

Traducción de
EDUARDO L. SUÁREZ

La tradición jurídica romanocanónica

por JOHN HENRY MERRYMAN



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

bre el derecho extranjero y comparado; de allí han salido la mayoría de las ideas contenidas en este libro. El doctor Hein Kötz, investigador asociado del Instituto Max Planck de Hamburgo, y Gernot Reinert, profesor asistente de la Escuela de Derecho de Stanford, 1967-1968, me ayudaron en diversas formas, y en particular me dieron una información autorizada sobre el derecho alemán. La señora Lois St. John Rigg preparó el manuscrito para su publicación con habilidad, paciencia y buen humor. Mi agradecimiento para todas estas personas.

J. H. M.

Stanford, 1969

I. TRES TRADICIONES LEGALES

EN EL mundo contemporáneo hay tres tradiciones legales muy influyentes: el derecho civil, el derecho común y el derecho socialista. Este libro se ocupa de la más antigua, difundida e influyente de tales tradiciones: la del derecho civil.

Observará el lector que se usa el término de "tradición legal", no el de "sistema legal". Se quiere distinguir así entre dos ideas muy diferentes. Un sistema legal, tal como se usa aquí ese término, es un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales. En este sentido, hay un sistema federal y cincuenta sistemas estatales legales en los Estados Unidos, sistemas legales separados en cada una de las otras naciones, y aun otros sistemas legales distintos en organizaciones tales como la Comunidad Económica Europea y las Naciones Unidas. En un mundo organizado en estados soberanos y en organizaciones de estados, hay tantos sistemas legales como estados y organizaciones.

Los sistemas legales nacionales se clasifican con frecuencia en grupos o familias. Por ejemplo, los sistemas legales de Inglaterra, Nueva Zelanda, California y Nueva York se llaman sistemas de "derecho común" y hay buenas razones para agruparlos en esta forma. Pero no debe sugerirse que tengan instituciones, procesos y reglas legales idénticas.

Por el contrario, hay gran diversidad entre ellos, no sólo en sus reglas de derecho sustantivo, sino también sus instituciones y procedimientos.

De igual modo, Francia, Alemania, Italia y Suiza tienen sus propios sistemas legales, como los tienen Argentina, Brasil y Chile. Es cierto que frecuentemente se les llama naciones de "derecho civil", y en este libro trataremos de explicar por qué se justifica su agrupamiento en esta forma. Pero es importante reconocer que hay grandes diferencias entre los sistemas legales que operan en estos países, los que tienen reglas, procedimientos e instituciones legales muy diferentes. Incluso en Europa oriental, a pesar de las vigorosas fuerzas que tienden a producir la uniformidad dentro de la esfera de influencia soviética, existe una diversidad similar, aunque menos pronunciada. Estas naciones suelen agruparse como naciones de "derecho socialista", pero hay gran variación entre ellas, incluso en cuestiones fundamentales. Mientras que toda la tierra de la Unión Soviética es propiedad del estado, la mayoría de las otras naciones socialistas permiten cierta propiedad privada de la tierra, incluso la de la agrícola productiva. Por ejemplo, en la constitución yugoslava se garantiza el derecho a la propiedad de tierras productivas.

Tales diferencias entre los sistemas legales reflejan el hecho de que, durante varios siglos, el mundo ha sido dividido en estados individuales, bajo condiciones intelectuales que han subrayado la importancia de la soberanía estatal y alentado un énfasis nacionalista en las características y tradicio-

nes nacionales. En este sentido, no existe nada que pueda llamarse *el* sistema del derecho civil, *el* sistema del derecho común o *el* sistema del derecho socialista. Existen muchos sistemas legales diferentes dentro de cada uno de estos tres grupos o familias de sistemas legales. Pero el hecho de que se agrupen diferentes sistemas legales bajo un rubro tal como el del "derecho civil", por ejemplo, indica que tienen algo en común, algo que los distinga de los sistemas legales clasificados como de "derecho común" o "derecho socialista". Es esta comunión peculiar lo que se llama aquí la tradición legal y la que nos permite hablar de los sistemas legales de Francia y Alemania (y muchos otros) como sistemas de derecho civil.

Como lo implica el término, una tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de los 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 la 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.

Dentro de la gran diversidad de las tradiciones

legales existentes, las tres mencionadas antes tienen un interés particular porque están en vigor en naciones poderosas, tecnológicamente avanzadas, y porque han sido exportadas, con mayor o menor efecto, a otras partes del mundo. De las tres, la tradición del derecho civil es la más antigua y difundida. La fecha tradicional de su origen es el año 450 a.c., supuesta fecha de publicación de las XII Tablas en Roma. Es ahora la tradición legal dominante en la mayor parte de Europa occidental, toda América Latina, muchas partes de Asia y África, e incluso algunos enclaves dentro del mundo del derecho común (Luisiana, Quebec y Puerto Rico). Fue la tradición legal dominante en Cuba y en otras naciones de Europa oriental—incluida la Unión Soviética— que se han vuelto socialistas, y continúa ejerciendo una influencia importante sobre los sistemas legales socialistas. Por lo tanto, el entendimiento de la tradición del derecho civil es esencial para el entendimiento del derecho socialista. El derecho civil fue la tradición legal familiar para los políticos-académicos de Europa occidental creadores del derecho internacional. Las cartas básicas y el continuo desarrollo legal y operación legal de las comunidades europeas son obra de personas instruidas en la tradición del derecho civil. Resulta difícil exagerar la influencia de la tradición del derecho civil sobre el derecho de naciones específicas, el derecho de las organizaciones internacionales y el derecho internacional.

