

Traducción de
CARLOS SIERRA

La tradición jurídica romano-canónica

por JOHN HENRY MERRYMAN



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

Primera edición en inglés, 1969
Primera edición en español, 1971
Primera reimpresión, 1979

*A Nancy, Len, Sam y Bruce para
celebrar el 1º de abril de 1953
y otros días grandiosos*

Título original:
*The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal
Systems of Western Europe and Latin America*
© 1969 Stanford University Press, Stanford, Cal.

D. R. © 1971 FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
Av. de la Universidad 975, México 12, D. F.

ISBN 968-16-0132-7

Impreso en México

NOTA

EL TÉRMINO usado en el título de la obra original, *civil law*, no puede ser traducido literalmente como *derecho civil*, que significa solamente una parte del sistema jurídico total de los países del continente europeo y de la América Latina, que es el objeto de estudio de este libro, sistema fundado en la ciencia desarrollada por los jurisconsultos romanos y por sus herederos medievales y que cristalizó en la codificación napoleónica. Estos países, según el comparatista René David, "siguen unidos todavía hoy por un estrecho lazo, que les lleva a todos ellos a adoptar los conceptos de la ciencia romana y las clasificaciones y nociones jurídicas aceptadas en común por sus juristas".

Por ello en el título de esta traducción se ha usado una extensa denominación, que subraya la diferencia con el sistema jurídico del *common law*, vigente en los países anglosajones, en el cual se reconoce un distinto valor a las diversas fuentes del derecho: la ley escrita, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia.

PREFACIO

ESTE LIBRO ha sido escrito para aficionados y no para profesionales. Se dirige al lector general que desea conocer lo que une entre sí a los sistemas jurídicos de Europa Occidental y de la América Latina y lo que los distingue de los sistemas jurídicos del mundo angloamericano; a los que no son abogados y desean saber algo acerca del aspecto legal de las culturas europeas y latinoamericanas; a los estudiantes que se interesan por lecturas adicionales a sus cursos de historia, de política, de sociología, de filosofía, de relaciones internacionales, de geografía o de derecho. Este libro también puede resultar útil para los abogados que no han estudiado el derecho internacional y comparado, y desean, por razones prácticas o de otra índole, empezar a remediar esta deficiencia. Puede proporcionar lecturas de consulta a personas que tienen negocios públicos o privados en Europa o en América Latina (o en otras naciones que tienen un derecho civil). Mis colegas de profesión en derecho internacional o comparado, sin embargo, encontrarán probablemente que este trabajo es demasiado elemental y demasiado general para despertarles algún interés.

Aun cuando intenté dejar bien claro en el texto que este libro no pretende describir un sistema jurídico nacional específico, sin embargo, debo anotar aquí por lo especial del caso el particular problema que plantean Francia y Alemania. Cada una de estas naciones ha contribuido en forma notable a la tradición del derecho civil y ambas ocupan todavía una

posición de liderato intelectual en el mundo del derecho civil. Al mismo tiempo, ninguna de las dos tiene un "típico" sistema de derecho civil; es más, en cierto sentido ambos son los menos típicos de todos. La ideología revolucionaria francesa y el estilo de codificación francés tuvieron una influencia muy raquítica en el derecho alemán. La ciencia jurídica alemana nunca tuvo arraigo en Francia. Pero en otros mundos del derecho civil ha habido una fuerte tendencia a recibir y a fusionar ambas influencias. Esto es de particular importancia en los países mediterráneos europeos y en la América Latina, pero en cierta medida también se aplica a la mayoría del mundo del derecho civil. Un lector alemán o francés podrá encontrar en este libro mucho que no es representativo de su sistema jurídico. La razón es que su sistema es atípico. El mundo del derecho civil incluye una gran variedad de sistemas legales nacionales en Europa, América Latina, Asia, África y el Medio Oriente. Este libro trata, pues, de la tradición legal que ellos comparten y no del derecho alemán o francés.

Tengo también que decir algo acerca de sus alcances. No tengo intenciones de sugerir que todos los abogados de las naciones civilistas acepten o crean en los aspectos que de sus tradiciones pudieran aparecer al lector como excesivas o deficientes; al contrario, he tratado de indicar a todo lo largo del libro (lo recalco al final otra vez en el capítulo xix, y pido al lector que no se lo salte) que sólo estoy describiendo las actitudes "prevalecientes". Existen abogados comunes y corrientes, pero hay también jurisconsultos refinados y críticos que se mantienen al tanto de las últimas novedades del pensamiento jurídico. Los juristas

refinados siempre constituyen el grupo menor y menos representativo, pero incluso en las naciones más atrasadas siempre encontraremos unos cuantos abogados que dirán: "Ésa no es mi línea de pensamiento, en lo absoluto." En una nación más avanzada, con un sistema de derecho civil como Francia o Alemania, la proporción de abogados ilustrados y sin complejos y el grado en que el orden jurídico se ha liberado de los defectos de la tradición será desde luego mucho mayor. Ésta es otra muestra de la falta de tipismo de los sistemas francés y alemán. Sin embargo, este libro trata del modo como piensan el común de los abogados en el gran mundo del derecho civil, con todo y que la vanguardia del pensamiento jurídico les diga que están equivocados.

El decano de la Escuela de Derecho de Stanford, Bayless A. Manning, me persuadió de que este libro era necesario y me animó a escribirlo. Tres extraordinarios especialistas en derecho comparado —el profesor Cappelletti de la Universidad de Florencia, F. H. Lawson, anteriormente de la Universidad de Oxford y Konrad Zweigert del Instituto Max Plank en Hamburgo— amablemente leyeron el manuscrito y sugirieron varios cambios que lo mejoraron. Uno de mis colegas en la Universidad de Stanford, el doctor George Torzsay-Biber, me ayudó muchísimo en una serie de preguntas relativas al derecho civil romano. Generaciones de eruditos dedicados y con imaginación han producido una enjundiosa literatura acerca del derecho extranjero y comparado y de allí obtuve muchas de las ideas que este libro contiene. El doctor Hein Kötz, Investigador Adjunto en el Instituto Max Planck, y Gernot Reinert, catedrático como yo en la Escuela de Derecho de Stanford, 1967-68, me auxi-

liaron en múltiples maneras y en particular me proporcionaron información bien autorizada acerca del derecho alemán. La señorita Lois St. John Rigg preparó el manuscrito para su publicación con pericia, paciencia y buen humor. A todos ellos, mi agradecimiento.

Stanford, 1969

J. H. M.

I. TRES TRADICIONES JURÍDICAS

EXISTEN tres tradiciones jurídicas importantes en el mundo contemporáneo: derecho civil, derecho común anglosajón, derecho socialista. Este libro versará acerca del más antiguo, del más difundido y del que mayor influencia ha tenido entre todos ellos: de la tradición del derecho civil o escrito.

El lector observará que el término usado es "tradición jurídica", no "sistema jurídico". El fin es distinguir entre dos ideas perfectamente distintas. Un sistema jurídico como se usa el término aquí, es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas. En este sentido existen un sistema jurídico federal y cincuenta sistemas jurídicos estatales en los Estados Unidos; otros sistemas legales distintos en cada nación extranjera e incluso 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 puede haber tantos sistemas jurídicos cuantos estados y organizaciones de estados existan.

Los sistemas jurídicos nacionales generalmente son clasificados en grupos o familias. De este modo los sistemas legales de Inglaterra, Nueva Zelandia, California y Nueva York son llamados de "derecho común anglosajón" y por cierto existen muy buenas razones para agruparlos en esta forma. Pero sería impreciso dar a entender que ellos tienen instituciones legales, procedimientos y normas idénticas; al contrario, existe una gran diversidad entre ellos no

sólo en su reglamentación legal básica sino también en sus instituciones y procedimientos.

De modo semejante Francia, Alemania, Italia y Suiza tienen sus propios sistemas legales, así como también los tienen la Argentina, el Brasil y Chile. Es cierto que suele llamárseles con el nombre de naciones de "derecho civil" y en este libro trataremos de explicar por qué tiene sentido agruparlos a todos de esta manera. Sin embargo, es importante reconocer que hay grandes deferencias entre los sistemas legales que rigen en estos países. Tienen normas sustantivas jurídicas, procedimientos jurídicos e instituciones legales muy diversas. Incluso en la Europa Oriental, a pesar de la fuerte influencia que pretende crear una uniformidad dentro de la esfera de influencia soviética, existe una diversidad similar si bien ciertamente menos pronunciada. Aunque estas naciones suelen ser agrupadas como naciones de "derecho socialista" existen muchas y marcadas diferencias entre ellas, incluso en temas fundamentales. Por ejemplo, en la Unión Soviética toda la tierra es propiedad del estado, pero la mayoría de las demás repúblicas socialistas permiten una cierta propiedad privada de la tierra, incluso de tierra de labranza. Estas diferencias en los sistemas legales son reflejos del hecho de que durante varios siglos el mundo ha estado dividido en estados individuales, bajo condiciones intelectuales que han recalcado la importancia de la soberanía del estado y han alentado un acendrado espíritu nacionalista basado en tradiciones y características nacionales. En este sentido, no existen conceptos tales como *el* sistema de derecho civil, *el* sistema de derecho consuetudinario, o *el* sistema legal socialista. Más bien, existen muchos sistemas legales

diferentes dentro de estos tres grupos o familias de sistemas jurídicos. Pero el hecho de que diferentes sistemas legales sean agrupados bajo un rubro como el de "derecho civil" quiere decir que tienen algo en común, algo que los distingue de los sistemas legales clasificados como "derecho consuetudinario" o "derecho socialista". Justamente es ese algo compartido en exclusiva lo que será tratado aquí como tradición jurídica y es lo que hace posible el hablar de los sistemas francés o alemán (y de otros muchos) como sistemas de derecho civil o escrito.

Una tradición jurídica, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca al sistema jurídico dentro del ámbito cultural.

De la gran variedad de tradiciones jurídicas que subsisten, las tres mencionadas anteriormente revisten especial interés porque están en vigor en naciones poderosas y desarrolladas tecnológicamente y porque se han exportado, con grandes o insignificantes efectos, a otros lugares del mundo. De las tres, la tradición del derecho civil o escrito es la más antigua y la más ampliamente difundida. La fecha tradicional de su

nacimiento es 450 A. C., que es la fecha supuesta para la publicación de las *XII Tablas de Roma*. Hoy en día es la tradición dominante en la mayor parte de Europa Occidental, en todo Centro y Sudamérica, en muchas partes de Asia y África, y tiene ciertas zonas de predominio dentro del mundo del derecho consuetudinario (Louisiana, Quebec, Puerto Rico). Hasta hace poco era la tradición jurídica dominante en la mayor parte de los países de Europa Oriental (incluyendo la Unión Soviética) que luego pasaron a ser países de derecho socialista; por esta razón, para entender el derecho socialista es necesario entender la tradición del derecho civil. El derecho civil fue la tradición jurídica familiar a los jurisconsultos y políticos de Europa Occidental quienes fueron los padres del derecho internacional. Las constituciones y el continuo desarrollo legal y la operación de las Comunidades Europeas son la obra de personas educadas en la tradición del derecho civil. Es difícil exagerar la influencia de la tradición del derecho civil en el derecho de naciones específicas o en los reglamentos de las organizaciones internacionales o en el derecho internacional mismo.

Los que vivimos en un mundo de derecho común o consuetudinario anglosajón no estamos acostumbrados a pensar en esos términos. De allí que deberemos seguir insistiendo en que la tradición del derecho civil es más antigua, más ampliamente difundida y de mayor influencia que la tradición del derecho consuetudinario. Al menos en estos sentidos es más importante. Debemos añadir que mucha gente cree que el derecho civil es superior culturalmente al derecho común anglosajón el cual les parece relativamente burdo y desorganizado. No importa, para este

tema, cuál sea en realidad superior. Los especialistas en derecho comparado hace ya mucho tiempo que abandonaron las discusiones relativas a cuál de las dos tradiciones era realmente superior o inferior. Pero lo que sí debo hacer constar es que mucha gente piensa que su sistema jurídico es superior al nuestro. Esa misma actitud ha llegado a ser parte de la tradición del derecho civil.

Por esa razón un jurista de una nación centroamericana relativamente no desarrollada puede estar convencido de que su sistema legal es notoriamente superior al de los Estados Unidos o de Canadá. A menos que sea un muy quisquilloso estudioso del derecho comparado, podría inclinarse a ver con cierto desprecio a un abogado del derecho consuetudinario. Habrá de reconocer nuestro más avanzado desarrollo económico y podrá, incluso, envidiar nuestro nivel de vida, pero se sentirá aliviado de todas estas deficiencias pensando que nuestro sistema legal es subdesarrollado y que los abogados del derecho consuetudinario son gente relativamente inculta. El no tomar en cuenta esta actitud de los juristas civilistas contra los juristas de derecho común anglosajón puede llevarnos a malentendidos y acarrear dificultades en la comunicación. Uno de los objetivos de este libro es capacitarnos para entender el origen de esa actitud y de paso mostrar cómo, hasta cierto punto, está justificada.

La fecha que se ha usado generalmente para marcar el comienzo de la tradición del derecho consuetudinario es el año 1066, cuando los normandos derrotaron en Hastings a los nativos y conquistaron Inglaterra. Si aceptamos esa fecha, la tradición del derecho común anglosajón tiene de vida poco más de 900

años. Es justo recordar que cuando el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano (que se estudia más adelante) fue publicado en Constantinopla en 533, la tradición del derecho civil, de la que es parte importante, ya era más antigua de lo que es ahora el derecho común anglosajón. Sin embargo, como resultado de la expansión y del desarrollo notables del Imperio Británico, durante la era del colonialismo e imperialismo, se difundió ampliamente el derecho común anglosajón. Actualmente es la tradición jurídica vigente en la Gran Bretaña, Irlanda, los Estados Unidos, el Canadá, Australia y Nueva Zelanda y ha tenido una influencia importante en muchas naciones de Asia y África.

Se suele decir que la tradición del derecho socialista se originó en tiempos de la Revolución de Octubre. Antes de ese acontecimiento, la tradición legal vigente en el Imperio Ruso era el derecho civil. Una de las intenciones de los revolucionarios soviéticos era abolir el sistema legal civil burgués y sustituirlo con el nuevo orden jurídico socialista. El efecto real de sus reformas fue imponer ciertos principios de ideología socialista sobre el sistema de derecho civil existente y sobre la tradición del derecho civil. Bajo la influencia de la Unión Soviética y del pensamiento marxista se llevaron a cabo cambios similares en los países de la Europa Oriental (y en otros países como Cuba) que eran bastiones del derecho civil antes de convertirse en naciones de derecho socialista. El resultado de esto es una tradición joven, vigorosa, que aún demuestra su índole esencialmente híbrida.

La actitud socialista es que toda ley es instrumento de política económica y social y que el derecho consuetudinario y el derecho escrito reflejan básicamente

una sociedad, una economía y un gobierno capitalistas, burgueses, imperialistas, explotadores. Los socialistas ven nuestro sistema legal como algo que incorpora y perpetúa un conjunto de metas e ideales que ellos consideran como social y económicamente injustos. Al mismo tiempo, el derecho común anglosajón ante los ojos de un abogado soviético es asistemático y no desarrollado en comparación con el bien diseñado cuerpo de leyes soviético que se construyó sobre la tradición sistemática y adecuada del derecho civil. Finalmente, para un abogado socialista, tanto las tradiciones del derecho civil como las del común anglosajón son merecedoras de críticas porque incorporan sus ideologías pero no las definen claramente. Ese abogado ve nuestros sistemas como dispositivos mediante los cuales se encubren los ideales burgueses envueltos en formas jurídicas ostensiblemente neutras, las cuales luego se usan para explotar al proletariado.

El hecho de que estas tres tradiciones legales sean todas de origen europeo nos debe dar qué pensar. Existen, desde luego, muchas otras tradiciones jurídicas en el mundo moderno y otras nuevas están en formación. El predominio de las tres tradiciones de las que venimos hablando es el resultado directo del imperialismo de la Europa Occidental en los primeros siglos, al igual que del imperialismo soviético en este siglo (justamente como el predominio del derecho romano fue el resultado, en su tiempo, del imperialismo romano).

Hay muchas naciones importantes que no pueden incluirse en ninguna de estas tres principales tradiciones jurídicas. Por ejemplo, se suele pensar que incluso en Europa Occidental los sistemas legales escandinavos son cosa muy aparte tanto con respecto a

la tradición del derecho civil como a la del derecho común anglosajón. Una gran parte del mundo, especialmente en el norte de África, pero también en varios otros sitios del Medio Oriente y de Asia, se mueve en el círculo de la tradición jurídica musulmana al igual que otras tradiciones legales de raigambre religiosa tienen poderosa influencia en otras partes del mundo. En gran parte de África y en muchos lugares de Asia existen tradiciones jurídicas indígenas, frecuentemente restringidas a pequeñas áreas geográficas o a grupos tribales. La mayoría de estas tradiciones han experimentado o experimentan cierto contacto con sistemas jurídicos de mayor envergadura procedentes de otros lugares del mundo y el resultado con frecuencia es un estado de coexistencia inestable cuyo efecto final aún no puede apreciarse. Ejemplos fuera de serie son la India, con su extraña combinación de derecho hindú, de otras influencias jurídicas nativas y del derecho común de Inglaterra (con buena parte de las leyes inglesas puestas en forma de legislación codificada sistemáticamente de una manera que nunca se puso en vigor en Inglaterra); el Japón, que en tiempos remotos recibió la tradición del derecho civil y de los códigos alemanes y que después, durante la ocupación del periodo posbélico de la segunda Guerra Mundial, se pasó a la esfera de influencia del derecho común anglosajón, especialmente en el derecho público. Las tradiciones del derecho civil y del derecho consuetudinario, en tal grado que aún están en vigor en Japón, se han impuesto a una tradición legal anterior que aún conserva cierta fuerza, pero que de ningún modo se relaciona específicamente con el derecho civil o el derecho consuetudinario.

Pero de esto no vamos a tratar en este libro, ni tampoco del derecho consuetudinario ni del derecho socialista. El propósito de este libro es decir algo inteligible para el lector general culto acerca de la más antigua, más difundida y más influyente tradición de todas, la del derecho civil.

II. DERECHO CIVIL ROMANO, DERECHO CANÓNICO Y DERECHO MERCANTIL

HEMOS estado tratando la tradición del derecho civil como si fuera homogénea. Pero ahora vamos a enfrentarnos al desagradable hecho de que no es tan simple. La tradición del derecho civil es un compuesto de varias subtradiciones, con orígenes diversos y desarrollos en distintos periodos de la historia. En éste y en los próximos capítulos estas subtradiciones serán descritas con los siguientes nombres: derecho civil romano, derecho canónico, derecho mercantil, la revolución y la ciencia jurídica. Un breve repaso de cada una de ellas proporciona un medio conveniente de sumariazación del desarrollo histórico de la tradición del derecho civil y sirve para darnos idea de la complejidad de la tradición.

