prevalecen sobre una inconstante costumbre. Todo esto puede parecer muy técnico y de dudosa importancia pero de hecho es básico para que entendamos la tradición del derecho civil, ya que la función del juez, dentro de esa tradición, es interpretar y aplicar "la ley" como se la define técnicamente en su jurisdicción. Tanto el positivismo de estado como el dogma de la separación de los poderes requieren que el juez se refiera a "la ley" para decidir sus juicios. Se supone que deberá ser capaz de encontrar alguna clase de ley que aplicar —ya sea un estatuto, un reglamento o una costumbre que sea razonable— a cualquier problema del que conozca. No puede referirse a libros o artículos de jurisprudencia o a decisiones judiciales anteriores como si fueran la ley.

Esta concepción dogmática de lo que es la ley, como cualquiera otra implicación de los dogmas del periodo revolucionario, ha resentido la erosión del tiempo y los acontecimientos. Quizá la más espectacular innovación ha sido el fuerte movimiento hacia el constitucionalismo con su acento en la rigidez funcional, y su consiguiente superioridad como fuente de derecho, de las constituciones escritas. Tales constituciones, al eliminar el poder de la legislatura para hacer enmiendas mediante una acción legislativa ordinaria, quebranta el monopolio de la legislatura para legislar. Introducen un nuevo elemento en la jerarquía de las fuentes del derecho que ahora deben listarse como "constitución, legislación, reglamentos y costumbre". Además, si un tribunal decide que un estatuto jurídico es inaplicable porque es anticonstitucional, el dogma de la clara separación del poder

Se integra un nuevo elemento



legislativo del poder judicial se ve menoscabado. La revisión judicial de la constitucionalidad de una acción legislativa existe, en una y otra formas, en muchas naciones civilistas que tienen constituciones rígidas. Otro factor de complicación es la inclusión de la iniciativa y del referéndum en las constituciones de algunos países civilistas; esto necesariamente implica transferir cierto poder legislativo de la legislatura al pueblo y acaba por debilitar la posición de la legislatura como única fuente de derecho. El desarrollo de organizaciones internacionales y supranacionales y la tendencia en Europa y América Latina a transferir cierta soberanía a tales organizaciones debilita aún más la teoría tradicional.

Esta tendencia y otras modernas han sido notadas por los eruditos que con frecuencia reconocen sus contradicciones con la teoría ortodoxa de las fuentes del derecho, pero no menoscaban seriamente la concepción más generalizada de lo que es el derecho. Para el juez, abogado o estudiante de derecho promedio en Francia o en Argentina la teoría tradicional de las fuentes del derecho representa la verdad básica. Es una parte de su ideología.

En el mundo del derecho común anglosajón, por otro lado, un mundo menos influido por la peculiar historia y los dogmas racionalistas de la Revolución Francesa, prevalecen concepciones bastante diferentes. El derecho común inglés, un asistemático acervo de estatutos, decisiones judiciales y prácticas costumbristas, se suele considerar como la fuente primordial del derecho. Tiene dimensiones históricas profundas y no es el producto de un intento revolucionario consciente de hacer o restablecer el derecho en algún momento específico de su historia. No existe una teo-

ría sistemática y jerárquica de las fuentes del derecho; la legislación, por supuesto, es ley pero también constituyen derecho otras cosas en que se incluyen las decisiones de los jueces. En términos formales la autoridad relativa de los estatutos, de los reglamentos y decisiones judiciales podría tener fuerza en ese orden aproximado pero en la práctica tal orden tiende a perder su nitidez y su importancia. Los abogados en el derecho común anglosajón tienden a ser mucho menos rigoristas acerca de estos temas que los civilistas. La misma actitud que orilló a Francia a adoptar el sistema métrico, la moneda decimal, los códigos legales y la rígida teoría de las fuentes del derecho, todo en muy pocos años, sigue siendo básicamente ajena a la tradición del derecho común anglosajón.