En el mundo del derecho común no estamos

acostumbrados a pensar en estos términos. Por lo tanto, conviene repetir que la tradición del derecho civil es más antigua, más difundida y más influyente que la tradición del derecho común. En estos sentidos, por lo menos, es más importante. Debe añadirse que muchas personas creen que el derecho civil es culturalmente superior al derecho común, en su opinión relativamente rudimentario y mal organizado. La cuestión de la superioridad carece realmente de importancia. Los juristas refinados del derecho comparado de ambas tradiciones abandonaron hace mucho tiempo las discusiones sobre la superioridad o inferioridad relativas. Pero resulta interesante el hecho de que muchas personas piensen que su sistema legal es superior al nuestro. Esa actitud ha pasado a formar parte de la tradición del derecho civil.

Así, un abogado de un país relativamente subdesarrollado de Centroamérica puede estar convencido de que su sistema legal es claramente superior al de los Estados Unidos o Canadá. A menos que sea un estudioso muy enterado del derecho comparado, podrá inclinarse a desdeñar a un abogado de derecho común. Reconocerá nuestro desarrollo económico mayor, y quizá envidiará nuestro nivel de vida. Pero se consolará pensando que nuestro sistema legal está subdesarrollado, y que los abogados del derecho común son personas relativamente incultas. Si no tomamos en cuenta esta actitud de algunos abogados civiles hacia los abogados comunes, es posible que incurramos en malentendidos y en una dificultad para comunicar.

Uno de los propósitos de este libro es el de ayudar a entender el origen de esta actitud y, de paso, demostrar que en ciertos sentidos está justificada.

La fecha que suele usarse para marcar el inicio de la tradición del derecho común es el año de 1066, cuando los normandos derrotaron a los nativos defensores en Hastings y conquistaron Inglaterra. Si aceptamos esa fecha, concluiremos que la tradición del derecho común es un poco más de 900 años más vieja. Conviene recordar que, cuando se publicó en Constantinopla el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano (que examinaremos más adelante), en el año de 529, la tradición del derecho civil, de la que forma parte importante, era ya más antigua que el derecho común en la actualidad. Sin embargo, a resultas de la notable expansión y desarrollo del Imperio Británico durante la época del colonialismo y el imperio, el derecho común tuvo una amplia difusión. Es ahora la tradición legal vigente en Gran Bretaña, Irlanda, los Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, y ha ejercido gran influencia sobre el derecho de muchas naciones de Asia y África.

Suele decirse que la tradición del derecho socialista se originó en la época de la Revolución de Octubre. Antes de ese acontecimiento, la tradición legal dominante en el Imperio ruso era la del derecho civil. Una de las intenciones de los revolucionarios soviéticos era la abolición del sistema burgués de derecho civil y su sustitución por un nuevo orden legal socialista. El efecto real de su reforma fue la superposición de ciertos principios

de la ideología socialista a los sistemas existentes del derecho civil y a la tradición del derecho civil. Bajo la influencia de la Unión Soviética y del pensamiento marxista, han ocurrido cambios legales similares en los estados de Europa oriental (y en otros países, tales como Cuba) que formaban parte de la tradición del derecho civil antes de que se convirtieran en estados socialistas. El resultado es una tradición legal joven y vigorosa que todavía manifiesta su naturaleza esencialmente híbrida.

La actitud socialista es que todo derecho es un instrumento de la política económica y social, y que las tradiciones del derecho común y del derecho civil reflejan básicamente una sociedad, una economía y un gobierno capitalistas, burgueses, imperialistas, explotadores. En la percepción de los socialistas, nuestro sistema legal incorpora y perpetúa un conjunto de metas e ideales que ellos consideran social y económicamente injustos. Al mismo tiempo, los abogados soviéticos creen que el derecho común es algo poco sistemático y poco desarrollado, por comparación con la legislación soviética, cuidadosamente elaborada, que se basa en la tradición del derecho civil de sistema y orden. Por último, para un abogado socialista, tanto la tradición del derecho civil como la tradición del derecho común son criticables porque materializan pero no enuncian claramente sus ideologías. Tal abogado ve nuestros sistemas legales como instrumentos para ocultar ideales burgueses en formas legales ostensiblemente neutrales que luego se usan para explotar al proletariado.