La subtradición más antigua se encuentra directamente en el derecho romano según lo compiló y codificó Justiniano en el siglo vi después de Cristo. Incluye derecho de las personas, la familia, la herencia, la propiedad, agravios, enriquecimiento ilegítimo, contratos y los recursos mediante los cuales quedaban protegidos los intereses que cayesen en cualquiera de estas categorías. Aun cuando las normas en vigor actualmente han cambiado, a veces drásticamente, desde 533, los tres primeros libros de las *Instituciones* de Justiniano (De las Personas, De las Cosas, De las Obligaciones) y los importantes códigos civiles del siglo xix tratan todos sustancialmente del mismo conjunto de problemas y relaciones y el terreno esencial que cubren es lo que un jurista civilista llama "dere-

cho civil". La convicción de que este grupo de temas es un cuerpo jurídico interrelacionado que constituye el contenido fundamental del sistema jurídico está profundamente arraigada en Europa y en las otras partes del mundo que han recibido la tradición del derecho civil y es una de las características principales de lo que los abogados del derecho común anglosajón llaman el sistema del derecho civil. La expansión de la actividad gubernamental y la creciente importancia del derecho público no han podido alterar seriamente este concepto. El "Derecho Civil" sigue siendo el derecho fundamental para la mayoría de los civilistas. De allí se deriva un problema de terminología. Los abogados del derecho común anglosajón usan el término "derecho civil" para referirse al sistema jurídico total de las naciones que caen dentro de la tradición del derecho escrito (civil). Pero la terminología legal de los abogados que caen dentro de esta jurisdicción usa el término "derecho civil" para referirse a la parte civil del sistema legal ya descrito. El problema lo resolveremos en este libro usando el término "derecho civil romano" para referirnos a esta parte del derecho.

Justiniano, un emperador romano que residía en Constantinopla, tuvo dos motivos principales cuando ordenó la preparación de lo que ahora se llama *Corpus Juris Civilis*, bajo la dirección del jurista Triboniano. Primero, era un reaccionario: consideraba decadente la legislación romana de su época; deseaba rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro y restaurarlo a su prístina pureza y renombre. Segundo, era un codificador: el cúmulo de material autoritativo o cuasi autoritativo había llegado a ser tan amplio e incluía tanto matices y diferentes puntos de vista que le pareció deseable a Justiniano

eliminar lo que estuviera equivocado, oscuro o fuera repetitivo, para poder resolver conflictos y dudas y para organizar lo que valía la pena de conservarse en una codificación sistemática. En particular, Justiniano estaba preocupado por el gran número, extensión y variedad de comentarios y tratados escritos por eruditos legales (llamados jurisconsultos). Trató de abolir la autoridad de todos los jurisconsultos, excepto de los más grandes de todos en el periodo clásico, y de hacerla innecesaria de modo que ya no se escribieran tantos comentarios o tratados.

Al publicarse el *Corpus Juris Civilis*, Justiniano prohibió cualquier referencia ulterior a las obras de los jurisconsultos. Las obras de aquellos que habían sido aprobadas ya se habían incluido en el *Corpus Juris Civilis* y de allí en adelante debían referirse a este código y no a la autoridad original. También prohibió la preparación de cualquier comentario sobre su propia compilación. En otras palabras trató de abolir toda ley anterior excepto la incluida en el *Corpus Juris Civilis* y consideró que lo que estaba en su compilación debía ser adecuado para resolver cualquier problema legal sin necesidad de acudir a la interpretación o comentarios de los eruditos legales. Logró hacer más efectiva su prohibición de referirse a las autoridades originales quemando algunos de los manuscritos de las obras que habían sido recopiladas por Triboniano. La prohibición de referirse a obras no incluidas en el *Corpus Juris Civilis* efectivamente destruyó una cantidad de material mucho mayor porque naturalmente hizo disminuir el interés en preservar y copiar las obras de los jurisconsultos que las habían escrito. (Como puede comprenderse, estas dos influencias hicieron complicada la labor de personas

interesadas en estudiar el derecho romano prejustiniano.) A pesar de todo, sus órdenes de no hacer comentarios sobre la compilación no fueron tan efectivas y fueron desatendidas incluso durante su vida.

El *Corpus Juris Civilis* de Justiniano no estaba restringido al derecho civil romano. Incluía mucho que tenía que ver con el poder del emperador, la organización del imperio y una amplia variedad de otros temas que los abogados de ahora clasificarían como derecho público. Pero la parte de la compilación justiniana que trata del derecho civil romano es la que ha sido objeto del más intenso estudio y ha llegado a ser la base del sistema jurídico del mundo del derecho civil. Otras partes de la compilación de Justiniano se han estudiado con poco detenimiento y casi no se han usado porque aparentemente son menos aplicables a los problemas de otros pueblos y gobiernos en distintos tiempos y lugares. De cualquier modo, la parte que el *Corpus Juris Civilis* dedica al derecho civil romano es la parte más extensa.

Con la caída del Imperio Romano el *Corpus Juris Civilis* cayó en desuso. Los invasores aplicaron a los habitantes de la península italiana versiones del derecho civil romano que eran más burdas y menos refinadas. Los invasores también llevaron consigo sus propias costumbres legales germánicas que eran aplicadas a ellos mismos pero no a sus conquistados, basados en su norma jurídica de que la nacionalidad de una persona le acompaña a todas partes a donde vaya. A veces a pesar de esto, comenzó a gestarse cierta fusión de leyes tribales germánicas con instituciones jurídicas romanas en ciertas regiones de Italia, del sur de Francia y de la Península Ibérica. Con el correr de los siglos esta mezcla produjo lo que los

uropeos llaman todavía un derecho romano "vulgarizado" o "barbarizado" y que aún tiene interés primordial para los historiadores del derecho.

Cuando la luz volvió a Europa, cuando los europeos volvieron a dominar el Mar Mediterráneo y cuando comenzó ese extraordinario periodo de ferviente renacimiento artístico e intelectual, llamado precisamente Renacimiento, reapareció un interés intelectual y erudito por el derecho. Suele aceptarse que lo que los civilistas llaman comúnmente "la renovación del derecho romano" tuvo su comienzo en Bolonia, a fines del siglo XI. Fue en Bolonia donde justamente apareció la primera universidad moderna europea y el derecho era la asignatura que más se estudiaba. El derecho que se estudiaba allí no era el derecho romano barbarizado que había estado en vigor durante la invasión germánica, ni el cuerpo de leyes establecidas u observadas consuetudinariamente por los mercaderes, por los condados o los pequeños soberanos; era el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Existían varias razones para darle atención preferente a este *Corpus Juris Civilis* y desatender otros cuerpos jurídicos disponibles: Primera, la concepción del Sacro Imperio Romano era muy fuerte y vívida en la Italia del siglo XII; a Justiniano se le consideraba como un Sacro Emperador Romano y a su *Corpus Juris Civilis* se le daba el tratamiento de la legislación imperial. Como tal tenía la autoridad del Papa y del Emperador temporal detrás de ella. Esto la convertía en una legislación mucho más poderosa y de mucho mayor alcance que la de cualquier príncipe regional, los reglamentos de cualquier corporación o las costumbres del lugar. Segunda, los juristas reconocían la alta calidad intelectual del *Corpus Juris*

Civilis. Caían en la cuenta de que esta obra, que ellos llamaban "razón escrita", era superior a las compilaciones barbarizadas que se pusieron en uso durante la dominación germánica. El *Corpus Juris Civilis* llevaba consigo no sólo la autoridad del Papa y del Emperador, sino también la autoridad de una civilización e inteligencia obviamente superiores.

En poco tiempo, Bolonia y las demás universidades del norte de Italia se convirtieron en el centro legal del mundo occidental. La gente iba de todos los rincones de Europa a estudiar el derecho tal como se enseñaba en las universidades de Italia. El derecho que se estudiaba era el *Corpus Juris Civilis* y el idioma en que se estudiaba era el latín. Hubo una sucesión de escuelas intelectuales acerca de la manera más apropiada de estudiar y explicar el *Corpus Juris Civilis*. De relevante importancia, por sus conceptos legales y por su especial erudición, eran los grupos de eruditos conocidos como los Glosadores y los Comentadores. Produjeron una literatura inmensa, misma que llegó a ser objeto de estudio y de discusión y a tener gran autoridad. Los que habían estudiado en Bolonia volvían a sus países de origen y establecían universidades donde igualmente enseñaban y estudiaban el derecho del *Corpus Juris Civilis* según el estilo de los Glosadores y de los Comentadores. De este modo, el derecho civil romano y las obras de los Glosadores y de los Comentadores llegaron a ser la base de un derecho común europeo que los historiadores del derecho llaman actualmente *jus commune*. Existía un cuerpo común de leyes, una manera común de escribir acerca del derecho, un lenguaje legal común y un método de enseñanza y de estudio también comunes.

Con el nacimiento del Estado-nación y el auge del concepto de soberanía nacional, en especial del siglo xv en adelante, y con el abandono del concepto del Sacro Imperio Romano, hasta no dejarlo más que en mera ficción, la era del *jus commune* —de un derecho común en Europa— se desvaneció y comenzó el periodo del derecho nacional. En algunas partes de Europa (por ejemplo Alemania) el derecho civil romano y los escritos de los boloneses fueron “recibidos” formalmente como derecho obligatorio. (Los abogados civilistas usan el término “recepción” para indicar el proceso mediante el cual los Estados-naciones del mundo del derecho civil llegaban a incluir el *jus commune* en sus sistemas jurídicos nacionales.) En otras partes de Europa la recepción fue menos formal; el *Corpus Juris Civilis* y las obras de los Glosadores y de los Comentadores fueron recibidas por su valor como derecho consuetudinario o porque tenían la calidad de un sistema intelectualmente superior. Sin embargo, de una manera o de otra, el derecho civil romano fue recibido a lo largo de una gran parte de la Europa Occidental, en las naciones que actualmente son el santuario de la tradición del derecho civil.

En un momento dado, en el siglo xix, los principales estados de la Europa Occidental adoptaron códigos civiles (al igual que otros códigos) de los cuales el Código Napoleónico francés de 1804 es el arquetipo. El tema central de estos códigos civiles era casi idéntico al de los primeros tres libros de las *Institutiones* de Justiniano y del *jus commune* de la Europa medieval. Los principales conceptos eran en esencia el derecho común romano y medieval y su organización y estructura conceptual eran similares. Un có-

digo europeo o latinoamericano de hoy demuestra claramente la influencia del derecho romano y su renacimiento medieval. El derecho civil romano epitomiza la parte más antigua, la más estudiada en forma completa y continua y (en opinión de los abogados civilistas) la más básica de la tradición del derecho civil.

El segundo componente más antiguo de la tradición del derecho civil es el derecho canónico de la Iglesia Católica Romana. Este cuerpo de cánones y de procedimientos fue desarrollado por la Iglesia para su propio gobierno y para regular los derechos y obligaciones de sus adeptos. Al igual que el derecho civil romano era el derecho universal del imperio temporal, asociado directamente con la autoridad del emperador; el derecho canónico era el derecho universal del dominio espiritual, directamente asociado con la autoridad del Papa. Cada uno tenía su propia esfera de aplicación y había diferentes grupos de tribunales para cada uno; los tribunales civiles para el derecho civil romano y los tribunales eclesiásticos para el derecho canónico. Sin embargo, existía la tendencia de entremezclarse las dos jurisdicciones y antes de la Reforma era común encontrar tribunales eclesiásticos ejerciendo en una jurisdicción civil, en especial cuando se trataba de derecho familiar o problemas sucesorios e incluso tenían jurisdicción sobre cierto tipo de delitos. El derecho canónico tuvo sus comienzos al iniciarse la era cristiana y tiene una historia fascinante, incluyendo documentos apócrifos que durante siglos fueron tratados como si fueran genuinos. Varias colecciones y arreglos de materiales de derecho canónico se fueron compilando y en tiempos del renaci-

miento bolonés existía un cuerpo importante de derecho canónico escrito listo para estudiarse.

El derecho canónico llegó a estudiarse junto con el derecho civil romano en las universidades italianas y el grado conferido a un estudiante que había completado todo el curso de derecho era *Juris Utriusque Doctor* o sea Doctor en Ambos Derechos, refiriéndose al derecho civil y al canónico. (El grado de J.U.D. aún se confiere en algunas universidades del ámbito del derecho civil.) Debido a que ambos derechos se estudiaban juntos en las universidades italianas, existía la tendencia a influirse mutuamente, de modo que tanto el derecho canónico como el derecho civil romano ayudaron a formar el *jus commune* que fue recibido posteriormente por los Estados europeos. El derecho canónico tuvo influencia en el *jus commune* principalmente en las áreas del derecho familiar y sucesorio (ambas partes del derecho civil romano), derecho penal y procesal. Cuando los tribunales eclesiásticos de Europa se vieron privados de su jurisdicción civil, los tribunales civiles mismos adoptaron muchos principios básicos y procesales y ciertas instituciones que ellos habían desarrollado.

Este *jus commune* de derecho civil romano y el derecho canónico eran el derecho de aplicación general en Europa. Desde luego, existía también un gran número de leyes locales, algunas de las cuales eran consuetudinarias y otras tenían la forma de legislación emanada de príncipes, señores, ciudades y comunas. En general, este tipo de derechos específicos era considerado como excepcional en esencia y de interés local solamente. La atención legal se dirigía hacia el *jus commune* en vez de hacerlo hacia variantes locales. Sin embargo, las reglamentaciones locales tuvie-

ron influencia en el *jus commune*. Muchos de los más notables maestros de derecho y eruditos legales eran también abogados que practicaban su profesión y estaban en constante contacto con el derecho aplicado. Lo que veían del derecho consuetudinario o local, sobre todo en áreas tales como derecho penal en que el derecho romano no se había desarrollado bien o no era aplicable, les ayudó a formarse una mentalidad acerca del *jus commune*. Al mismo tiempo su erudición y su convicción de la superioridad del derecho civil romano afectaron de modo importante el desarrollo de las leyes locales. Ambas tendían a convergir según los lineamientos que los eruditos más favorecían.

La recepción del *jus commune* en Europa trajo consigo el despertar de un sentimiento nacionalista hacia la identificación y preservación —y en algunos casos hacia la glorificación— de las instituciones legales nativas. Las *coutumes* de las distintas regiones de Francia clasificadas generalmente como *pays de droit coutimier* (regiones de derecho consuetudinario) —en contraposición a las regiones generalmente clasificadas como *pays de droit écrit* (regiones de derecho escrito), donde el derecho romano tenía una influencia dominante— llegaron a ser fuente de orgullo nacional y de interés intelectual durante la Revolución y aun después cuando el derecho fue codificado. En la codificación se hicieron esfuerzos para incluir preceptos provenientes de las *coutumes* en el nuevo régimen legal centralizado. En Alemania se originó una disputa durante los trabajos preparatorios de codificación entre los llamados “germanistas” y “romanistas” y el borrador del código civil propuesto originalmente para Alemania fue rechazado por la

oposición de los germanistas. Alegaban que el proyecto era puramente romano en la forma y en el contenido en detrimento de las instituciones legales nacionales y lograron imponerse hasta conseguir una revisión que le diera al código un sabor más germano y no puramente romano.

En esta y otras formas, el desarrollo de un sistema jurídico nacional en cada nación importante de Europa fue logrando ciertas características directamente emparentadas con el deseo de identificar, perpetuar y glorificar las instituciones legales vernáculas. Esta tendencia en el fondo es una de las principales razones de que existan diferencias esenciales entre sistemas de derecho civil de la misma época. Pero lo que une apretadamente a esas naciones entre sí es que esas instituciones legales nacionales se fueron combinando con la forma y la esencia del derecho civil romano, bajo la influencia del *jus commune*. La influencia romana es muy grande, mientras que la aportación legal regional, si bien es de consideración, no deja de ser accesoria en términos generales. Ésta no llega a tratar asuntos básicos como actitudes legales o nociones legales, o la organización y estilo del orden jurídico. Todos estos conceptos se tomaron de la tradición del derecho civil romano que era más antiguo, más desarrollado en todo sentido y mucho más elaborado.

La tercera subtradición, además del derecho civil romano y del derecho canónico, es el derecho mercantil. Aunque parece obvio que cierta forma de derecho mercantil es tan antigua como el comercio mismo, el derecho mercantil de Europa Occidental (y también, como suele suceder, del mundo del derecho común) tuvo su desarrollo más importante en Italia en tiempos de las Cruzadas, cuando el comer-

cio europeo reconquistó la supremacía del área mediterránea. Los mercaderes italianos formaron asociaciones y establecieron reglamentos para el negociado de los asuntos mercantiles. Las ciudades italianas del medievo se convirtieron en centros comerciales y las leyes que se desarrollaron en esas ciudades —principalmente Amalfi, Génova, Pisa y Venecia— ejercieron gran influencia en el desarrollo del derecho mercantil. Al contrario del derecho civil y del derecho canónico que eran asunto de letrados y eruditos, el derecho mercantil era la creación pragmática de hombres prácticos interesados en el comercio. La interpretación y la aplicación del derecho mercantil se llevaban a cabo en los tribunales mercantiles donde los jueces eran mercaderes. Las necesidades del comercio y los intereses de los mercaderes eran las fuentes principales de aquel derecho, no la compilación de Justiniano o de los canonistas.

El derecho mercantil que nació de las actividades de las asociaciones y de las ciudades marítimas muy pronto se internacionalizaron. Llegó a ser un derecho mercantil común que penetró todo el mundo mercantil, incluso invadió áreas, como Inglaterra, donde el derecho civil romano encontró resistencia. Este derecho mercantil común de Europa posteriormente fue recibido por los Estado-naciones y fue incorporado en los códigos de comercio adoptados en todo el mundo del derecho civil en los siglos XVIII y XIX.

Estas tres subtradiciones dentro de la tradición del derecho civil —el derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil— son las fuentes históricas principales de los conceptos, instituciones y procedimientos de la mayor parte de los derechos privados y procesales, y de buena parte del derecho

penal de los sistemas jurídicos que se rigen por el derecho civil moderno. En forma moderna, según les afectó el derecho revolucionario y la ciencia jurídica (que se describen en los capítulos que siguen) están compilados en los cinco códigos que se encuentran típicamente en una jurisdicción del derecho civil: el código civil, el código de comercio, el código de procedimientos civiles, el código penal y el código de procedimientos penales.

III. LA REVOLUCIÓN

TRES DE las cinco principales subtradiciones de la tradición del derecho civil —el derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil— son, como hemos visto, las fuentes históricas de gran parte del derecho incorporado en los cinco códigos básicos vigentes en la mayoría de las jurisdicciones civiles. El lector podrá notar que buena parte del derecho público, en particular el derecho constitucional y el administrativo, se encuentran notoriamente ausentes de esta enumeración. La razón es que el derecho público en las naciones de derecho civil contemporáneo es en gran parte el producto de una revolución que tuvo lugar en Occidente en el siglo que comenzó en 1776. Este movimiento, que afectó a la mayor parte de las naciones europeas, ha englobado acontecimientos tan dramáticos como las revoluciones francesa y americana, el *Risorgimento* italiano, las series de guerras de independencia que liberaron a las naciones de Sudamérica y Centroamérica, la unificación de Alemania bajo Bismarck y la liberación de Grecia, después de siglos de dominación turca.

Pero todos estos acontecimientos fueron producto de una revolución intelectual más fundamental. Ciertas rancias ideologías acerca del gobierno y del individuo fueron por fin superadas y tomaron su lugar otras nuevas maneras de pensar acerca del hombre, de la sociedad, de la economía y del Estado. Incluso en partes de Occidente que no tuvieron una revolución cruenta (como Inglaterra), estas ideas más recientes llegaron a prevalecer. En esta revolución inte-

lectual es donde encontramos las fuentes principales del derecho público dentro de la tradición del derecho civil. Aunque una investigación histórica concienzuda podría, sin lugar a dudas, encontrar el origen de gran parte de las instituciones gubernamentales contemporáneas en material jurídico que precedió a esta revolución; el hecho es que el espíritu rector del derecho público europeo de los conceptos e instituciones en que está expresado son de origen reciente y no tienen raíces profundas en los periodos romano o medieval de la historia europea.

Sin embargo, el efecto de la revolución no se limitó al derecho público. También tuvo profunda influencia en la forma, el método de aplicación y, en menor grado, en el contenido de los códigos básicos derivados de las fuentes romanas y del *jus commune*. La revolución intelectual produjo una nueva manera de pensar acerca del derecho que tuvo consecuencias importantes para la organización y administración del sistema jurídico y para la reglamentación del derecho sustantivo y procesal.

Una de las principales fuerzas rectoras de la revolución fue lo que desde entonces se ha llamado la ley natural laica. Se basaba en ciertas ideas acerca de la naturaleza del hombre que encuentran expresión en la Declaración de Independencia norteamericana y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa. Todos los hombres, se razona en esta tesis, fueron creados iguales. Tienen ciertos derechos naturales a la propiedad, a la libertad, a la vida. La función auténtica del gobierno es reconocer y proteger estos derechos y asegurar la igualdad entre los hombres. El gobierno debe ser ejercido por representantes elegidos. Y así en adelante.

Las instituciones feudales que sobrevivían, que conferían un estado social y cargos públicos con base en la propiedad de la tierra, eran claramente incompatibles con estas ideas. Igualmente eran incompatibles las aristocracias de otro tipo que se basaban en consideraciones distintas a la propiedad de la tierra, como por ejemplo, la aristocracia de la toga. Antes de la Revolución Francesa, los cargos judiciales eran considerados como propiedad que cualquiera podría comprar, vender o dejar en herencia a la hora de la muerte. El mismo Montesquieu heredó ese cargo, lo ejerció durante una década y luego lo vendió. Los jueces eran un grupo aristócrata que daba su apoyo a la aristocracia de los terratenientes en contra de los campesinos, los trabajadores urbanos y las clases medias e incluso contra la centralización del poder en París. Cuando llegó la revolución, la aristocracia se vino abajo y junto con ella también la aristocracia de la toga.

Otro dogma de la revolución intelectual fue la separación de los poderes gubernamentales. Un grupo de escritores, principalmente Montesquieu en su *Esprit de las leyes* y Rousseau en *El contrato social*, arguyeron persuasivamente acerca de la importancia fundamental para un gobierno democrático racional de establecer y mantener una separación de los poderes gubernamentales y en particular de conservar separados del poder judicial los poderes legislativo y ejecutivo. Este temor a un poder judicial irrestricto no existía en los Estados Unidos ni antes ni después de la Revolución Norteamericana. El sistema de controles y equilibrios que nació en los Estados Unidos no dio especial importancia al aislamiento del poder judicial, lo cual procede de una filosofía diferente de

la que motivó la marcada separación de los poderes que normalmente se encuentran en el mundo del derecho civil. Es importante recalcar este punto y entender por qué fue así la situación.

En Francia la aristocracia judicial fue uno de los blancos de la revolución no sólo por su tendencia a identificarse con la aristocracia de la tierra, sino también por su fracaso en distinguir claramente entre aplicar la ley y hacer la ley. Como resultado de estos fracasos, los esfuerzos de la Corona por unificar el reino y poner en vigor reformas legislativas relativamente ilustradas y progresistas con frecuencia se vieron frustradas. Los tribunales se rehusaban a aplicar las nuevas leyes, las interpretaban al contrario de lo que su espíritu recomendaba y ponían obstáculos a los magistrados que las administraban. Montesquieu y otros desarrollaron la teoría de que la única fórmula segura para impedir los abusos de esta clase era, primero, separar los poderes legislativo y ejecutivo del judicial y luego reglamentar éste con mucho cuidado para asegurarse de que quedara restringido a aplicar la ley creada por la legislatura y de que no interfiriera con los funcionarios públicos en el cumplimiento de sus funciones administrativas.

En los Estados Unidos e Inglaterra, al contrario, había una clase diferente de tradición judicial en la que los jueces con frecuencia habían sido una clase progresista a favor del individuo y en contra del abuso de las facultades del legislador, y desempeñó un papel importante en la centralización del poder gubernamental y en la destrucción del feudalismo. El temor a una legislación judicial y a la interferencia judicial en la administración no existía. Al contrario, la facultad de los jueces para dar forma al derecho

común anglosajón era una institución familiar y aceptada. El poder judicial no era uno de los blancos de la Revolución Norteamericana como lo fue en Francia.

Aquella época fue también la Era de la Razón. El Racionalismo era una fuerza intelectual dominante. Se daba por aceptado que la razón dominaba las acciones del hombre, que todos los obstáculos caerían ante el ejercicio adecuado del pensamiento cuidadoso de los hombres inteligentes. Aún no se había descubierto el subconsciente y no se había reconocido el poder de las fuerzas irracionales en la historia. Se suponía con optimismo que las leyes existentes y sus instituciones podían abrogarse y que otras nuevas, derivadas racionalmente de los primeros inmaculados principios, podían ser creadas en su lugar.

La acentuación en los derechos del hombre en el periodo revolucionario dio como resultado tesis acerca de la libertad individual del tipo de las encontradas en nuestra Declaración de Independencia y en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sin embargo, existía una diferencia importante. El feudalismo (en el sentido general y no técnico del término como lo usaron muchos de los revolucionarios de Europa y de la América Latina) sobrevivió en Europa y en América Latina en una forma que mantuvo vivas las injusticias sociales inherentes en su origen mismo, mientras que en las colonias norteamericanas, instituciones jurídicas de innegable origen feudal fueron despojadas de casi toda su capacidad de producir los males sociales y económicos que caracterizaron a las sociedades feudales. Como consecuencia, la revolución intelectual en el mundo del derecho civil fue mucho más intensamente

antifeudal en su intención que en los Estados Unidos. El acento que se pone en el derecho del hombre a poseer una propiedad y en la obligación de la ley de proteger su posesión fue en parte una reacción contra la posesión condicionada bajo el feudalismo. El acento que se puso en el derecho del hombre a manejar sus asuntos particulares y a moverse vertical y horizontalmente dentro de la sociedad fue una reacción contra la tendencia feudal a fijar a la persona en una determinada clase o estado social. La revolución llegó a ser, usando la famosa frase de Sir Henry Maine, un instrumento para la transición "de un estado a un contrato". El resultado fue una exagerada exaltación de la propiedad privada y de la libertad de contrato similar, en sus efectos, al exagerado individualismo del siglo XIX en Inglaterra y los Estados Unidos. De todos modos, la reacción en el mundo del derecho civil llevó consigo un sabor especial antifeudal.

La revolución fue también un gran paso en el sendero que conduce a la glorificación del estado laico. De allí en adelante, la obediencia temporal del individuo debería brindarse primordialmente al estado. Las obligaciones y relaciones feudales fueron suprimidas. Las obligaciones religiosas perdieron lo poco que les quedaba de importancia jurídica. Los tribunales eclesiásticos perdieron lo poco que les quedaba de su jurisdicción temporal. Las relaciones familiares ahora eran definidas y reglamentadas por ley (es decir, por el estado). La autonomía de los gobiernos locales quedó abolida; las asociaciones y corporaciones fueron privadas de su facultad de reglamentación. Las tradiciones legales independientes fueron fusionadas dentro de un cuerpo de derecho nacional. El universo jurídico, antes muy complicado, se vio sim-

plificado de pronto: de ahora en adelante iba a ser habitado en teoría sólo por el individuo y el estado monolítico.

El nacionalismo fue otro aspecto de la glorificación del estado. Su objetivo fue un sistema jurídico nacional que pudiera expresar los ideales nacionales y la unidad cultural de la nación. Un derecho nacional como éste debía ser expresado en el idioma nacional y debía incorporar instituciones y conceptos legales nacionales. La autoridad (pero no el contenido) del *jus commune* fue rechazada; un derecho común del mundo del derecho civil ya no era más que historia. En el futuro todo derecho habría de ser un derecho nacional y la desviación del *jus commune* no sólo era aceptada sino alabada como una evidencia del genio y de la idiosincrasia nacional.

Así, pues, la revolución estaba compuesta de fuerzas intelectuales tales como derechos naturales, la separación de los poderes, racionalismo, antifeudalismo, liberalismo burgués, estatismo y nacionalismo. Todos estos conceptos, como ideas que son, son respetables, pero siempre que se mantengan dentro de lo razonable, porque durante y después de la revolución prevaleció una atmósfera general de exageración (como es privativo de movimientos revolucionarios). El odio pasado era pintado con colores excesivamente oscuros. Los objetivos de la revolución se idealizaron y se dio como hecho que habrían de cumplirse. Los problemas encontrados en la reforma o se pasaron por alto o se consideraron demasiado simples. La pasión ideológica sobrepasó a la razón; las ideas revolucionarias se convirtieron en dogmas; la revolución se convirtió en una utopía.

En Francia en particular, al igual que la Unión

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 estudioso 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. Estos 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

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

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.

V. CÓDIGOS Y CODIFICACIÓN

A VECES se oye decir, en ocasiones por individuos que deberían conocer mejor las cosas, que los sistemas legales civilistas son sistemas estatutarios codificados, mientras que el derecho común anglosajón no está codificado y se basa en gran parte en decisiones judiciales. El fin de este capítulo es indicar qué tan excesivamente simplifica y qué tan mal representa, y al mismo tiempo hasta qué grado expresa esta observación un importante conjunto de diferencias básicas entre las dos tradiciones jurídicas.

La distinción entre la creación legislativa y judicial de la ley puede conducir a error. Probablemente haya tanta legislación vigente en un estado típico norteamericano como en una nación típicamente latinoamericana o europea. Al igual que en una nación de derecho civil, la legislación que se ha puesto en vigor en los Estados Unidos es la ley que se espera que los jueces interpreten y apliquen siguiendo el espíritu con que fue promulgada. La autoridad legislativa es superior a la judicial; los estatutos jurídicos sobrepasan las decisiones judiciales que les son contrarias pero no viceversa (fuera del caso de controversia constitucional). El volumen de legislación y de autoridad legislativa no son criterios útiles para distinguir los sistemas de derecho civil de los sistemas de derecho común anglosajón.

Tampoco es un criterio válido para distinguirlos la existencia de eso que se llama código. California tiene más códigos que cualquiera nación de derecho civil y, sin embargo, no tiene una jurisdicción civilista.

Los códigos existen en la mayoría de los sistemas civilistas, pero los cuerpos de legislación sistemática que abarcan extensas áreas del derecho y que aparentemente no se distinguen de los códigos europeos o latinoamericanos también existen en muchas de las naciones de derecho común anglosajón. Y al revés, un sistema jurídico civilista no necesariamente necesita tener códigos.

Hungría y Grecia eran naciones civilistas ya antes de que pusieran en vigor sus códigos: el derecho civil húngaro permaneció sin codificar hasta que Hungría se convirtió en un estado socialista; Grecia puso en vigor su primer código civil después de la segunda Guerra Mundial. La forma codificada no es un signo distintivo de un sistema jurídico civilista.

Pero, sin embargo, si pensamos en la codificación no como una forma sino como una expresión de una ideología y si tratamos de entender esa ideología y por qué se expresa precisamente en forma de código, entonces podremos comprender que sí tiene sentido hablar de códigos en derecho comparado. Es cierto que California tiene una serie de los llamados códigos, al igual que varios otros estados en los Estados Unidos, y que el Código de Comercio Uniforme ha sido adoptado en la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas; sin embargo, aunque todo esto se parece a los códigos de los países civilistas, la ideología que está en el fondo —la concepción de lo que es un código y de la función que debe desarrollar en el proceso legal— no es la misma. Existe una ideología de codificación en acción completamente diferente en el mundo del derecho civil.

Hemos de recordar que Justiniano, cuando promulgó el *Corpus Juris Civilis* trató de abolir todo

derecho anterior. Sin embargo, algunos preceptos del ordenamiento legal existente anteriormente se incluyeron en el *Corpus Juris Civilis* y por lo mismo fueron preservados cuando aquél se promulgó. De igual manera los franceses al codificar sus leyes rechazaron todas las leyes anteriores relativas a las áreas que los códigos estaban cubriendo. Todos los preceptos de leyes anteriores que fueron incorporados en los códigos recibieron su validez no tanto de su existencia anterior, sino de su incorporación y relegislación en forma de código. Justiniano y los codificadores franceses trataron de destruir el derecho anterior por razones diferentes pero análogas: Justiniano trató de reestablecer el más puro derecho de los tiempos prístinos y los franceses de establecer un orden jurídico enteramente distinto. En ambos casos, los objetivos eran esencialmente utópicos. Veamos ahora más de cerca la utopía de la codificación francesa.

La ideología de la codificación francesa refleja con precisión la ideología de la Revolución Francesa. Por ejemplo, una razón para tratar de rechazar la ley anterior, y de ese modo limitar el efecto de la ley en la nueva legislación, fue el estatismo —la glorificación del Estado-nación. Un derecho que tiene su nacimiento en tiempos más remotos, anterior a la creación del estado, violaba este ideal estatista. De igual modo lo violaba un derecho que tuviera su origen fuera del estado— en un derecho común europeo, por ejemplo. El nacionalismo de la época fue también un factor importante. Buena parte del derecho prerrevolucionario en Francia fue más bien europeo que francés en sus orígenes (el *jus commune*) y consecuentemente resulta ofensivo al levantisco espíritu del nacionalismo francés. Al mismo tiempo, mucho de

lo que era francés (las *coutumes* de las regiones noroñas en especial) aparece ahora como el objeto lógico de preservación y glorificación. El movimiento hacia un estado centralizado dio importancia a la creación de unidad dentro de la diversidad de sistemas legales y de bibliografía jurídica en las regiones francesas. El tradicional ideal del derecho natural de tener un solo derecho aplicable a todos los franceses se encaminaba por el mismo sendero.

El desenfrenado racionalismo de la época también tuvo un efecto de consideración en la codificación francesa. Sólo un exagerado racionalismo puede explicar la convicción de que la historia podría ser abolida por un estatuto que la rechazara. Actitud igual se encuentra implícita también en la hipótesis de que un sistema jurídico enteramente nuevo, que incorporara solamente ciertos aspectos deseables del por lo general indeseable sistema legal anterior, podría ser creado y puesto como sustituto del ordenamiento jurídico anterior. Se daba por sentado que, argumentando con premisas básicas establecidas por los pensadores de la escuela laica del derecho natural, se podría derivar un sistema que llenaría las necesidades de la nueva sociedad y del nuevo gobierno. Los eruditos juristas de la época, por supuesto, se habían adiestrado en un periodo anterior y encontraban sus actuales concepciones, instituciones y procedimientos jurídicos en el derecho antiguo. Los que participaron en el proyecto de los códigos franceses por razones lógicas incorporaron una buena parte del derecho y de la doctrina anteriores en estos códigos. De ese modo se mantuvo una cierta continuidad con la cultura legal anterior. Esto sirvió de paliativo a las consecuencias de la Revolución Francesa, pero no las

impidió del todo. Durante decenas de años, después de entrar en vigor el Código Napoleón (el código civil francés de 1804), un numeroso grupo de juristas franceses alimentaron tercamente la ficción de que la época no era apta para la interpretación ni la aplicación del código.

Como en muchas utopías, uno de los objetivos de la Revolución fue hacer que los abogados fueran innecesarios. Existía un deseo general de un sistema jurídico simple, sin tecnicismos ni vericuetos, en que pudieran suprimirse el profesionalismo y la tendencia a las argucias y a las complicaciones que solían criticarse a los abogados. Una manera de lograr esto fue establecer el derecho de modo claro y preciso con el fin de que hasta el más simple ciudadano pudiera leerlo y entender cuáles eran sus derechos y obligaciones sin tener que consultar a los abogados ni recurrir a los tribunales. De este modo el código civil francés de 1804 se vislumbraba como un libro popular que podría ponerse en un librero al lado de la Biblia. Debía ser un libro manual para el ciudadano, organizado en forma clara y escrito en lenguaje llano para que los ciudadanos pudieran determinar por propia intuición cuáles eran sus derechos y obligaciones.

La insistencia en una completa separación de poderes, con toda la carga de la elaboración de las leyes sobre las legislaturas representativas, exigía que el poder judicial se viera despojado de todo poder legislativo. La experiencia con los tribunales prerrevolucionarios hizo a los franceses muy cautos con respecto a los jueces legisladores disfrazados como meros intérpretes. Por eso algunos escritores argüían que los jueces debían ser despojados incluso del poder de

interpretar la ley. (La historia de esta actitud y su paulatino subsecuente abandono se describen en el capítulo VII.) Sin embargo, al mismo tiempo, el juez debía decidir acerca de todos los casos que se le presentaran. Las premisas del derecho natural laico requerían que la justicia fuera accesible a todos los franceses y no debían existir áreas donde se aceptara la selección o discreción de los jueces para el ejercicio de su jurisdicción.