El hecho de que estas tres tradiciones legales tengan un origen europeo debe hacernos meditar. Por supuesto, hay muchas otras tradiciones legales en el mundo de hoy, y se están formando otras nuevas. El dominio de las tres tradiciones que hemos mencionado es el resultado directo del imperialismo de Europa occidental en los siglos anteriores y del imperialismo soviético en este siglo (así como la dominación del derecho romano en una época anterior fue un producto del imperialismo romano).

Así pues, hay muchas naciones importantes que no pueden incluirse en ninguna de estas tres grandes tradiciones legales. Se cree generalmente, por ejemplo, que incluso dentro de Europa occidental existen los sistemas legales escandinavos como algo aparte de las tradiciones del derecho civil y del derecho común. Una gran parte del mundo está sujeta al derecho islámico, y otras tradiciones legales de orientación religiosa ejercen gran influencia en otras partes del mundo. En gran parte de África y en muchos lugares de Asia, existen tradiciones legales autóctonas a menudo restringidas a áreas geográficas o grupos tribales relativamente pequeños. La mayoría de estas tradiciones han experimentado, o están experimentando, cierto contacto con los principales sistemas legales de otras partes del mundo, y el resultado es frecuentemente un estado inestable de coexistencia cuya naturaleza final no es todavía evidente. Un ejemplo prominente es el de la India, con su combinación peculiar de derecho hindú, otras influencias legales

ativas y el derecho común de Inglaterra (en la India gran parte del derecho inglés se transformó en una legislación sistemáticamente codificada, algo que no ocurrió jamás en Inglaterra). Otro ejemplo interesante es el de Japón, que en un período anterior recibió la tradición del derecho civil y los códigos alemanes, y más tarde —durante el período de ocupación posterior a la segunda Guerra Mundial— cayó bajo la influencia del derecho común, sobre todo en su derecho público. Por supuesto, tanto la tradición del derecho civil como la tradición del derecho común, en la medida en que se aplican en Japón, se superponen a una tradición legal anterior que conserva alguna fuerza pero que no se relaciona en modo alguno con el derecho civil o con el derecho común. China —con su propia tradición legal antigua, una variedad de influencias europeas y norteamericanas modernas, la enorme influencia de Mao y la Revolución Cultural, y los actuales esfuerzos de modernización— está buscando una nueva personalidad legal.

Pero no son estos sistemas nuestro tema; tampoco son nuestro tema el derecho común o el derecho socialista. El propósito de este libro es decirle algo inteligible al lector general educado acerca de la tradición más antigua, más difundida y más influyente de todas, la del derecho civil.

derecho civil se está volviendo sinónimo del derecho privado; el derecho mercantil se está "civilizando".

A medida que el derecho civil avanza, y el derecho mercantil pierde gradualmente su identidad separada, está ocurriendo un proceso análogo al enriquecimiento del derecho civil por el derecho canónico. En general, el derecho civil ha contemplado tradicionalmente las transacciones celebradas entre individuos como hechos jurídicos aislados. En cambio, el derecho mercantil ha contemplado las transacciones que involucran a los comerciantes como parte del flujo normal de la actividad comercial. A través de los siglos, esta diferencia de actitud ha generado diferencias en las reglas y las prácticas. Como sería de esperarse, en los países industriales-comerciales modernos ha tendido a preferirse el enfoque del derecho mercantil sobre el enfoque del derecho civil. Este proceso se ha descrito como la "comercialización" del derecho privado.

El derecho privado está integrado así por dos grandes campos que coexisten en una simbiosis. El derecho civil se enriquece por la "comercialización"; el derecho mercantil disminuye por la "civilización" y está en decadencia. Se tiende hacia un derecho privado unificado que es sinónimo del derecho civil. Persiste la subtradición más antigua dentro de la tradición del derecho civil.

XV. LAS PROFESIONES LEGALES

Como ocurre con las divisiones de la jurisdicción y del derecho, descritas en los capítulos XIII y XIV, la división del trabajo entre los abogados profesionales del mundo de derecho civil presenta características poco familiares en el mundo de derecho común y particularmente en los Estados Unidos. Los norteamericanos suelen concebir la profesión legal como una sola entidad. Para los norteamericanos, un abogado es siempre un abogado, cualquiera que sea la clase de trabajo legal que esté desempeñando en un momento dado. Muchos jóvenes graduados se inician como abogados privados, abogados del gobierno o miembros de los departamentos legales de las empresas, y permanecen en tales puestos durante toda su vida, pero es común que cambien de una rama de la profesión a otra. Durante su vida de trabajo, un abogado puede desempeñar diversos empleos legales. Puede pasar uno o varios años como ayudante de un juez estatal o federal tras su graduación en la escuela de derecho. Puede pasar algún tiempo en la oficina de un fiscal de distrito o local, o en la oficina legal de un organismo estatal o federal; o puede unirse al departamento legal de una empresa. Luego podrá pasarse a la práctica privada. Si tiene una carrera afortunada, finalmente podrá obtener un nombramiento

de juez estatal o federal. Los norteamericanos consideran normal que el abogado se mueva sin dificultad de una posición a otra, y no consideran necesario que tenga un adiestramiento especial para ninguna de estas clases de trabajo diferentes.