Así pues, si la legislatura era la única que podía crear leyes y el poder judicial el único que las aplicara (o, en tiempos más modernos, que las interpretara y las aplicara), tal legislación tenía que ser completa, coherente y clara. Si se le pedía a un juez decidir un caso para el que no había una legislación concreta, tendría de hecho que crear una ley y violar de esa manera el principio de una rígida separación de poderes. De allí que fuera necesario que la legislatura proyectara un código sin resquicios. De igual manera, en caso de haber disposiciones conflictivas dentro del mismo código, el juez legislaría al tener que escoger una de las dos como más aplicable al caso concreto. De allí que tampoco deberían existir disposiciones conflictivas. Finalmente, si un juez tuviera facultad para decidir acerca del significado de una disposición ambigua o un estatuto oscuro, estaría legislando al hacer uso de esa facultad. De allí que el código tendría que ser muy claro.

Si la insistencia en una clara separación del poder legislativo del judicial exigía que el código fuera completo, coherente y claro, el prevaleciente espíritu de racionalismo optimista persuadió a sus seguidores de que era posible preparar un proyecto de legislación completa y sistemática que tendría esas carac-

terísticas en grado suficiente para que la función del juez se limitara a seleccionar la disposición del código que fuera aplicable y a darle su obvia importancia en el contexto del caso. Por cierto, el Código Napoleón no es el ejemplo más exagerado de este tipo de codificación. Este dudoso honor recae en el Landrecht prusiano de 1794 que entró en vigor bajo Federico el Grande y que contenía unos dieciséis mil artículos detallados que establecían normas precisas para reglamentar "situaciones de hecho". El código francés fue redactado por juristas experimentados e inteligentes que estaban familiarizados con el más bien espectacular fracaso prusiano de tratar de adivinarlo todo. Así, si leemos los comentarios de Jean-Etienne-Marie Portalis, uno de los más influyentes compiladores del código, encontramos una preocupación realista y constante por evitar los extremos de la ideología racionalista. Portalis demuestra que el código se basó en buena parte del derecho prerrevolucionario y en la jurisprudencia y hace notar que las disposiciones del código son consideradas como principios o máximas *féconds en conséquences* para ser desarrollados y aplicados por los jueces y otros juristas.

Este tipo de realismo profesional, sin embargo, fue ahogado de manera fácil y expedita por la retórica de la Revolución y por los excesos del racionalismo dominante. El código vino a ser una víctima de la ideología revolucionaria y fue tratado uniformemente como si fuera una expresión consciente de esa ideología tanto en Francia como en las muchas naciones en otras partes del mundo que se habían visto influidas de manera importante por la Revolución Francesa. Algunos de los problemas que esto creó a los

abogados civiles se estudiarán en los capítulos siguientes.

En contraposición a la índole esencialmente revolucionaria, racionalista y no técnica del Código Napoleón, el Código Civil Alemán de 1896 (en vigor en 1900) estaba orientado históricamente, era científico y profesional. Gran parte del mérito (o de las críticas) por las diferencias entre los códigos civiles francés y alemán se debe a Friedrich Karl von Savigny, uno de los nombres más famosos en la historia de la tradición del derecho civil.

La idea de codificación despertó un interés nacional en Alemania y otras regiones de Europa y América Latina durante la primera parte del siglo XIX. El código francés fue admirado y copiado ampliamente y hubo una época en que se propuso que Alemania siguiera el ejemplo francés. Savigny evitó esto mediante sus persuasivos argumentos en una tesis que llegó a tener tremenda influencia en Alemania en un grupo de eruditos legales que pasaron a la historia como los de la "escuela histórica". Su tesis básica era que sería un error para Alemania tratar de proyectar un código civil argumentando con principios de derecho natural laico. Según su punto de vista, el derecho de un pueblo era un producto determinado históricamente por el desarrollo de ese pueblo. Consecuentemente, un estudio extensivo del derecho alemán vigente y de su desarrollo histórico era un prelude necesario para una codificación correcta. Dado que el derecho civil romano como lo interpretaron los estudiosos medievales italianos había sido recibido en Alemania algunos siglos antes, un profundo estudio histórico del derecho alemán requeriría un estudio histórico del derecho romano y también del derecho

germánico antiguo al igual que una profundización en los elementos recientes del sistema legal alemán contemporáneo. Bajo la influencia de Von Savigny y otros de la escuela histórica, muchos eruditos alemanes pusieron toda su energía en el estudio intensivo de la historia legal.

La tesis de Von Savigny insistía en que, mediante un estudio completo del sistema legal alemán en su contexto histórico, sería posible que los juristas llegaran a reconocer en él los principios derivados históricamente que eran una parte esencial del mismo. Estas características esenciales de la ley podrían después ser estudiadas individualmente, estudiadas en relación a otros principios conexos y finalmente reestructuradas sistemáticamente. El resultado sería una reconstrucción del sistema jurídico alemán de derivación histórica de acuerdo con sus principios básicos. A su vez, esto proporcionaría la base necesaria para la codificación del derecho alemán.

Los componentes del sistema jurídico alemán, en su contexto histórico, llegaron a ser considerados por algunos sucesores de Von Savigny algo así como datos naturales. Como los datos naturales en biología, química o física podían ser estudiados para determinar los principios más generales de los que eran manifestaciones específicas, igualmente los datos del derecho alemán podían ser estudiados para identificar y derivar de ellos los principios inherentes del orden jurídico de los que eran una expresión específica. De allí que la propuesta reconstrucción del sistema jurídico alemán tenía que ser una reconstrucción *científica*. (Esta concepción se estudia con mayor amplitud en el capítulo x.) Finalmente, los alemanes estaban convencidos de que no era deseable ni posible desen-

tenderse del mundo de los abogados. La teoría de que el derecho debía estar expresado clara y simplemente de modo que pudiera ser entendida y aplicada por el lector popular fue expresamente rechazada. El punto de vista alemán era que los abogados iban a hacer falta, que tenían que interesarse en la interpretación y aplicación de la ley y que, por consiguiente, el código que ellos preparaban debía estar acorde con las necesidades de los expertos en derecho.

En consecuencia, el Código Civil Alemán de 1896 es lo contrario del revolucionario. No pretendía abolir el derecho anterior y sustituirlo con un sistema jurídico nuevo; al contrario, la intención era codificar los principios del derecho alemán que debieran aceptarse después del cuidadoso estudio histórico del sistema jurídico alemán. En vez de tratar de descubrir los auténticos principios del derecho partiendo de teorías acerca de la naturaleza del hombre, como lo hicieron los franceses, bajo la influencia de la ley natural, los alemanes trataron de descubrir los principios fundamentales del derecho germano a través de un estudio científico de los datos del derecho alemán: del derecho alemán en su contexto histórico. En vez de un libro de texto para los no iniciados, el código civil alemán era considerado como una herramienta que deberían usar en primer lugar los profesionales del derecho.

¿Significa todo esto que los códigos civiles alemán y francés son totalmente diferentes? No, por supuesto. Hay diferencias que son importantes, pero ambas conservan algunas similitudes. Los alemanes, igual que los franceses, incorporan una clara separación de poderes en sus sistemas jurídicos y gubernamentales. Es función del legislador hacer las leyes y al juez

deberá impedirle que lo haga. A pesar de que comprendían con claridad que era difícil llegar a hacer un código completo, coherente y claro, los alemanes, sin embargo, trataron de lograr exactamente eso y ciertamente por las mismas razones básicas que motivaron a los franceses. El código alemán también cumplió una función de unificación, proporcionando un cuerpo unitario de leyes para la recientemente unificada nación. Y al igual que el código francés, fue base para el nacimiento del monolítico Estado-nación.

Un conjunto de ideales y teorías completamente diferente dio origen al Código Civil de California o al Código de Comercio Uniforme tal como están aceptados en la jurisdicción norteamericana. Aun cuando tales códigos pudieran parecerse mucho a los franceses o alemanes, no están basados en la misma ideología y no expresan nada parecido a la misma realidad cultural. Donde existen códigos de esta clase no hacen alarde de ser completos. El juez no está obligado a encontrar una base en un código para decidir en un caso dado. Es más, por lo general tales códigos no son un rechazo del pasado ni tratan de abolir todo derecho anterior sobre el mismo tema; en cambio, más bien tratan de perfeccionarlo y de suplementarlo, excepto cuando se contraponen a sus fines específicos actuales. Cuando una disposición de un código o algún otro estatuto jurídico parece estar en posible conflicto con una norma hondamente arraigada del derecho común anglosajón, la tendencia será interpretar la disposición del código de tal manera que esquive el conflicto. Según una famosa cita judicial "los estatutos que derogan la ley común son interpretados al pie de la letra".

Así las tendencias conservadoras de la tradición del derecho común anglosajón están en marcado contraste con la ideología de la revolución de la que surgió la codificación del derecho civil. Es esta ideología, más que la forma de codificación, la que ayuda a unir a las naciones civilistas en una tradición legal común. Como la obra de los Glosadores y Comentaristas que fue recibida al mismo tiempo que el *Corpus Juris Civilis* en Europa, la obra de los eruditos legales europeos ha sido adoptada, junto con la forma de codificación europea, en las naciones civilistas de América Latina, Asia y África. Esta obra y la ideología que la hace permeable es de singular importancia para entender la tradición del derecho civil.

VI. LOS JUECES

Los QUE vivimos en el mundo del derecho común anglosajón sabemos lo que es un juez. Es un héroe de la cultura, incluso es algo así como un padre. Muchos de los nombres famosos en nuestro derecho son los de los jueces Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandeis, Cardozo. Sabemos que nuestra tradición jurídica fue creada originalmente y que ha crecido y se ha desarrollado en manos de los jueces, razonando en forma similar de caso en caso y construyendo un cuerpo de leyes que obligan a los jueces de generaciones posteriores, mediante la doctrina de *stare decisis*: decidir en casos semejantes de una manera semejante. Sabemos que existe una abundante legislación en vigor y reconocemos que existe una función legislativa, pero para nosotros el derecho común anglosajón significa la ley creada y moldeada por los jueces y aun pensamos (en ocasiones con mucha imprecisión) que la legislación debe servir como una función hasta cierto punto suplementaria. Estamos acostumbrados, en nuestro mundo del derecho común anglosajón, a la revisión judicial de las acciones administrativas, y en los Estados Unidos la facultad de los jueces para considerar inoperante una legislación que sea inconstitucional se acepta sin grandes discusiones. Sabemos que nuestros jueces gozan de amplia facultad de interpretación, incluso cuando la disposición aplicable o la acción administrativa sea jurídicamente válida. No nos gusta usar frases tan dramáticas como la "supremacía judicial", pero, si debemos hacerlo, admitimos que ésta es una descrip-

ción satisfactoria del sistema jurídico común anglosajón, sobre todo en los Estados Unidos.

También sabemos de dónde vienen nuestros jueces. Sabemos que asisten a la escuela de derecho y que luego tienen carreras afortunadas ya sea en el ejercicio privado de la profesión o en el gobierno, frecuentemente como fiscales de distrito. Se les designa o se les elige para puestos de jueces considerando una variedad de factores que incluyen el éxito en el ejercicio de su profesión, su reputación dentro de la barra de abogados y su influencia política. La designación o la elección al juzgado les llega como un cierto coronamiento un tanto tardío a su labor. Es una forma de reconocimiento que les confiere respeto y prestigio. El juez está bien pagado y si se encuentra en los peldaños más altos de la escala tendrá secretarios e investigadores adjuntos. Si su puesto está en lo más alto del tribunal de un estado o en un alto asiento en la Suprema Corte su nombre puede llegar a ser muy conocido. Sus opiniones se discutirán en los diarios y serán desmenuzadas y criticadas en las revistas jurídicas. Es una persona muy importante.

Esto es lo que quieren decir los abogados del derecho común anglosajón cuando hablan de sus jueces, pero en el mundo civilista un juez es algo enteramente distinto. Es un servidor público, es un funcionario. Aunque existen variantes muy importantes la pauta general es como sigue: la carrera de juez es una de varias posibilidades que tiene un estudiante que se gradúa en la escuela de derecho de una universidad. Poco después de su recepción, si quiere seguir la carrera de juez, tendrá que sustentar un examen oficial para aspirantes a jueces y si tiene éxito será designado como asistente de juez. Poco tiempo después, es-

tará fungiendo como juez aunque no precisamente en las capas más altas. A su tiempo ascenderá en la escala según su capacidad y su experiencia práctica. Le aumentarán el sueldo según tabuladores preestablecidos y pertenecerá a una organización de jueces que tiene como objetivo principal mejores sueldos, mejores condiciones de trabajo e inamovilidad.

Llegar a juez sin empezar desde abajo es raro. Aunque está prevista en algunas jurisdicciones del derecho civil la designación de distinguidos abogados o profesores para puestos en los altos tribunales, la gran mayoría de los puestos judiciales, incluso los de los más altos niveles, se llenan de entre las filas de los jueces profesionales. Los jueces de los tribunales más altos reciben, y se lo merecen, respeto público, pero es el tipo de admiración pública como la que cualquier persona en otro puesto de servicio civil de elevada posición puede ganar y recibir.

Una de las razones principales del rango tan diferente que corresponde a los jueces del derecho civil es la existencia de una tradición judicial diferente en el derecho civil que proviene desde los romanos. El juez (*iudex*) romano no era un hombre preclaro dentro del derecho. Antes del periodo imperial, en efecto, no era sino un lego que desempeñaba una función de arbitraje presidiendo el arreglo de querellas de acuerdo con fórmulas proporcionadas por otro funcionario, el *praetor*. El *iudex* no era un experto en leyes y tenía un poder muy limitado. Para consultas legales se dirigía al jurisconsulto. Más tarde, durante el periodo imperial, la resolución de controversias fue a parar cada vez más en manos de funcionarios públicos que ya estaban versados en leyes, pero en ese tiempo su función principal era, según se había esta-

blecido claramente, la de aplicar la voluntad del emperador. El juez no tenía una atribución inherente de hacer leyes. Igualmente limitado estaba en los tiempos medievales. Una de las quejas contra el sistema judicial de Francia, que parece haber sido el blanco de tantas quejas revolucionarias y prerrevolucionarias, era que los jueces actuaban sin seguir la imagen tradicional continental fungiendo más bien al estilo inglés. Interpretaban con matices creadores y erigían un cuerpo de derecho común que era el rival del derecho del gobierno central de París e incluso creaban su propia doctrina de *stare decisis*.

Con la revolución y su consagración del dogma de la estricta separación de poderes, la función judicial se vio restringida de manera notable. La insistencia revolucionaria en que la ley fuera creada sólo por las legislaturas representativas quería decir que el derecho no podía ser creado ni directa ni indirectamente por los jueces. Una expresión de esta actitud era el requisito de que el juez usara "la ley" sólo para decidir un caso y esto quería decir, como vimos en el capítulo iv, que no podía basar su sentencia en decisiones judiciales anteriores. La doctrina de *stare decisis* estaba rechazada. Otra expresión de la estricta separación de los poderes legislativo y judicial era la noción de que los jueces no debían interpretar una legislación incompleta, conflictiva o poco clara. Siempre deberían turnar sus problemas de este tipo a la legislatura para que hiciera una interpretación autorizada. Se esperaba que no habría muchas de esas situaciones y que después de un periodo razonablemente corto casi todos los problemas se habrían corregido y que un ulterior recurso a la legislatura en busca de interpretación habría de ser innecesario. (La historia de

cómo abandonaron esta posición se narrará en el próximo capítulo.)

El cuadro del proceso judicial que nace de allí es de una actividad más bien rutinaria. El juez viene a ser una especie de empleado experimentado. Se encuentra con una situación concreta a la que habrá una respuesta legislativa expedita en todos los casos, excepto en los extraordinarios. Su función es simplemente encontrar el precepto legal apropiado, ajustarlo a la situación concreta y entregar la solución que se produce de una manera más o menos automática al coincidir ambos. El proceso total de una decisión judicial está hecho para adaptarse a la estructura de un silogismo, según la lógica escolástica. La premisa mayor es el precepto, las circunstancias del caso dan la premisa menor y la conclusión se sigue inevitablemente. En los casos extraordinarios en los que se requiere un trabajo intelectual un poco más complicado de parte del juez, se espera que siga con mucho cuidado las instrucciones que marcan los límites de su interpretación.

La descripción apropiada del juez es la de un operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es mecánica. Los grandes nombres del derecho civil no son los de los jueces (¿quién conoce el nombre de un juez civilista?), sino los de los legisladores (Justiniano, Napoleón) y jurisperitos (Gayo, Irnerio, Bartolo, Mancini, Domat, Pothier, Von Savigny y otros muchos juristas europeos y latinoamericanos de los siglos XIX y XX). El juez de un sistema de derecho civil no es un héroe de la cultura o una imagen paternal como sucede con frecuencia entre nosotros. Su imagen es la de un servidor

público que desempeña funciones importantes, pero faltas de creatividad.

Es una consecuencia lógica si no necesaria de la muy diferente posición del juez civilista el que no sea muy conocido, incluso entre los mismos abogados. Sus opiniones judiciales no se leen para estudiar sus puntos de vista y su manera de pensar o sus prejuicios y necesidades. Aunque hay excepciones, la tendencia es que las decisiones de los tribunales más altos en las jurisdicciones del derecho civil sean de naturaleza notoriamente colegiadas. Se anuncian como decisiones del tribunal sin enumerar los votos de los jueces en pro y en contra. En la mayoría de las jurisdicciones las opiniones distintas o contrarias no se escriben, ni se publican, ni se anotan los votos en contrario. Se tiende a considerar al tribunal como una unidad sin rostro.

El resultado es que aunque existe una similitud superficial de funciones entre el juez del derecho civil y el juez del derecho común anglosajón, hay disparidades de importancia en sus papeles. En parte el juez en el sistema de derecho civil contemporáneo hereda una posición y realiza una serie de funciones determinadas por la tradición que se remonta hasta el *iudex* romano. Esta tradición en que el juez nunca ha sido considerado como parte de una actividad creadora se vio influida por la ideología de la revolución europea y por las consecuencias lógicas de la doctrina nacionalista de una estricta separación de poderes. El juez en el sistema de derecho civil desempeña así un papel mucho más modesto que el de su colega en el derecho común anglosajón y el sistema de selección y de inamovilidad del juez civilista

es coherente con este muy diferente estado de la profesión judicial.

El establecimiento de constituciones rígidas y la institución de la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación en algunas jurisdicciones civiles han modificado hasta cierto punto la imagen tradicional del juez civilista. En algunas jurisdicciones (*v. gr.* Italia y Alemania) se han establecido juzgados especiales constitucionales. Estos tribunales especiales que no son parte del sistema normal judicial y no son manejados por miembros del poder judicial ordinario, se establecieron en respuesta a la tradición civilista de que a los jueces (por ejemplo jueces *ordinarios* —los modernos sucesores del *iudex* romano y los jueces civiles del *jus commune*) no puede concedérseles esa facultad. Con el establecimientos de estos tribunales especiales, dirigidos por jueces especialmente seleccionados, la tradición se respeta, al menos en forma. En efecto, unos cuantos puristas dentro de la tradición del derecho civil sugieren que es erróneo llamar a esos tribunales constitucionales “tribunales” y a sus miembros “jueces”, porque los jueces no pueden hacer las leyes —argumentan— y porque la facultad para considerar ilegal algún estatuto es una especie de facultad legislativa. Pero, incluso, donde el poder judicial reside en tribunales ordinarios, como en algunas naciones de América Latina, la tradicional imagen del juez conserva casi todo su poder. El servicio judicial es una carrera burocrática; el juez es un funcionario, un servidor público; la función judicial es estrecha, mecánica y falta de creatividad.

VII. LA INTERPRETACIÓN DE LOS ESTATUTOS

YA SE DEMOSTRÓ en los capítulos anteriores que la doctrina de la separación de los poderes, llevada hasta el extremo, condujo a la conclusión de que a los tribunales debe negárseles toda función interpretativa y que debería exigírseles que turnaran todos sus problemas de interpretación legal a la legislatura para obtener una solución. Entonces la legislatura podría proporcionar una interpretación autorizada para guiar al juez. De esta manera los defectos en la ley se podrían subsanar, los tribunales seguirían sin la facultad de hacer leyes y el estado se vería libre del temor de la tiranía judicial. Para el teorizante del derecho civil, la interpretación autorizada del legislador era la única clase de interpretación permisible.

El mayor acercamiento hacia ese ideal que puede encontrarse en una nación importante en la era contemporánea es el intento de Federico el Grande, hacia fines del siglo xviii, de hacer la ley de Prusia a prueba de jueces. Prusia adoptó, bajo Federico, un código que contenía 16 000 artículos (comparado con el Código Napoleón que contenía 2 281). El Código de Prusia fue un intento por lograr soluciones específicas y detalladas para situaciones reales específicas y detalladas; el fin pretendido era un catálogo completo de tales soluciones que tuviera a su disposición el juez para cualquier caso que cayera en sus manos. Al mismo tiempo, el juez no tenía autorización para interpretar el código. En caso de duda debía turnar su problema a una Comisión de Estatutos especial

creada para ese fin. Si se le sorprendiera en trance de interpretar, el juez incurriría en "desgracia" de Federico y sería castigado severamente. Los historiadores alemanes del derecho nos dicen que esa Comisión de Estatutos nunca cumplió el papel que Federico había pretendido, pues con todo lo detallado que era, el código no tenía las respuestas a todas las preguntas y los jueces se veían obligados a interpretar sus preceptos en su trabajo diario. Tanto el Código de Federico, como su ordenamiento y su prohibición de interpretación judicial se consideran fracasos.

El desarrollo de la *cassation* francesa (de *casser*, que significa "sofocar, anular") es el paso siguiente, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los defectos y los inconvenientes de una confianza total en la interpretación autorizada eran evidentes para los juristas prácticos de la Francia revolucionaria. Sabían que la legislatura se encontraría atascada de dificultades, con frecuencia triviales, de solicitudes de interpretación, y que encontrarían sumamente fastidioso el trabajo de encontrar una respuesta a todas las solicitudes. Sin embargo, la legislatura se encontraba ante un dilema teórico: sería deseable evitar el tráfico de tantas solicitudes de decisión de los tribunales, pero no podrían permitirle a los mismos que interpretaran por su cuenta sin que esto fuera en contra de la doctrina de la separación de poderes.

La solución por la que se decidieron fue, dadas las circunstancias, perfectamente comprensible. Las legislaturas crearon un nuevo órgano gubernamental y le dieron la facultad de anular las interpretaciones incorrectas de los tribunales. En los debates legislativos y en la ley que se promulgaba como consecuencia de ellos se aclaró que el nuevo órgano no era una parte

del sistema judicial sino más bien un instrumento especial creado por la legislatura para proteger la supremacía legislativa de la usurpación judicial. Aunque parecía y actuaba como un verdadero tribunal, la legislatura evitó los parecidos llamándolo Tribunal de Casación y describiéndolo como *auprès du corps législatif*. Con esto se cumplía con el requisito de la separación de poderes y la supremacía legislativa se salvaguardaba. Los jueces ordinarios, de todos modos, no podían interpretar los estatutos jurídicos y la legislatura no tenía que hacer ya aquel trabajo.

Hay que notar que no se esperaba que el tribunal de casación habría de proporcionar por sí mismo interpretaciones jurídicas de los estatutos pertinentes en los casos que se le presentaran. Al contrario, su función original acorde con su índole independiente y no judicial era solamente anular las decisiones judiciales basadas en interpretaciones incorrectas de los estatutos. Esos casos tendrían que volver después al poder judicial para ser reconsiderados y resueltos: esto, después de todo, era una función *judicial*. A diferencia de la típica acción de un tribunal de apelación norteamericano, que no sólo anula la decisión incorrecta de un problema legal de un tribunal inferior, sino también indica la respuesta correcta al problema legal resuelto incorrectamente más abajo y aplica el resultado al caso para producir una nueva decisión, el Tribunal de Casación francés fue creado para llevar a cabo sólo el primero de los pasos. Sin embargo, por un gradual, pero aparentemente inevitable proceso de evolución, el tribunal llegó a ejecutar el segundo paso junto con el primero. Así que no sólo indicaba que la decisión judicial era errónea, sino que explicaba cuál era la interpretación correcta

del precepto legal. En el mismo periodo, el origen no judicial del tribunal se perdió de vista, vino a llamarse Tribunal de Casación y así adquirió carácter judicial y asumió una posición en la cima del sistema de los juzgados ordinarios. En Francia, al igual que en Italia y en otros países que siguieron el modelo francés, el nombre completo debe ser verosímilmente Suprema Corte de Casación. De este modo el más alto tribunal civil y penal en la jurisdicción —que está dirigida por jueces y que tiene la responsabilidad primaria de asegurar la interpretación y aplicación uniformes y correctas de los estatutos por los tribunales civiles y penales inferiores— es la descendiente directa de un tribunal legislativo creado originalmente para mantener la facultad de interpretación fuera del alcance de los jueces.

El paso final en la evolución de tales cuerpos legales lo ilustra la institución germana de "revisión", para distinguirla de la casación francesa. El sistema francés se detuvo en el segundo paso: la Suprema Corte de Casación podía anular una decisión basada en una interpretación incorrecta y podía instruir a los tribunales inferiores en cuanto a la interpretación correcta. De todos modos el caso debía ser enviado de nuevo a los tribunales más bajos para su decisión. Ésta en ocasiones fue una mera formalidad que hacía perder innecesariamente un tiempo valioso, y ocasionalmente se originaron problemas más serios porque los jueces de primera instancia o eran incapaces o no querían entender y seguir la interpretación anunciada por la Suprema Corte de Casación. Buena parte de la historia del procedimiento de Casación desde la creación de ese tribunal es la crónica de esos proble-

mas y de los diversos instrumentos que inventaron para solucionarlos.

Cuando Alemania estaba unida bajo Bismarck, los defectos de la Casación francesa eran muy evidentes, y por ese tiempo el pensamiento jurídico europeo había concedido abiertamente que, de hecho, los jueces tuvieron que interpretar los estatutos como parte de su trabajo ordinario. No había razón para complicar las cosas innecesariamente y por eso los alemanes hicieron lo que era racional: crearon una suprema corte con facultades para revisar las decisiones de los tribunales más bajos para lograr una corrección jurídica, para anular decisiones incorrectas, para indicar la respuesta correcta y para "revisar" la decisión consecuentemente.

La evolución desde el argumento para referirse obligatoriamente a la legislatura para obtener una interpretación, a través de la referencia a un tribunal legislativo, hasta el nacimiento de una corte con facultades de revisión y corrección de las interpretaciones de los tribunales inferiores, ha ido necesariamente acompañada por una gradual aceptación de cierta facultad de interpretación por el poder judicial. Esta evolución también ha ido acompañada por grandes discusiones y escritos, unos para justificar la interpretación de los estatutos por las cortes, otros para definir los límites de la facultad interpretativa, y otros para especificar cómo debería ejercitarse esa facultad. El volumen de jurisprudencia interpretativa en las naciones de derecho civil (que es aproximadamente igual a la literatura relativa al proceso judicial que existe en los Estados Unidos) viene a ser en parte una demostración de inquietud acerca de que los tribunales interpretan los estatutos, en parte una expre-

sión de ansiedad porque podrían abusar de sus facultades de interpretación; sólo una pequeña parte de ella se refiere al proceso real de interpretación. Muchos escritores han tratado de probar que la interpretación judicial no está en realidad en conflicto con la supremacía legislativa y con la estricta separación de poderes. Los interesados en definir los límites de interpretación han tenido que preocuparse de la certeza de la ley y de la prevención de la tiranía y la irresponsabilidad judiciales. Sólo escasos escritores han tratado de ayudar al juez para que pueda enfrentarse a problemas específicos de interpretación.

Como ya lo hemos visto, la ideología revolucionaria dio por sentado que una legislación sistemática sería clara, completa y coherente, y que reduciría la función de los jueces a una mera aplicación de la ley (esto es, de los estatutos) a los hechos. Esta concepción tan simplista del proceso judicial, que ha logrado sobrevivir admirablemente en las mentes de los no apegados al derecho y de algunos abogados, es el equivalente exacto de una actitud simplista hacia la obra de los jueces en el mundo del derecho común anglosajón. Muchos no profesionales entre nosotros, pero también algunos abogados, siguen creyendo que los tribunales están obligados por las decisiones anteriores y que el proceso de encontrar y aplicar el precedente a un caso concreto es una cosa relativamente mecánica. Existe toda una investigación activa del proceso judicial, tanto en la tradición del derecho civil como en la del derecho común anglosajón.

En nuestros días es inverosímil que los sesudos juristas del Continente hayan tenido nunca suficiente confianza en tal idea del proceso legal. Durante el periodo de las revoluciones pudo haber parecido im-

portante actuar como si la ideología revolucionaria hubiese sido válida, pero es inconcebible que buena parte de los eruditos jurídicos hayan creído en ella alguna vez. Es demasiado evidente que los hechos son muy diversos de las ideas. La ilusión de un precepto de autoaplicación y de una norma legislativa tan clara que su aplicación fuera un proceso automático hace mucho tiempo que fue abandonada porque no pudo resistir la confrontación con la realidad. Siempre y desde el periodo revolucionario, los tribunales del derecho civil habían tenido que vérselas con conocer y decidir sobre litigios cuya solución dependía de la interpretación que debía darse a una disposición jurídica. Litigios de esta naturaleza causan apelaciones y es frecuente que las decisiones de los juzgados de primera instancia sean revocados. Difícilmente se encontrará un artículo en un típico código civil que no haya tenido necesidad de una interpretación judicial para esclarecer algún significado que era oscuro para las partes, para sus abogados e incluso para los mismos jueces.

De igual manera el dogma de que un código puede ser completo y coherente se desploma ante la más rápida mirada a la jurisprudencia (término que usan los abogados del derecho civil para referirse a las decisiones judiciales). Los libros están llenos de sentencias en que los tribunales han tenido que llenar las lagunas en el esquema legislativo y han tenido que conciliar disposiciones legales aparentemente conflictivas. Aunque el texto de un estatuto permanece sin cambios, su significado y aplicación cambian con frecuencia de acuerdo con las presiones sociales y porque se suscitan nuevos problemas que jamás fueron sospechados por legislación alguna. El ideal de la

certeza en la ley llega a ser inalcanzable frente a la incertidumbre que existe de hecho, ya que frecuentemente la determinación de los derechos de las partes debe esperar los resultados de un litigio. En la práctica, el juez no se siente descargado de la necesidad de interpretar y aplicar los estatutos porque no tiene una ley clara, completa, coherente y previsible. Igual que el juez del derecho común anglosajón se encuentra comprometido en un proceso vital, complejo y difícil. Debe aplicar las disposiciones que rara vez, en todo caso, son claras en el contexto del caso práctico aun cuando pudieran parecer sumamente claras en su contenido abstracto. Debe llenar las lagunas y resolver los conflictos, dentro de un esquema legislativo. Debe adaptar la ley a las condiciones del momento. El código no tiene aplicación evidente, sobre todo para un juez responsable.

A pesar de estos hechos, el variado acervo de interpretación judicial ha persistido de una manera sorprendente en el mundo del derecho civil. Como resultado de ello existe tirantez entre el hecho y la jurisprudencia y se ha desatado una literatura importante para tratar de resolver esa tirantez. Hasta hace poco el esfuerzo principal de esta literatura había sido tratar de preservar la jurisprudencia explicando definitivamente los hechos. De manera clásica, esa literatura aborda el tema bajo tres títulos: 1) el problema de la interpretación en su sentido estricto, es decir, la disposición confusa; 2) el problema de las lagunas, o sea de la falta de disposiciones y 3) el problema de la llamada interpretación evolutiva, o sea el precepto cuyo significado cambia, mientras su redacción se mantiene constante.

Cada uno de estos títulos es un problema porque

supone la necesidad de que el juez decida en un caso concreto. No se le permite decir que la ley es confusa y que se abstiene por eso de actuar. Entonces el problema de interpretación en sentido estricto se convierte en el de justificar una sentencia judicial cuando la intención del legislador no es clara. Lo que esto ocasiona es que el juez se convierte en legislador en un caso concreto y expone a las partes al peligro de la irresponsabilidad y arbitrariedad judicial. Es aún peor en el caso de las lagunas, cuando la legislatura omitió redactar algunas normas. Aquí, evidentemente, el juez funge como un legislador casuístico y los peligros crecen en importancia. Y cuando mediante una interpretación judicial un estatuto llega a significar algo diferente de lo que significaba cuando fue promulgado, el papel del juez como legislador es obvio.

La respuesta ortodoxa del derecho civil al problema de la interpretación está muy bien ilustrada en la disposición del Código Civil Italiano de 1942 cuando trata de la interpretación de los estatutos:

Al interpretar los estatutos no debe atribuírseles ningún otro significado que el que claramente tienen a través del significado real de las palabras, según su relación entre ellas y según la intención del legislador.

Si una controversia no pudiera decidirse mediante una disposición precisa, deben considerarse las disposiciones que regulan casos similares o material análogas; si el caso aún siguiera en duda, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado.

El primer párrafo de este estatuto (mismo que ha sido por cierto sometido a una interpretación intensa

por los tribunales italianos, produciendo una buena cantidad de literatura de interpretación acerca de la interpretación), es la instrucción legislativa a los tribunales acerca del problema de interpretación en sentido estricto. El estatuto debe ser aplicado de acuerdo con su significado llano y si éste no es claro, el juez debe buscar la intención del legislador al promulgar dicho estatuto. Obviamente, tal instrucción a los jueces significa o demasiado poco o simplemente demasiado. Si está claro qué quiere decir el estatuto entonces no hay problema, pero si no está claro qué quiere decir con "el significado real de las palabras" entonces es un espejismo. Las palabras no tienen un significado inherente y su significado se lo dan los que las usan y el problema para el juez es proporcionar un significado cuando no está claro qué quiso decir el legislador cuando usó esas palabras. El recurso a la intención del legislador puede ayudar en algunos casos, pero la reconstrucción del proceso histórico de formar y expresar la intención de las personas en un *forum* tan complejo como es una legislatura representativa, es una empresa hartó riesgosa. En un sorprendente desfile de casos la historia legislativa puede mostrar que la legislatura no previó el problema con que se iban a topar los jueces y como consecuencia no tuvo ninguna intención al respecto. Y así es; los eruditos generalmente concuerdan en que la investigación no debiera versar sobre la intención del legislador sino sobre la "intención, el espíritu, el contenido objetivo de la norma (esto es, el estatuto) misma". Advertencias tales como las contenidas en el primer párrafo del estatuto italiano y otras similares dirigidas a los jueces en países que tienen un derecho civil, consecuentemente no ayudan al juez a resolver

el problema de una disposición confusa. Simplemente establecen disposiciones conceptuales apegadas a la teoría ortodoxa de la interpretación judicial y le dicen al juez que debe tomar su decisión sobre esas condiciones. No se le dice al juez cómo decidir sino cómo exponer lo que haya decidido.

El segundo párrafo del estatuto contiene las directrices que deben seguir los jueces en casos de lagunas. Si no existe el precepto legal que se refiera concretamente a un problema, el juez debe razonar por analogía con otros preceptos legales. Si con este sistema no obtiene resultados, entonces debe referirse a algo llamado "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado", disposición que nació después de muchos años de debates ideológicos. Una referencia análoga en el Código Austriaco de 1811 era a "los principios del derecho natural". Esta disposición representaba el punto de vista que prevalecía antes de la última victoria del positivismo del estado. La tesis era que había algo llamado "ley natural" que existía fuera del derecho positivo de cualquier forma de gobierno y que emanaba de la naturaleza del hombre y de los prerrequisitos naturales del orden social. Durante este período, el principal debate era entre diferentes escuelas del derecho natural y en particular entre la laica y las escuelas católicas romanas. Más adelante, en el siglo XIX, la palabra "natural" fue excluida de las redacciones usuales. Evidentemente, esto significaba un paso fuera del derecho natural hacia el inexpugnable positivismo del estado, pero no fue dado lo suficientemente lejos para detener los debates. La formulación en el estatuto italiano citado arriba aplacó todas las dudas en Italia. La tendencia en las demás jurisdicciones del derecho civil es también a

apartarse de cualquier referencia a la ley natural y a no apoyarse en ella. En cuanto al significado real de las instrucciones relativas a la solución del problema de las lagunas, esperaremos al capítulo x y al estudio de la ciencia jurídica. Allí demostraremos que este tipo de instrucciones a los jueces son útiles principalmente como medios de conciliar el cúmulo de interpretaciones judiciales con la escuela dominante del pensamiento jurídico en el mundo del derecho civil.

El problema más difícil de interpretación por resolver de manera acorde con la supremacía de la legislatura y la separación de los poderes es el de la interpretación evolutiva. El fenómeno es muy familiar: un viejo precepto que sea aplicado en la manera tradicional claramente producirá un resultado indeseable en el litigio que tenga en sus manos un juez. No se trata de que la interpretación anterior haya sido errónea, pues en muchas ocasiones habrá sido confirmada por una sentencia de la Suprema Corte de Casación (o su equivalente), sino de que las circunstancias pudieron haber cambiado tanto que requieran una interpretación diferente en el caso presente. El problema del juez es que si decide de acuerdo con la interpretación antigua, el resultado del caso irá en contra de los intereses de él mismo, de las partes y de la sociedad; si reinterpreta el estatuto para lograr un resultado satisfactorio para él mismo, las partes (al menos para una de ellas) y la sociedad, estará legislando. Desde luego, puede turnar a la legislatura su caso y rehusarse a interpretar de nuevo un precepto, solicitando a la legislatura que cambie la ley para adaptarla a las nuevas circunstancias. Esta actitud no sería del agrado de las partes y haría imposibles las demandas en contra de las legislaturas. En

conclusión, existe un acuerdo general en las jurisdicciones civiles en cuanto a que los jueces no tienen facultades de interpretar evolutivamente. Entonces la discusión pasa de la legitimidad de esta función al problema de su justificación y sus límites justos. Por experiencia, la enseñanza tradicional en este problema de la interpretación se preocupa principalmente de probar que el juez, al interpretar evolutivamente, en realidad no legisla.