Las cosas son distintas en las jurisdicciones de derecho civil. Allí, el joven graduado tiene que elegir entre diversas carreras profesionales. Puede iniciar una carrera de juez, de fiscal, de abogado gubernamental, de abogado privado o de notario. Debe tomar esta decisión pronto y atenerse a las consecuencias. En teoría puede moverse de una de estas profesiones a otra, pero tales movimientos son relativamente raros. La elección inicial, una vez realizada, tiende a ser definitiva en la mayoría de los casos. El punto de entrada a cualquiera de estas carreras se encuentra casi siempre en la parte inferior, y el avance depende con frecuencia de la antigüedad dentro de la carrera tanto como del mérito. La experiencia en otra carrera legal no otorga un inicio más avanzado ni alguna ventaja formal en el proceso del avance. Así, el abogado joven se encierra pronto en una carrera cuyo abandono tenderá a ser demasiado costoso.

En consecuencia, las líneas divisorias de las carreras tienden a ser muy marcadas. Quienes están involucrados en una rama de la profesión legal llegan a considerarse diferentes de los otros. Desarrollan su propia experiencia, su propia imagen laboral, su propia asociación profesional. Las rivalidades, los problemas jurisdiccionales y las fallas de comunicación entre diferentes clases de aboga-

dos tienden a ocurrir con mayor frecuencia que en los Estados Unidos, donde hay una sola profesión legal unificada. Inglaterra, con su división de la profesión en miembros de la barra y litigantes, se aproxima un poco más al modelo del derecho civil, pero todavía dista mucho de exhibir el grado de separación e inamovilidad que suele encontrarse en el mundo de derecho civil. La burocratización, especialmente evidente en las diversas carreras legales gubernamentales, es apreciablemente mayor que en el mundo de derecho común, donde una fácil movilidad lateral entre las diversas ramas de la profesión legal genera un modo de entrada y de avance muy diferente.

La tendencia de la elección inicial de la carrera legal a ser definitiva, y la consiguiente separación marcada de cada rama de la profesión legal se combinan para producir varios efectos considerados inconvenientes por muchos abogados civilistas. Con frecuencia se toma la decisión de la carrera sin tener una base adecuada para la elección, antes de que el joven abogado se haya expuesto suficientemente al conjunto de posibles carreras legales para decidir sensatamente cuál es la mejor para él. El aislamiento entre las carreras, la tendencia a identificarse sólo con un conjunto de intereses y funciones profesionales, estimula una limitante estrechez de la actitud y una "balcanización" de las profesiones legales. Estas son algunas de las razones por las que, en ciertos países, los estudiantes de derecho deben experimentar una etapa de adiestramiento práctico en la que deben participar durante ciertos

períodos en el trabajo de los jueces, los abogados gubernamentales y la práctica privada, antes de que puedan ser admitidos en alguna carrera legal. Esta institución está más desarrollada en Alemania, donde el estudiante que se gradúa debe pasar dos años y medio (un período llamado el *Referendarzeit*) en tal programa de adiestramiento práctico.

El poder judicial constituye un ejemplo obvio e interesante de los fenómenos que estamos describiendo. Al graduarse en la escuela de derecho (o tras el período de adiestramiento práctico, cuando así se requiera), el estudiante que desee llegar a ser un juez solicitará de inmediato su admisión en el poder judicial; si es seleccionado (a menudo sobre la base de un examen competitivo), ingresará al estrato inferior de la profesión. En algunos países, el joven graduado asistirá a una escuela especial para jueces, pero en la mayoría de los países se verá pronto asignado al estrato más bajo de la jerarquía de tribunales en una parte remota del país. A resultas de alguna combinación de antigüedad y mérito demostrado, gradualmente ascenderá en la jerarquía judicial a posiciones judiciales más convenientes y prestigiosas, y finalmente se jubilará. Normalmente competirá por posiciones convenientes sólo contra otros miembros del poder judicial. La designación para los puestos del tribunal más alto —una corte suprema de casación o su equivalente— puede abrirse en teoría a distinguidos abogados practicantes o profesores, pero tales nombramientos son raros. Los tribunales más altos, como los tribunales inferiores, tienden a ser admi-

nistrados exclusivamente por quienes han ascendido dentro del servicio de la carrera judicial. El juez típico no habrá practicado jamás el derecho, ni habrá trabajado en ninguna otra rama de la profesión legal, excepto quizá durante el adiestramiento práctico requerido después de la graduación en la universidad. Restringirá sus contactos profesionales y sociales a otros jueces. Verá el derecho sólo desde el punto de vista del juez. Será un especialista.