Buena parte de lo que se ha escrito sobre el tema de la interpretación judicial en el ambiente del derecho civil está, como se señaló arriba, encaminado a probar la continua validez del acervo de interpretación judicial y este punto de vista todavía no lo enseñan muchos profesores a los estudiantes de derecho. Más recientemente ha habido una variedad de reacciones en contra de ese acervo. Escuelas tales como la de la jurisprudencia de intereses, jurisprudencia social y realismo jurídico, entre otras, tienen su partidarios. En Suiza, el código civil instruye a los jueces en el sentido de que cuando falla todo recurso para bien interpretar deben emplear la norma que usarían si fueran legisladores. De esta y otras muchas maneras, la doctrina de la interpretación judicial está perdiendo terreno. De todos modos, aún hay muchos que todavía creen en ella y los que no, no pueden pasarla por alto; deben refutarla. La doctrina de la interpretación judicial es una parte de la tradición del derecho civil.

Como se anotó anteriormente, las sentencias judiciales no son una fuente de derecho. Violaría las normas contra la actividad legislativa de los jueces el que las decisiones de los tribunales se aceptaran como obligatorias para sentencias futuras. El punto de vista

ortodoxo consecuentemente es que ningún tribunal está obligado por la decisión de otro tribunal en una jurisdicción de derecho civil. En teoría, al menos, aun cuando el tribunal más alto ya se haya pronunciado sobre el asunto y haya indicado con claridad su punto de vista en la solución del caso, el tribunal más bajo en la jurisdicción podría sentenciar en forma diferente.

Esta es la teoría, pero en la práctica es diferente. Aunque no existe la norma formal de *stare decisis*, es práctica que los jueces se vean influidos por las sentencias anteriores. Las sentencias judiciales generalmente se publican en la mayoría de los países civilistas. Un abogado que prepara un caso busca casos similares, usa las sentencias en su alegato y es frecuente ver a jueces que se refieren, al decidir sobre un litigio, a casos anteriores. Diga lo que dijere la ideología de la revolución acerca del valor de sentencias precedentes, el hecho es que los tribunales respecto de sentencias anteriores no actúan de manera muy diferente en las jurisdicciones civilistas de como actúan los tribunales en los Estados Unidos. El juez puede referirse a un caso anterior porque siente el peso de la autoridad del tribunal anterior, porque quedó persuadido de sus razonamientos, porque es demasiado perezoso para pensar en el problema por sí mismo, porque no quiere arriesgarse a que le devuelvan una apelación o por otra gran variedad de motivos. Estas son algunas de las razones principales para el uso de la autoridad en la tradición del derecho común anglosajón y la ausencia de una norma formal de *stare decisis* es relativamente poco importante. Los que ven diferencia entre las tradiciones del derecho civil y del derecho común anglosajón por una

supuesta falta de uso de autoridad judicial en la primera y una cierta obligatoriedad a usarla en la segunda, exageran por ambos lados. Todo mundo sabe que los tribunales del derecho civil usan los precedentes, todo mundo sabe que los tribunales del derecho común anglosajón separan los casos que no quieren seguir y en ocasiones ni sus mismas decisiones anteriores aceptan.

Aun cuando estos hechos son obvios y muy conocidos, la doctrina persiste. Por otro lado, los abogados civilistas sensatos frecuentemente pasan por alto el uso tan difundido que de los precedentes hacen sus tribunales, del mismo modo que los igualmente sensatos juristas del derecho común anglosajón con frecuencia simplifican en exceso y abusan del precedente en los tribunales del derecho común anglosajón. La distinción realmente importante entre las tradiciones de los dos derechos en cuanto a los procesos judiciales no reside en lo que los tribunales hacen de hecho, sino en lo que la doctrina dominante les dice que hagan. En la tradición ortodoxa del derecho civil el juez tiene asignado un papel comparativamente menor, sin gloria, como mero operador de una máquina diseñada y construida por jurisconsultos y legisladores. Ahora vamos a examinar la manera de cómo esta imagen del juez se refleja en el matiz muy especial que se da a la certeza de la ley en el derecho civil y en la negación de una facultad de equidad inherente en los jueces civilistas.

VIII. CERTEZA Y EQUITAD

SE HA PUESTO mucho interés en la bibliografía de la tradición del derecho civil a la importancia de la certeza en la ley. La certeza es, desde luego, un objetivo en todo sistema legal, pero en la tradición del derecho civil ha llegado a ser una especie de valor supremo, un dogma incontrovertible, una meta fundamental. Aun cuando la mayoría de los abogados civilistas reconocieran que existen otros valores rivales cuya preservación requeriría cierto sacrificio de la certeza, el problema generalmente no se discute en estos términos. En el ambiente del derecho civil siempre se tiene un buen argumento contra cualquier cambio propuesto en el proceso jurídico en el sentido de que dañaría la certeza de la ley. En la Italia de Mussolini, por ejemplo, algunos intentos de los fascistas de convertir el derecho en un instrumento del estado totalitario fueron rechazados afortunadamente por los juristas en nombre de la certeza de la ley. Después de la caída del fascismo y del establecimiento de la república, muchas reformas deseables en el sistema jurídico italiano fueron rechazadas por otros juristas igualmente en nombre de la certeza de la ley. Es un valor jurídico abstracto. Es como la reina del ajedrez, se puede mover en cualquier dirección.

A pesar de que el ideal de la certeza se ha usado para una variedad de propósitos, su aplicación más importante es un reflejo de la desconfianza en los jueces. Los jueces tienen prohibido legislar en bien de la certeza. La legislación debe ser clara, completa y coherente en nombre de la certeza. El proceso de

interpretación y aplicación del derecho debe ser automático hasta donde sea posible igualmente en bien de la certeza. En este sentido la acentuación en la certeza es una expresión de un deseo de crear un derecho a prueba de jueces.

A la certeza jurídica también la reconoce como deseable la tradición del derecho común anglosajón, pero existen tres diferencias importantes. La primera, que la certeza es generalmente discutida en términos más funcionales y no es elevada a nivel de dogma. Reconocemos que la gente debe saber, hasta donde es posible, la naturaleza de sus derechos y obligaciones y ser capaz de planear sus acciones con cierta confianza en sus consecuencias legales; pero también reconocemos que hay límites en el alcance de la certeza. Segundo, la certeza se obtiene en el derecho común anglosajón reconociendo fuerza de ley a las sentencias judiciales, algo que teóricamente está prohibido en el derecho civil. La acumulación de las sentencias judiciales con el correr del tiempo en una jurisdicción proporciona una serie de ejemplos detallados y concretos de normas jurídicas en vigor. Estas, junto con los enunciados de las normas mismas, posiblemente proporcionan más certeza acerca de la ley que los amplios enunciados jurídicos de las normas. De este modo la búsqueda de la certeza es un argumento en favor de *stare decisis* en la tradición del derecho común anglosajón, mientras que es un argumento en contra de *stare decisis* en la tradición del derecho civil. Finalmente, en el mundo del derecho común anglosajón (particularmente en los Estados Unidos), se reconoce en forma más generalizada que la certeza es sólo uno de tantos valores jurídicos que incluso se encuentran en conflicto entre ellos. La

certeza frecuentemente implica rigidez; el derecho que es rígido puede causar dificultad para amoldarse al cambio de las circunstancias o para adaptarse a las exigencias de un caso en particular. En el derecho común anglosajón, la certeza y la flexibilidad se consideran valores en competencia, pues una tiende a limitar a la otra. En el mundo del derecho civil, el valor supremo es la certeza y la necesidad de flexibilidad se considera como una serie de "problemas" que complican el avance hacia el ideal de un derecho a prueba de jueces. De allí que la preocupación descrita en el capítulo anterior acerca de la interpretación hecha por los jueces frecuentemente se formula en estos términos: si los jueces no son vigilados cuidadosamente respecto a su manera de interpretar la legislación, la ley se volverá mucho más incierta.

La misma actitud general existe hacia la equidad. En su sentido general la equidad se refiere a la facultad del juez para mitigar la rudeza de una aplicación estricta de un precepto o de condenar o de absolver según los hechos del caso en particular. En otras palabras, la equidad es una concesión limitada de facultades al tribunal para aplicar los principios de imparcialidad al resolver una controversia que se ventila en ella. Todos reconocen que las disposiciones generales, como las encontradas con frecuencia en los estatutos, en ocasiones funcionan áspera o inadecuadamente y que algunos problemas son tan complejos que no es posible para la legislatura dictar las consecuencias de todos los cambios posibles en las circunstancias. Donde se encuentran problemas como éstos, se considera más sensato dejar el problema al juez del caso para que decida de acuerdo con principios de equidad. De este modo la equidad se convierte en la

justicia de un caso en particular. Claramente implica conceder al juez una facultad discrecional.

Pero en el derecho civil dar facultades discrecionales a los jueces es amenazar la certeza de la ley. Como problema de teoría legal subsiste la tesis de que los jueces no tienen facultades inherentes de equidad. De tiempo en tiempo podría dárseles la autorización para usar la equidad en la resolución de un caso, pero esa facultad se concederá de manera expresa y será circunscrita cuidadosamente en un estatuto emanado de la legislatura. Aun cuando este asunto ha producido mucha discusión en el pasado y sigue siendo fuente de argumentación entre los eruditos, el parecer general sigue siendo que en bien de la certeza los jueces deben ser limitados cuidadosamente en el ejercicio de la equidad.

Así, el derecho civil ha sacrificado la flexibilidad en aras de la certeza. Al contrario, el derecho común anglosajón tiende a mantener entre ellas un equilibrio más parejo. Algunas de las razones para esta diferencia en actitudes hacia la facultad discrecional de los jueces en las dos tradiciones jurídicas se han descrito ya en los dos capítulos anteriores. Sin embargo, ésta es una razón más: la existencia en Inglaterra durante varios siglos de un sistema separado de tribunales de equidad y un cuerpo separado de principios legales llamados equidad.

Los normandos, conquistadores de Inglaterra en la Batalla de Hastings, se dieron prisa en establecer un gobierno centralizado incluyendo la administración de justicia. Establecieron tribunales reales y un sistema de justicia real que desplazó gradualmente al viejo feudalismo en sus tribunales y normas. En el proceso de centralización de la justicia inglesa, los jueces

de los tribunales reales desarrollaron nuevos procedimientos y recursos y un nuevo cuerpo de derecho sustantivo aplicable, al menos en teoría, a todos los ingleses. Por esta razón se le llamó derecho común. El derecho común anglosajón, al principio dinámico y creativo, poco a poco se fue convirtiendo en un conjunto de procedimientos y recursos rígidos y cerrados que se aplicaban de acuerdo con normas inflexibles y técnicas. El derecho común anglosajón se convirtió en formulista y literal. Sin embargo, si un individuo que estuviera insatisfecho con el recurso de que disponía en los tribunales reales o que quisiera querellarse acerca de la razonabilidad de una sentencia, siempre podía apelar al Rey para su descargo. El Rey tenía la facultad de cambiar el funcionamiento de su sistema de justicia sobre la base de tales apelaciones (la facultad actual del jefe del ejecutivo de conmutar o indultar es una reminiscencia de ese sistema).

De tiempo en tiempo el rey en persona podía haber considerado y resuelto esas peticiones, pero no pasó mucho tiempo antes que tales actividades se encomendaran a un funcionario oficial, llamado canciller (juez de tribunal de equidad). Este magistrado (frecuentemente llamado "la conciencia del rey") tenía la facultad de cambiar el efecto de la ley en bien de la equidad. Había muchas quejas acerca de abusos reales o imaginarios de esta facultad discrecional y acerca de la incertidumbre que esto suponía; incluso en ese tiempo había un dicho popular que decía que la justicia se medía por lo largo del pie del canciller. Cuando el procedimiento de audiencia y actuaciones acerca de las peticiones para hacer una excepción a la ley se tornó más institucionalizada y formalizada y

cuando el volumen de negocios llegó a ser suficientemente grande que ya requería asistentes para ayudar al canciller a decidir, la facultad discrecional de exceptuar a alguien de la vigencia de la ley llegó a ser más y más judicializada. Las formalidades, las normas de procedimiento y las normas sustantivas fueron evolucionando hasta controlar el sometimiento de peticiones al canciller y su acción sobre ellas. Gradualmente el canciller llegó a convertirse en un tribunal de equidad y las normas aplicadas en los procedimientos de equidad llegaron a formar un cuerpo de derecho distinto llamado equidad en reconocimiento de los orígenes históricos del tribunal de equidad.

De este modo, durante varios siglos existieron en Inglaterra dos sistemas separados de justicia: los tribunales de derecho y el derecho común de un lado y los tribunales de equidad y la equidad del otro. En general durante su separada existencia la jurisdicción del tribunal de equidad estaba limitada a mejorar la ruda vigencia de algunos aspectos del derecho común anglosajón y a proveer recursos en los casos en que el recurso del derecho común se consideraba inadecuado. Con el tiempo los sistemas separados de tribunales y de derecho y equidad fueron abolidos y las jurisdicciones y los principios se fusionaron. La tradición del derecho común que sobrevivió consta tanto del derecho común original como de la influencia moderadora de equidad.

Un erudito del derecho comparado ha hecho notar que el derecho civil actual es lo que el derecho común anglosajón parecería ahora si nunca hubiera existido un tribunal de equidad en Inglaterra. Existen bases históricas para una opinión como ésta, pues nunca existió nada como la influencia suavizante y liberali-

zadora del tribunal de equidad en la tradición del derecho civil, incluso desde los remotos orígenes del periodo romano. Sin embargo, más concretamente hay dos contribuciones específicas de la equidad a la tradición del derecho común anglosajón que ayudan a explicar las diferencias entre el derecho común contemporáneo y la tradición del derecho civil. Éstas son la facultad discrecional de los jueces y la facultad de represión de contumacia civil.

En cuanto a la facultad discrecional de los jueces, los del derecho común anglosajón tradicionalmente tienen facultades inherentes de equidad: pueden amoldar el resultado de un caso a las exigencias de la realidad, pueden doblegar las normas cuando sea necesario para decidir lo que es evidentemente justo en sí mismo y pueden interpretar y reinterpretar la ley con el objeto de ajustarla a los cambios sociales. Estas facultades no son consideradas como amenazas a la certeza de la ley, pues en efecto la certeza debe realizarse a través de la doctrina de *stare decisis*, que en sí misma es ya una doctrina judicial. Las dificultades para conciliar la exigencia de la certeza y la justicia de un caso individual se convierten así en problemas de solución para los jueces mismos. No existe conflicto en este problema entre los poderes judicial y legislativo del gobierno. En el derecho común anglosajón el juez puede ejercer su facultad discrecional, pero también debe soportar el peso enorme de la responsabilidad de la certeza y estabilidad del derecho.

De allí que el juez del derecho común anglosajón se vea menos obligado que su colega del derecho civil por las actitudes prevalecientes de hacer encajar una controversia en una caja construida por la legislatura.

Aun cuando un caso supone la aplicación de un estatuto, el juez del derecho común anglosajón tiene ciertas facultades de ajustar las leyes a los hechos. Si la caja que le han dado los legisladores no le sirve, el juez puede hacer algunos pequeños cambios en ella para hacer que se ajuste. Cuando la ley que se puede aplicar es un precedente, o sea una caja construida por uno o por varios jueces anteriores, esta facultad es aún mayor. En el mundo del derecho civil, si los hechos no caben en la caja, deben ser forzados en su forma para que quepan. Esa caja, en teoría, siempre es construida por la legislatura.

Se dice que el juez del derecho civil no tiene esa facultad inherente de equidad, pero esta aseveración es cierta sólo por lo que se refiere a una teoría dominante. Pero otra cosa muy distinta es acusar al derecho civil de ser menos equitativo que el derecho común anglosajón. Puede demostrarse que esta aseveración es falsa, y para ello un buen argumento puede ser (y ha sido) el que el derecho civil ha desarrollado en algunos campos un cuerpo de normas sustantivas mejor, por ser más equitativo, que el que existe en el sistema angloamericano. No tratamos aquí de una relativa justicia, sino de la distribución del poder entre la legislatura y el tribunal. En el derecho común anglosajón el juez tiene ese poder inherente de equidad; en la tradición del derecho civil ese poder lo tiene la legislatura. El modo como la legislatura ejerce esa facultad y los consiguientes resultados en el poder judicial, proporciona un ejemplo excelente del contraste entre la teoría y la práctica de un procedimiento jurídico en la tradición del derecho civil.

La teoría es que la legislatura ejerce su facultad de equidad de una de estas dos maneras: puede dele-

gar esa facultad específicamente al juez en situaciones cuidadosamente bien definidas, o puede ella misma promulgar normas de equidad para que el juez las aplique como cualquiera otra norma jurídica. Un ejemplo del primer tipo se encuentra en el artículo 1226 del código civil italiano que ordena al juez que si no pudiera probarse el daño exacto que resiente el quejoso como resultado de la falta de cumplimiento de la obligación del acusado, debe fijarse el monto, de acuerdo con principios de equidad. Un ejemplo del segundo tipo se encuentra en el artículo 1337 del mismo código que prevé que las partes de un contrato deben actuar de buena fe, tanto en la negociación como en la redacción del contrato. Todo código civil moderno en cualquier parte del mundo civil contendrá algunos artículos como éstos.

No se requiere un gran poder de imaginación para darse cuenta de que el segundo tipo de estatuto en efecto transfiere una buena cantidad no bien definida de facultad equitativa al juez. Es cierto que la legislatura ya ha hecho su parte y que su acción está expresada en una norma jurídica sustantiva, pero los términos son tan amplios (la "buena fe", que no se define en el código, tiene un campo de aplicación casi infinito) que el juez prácticamente no se ve restringido por la formulación legislativa. Lo que quiera decir el estatuto depende de lo que el juez haga con él en el caso concreto. Lo que hacen con él en los casos concretos viene a convertirse en una ley de hecho aunque no en teoría. Un abogado que desee saber qué efecto obtendrá de la aplicación del estatuto se referirá invariablemente a las sentencias para ver cómo lo aplicaron los tribunales. La legislatura no

proporcionó la caja; les dijo a los jueces que ellos debían fabricarla.

La práctica de delegar facultades a los tribunales a través de la legislación que emplea cláusulas como aquéllas es muy común en el ambiente del derecho civil, aun cuando varía ampliamente la medida en que los jueces han ejercido esa facultad conscientemente. El artículo 1382 del Código Napoleón ordena que aquel cuyos actos lesionan a otro debe compensarlo por la injuria. Los tribunales franceses han construido todo un cuerpo de derecho penal basado en ese artículo. El artículo 242 del *bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemán exige a las personas que cumplan con sus obligaciones como lo estipula la buena fe. Los tribunales alemanes han empleado este estatuto para crear un enorme cuerpo de nuevas leyes acerca del cumplimiento de las obligaciones. Ambos conjuntos de tribunales, en ese proceso, desarrollaron actitudes de trabajo respecto a leyes casuísticas que se parecen a las de los tribunales del derecho común anglosajón más de lo que permite la teoría en boga. Los tribunales alemanes han sido particularmente abiertos en este respecto y su confianza en el artículo 242 para tratar algunos de los problemas que surgieron después de la desastrosa inflación posbélica de la primera Guerra Mundial presenta un ejemplo de activismo judicial que parece exagerado, incluso a empedernidos realistas jurídicos.

Al mismo tiempo, la condescendencia de los jueces alemanes con los deseos del régimen nazi queda en desventaja si se compara con la afortunada resistencia de los jueces italianos a los fascistas. Los jueces alemanes, se argumenta, optaron agresivamente por la

discreción judicial a costa de la certeza en la década de 1920 tanto para justificar el uso de cláusulas generales como para seguir la teoría iniciada por la escuela de juristas del "derecho libre". Los jueces italianos se mantuvieron en su estilo tradicional haciendo hincapié en la certeza y ejercitando solamente en pequeña medida su facultad discrecional. Cuando la oscuridad se desvaneció, los jueces alemanes no pudieron defender el orden jurídico apelando a la importancia de la certeza. Al contrario de los italianos, ellos abandonaron abiertamente ese principio. No importa si estamos convencidos o no de esta versión histórica; el hecho de que muchos la aceptan nos da una visión de la continua vitalidad de la apelación a la certeza y de la continua desconfianza en la facultad discrecional de los jueces que se encuentran aún en los países civilistas más independientes.

La segunda contribución importante de la equidad a la tradición del derecho común anglosajón es la facultad de represión de la contumacia civil. Ésta es la facultad que tiene un tribunal, en un caso civil (esto es, no penal), de castigar a una persona que se desentiende de una orden judicial de hacer o no hacer algo. La teoría es que el tribunal puede ordenar a una persona hacer algo o no hacerlo y castigarlo si desobedece la orden. Tal facultad se usa para una buena diversidad de propósitos en el derecho común anglosajón. Alguien que viva cerca de un aeropuerto y que se sienta molestado por los aviones que vuelan demasiado bajo sobre su propiedad puede obtener una prohibición a su favor contra ulteriores vuelos por debajo de cierta altura. Si la prohibición es desobedecida, el transgresor puede ser castigado

por el tribunal. Una persona que hubiere prometido vender un terreno a otra y que posteriormente se rehúsa a hacer la transferencia, puede recibir del juez la orden de entregarlo y si se rehúsa, puede ser castigado por eso. Un grupo de trabajadores que promueve ilegalmente una huelga contra la compañía puede recibir la orden de desistir y los líderes del sindicato que resulten responsables pueden ser castigados por el tribunal si la huelga no cesa. La variedad de situaciones en las que tales órdenes dirigidas a individuos se emplean como recursos en el derecho común anglosajón es muy grande. La facultad que sustenta esas órdenes es la facultad del tribunal de castigar a los individuos por dejar de obedecerlas: la facultad de represión al desacato.

No existe esa facultad en la tradición del derecho civil. Se desconoce la facultad general de enviar órdenes a personas concretas y de castigarlas si se rehúsan a obedecerlas. Los franceses tienen algo que llaman *astreinte*, que parece ser, aunque limitadamente, un equivalente en vigor de la facultad de represión al desacato; algo como la *astreinte* puede encontrarse también en el derecho alemán. Con todo, éstas son pálidas imitaciones de las amplias facultades de que gozan los jueces en el derecho común anglosajón.

La sola idea de dar a un tribunal la facultad de obligar a los individuos en sus acciones civiles para hacer o dejar de hacer ciertos actos so pena de encarcelamiento o de una multa o de ambas cosas, repugna a la tradición del derecho civil. Y sólo por una cosa, porque no va de acuerdo con la exigencia de certeza, porque concede al juez mucho más poder del que los abogados civilistas creen que deben tener los

jueces. Además, las multas y el encarcelamiento por rehusarse a obedecer órdenes les suenan a los abogados civiles más a sanciones de un derecho penal que de un derecho civil. De acuerdo con esto, la opinión es que las defensas sustantivas y procesales incorporadas en el derecho y en el proceso penales son generalmente necesarias ante la imposición de sanciones a los individuos. Tales defensas no existen dentro del derecho no penal. Finalmente, la facultad de represión de la contumacia civil no parece necesaria a la administración de justicia en la tradición del derecho civil. Se supone que las propiedades del individuo responden por sus obligaciones. La facultad del tribunal civil está generalmente limitada a dictar fallos pecuniarios basados en autorización legal expresa en toda clase de casos menos uno. En una situación excepcional el tribunal civil puede ordenar que se haga algo, pero sólo cuando la acción es tal que puede ser ejecutada por una tercera persona: lo que se llama "acto fungible". El costo de ejecución entonces puede cargarse al acusado y si es necesario, el juez puede darle al acto un significado jurídico apropiado. Por ejemplo, cuando uno tiene la obligación legal de entregar un terreno y no consiente en hacer las escrituras para entregar la propiedad, el tribunal puede mandar que se prepare el documento requerido y puede darle los efectos legales que sean necesarios.

La diferente clase de acentuación en la certeza y la presencia o ausencia de facultad discrecional judicial y la facultad de represión de contumacia ejemplifican, de ese modo, las diferencias fundamentales en los papeles de los jueces en las dos tradiciones legales. Revelan en qué medida el juez del derecho

civil está aún limitado por una variedad de influencias históricas y muy principalmente por la imagen del proceso judicial que nació en el periodo de la Revolución Francesa y por el refinamiento que de esa imagen se efectuó por obra de la ciencia jurídica que estudiaremos en seguida.

IX. LOS ERUDITOS

HEMOS visto que el papel del juez en el derecho civil parece ser mucho más modesto y restringido que el de su colega en el derecho común anglosajón. Es razonable hablar del derecho común anglosajón como un derecho de los jueces, pero nadie pretendería usar esos términos al hablar del derecho civil. La imagen del juez romano, los tan traídos y llevados abusos perpetrados por jueces en el antiguo régimen y la concepción del papel de los jueces nacida en Francia durante la Revolución, coinciden en limitar lo que se supone que deben hacer los jueces. El positivismo legislativo, el dogma de la separación de poderes, la ideología de la codificación, la actitud hacia la interpretación de los estatutos, el acento tan especial en la certeza de la ley, la denegación de facultades de equidad inherentes en el juez y el rechazo de la doctrina de *stare decisis* tienden a empujarse al juez y a glorificar a los legisladores.

De aquí podría suponerse que el protagonista del proceso jurídico en la tradición del derecho civil es el legislador. Se esperó un tiempo que la legislatura produciría cuerpos de derecho que fueran completos, coherentes y claros de modo que su interpretación resultara innecesaria. El abandono del dogma de la infalibilidad legislativa ha sido lento y de mala gana. Aun cuando actualmente se admite que los tribunales del derecho civil tienen una función interpretativa, todavía se supone que, al poner en práctica esa función, el juez no crea el derecho sino que sólo busca y sigue la intención expresa o implícita del legislador.

Todo esto deja ver que el legislador en el derecho civil ocupa la posición dominante que ocupan los jueces en el derecho común anglosajón. Durante breves periodos de la historia de la tradición del derecho civil esto pudo haber sido cierto, pero pronto los legisladores se encontraron de nuevo a la sombra de quienes eran primordialmente responsables de la teoría del moderno Estado-nación, de las doctrinas del positivismo y la separación de poderes, de la forma, estilo y contenido de la codificación y de la teoría dominante de la naturaleza de la función judicial. El jurista-maestro es el verdadero protagonista de la tradición del derecho civil. El derecho civil es un derecho de los profesores.

Al contrario, aunque la influencia de los profesores de derecho y de los eruditos legistas puede estar creciendo en los Estados Unidos, los jueces todavía ejercen la influencia más profunda en modelar el crecimiento y desarrollo del sistema jurídico norteamericano. Además, la ideología dominante supone que ellos desempeñan este papel y ellos mismos están conscientes de lo que se espera de ellos. La tradición del jurisperito como fuerza importante en el desarrollo del derecho común anglosajón es muy reciente y comparativamente aún muy débil. El derecho común anglosajón es aún un derecho de los jueces.

La preeminencia del jurisperito en la tradición del derecho civil es muy antigua. El jurisconsulto romano—que asesoraba al pretor y al juez y era reconocido como un experto en derecho, pero no tenía responsabilidad legislativa o judicial— se consideraba como el fundador de esta tradición de jurisprudencia. Sus opiniones tienen mucho peso y durante el siglo II d. c. las opiniones de algunos jurisconsultos eran obli-

gatorias para los jueces. Sus opiniones se escribían, se coleccionaban y se consideraban como autorizadas. Gran parte de las secciones más importantes del *Corpus Juris Civilis* de Justiniano —parte del *Digesto* y todas las *Instituta*— está formada por la obra de los jurisconsultos.

Después del renacimiento del derecho romano en Italia los responsables del renacimiento y del desarrollo del *jus commune* medieval fueron los jurisperitos. El trabajo de los Glosadores y de los Comentadores, además del *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, dio cuerpo al derecho romano recibido a través de toda Europa Occidental. Durante este periodo las respuestas de los juristas a los problemas legales en algunos lugares obtenían autoridad obligatoria en los tribunales, práctica análoga al uso que se daba a las sentencias de los jurisconsultos durante el periodo clásico del derecho romano. Muchos de los códigos que se hicieron en Europa y la América Latina durante el siglo XIX fueron la obra de los juristas y todos estaban basados en los escritos de las primeras generaciones de juristas. El gran debate acerca de la codificación en Alemania comenzó y se continuó por acción de los juristas. En Italia, que en muchos aspectos es el arquetipo de una jurisdicción de derecho civil, tres recientes primeros ministros y un presidente han sido juristas —profesores de derecho.

Es instructivo volver a examinar el papel de los jurisconsultos en los dos grandes periodos legislativos de la historia de la tradición del derecho civil: el de Justiniano y el de la codificación en el siglo XIX. El enorme cúmulo de escritos acerca del derecho era, en su opinión, una fuente de confusión y de dificultades innecesarias. Sin embargo, no propuso abolir

la autoridad de todos los jurisconsultos. En cambio propuso seleccionar de toda aquella erudición y jurisprudencia todo lo que valiera la pena de ser preservado. Éste fue uno de los cometidos que asignó a la comisión encargada de compilar el *Corpus Juris Civilis*, una comisión compuesta totalmente por jurisconsultos. El *Digesto*, que es la parte más amplia y más importante del *Corpus Juris Civilis* es en gran parte una compilación de las obras de los jurisconsultos romanos. Las *Instituta*, otra parte del *Corpus Juris Civilis*, es básicamente un libro de texto de derecho romano escrito por jurisconsultos del periodo clásico.

El movimiento de codificación francés también se apoyó decididamente en la obra de los juristas, aunque el mismo Napoleón tomó parte activa en su preparación y promulgación. El verdadero trabajo de preparar el borrador de los códigos franceses fue puesto en manos de comisiones compuestas por abogados y jueces, pero estas comisiones estaban dominadas por las obras de los juristas (en especial por la de Robert Pothier), y los cambios hechos por la legislatura en los borradores fueron pequeñas correcciones a la gran estructura diseñada por los juristas comisionados. Una gran parte de la ideología de la codificación francesa vino de fuentes jurispericiales y filosóficas, incluyendo las obras de hombres como Montesquieu y Rousseau. Esta ideología dominó más tarde la interpretación y la aplicación de los códigos en Francia y fue adoptada en las naciones del derecho civil que proyectaron sus códigos sobre los lineamientos marcados por el modelo francés, bajo la influencia una vez más de hombres eruditos (*v. gr.* el latinoamericano Andrés Bello). La codificación ale-

mana, como hemos de ver, recibió una influencia todavía mucho más fuerte de los jurisconsultos. ¿Por qué, pues, la curiosa ambivalencia del legislador hacia el jurista? ¿Por qué, por ejemplo, Justiniano prohibió la preparación de comentarios sobre el *Corpus Juris Civilis*? Sólo podemos hacer conjeturas. Su deseo de restaurar el derecho romano clásico de un periodo anterior y mucho más glorioso pudo haber ido acompañado por el temor de que los comentarios preparados en su vida o poco después de su muerte pudieran ser de menor calidad. Como muchas de las obras excluidas del *Corpus Juris Civilis* tendrían que ser inferiores a la jurisprudencia del periodo clásico. Una segunda posibilidad es que Justiniano pensó que su compilación representaba la perfección, de modo que cualquier comentario sólo podría restarle mérito. Tercera, que como emperador del Imperio Romano, Justiniano vio el *Corpus Juris Civilis* promulgado oficialmente por él como el cuerpo de leyes vigentes para todo el imperio y creyó que los comentarios sobre su legislación habrían podido menoscabar su autoridad. La prohibición de Justiniano contra la publicación de los comentarios fue, desde luego, desobedecida durante su vida.

Aunque no trató de prohibirlos, Napoleón esperó que no se publicaran comentarios sobre su código. Esta esperanza, como la prohibición de Justiniano, quedó sin efecto. Según una anécdota bien informada, su reacción cuando se le informó que había sido publicado el primer comentario fue exclamar: "Mi código está perdido." Una razón para tal aseveración era la ilusión de que el código era tan claro, completo y coherente que los comentarios sobre él eran superfluos. Otra era el temor de que apenas el código ca-

yera en manos de los jurisconsultos, su utilidad como un libro popular de derecho para el ciudadano francés habría disminuido. Otra pudo haber sido el prejuicio acerca de la tendencia de los juristas a pensar en términos conservadores e históricos. Napoleón deseaba que su código trascendiera las antiguas divisiones regionales y que proporcionara la base para un orden jurídico completamente nuevo. Toda ley anterior sobre los temas cubiertos por el código fue rechazada pero, sin embargo, la nueva ley tenía que ser protegida contra la interpretación de acuerdo con las ideas jurídicas prerrevolucionarias para lograr que ese rechazo fuera efectivo. Parecía que los juristas no iban a estar de acuerdo con el patriota abogado que se citaba diciendo: "No sé nada del derecho civil; sólo conozco el Código Napoleónico."

Así pues, tanto Justiniano como Napoleón echaron mano de prominentes jurisconsultos para que se hicieran cargo de la complicadísima tarea de preparar los borradores de reformas jurídicas de largo alcance. Otras pruebas de la desconfianza legislativa de la jurisprudencia con frecuencia maduraron en el mundo del derecho civil. En la Italia contemporánea, por ejemplo, la legislatura ha ordenado a los tribunales que no deben citar libros o artículos en sus sentencias. Por eso los jueces italianos, que están tremendamente influidos por la jurisprudencia, emplean las ideas de los jurisconsultos sin mencionarlos y se refieren de una manera muy general a la "doctrina" que es el término que se usa en los regímenes de derecho civil para aludir a los libros y artículos escritos por los jurisconsultos. Esta pueril estratagema de la orden del Parlamento italiano es solamente otro ejemplo de la futilidad de los intentos legislativos para eliminar

o al menos reducir la influencia del jurisconsulto en el mundo del derecho civil. A pesar de los esfuerzos legislativos para condenarla, la gran corriente de jurisprudencia en el derecho civil sigue adelante proporcionando la ideología y el contenido básico de la legislación y en un momento dado, absorbiéndola.

Comenzamos ya a entender la verdadera importancia del jurista en el derecho civil cuando vemos un libro típico sobre la historia jurídica continental. Buena parte de lo que se llama historia jurídica en la tradición del derecho civil es desconcertante para el abogado del derecho inglés que lo afronta por primera vez. Está acostumbrado a pensar en historia legal como una lista de normas jurídicas e instituciones jurídicas en sus contextos histórico, económico y social. La historia legal que él lee está llena de grandes casos, de estatutos ocasionales y de acontecimientos históricos. Pero cuando toma un libro de historia legal del mundo del derecho civil, con seguridad encontrará que la mayor parte está dedicada a la discusión de las escuelas de pensamiento jurídico y de las controversias entre jurisconsultos y sus seguidores. Leerá acerca de los Glosadores, los Comentadores, los Humanistas, acerca de las diferencias entre los eruditos legales franceses del siglo XVIII y del debate entre Von Savigny y Anton Thibaut acerca de la codificación en Alemania. A fin de cuentas es una forma interesante de historia intelectual, casi enteramente divorciada de la historia socioeconómica, por un lado, y de la discusión del origen y desarrollo de instituciones jurídicas específicas por el otro. El protagonista de esta clase de historia legal es el erudito legal y sus temas son las corrientes de pensamiento acerca de la estructura y vigencia del orden jurídico.

Esto es lo que queremos decir cuando afirmamos que el erudito legal es el hombre clave del derecho civil. Los legisladores, los ejecutivos, los administradores, los jueces y los abogados todos están bajo su influencia. Él moldea la tradición del derecho civil y el material formal de derecho en un prototipo de sistema jurídico. Enseña este prototipo a los estudiantes de derecho y escribe acerca de él en libros y revistas. Legisladores y jueces aceptan su concepción del derecho y cuando hacen o aplican la ley usan conceptos que ellos han desarrollado. Así, aunque la jurisprudencia no es una fuente formal de derecho, la doctrina sí goza de una autoridad inmensa.

En los Estados Unidos, donde la legislatura es también teóricamente suprema, existe un refrán muy conocido (que nació de un juez) que dice que el derecho es lo que el juez dice que es. Esto es, entendido con propiedad, una aseveración realista. El juez tiene que decidir cómo caracterizar un problema jurídico que se le ha presentado, qué principios jurídicos aplicar al problema y cómo aplicarlos para obtener un resultado. Sea que los principios que escoja estén incluidos en la legislación o sea que estén en sentencias anteriores, encontrarán solamente significado sustantivo en el contexto de un problema específico y el significado que se le atribuyó a los mismos en ese contexto es necesariamente el significado que quiso darle el juez. En sentido similar es razonablemente preciso decir que el derecho en una jurisdicción de derecho civil es lo que los jurisconsultos dicen que es.