El fiscal es también un empleado público, y de ordinario tiene dos funciones principales. La primera consiste en actuar como agente del ministerio público en los juicios penales, preparando y presentando las demandas estatales contra los acusados ante un tribunal. En este sentido, el fiscal se parece a un abogado de distrito en un estado norteamericano típico. En cambio, su segunda función principal es muy diferente: deberá representar el interés público en procedimientos judiciales entre individuos privados. Es posible que deba intervenir así, incluso en primera instancia, en diversas acciones de la clase considerada de ordinario como cuestiones legales privadas, que sólo involucran los intereses de las partes. También podrá intervenir en otros asuntos en primera instancia, típicamente acciones que involucran la posición personal y las relaciones familiares. Por último, en algunos países tendrá que comparecer y presentar su propia concepción independiente de la interpretación y aplicación correctas del derecho en acciones ejercitadas ante los tribunales ordinarios más altos. La teoría indica que una de las funciones primordiales de tales tri-

bunales es la interpretación y la aplicación correctas del derecho, que no puede esperarse siempre que las partes presenten todos los argumentos, y que los jueces necesitan la asistencia de un fiscal para asegurar una concepción imparcial, en aras del derecho.

El joven graduado universitario que quiera llegar a ser fiscal presentará de ordinario el examen estatal para esta carrera poco después de abandonar la universidad o completar su adiestramiento práctico; si tiene éxito, entrará a la parte inferior del servicio e iniciará así una carrera para toda la vida. Recientemente se ha observado en las jurisdicciones de derecho civil una tendencia hacia la "judicialización" del servicio del ministerio público, ya que los fiscales desempeñan funciones cuasi-judiciales, de modo que deben tener algo de la independencia y la inamovilidad de los jueces. Esta tendencia ha avanzado considerablemente en varios países donde los fiscales han pasado a formar parte del poder judicial, sobre todo en Italia. Sin embargo, la carrera de los jueces y la de los fiscales siguen siendo carreras separadas dentro del poder judicial, incluso en estos países; aunque la tendencia final puede ser una fusión de las dos funciones, esto no ha ocurrido todavía. En particular, la relación existente entre el fiscal y el ministerio de justicia, que ejerce autoridad sobre su trabajo, sigue siendo muy diferente de la relación existente entre el juez y ese ministerio. Sin embargo, la judicialización del cargo de fiscal ha tendido a alentar la movilidad entre la profesión judicial y la fiscal.

En algunas jurisdicciones de derecho civil no existe ninguna carrera general de abogado gubernamental; las oficinas y los organismos gubernamentales individuales tienen sus propios departamentos legales, pero la designación, el ascenso, el sueldo, las condiciones de trabajo y los beneficios pueden variar ampliamente de un organismo a otro. El abogado trabaja para un organismo o una oficina dados y se identifica con ellos, en lugar de hacerlo más generalmente con un cuerpo de abogados gubernamentales. En otros países hay una oficina de abogados gubernamentales que provee servicios legales para todos los organismos estatales. Incluso en el primer caso, la designación y el ascenso se encuentran burocratizados y regularizados. Y en todo caso, la dificultad del movimiento lateral a otra rama de la profesión tiende a fijar al abogado gubernamental en su carrera. Como ocurre con el servicio judicial y el servicio del ministerio público, el estudiante que desee convertirse en abogado gubernamental toma el examen estatal tras de completar su educación jurídica y su adiestramiento práctico, e ingresa a ese servicio en el estrato inferior. Normalmente permanece allí durante toda su vida.

El abogado del derecho civil es lo más semejante que podemos encontrar en relación con el "*attorney-at-law*" de los Estados Unidos. Las divisiones de esta profesión en subespecialidades (por ejemplo, en Francia, el *avocat* y el *avoué*; en Italia el *avvocato* y el *procuratore*) sobreviven todavía en algunos países, pero están perdiendo rápidamente

su importancia. El abogado aconseja a sus clientes y los representa en un tribunal. También puede ayudarlos a planear sus negocios mercantiles y de propiedades. Será un producto de la escuela de derecho de una universidad y, típicamente, de un período de aprendizaje en la oficina de un abogado experimentado. De ordinario ejercerá en una oficina jurídica en la que es el único abogado principal, con uno o dos abogados jóvenes asociados. Empiezan a aparecer con mayor frecuencia, en las grandes ciudades del mundo de derecho civil, algunas firmas legales semejantes a las de los Estados Unidos, pero la regla general sigue siendo la oficina individual; en algunos países están incluso prohibidas las asociaciones para la práctica de la abogacía. Con frecuencia hay restricciones similares para el desarrollo de departamentos jurídicos corporativos o similares arreglos de "casas de asesores". Esta clase de restricción es el producto de la idea tradicional del abogado como una persona totalmente independiente que está en libertad para aceptar o rechazar clientes, y que toma sus propias decisiones acerca de la forma como deban manejarse los asuntos del cliente. Sin embargo, hay una tendencia creciente hacia la evasión de tales restricciones, de modo que no es infrecuente encontrar grupos de abogados que trabajan juntos en lo que parecen asociaciones o departamentos jurídicos corporativos en una jurisdicción donde tales arreglos parecen estar prohibidos por la ley o por las regulaciones de la barra de abogados. En general, todos los abogados practicantes deben ser

"muchos"
U.S.A. → "derecho común" ≠ "derecho civil"

miembros de una barra de abogados, la que con frecuencia es oficialmente reconocida y tiene autoridad para promulgar reglas que gobiernen la práctica de la profesión, incluyendo el nivel de los honorarios. Al igual que en los Estados Unidos y otros países, los miembros de la barra tienden a involucrarse en la política y llegar a ocupar altos cargos públicos. Aunque esto varía de un país a otro, en muchos países de derecho civil se observa que el porcentaje de altos funcionarios públicos que iniciaron su carrera como abogados practicantes es tan elevado como en los Estados Unidos, o más elevado aún.

Si el abogado del derecho civil se asemeja mucho a nuestro abogado practicante, toda semejanza entre el notario del derecho civil y el notario público de los países de derecho común es sólo superficial. Ambas ocupaciones tienen los mismos orígenes históricos, pero han evolucionado de manera muy diferente. Nuestro notario público es una persona de muy escasa importancia. El notario del derecho civil es una persona de considerable importancia. El notario del país de derecho civil típico desempeña tres funciones principales. Primero, elabora proyectos de importantes instrumentos legales, tales como testamentos, escrituras constitutivas de empresas, compraventas de inmuebles y contratos en general. Los abogados elaboran a veces ciertos instrumentos, pero el notario continúa realizando la mayor parte de este trabajo en los países de derecho civil. (Sin embargo, a pesar de la posición establecida del notario en este campo, existe cierta ten-

sión entre los abogados y los notarios por cuestiones jurisdiccionales.) Segundo, el notario certifica algunos instrumentos. Un instrumento certificado (llamado "acta pública" en todo el mundo de derecho civil) tiene efectos probatorios especiales: establece concluyentemente que el instrumento mismo es genuino y que su contenido refleja fielmente lo que dijeron las partes y lo que el notario vio y escuchó. En un procedimiento judicial ordinario no se admiten pruebas en contrario de lo enunciado en un instrumento público. Quien desee atacar la autenticidad de un instrumento público deberá ejercitar una acción especial para tal propósito, y tal acción se ejerce raras veces. Tercero, el notario actúa como una especie de oficina de registros públicos. Debe conservar el original de todos los instrumentos que elabore y proveer copias certificadas a solicitud de los interesados. Una copia certificada tiene de ordinario el mismo valor probatorio que el original.

Los notarios suelen tener una posición casi monopólica. Un país de derecho civil típico se dividirá en distritos notariales, y en cada distrito tendrán competencia exclusiva un número limitado de notarios. Al revés de lo que ocurre con los abogados, quienes están en libertad de negarse a servir a un cliente, el notario debe servir a todos los solicitantes de sus servicios. Esto, aunado a sus funciones como oficina de registro y su posición monopólica, tiende a convertirlo en un funcionario público a la vez que es un funcionario privado. El acceso a la profesión de notario es difícil porque

el número de las oficinas notariales es muy limitado. Los candidatos a puestos notariales deben ser de ordinario graduados de escuelas de derecho universitarias y deben seguir un aprendizaje en la oficina de un notario. Típicamente, los aspirantes a tales puestos tomarán un examen nacional y, si tienen éxito, se les asignará una vacante cuando se presente, aunque en algunos países todavía debe el aspirante afortunado comprar la "oficina" a su propietario. De ordinario habrá una organización nacional de notarios que desempeñará para los notarios la misma clase de funciones que desempeña la asociación de la barra nacional para los abogados y otras organizaciones de jueces, fiscales y abogados gubernamentales.

Llegamos por último al jurista académico, quien enseña en las escuelas de derecho y escribe la doctrina que, como explicamos en el capítulo IX, influye fuertemente sobre todos los aspectos del proceso legal en la tradición del derecho civil. Es el heredero de la tradición del jurisconsulto romano y del académico medieval, cuyas opiniones han tenido una autoridad formal obligatoria para los jueces en algunos períodos de la historia de la tradición del derecho civil. Aparte de la autoridad formal, el jurista académico se considera generalmente como la persona que se encarga del pensamiento fundamental para toda la profesión legal. Sus ideas, expresadas en libros y artículos, y sus opiniones sobre cuestiones legales específicas planteadas en litigios o en la elaboración de leyes, sobre todo en las áreas cubiertas por los códigos básicos,

tienen una importancia sustancialmente mayor que el trabajo de los juristas académicos del mundo de derecho común.