Ahora pasamos a una descripción del concepto de derecho que han elaborado y perpetuado los jurisconsultos en los países del derecho civil.

X. LA CIENCIA JURÍDICA

EN LAS jurisdicciones del derecho civil la manera como todo mundo ve el derecho es la manera como los juristas lo ven. Esto fue cierto en Bolonia, después del renacimiento de los estudios jurídicos romanos, donde el punto de vista dominante acerca de lo que se entendía por derecho y cómo debería estudiarse y enseñarse fue desarrollado por los llamados Glosadores. Cuando uno se refiere a la obra de los Glosadores se refiere a sus objetivos, a sus métodos y a su concepción del proceso jurídico al igual que a sus puntos de vista sobre problemas jurídicos específicos.

Cuando se esfumó la influencia de los Glosadores comenzó a ganar ascendencia un nuevo grupo de eruditos, los Comentadores. El concepto de derecho que tenían los Comentadores y su método de estudiar y enseñar el derecho llegó a conocerse como el estilo italiano (*mos italicus*). Los Comentadores y el estilo italiano cedieron lugar a los Humanistas y al estilo francés (*mos gallicus*) y después nacieron otras escuelas. En un momento dado en la historia de la tradición del derecho civil, diferentes concepciones estarán en competencia unas con otras, pero habrá una que siempre tenderá a dominar. El mundo contemporáneo del derecho civil todavía está bajo la férula de una de las más poderosas y coherentes escuelas de pensamiento en la historia de la tradición del derecho civil. La llamaremos escuela de la ciencia jurídica. Es el quinto componente de la tradición del derecho civil (después del derecho civil romano, del derecho canónico, del derecho mercantil y del

legado del periodo revolucionario), y la última por discutirse en este libro.

La ciencia jurídica es en primer lugar una creación de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX y naturalmente nació y evolucionó partiendo de las ideas de Von Savigny. Como se explicó en el capítulo IV, Von Savigny defendía que la codificación alemana no debía seguir el pensamiento racionalista y del derecho natural laico que caracterizó a la codificación francesa. Mantenía que un satisfactorio sistema jurídico debía estar basado en los principios del derecho que habían estado vigentes en la historia de Alemania. De allí que un paso necesario para la codificación fuera el exhaustivo estudio histórico del orden jurídico para identificar y determinar correctamente estos principios y ordenarlos en un sistema coherente.

Debido a que el derecho privado y particularmente la parte que hemos llamado derecho civil romano era considerado como el corazón del sistema legal, los jurisperitos alemanes pusieron su principal esfuerzo en el estudio histórico exhaustivo y en la reestructuración de los principios del derecho civil romano como recibido en Alemania y según fue modificado con la adición de los elementos germánicos. Concentraron su estudio en el *Digesto* (en alemán *Pandekten*, del latín *Pandectae*) de Justiniano y por eso se les llamó Pandectistas. Produjeron tratados altamente sistemáticos basados en los principios que descubrían en sus estudios del derecho romano. El *Digesto* ha sido estudiado sistemáticamente durante siglos, pero a mediados del siglo XIX los alemanes llevaron este estudio a su nivel más alto y más sistemático. Su obra culminó en la publicación de influyentes tratados y, empujados

por la unificación alemana en tiempos de Bismarck en 1871, en la promulgación del Código Civil Alemán de 1896 (el BGB). Los tratados y el BGB ejercieron poderosa influencia en el mundo del derecho civil (y también, en cierta medida, en el mundo del derecho consuetudinario, donde había una corriente de entusiasmo por la ciencia jurídica). Los métodos y los conceptos desarrollados por los juristas alemanes se aplicaron a otras ramas del derecho tanto público como privado y de allí llegó a dominar a la jurisprudencia. A pesar de las muchas críticas y reacciones desfavorables contra ellas desde tiempos de Von Savigny a la fecha, la ciencia jurídica sigue influyendo en el pensamiento de los eruditos en derecho civil y de otros versados en derecho dentro de la tradición del derecho civil.

El concepto de la ciencia jurídica descansa en la premisa de que los elementos del derecho (estatutos, reglamentos, normas consuetudinarias, etc.) son fenómenos naturales que ocurren o datos de cuyo estudio el que cultiva la ciencia jurídica puede descubrir ciertos principios y relaciones, exactamente como el físico descubre las leyes naturales mediante el estudio de los datos físicos. Como lo expresó Rudolph Sohm, prócer de los jurisconsultos de su tiempo: "El proceso científico, mediante el cual se descubren los principios que no están contenidos de manera inmediata en las fuentes del derecho, puede ser comparado a los métodos analíticos de la química." Bajo la influencia de esta manera de pensar, los juristas consciente y deliberadamente trataron de emular a los científicos naturalistas. Pensaron que usaban un método científico y trataron de ser admitidos en la comunidad de científicos (debe añadirse que semejantes premisas, aunque

con menos acento en la ciencia y en los métodos científicos, fundamentaron algunas de las obras de los jurisconsultos estadounidenses de fines del siglo XIX y todavía constituyen una fuente de justificación del famoso método de enseñanza casuística en las escuelas de derecho en los Estados Unidos).

La ciencia jurídica es también altamente sistemática. Los principios derivados de un estudio científico de los datos jurídicos se hacen casar entre sí de una manera muy intrincada. Según se descubren nuevos principios deben ser integrados totalmente dentro del sistema. Si los nuevos datos no casan, o el sistema debe ser modificado para darles cabida o los datos deben ser modificados para que se ajusten al sistema. De esta manera la preservación de valores sistemáticos llega a ser una importante consideración al criticar y reformar la ley.

Este acento en los valores sistemáticos tiende a producir un gran interés por las definiciones y las clasificaciones. Gran esfuerzo de erudición se ha encaminado hacia el desarrollo y refinamiento de las definiciones de conceptos y clases que luego se enseñan de una manera más bien mecánica y acrítica. La pretensión de la ciencia jurídica en el sentido de que deriva conceptos y clases del estudio de los datos jurídicos por un lado, y por el otro, la naturaleza del proceso de educación jurídica generalmente autoritaria y acrítica, tienden a producir la convicción de que las definiciones de conceptos y clases expresan la verdad científica. Una definición no se ve como algo convencional, válido sólo mientras es útil; se convierte en una verdad, es la encarnación de la realidad. Algunos hombres experimentados plantean serios argumentos acerca de la "autonomía" de ciertas

ramas del derecho, como el derecho mercantil o el derecho agrario o acerca de la "verdadera" naturaleza de instituciones jurídicas específicas. El derecho se divide en áreas claramente definidas. El derecho público y el derecho privado, como se verá más adelante, son tratados como esencialmente diferentes y claramente distinguibles uno de otro. Existe un preciso y bien definido vocabulario jurídico y una clasificación del derecho ya aceptada que se refleja en los planes de estudio de las escuelas de derecho, en la dirección profesional de las facultades de derecho, en el acomodo de los libros en las bibliotecas de derecho, en los temas de las obras escritas por los jurisconsultos y en la manera como los legisladores legislan.

El orden así impuesto sobre el sistema jurídico por la ciencia jurídica representa un gran logro sistemático. Los abogados civilistas están justificadamente orgullosos de la estructura legal y de la metodología y de la auténtica contribución que han hecho al establecimiento, elaboración y administración del derecho en forma ordenada, definida y eficiente. Cada fase del proceso jurídico es beneficiaria de esta jurisprudencia sistemática y la ausencia de algo parecido o equivalente a ella en el derecho consuetudinario es una de las razones por las que los abogados civilistas piensan que el derecho consuetudinario es burdo y subdesarrollado.

Debido a que los componentes de esta redefinición sistemática del derecho, aunque teóricamente inherente en el actual orden jurídico positivo, no existían en él en forma definida y articulada, y debido a que el orden jurídico era un universo de datos en el que debían identificarse sus principios inherentes, debieron inventarse nuevos conceptos para expresar estos

componentes y principios. La novedad de estos conceptos y su excesiva aparición en las obras de los juristas dedicados a la ciencia jurídica con el tiempo hicieron que los críticos llamaran a esta clase de doctrina "jurisprudencia conceptual". Como la comunicación sin conceptos es difícil, no parece muy justo criticar a la ciencia jurídica por usarlos. Lo que era peculiar a la ciencia jurídica es que sus conceptos eran nuevos (o se les había dado un nuevo significado), que se hacía hincapié en su "validez" más que en su utilidad práctica, que se pensaba que su correcta definición y manipulación eran de la incumbencia de los eruditos y que tendían a ser altamente abstractos.

Este alto nivel de abstracción —esa tendencia a elevarse sobre los hechos es una de las características de la ciencia jurídica más notorias para un abogado de los Estados Unidos o de Inglaterra. Los principios desarrollados por los científicos jurídicos han sido sacados de su contexto histórico y concreto y, por consecuencia, les falta concreción. El científico jurídico se interesa más en desarrollar y elaborar una estructura científica teórica que en resolver problemas concretos. Está siempre buscando la cada vez más esquiva verdad jurídica y en el proceso de hacer sus aseveraciones más abstractas se le escapan detalles "accidentales". El objetivo último es una teoría general del derecho de la que se han removido todos los elementos menos los esenciales.

La obra de la ciencia jurídica se lleva a cabo de acuerdo con los métodos de la lógica formal tradicional. El jurista toma la materia prima del derecho y mediante el proceso llamado "expansión lógica" deduce conceptos más generales y principios más abstrac-

tos. Estos mismos principios en un estudio más profundo ponen de manifiesto los principios aún más abstractos y generales de los que sólo son representaciones específicas y así se sigue en la pirámide. Los principios derivados por extensión lógica son, a cierto nivel, "las disposiciones que regulan casos semejantes o asuntos análogos" y, a un nivel más alto, los "principios generales del orden jurídico del estado" que los jueces deben emplear para interpretar los estatutos (ver capítulo VII). La intuición y el subconsciente, a pesar de su gran influencia en los asuntos humanos, se excluyen de este proceso. El resultado es una clase de racionalismo formalista.

Finalmente, la ciencia jurídica trata de ser pura. Quienes cultivan la ciencia jurídica deliberadamente dirigen su atención hacia los fenómenos y valores jurídicos puros como el valor "jurídico" de la certeza de la ley, y excluyen los otros. De allí que los datos, las consideraciones y las teorías de las ciencias sociales, por ejemplo, se excluyen por no jurídicas. Incluso se excluye a la historia como no jurídica y por cierto esto parece ser claramente contradictorio, dado que Von Savigny y sus discípulos se llaman la escuela histórica. Es de interés para los historiadores (incluyendo a los historiadores del derecho), pero no para la ciencia jurídica. El científico jurídico tampoco se interesa en los resultados del derecho, en valores tan elevados como la justicia. Esto podría ser asunto propio de filósofos, incluyendo a los filósofos del derecho, pero el científico del derecho se entiende sólo del derecho y de los valores puramente jurídicos. El resultado es un cuerpo de doctrina altamente artificial que es aislado deliberadamente de lo que sucede fuera, en el resto de la cultura.

Sin embargo, aun cuando los científicos del derecho trataban de ser puros y libres de valores convencionales no eran más que cautivos ideológicos de su tiempo. La obra creativa de los científicos del derecho tuvo lugar en el siglo XIX en Europa, en el clima intelectual que desde entonces se llamó el liberalismo europeo del XIX. Entre los aspectos más sobresalientes de esta ideología se encuentra el acento tan marcado en el individuo y su libertad. La propiedad privada y la libertad de contratar eran tratadas como instituciones fundamentales que deberían ser limitadas lo menos posible. Eran tiempos que ahora consideraríamos como de un individualismo exagerado. El corazón del derecho era el derecho civil romano y éste era básicamente un derecho de propiedad y de contrato. Los científicos del derecho concentraron su trabajo en esta zona del derecho civil y el cuerpo de doctrina que entonces produjeron encarnaba las ideas y los valores que eran esenciales al pensamiento de su tiempo. Blandiendo la bandera de la ciencia jurídica crearon conceptos de altísima ideología armándolos en un cuerpo jurídico conceptual sistemático, que aún se enseña en las facultades de derecho de las universidades, que limita y dirige el pensamiento de los juristas que los perpetúan, que proporciona los parámetros de la interpretación judicial y de la aplicación de las leyes, de los precedentes y de las transacciones jurídicas, y que, en una palabra, domina el proceso jurídico. La influencia de estas ideas y valores está encubierta bajo una fachada de neutralidad ideológica, del estudio científico de fenómenos puramente jurídicos. De esta manera la jurisprudencia sistemática europea encarna y perpetúa el liberalismo del

siglo XIX, encerrando un conjunto seleccionado de teorías y valores y dejando fuera todos los demás.

Las actitudes y premisas especiales acerca del derecho que caracterizaban la obra de los pandectistas y que formaron lo que ahora se llama ciencia jurídica pueden ser resumidas en los términos siguientes: cientificismo, sistemática, conceptualismo, abstracción, formalismo y purismo. Estas características de la ciencia jurídica son conocidas por muchos abogados civilistas y ha habido muchas reacciones contra ella en el mundo del derecho civil. Estas reacciones han revestido una gran variedad de formas y parece que han ido tomando fuerza en el periodo posterior a la segunda Guerra Mundial, pero la ciencia jurídica no ha muerto todavía. En todas las jurisdicciones, excepto las más avanzadas, del mundo civil reina prácticamente sin cambios. Domina las facultades de derecho, que llena los libros de derecho y de ese modo se perpetúa a sí misma. El común de los estudiantes de derecho es adoctrinado desde el comienzo en su carrera sobre esa base y nunca se le ocurre suscitar problemas; todo lo que él conoce son las características y el modelo de la ciencia jurídica que perpetúa. La ciencia jurídica ha estado sujeta a ataques directos y a subversión desde varios puntos. Sus críticos han tratado de introducir el interés por los problemas concretos, de lograr que se tomen en cuenta la existencia del subconsciente y de la intuición, de lograr que asuntos no jurídicos se consideren como problemas sociales y de atraer a los jurisconsultos hacia la búsqueda de objetivos socioeconómicos. Sin embargo, la mayoría de los abogados civilistas aún forman sus ideas sobre el derecho de acuerdo con las enseñanzas

de la ciencia legal. Algunas de las consecuencias de estas actitudes se estudiarán en los capítulos siguientes.

Aun cuando el mundo del derecho común anglosajón ocasionalmente y por breves periodos ha tendido hacia la clase de pensamiento que caracteriza a la ciencia jurídica, en realidad nunca la ha aceptado. La ciencia jurídica es una creación de los profesores —huele a lámpara de escritorio— y nuestro derecho dominado por los jueces es inhospitalario para ella. Los jueces del derecho consuetudinario son solucionadores de problemas más que teorizantes y el acento del derecho civil sobre el cientificismo, la sistemática, el formalismo e ismos parecidos se encamina por el sendero de soluciones efectivas de problemas. También disminuye el papel del juez en el proceso jurídico con ventaja para los legisladores y los jurisconsultos. Tanto la jurisprudencia sociológica —que es lo opuesto de abstracción, formalismo y purismo— como el realismo jurídico —que rechaza el cientificismo y la sistemática— destacan la dificultad y la importancia de concentrar la atención en el proceso judicial. Ambos han florecido en el derecho común anglosajón y principalmente en los Estados Unidos.

Es cierto que el famoso método de enseñanza casuística, que es una creación de los maestros de derecho de los Estados Unidos, se originó bajo la influencia de la ciencia jurídica alemana; la teoría era que las decisiones de los tribunales, por ser fuentes de derecho, deberían ser estudiadas como datos con la finalidad de derivar de ellas principios de derecho y finalmente ordenarlos dentro de un sistema coherente. El producto acabado de esta línea de pensamiento en los Estados Unidos fue *The Restatement of the Law* (preparado principalmente por profesores), y su pu-

blicación proporcionó la ocasión para un completo y devastador ataque de los realistas jurídicos. Después de ese ataque, la ciencia jurídica quedó desacreditada esencialmente en los Estados Unidos y el acento en la educación jurídica cambió sutilmente. Aún se estudian los casos concretos, pero no como los datos de la ciencia jurídica. En cambio, se les considera como registros convenientes de problemas sociales concretos y como ejemplos apropiados del modo de operar de un proceso jurídico.

La diferencia básica se resume en esta cita de las palabras del científico alemán Rudolph Sohm: "Una norma jurídica puede crearse ya sea mediante el desarrollo de las consecuencias que entraña, ya sea mediante el desarrollo de los más amplios principios que presupone... El más importante de estos dos métodos de procedimiento es el segundo, por ejemplo, el método mediante el cual dé determinadas normas jurídicas podemos deducir las premisas mayores que presupone... El derecho en esta forma sale enriquecido, enriquecido precisamente gracias a un método puramente científico." Un realista jurídico norteamericano se opondría al supuesto de que las normas jurídicas deben ser el objeto principal de su estudio o a la sugerencia de que sólo hay dos métodos para estudiarlos. Si se obligara a los maestros de derecho, a los abogados y a los jueces de Estados Unidos a escoger uno de los métodos de Sohm, seguramente escogerían el primero. La mayoría de los abogados del derecho escrito, sin embargo, aún escogerían el segundo.

XI. LA PARTE GENERAL

LA MAYOR clasificación del derecho aceptada dentro de la tradición del derecho escrito está en el derecho público y el derecho privado. Dentro del derecho privado existen dos campos principales: el derecho civil y el derecho mercantil. Técnicamente el derecho civil (que es el descendiente contemporáneo del derecho civil romano) incluye solamente el derecho de las personas (natural y jurídico), la familia, la herencia, la propiedad y las obligaciones. Esto es a grandes rasgos el mismo tema que cubrieron las *Instituta* de Justiniano y los códigos civiles del siglo XIX. El firme convencimiento de que estos temas, que parecen bastante disímiles a un abogado del derecho consuetudinario, constituyen un cuerpo coherente de principios jurídicos interrelacionados y de instituciones jurídicas es en sí mismo una de las características distintivas de la tradición del derecho civil. Los principales conceptos jurídicos en operación, la estructura básica del derecho y las principales instituciones jurídicas se han obtenido directamente del derecho civil o se han desarrollado por analogía con él. La estructura de la erudición jurídica debe sus orígenes a los jurisconsultos del derecho civil y la estructura conceptual sistemática desarrollada para esta área en un momento dado, fue adaptada a todas las demás. Aún es una creencia generalizada que la función de un erudito del derecho civil es desarrollar teorías generales de derecho que sean válidas para todo el orden jurídico. El desarrollo del derecho público que resultó del vasto incremento en la actividad estatal en este