No se alcanza fácilmente la categoría de profesor en una universidad de derecho civil. El camino hacia el nombramiento a una cátedra vacante es largo, arduo y azaroso. El joven aspirante a una carrera académica se asocia a un profesor como ayudante, a veces con paga y a veces sin ella. Finalmente, tras llenar ciertos requisitos más o menos formales y publicar un libro, tomará un examen estatal para su admisión a la categoría de "docente privado". Si recibe este título, será considerado apto para un puesto académico. Cuando queda vacante una cátedra, el aspirante competirá por ella con otros docentes privados y, si el puesto es importante, contra profesores de otras cátedras menos prestigiosas. A lo largo de este proceso, su avance puede depender tanto de la influencia del profesor al que se ha asociado como de su capacidad académica demostrada. Este sistema da al profesor gran poder sobre quienes se han asociado con él en lo tocante a sus carreras. El resultado es un mundo académico integrado por profesores rodeados de un séquito de ayudantes. Se espera que estos ayudantes piensen y trabajen como el profesor, y así se crean y se expanden las "escuelas de pensamiento". El profesor espera una lealtad doctrinal y personal, ya que su poder sobre la carrera del ayudante le permite exigirle tal cosa.

La incertidumbre del éxito en la búsqueda de una cátedra es tan grande que pocos pueden darse

el lujo de depender exclusivamente de ella. Además, en muchos países de derecho civil no se espera que los profesores pasen todo su tiempo, o siquiera la mayor parte, en la escuela de derecho. En particular en América Latina, sus sueldos reflejan este supuesto: son muy bajos por todos conceptos. Las obligaciones formales del profesor consisten en dictar conferencias a sus alumnos durante pocas horas a la semana y administrar exámenes (con la ayuda de sus asistentes) dos o tres veces por año. No se le paga lo suficiente para que viva bien, de modo que divide la mayor parte de su tiempo entre otra carrera legal —de ordinario en la práctica, el poder judicial o el puesto público— y sus obras y las obras doctrinales de sus ayudantes. Los profesores son maestros e investigadores a tiempo completo en algunas partes del mundo de derecho civil, como ocurre en Alemania, pero se trata de excepciones a la regla general. La tendencia apunta hacia el tiempo completo, pero todavía es sólo una tendencia. Por lo tanto, el aspirante a un puesto académico suele iniciar una carrera legal adicional, como una protección contra el posible fracaso en el mundo académico y como una fuente adicional de ingresos, aunque tenga éxito en la competencia por una cátedra. El profesor no trabaja tiempo completo y no se espera que lo haga. En el caso habitual, es también un abogado practicante, y el prestigio de su título de profesor puede resultarle muy importante por los negocios que acarreará para su oficina legal. Un abogado que tenga el título de profesor atraerá clientes importantes y será llama-

do para que prepare opiniones sobre cuestiones legales por otros abogados (y también por los jueces) que le pagarán honorarios.

La tendencia del profesor de derecho a ser también un abogado practicante produce lo que parece una especie curiosa de esquizofrenia profesional a los ojos de los abogados de derecho común. Como abogado, será pragmático, concreto, orientado hacia los resultados. Seguirá el problema a donde lo lleve, por encima de las fronteras que separan los campos del derecho. Será consciente de los hechos. Buscará y citará decisiones judiciales. Será un abogado duro, partidista. Como profesor, escribirá y enseñará en el estilo doctrinario prevaleciente, trabajando dentro de la tradición central de la ciencia jurídica. Sus escritos y sus enseñanzas revelarán prominentemente las características académicas típicas del academismo jurídico del mundo de derecho civil, y es posible que incluso exagere tales características para compensar con creces el hecho de ser también un abogado litigante. Se vuelve agresivamente académico, como una especie de reacción contra su trabajo práctico como abogado. Su vida se divide en dos mitades separadas, y adopta una personalidad profesional diferente para cada una de ellas.

Así pues, estos son los actores principales del proceso legal en la tradición del derecho civil: el juez, el fiscal, el abogado gubernamental, el litigante, el notario y el profesor-investigador jurídico. Cada uno de ellos es un especialista. La profesión legal está fragmentada, lo que contrasta con la pro-

fesión legal más fuertemente unificada de los países de derecho común. La diferencia es importante: refleja y refuerza las diferencias más fundamentales existentes entre las dos tradiciones legales. Estas diferencias pueden ilustrarse reconsiderando brevemente las diferencias existentes entre el juez del derecho civil y el juez del derecho común.

Hemos visto en capítulos anteriores que el juez del derecho civil queda relegado a un papel relativamente secundario en el proceso legal. En cierto sentido, su trabajo es rutinario. No crea ni formula políticas; aplica las reglas creadas y formuladas por otros, siguiendo procedimientos dictados por ellos. En consecuencia, el enfoque de la organización judicial, sin dejar de tener características especiales, es similar en muchos sentidos a la organización de otras ramas del servicio civil. Los jóvenes entran en el estrato inferior y avanzan de acuerdo con la antigüedad y el mérito. Hay procedimientos regulares para la promoción y las evaluaciones periódicas del desempeño. En virtud de que el trabajo judicial se considera rutinario y poco creativo, puede ponerse sin peligro en las manos de personas jóvenes, inexpertas. Es cierto que tales personas obtienen puestos judiciales secundarios a principios de sus carreras, avanzando a niveles más importantes a medida que adquieren experiencia. Pero es la experiencia *judicial* lo que las califica para manejar los asuntos más importantes. No cuenta la experiencia obtenida en otras ramas de la profesión legal.

La imagen prevaleciente del juez tiende a jus-

tificarse a sí misma. La carrera es atractiva para quienes carecen de ambición, quienes buscan la seguridad y quienes tienen pocas probabilidades de destacar como abogados practicantes o en la competencia por un puesto académico. Las condiciones de trabajo y los sueldos corresponden a esta imagen. En consecuencia, los mejores graduados de las escuelas de derecho buscan su carrera en otra parte. El resultado ha sido, en algunas partes del mundo de derecho civil, que la carrera judicial se ha vuelto un refugio para abogados mediocres. Por supuesto, incluso en tales países hay algunos jueces excelentes, pero la calidad media tiende a ser baja. Las mejores mentes jurídicas suelen encontrarse en otra parte, sobre todo en la práctica y en la vida académica. La profesión legal tiene una estructura clasista claramente definida; los jueces se encuentran en la clase baja.

La calidad y la posición de los jueces se convierte así en un índice bastante confiable de la permanencia de una imagen vigorosa, dentro de un país dado, del proceso legal surgido de la revolución jurídica y fortalecido y refinado por la ciencia jurídica. Cuando es muy fuerte la influencia de estas tradiciones, como ocurre en gran parte de América Latina, la calidad y la posición de los jueces son muy bajas. Este efecto se rebustece (y se complica) por el factor adicional de la conciencia de clase social. Las clases altas, que obtienen la mejor educación y tienen amigos influyentes, tienden a contar con un acceso privilegiado y a dominar la práctica y la vida académica. Los puestos judiciales

se entregan frecuentemente a quienes están ascendiendo a la clase media desde orígenes sociales más humildes. En esta forma, la carrera judicial provee un conducto conveniente para la movilidad social.

Pero en varios países europeos, donde los extremos del modelo revolucionario del proceso legal han perdido parte de su poder, y donde se está reduciendo la influencia de la ciencia jurídica sobre la mente legal, hay una tendencia perceptible hacia una judicatura de mejor calidad y posición. Es cierto que esta tendencia es más fuerte fuera de la judicatura ordinaria. Los ejemplos más prominentes se encuentran en los tribunales constitucionales recientemente creados en Austria, Alemania, Italia y España (descritos en el capítulo XVIII) y en tribunales administrativos como la sección judicial del Consejo de Estado francés. Pero incluso dentro de la judicatura ordinaria, han venido aumentando las facultades —y por ende la posición— de los jueces. Es conocida la obra de la judicatura francesa en la creación y el desarrollo del derecho cuando el Código Napoleónico era omiso o inadecuado. Otro ejemplo es la facultad de los jueces italianos ordinarios para tomar una decisión preliminar acerca de que una objeción constitucional, planteada en un juicio civil o criminal, sea "manifiestamente infundada". La creciente conciencia judicial de la estrecha relación existente entre una decisión interpretativa de un estatuto y el resultado probable de un ataque constitucional contra ese estatuto es un ejemplo más. Tales cambios, combinados con una creciente preocupación realista por la inade-

cuación del modelo tradicional del proceso judicial, se experimentan con mayor fuerza en los países de derecho civil más importantes a través de la historia: Francia, Alemania e Italia. Aunque es improbable que surja de esta evolución algo parecido al juez del derecho común, parece probable que se fortalezca la posición de la "clase judicial" dentro de la profesión legal. Es posible que esto tienda, a su vez, a reducir la nitidez de la separación existente entre los jueces y otras clases de abogados.

XVI. EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Así como el derecho civil es el meollo del derecho sustantivo en la tradición del derecho civil, el procedimiento civil es el meollo del derecho procesal. En términos estrictos, el derecho procesal civil se aplica sólo al proceso de ejecución judicial de los derechos y las obligaciones derivadas de la parte del derecho privado que es el derecho civil. La naturaleza y los propósitos diferentes del procedimiento penal y la existencia de conjuntos de tribunales separados, tales como los tribunales administrativos, han producido cuerpos separados de procedimiento penal y procedimiento administrativo. Pero todos los sistemas de procedimientos en la tradición del derecho civil tienen un origen común en el derecho romano, canónico e itálico medieval. Todos han seguido el ejemplo de los procesalistas civiles en la modelación y el desarrollo del derecho procesal. El procedimiento civil es central y básico, y los sistemas procesales especiales —incluso el procedimiento penal— han tendido a desarrollarse como variaciones del modelo procesal civil.

Al mismo tiempo, hay algunas diferencias importantes entre el procedimiento civil y el procedimiento penal, y en particular desde el período de las revoluciones, el procedimiento penal ha sido un campo independiente para la regulación y el es-