

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Muchas cosas han ocurrido en la tradición del derecho civil desde la publicación de este libro en 1969. Conservando la organización y la mayor parte del texto original, he hecho varias adiciones, incluso un capítulo nuevo que describe una transformación fundamental que, según es cada vez más evidente, está ocurriendo en el mundo de derecho civil. También he aprovechado esta oportunidad para incluir las sugerencias de los reseñadores y otros lectores de la primera edición, y para sumar algunas obras recientes a las sugerencias de lecturas adicionales. Estoy particularmente en deuda con Louis Favoreu, Didier Linotte y Christian Mouly por sus comentarios sobre un borrador del capítulo XX, y más generalmente con los autores de la creciente literatura del derecho comparado, por sus ideas e intuiciones.

J. H. M.

Stanford, 1984

PREFACIO A LA EDICIÓN ORIGINAL

Este libro ha sido escrito para aficionados, no para profesionales. Se dirige al lector general que quiere saber cuáles son las relaciones existentes entre los sistemas legales de Europa occidental y América Latina, que los distinguen de los sistemas legales del mundo anglonorteamericano; a quienes, no siendo abogados, quieren saber algo acerca del aspecto legal de la cultura europea y latinoamericana; al estudiante que busca lecturas de apoyo para un curso de historia, política, sociología, filosofía, relaciones internacionales, estudios de área o derecho. Es posible que este libro tenga también alguna utilidad para los abogados que no hayan estudiado el derecho extranjero y comparado y que, por razones prácticas o de otra naturaleza, deseen empezar a remediar esta deficiencia. Puede constituir una lectura básica para las personas que tengan negocios públicos o privados en Europa o América Latina (u otros países de derecho civil). En cambio, es probable que mis colegas en el campo del derecho extranjero y comparado encuentren la obra demasiado elemental y general para suscitar su interés.

En el texto he tratado de aclarar que este libro no trata de describir ningún sistema legal nacional concreto, pero debo hacer aquí una aclaración específica acerca del problema peculiar que plan-

tean Francia y Alemania. Estas dos naciones han hecho una gran aportación a la tradición del derecho civil, y ambas ocupan una posición de liderazgo intelectual en el mundo de derecho civil. Al mismo tiempo, ninguna de ellas es un sistema "típico" de derecho civil. En efecto, en cierto sentido son las menos típicas de todas. La ideología revolucionaria francesa y el estilo francés de codificación tuvieron sólo un efecto limitado sobre el derecho alemán. La ciencia jurídica alemana nunca ha tenido una influencia verdadera en Francia. Pero en el resto del mundo de derecho civil se ha observado una fuerte tendencia a recibir y fundir ambas influencias. Esto se aplica en particular a la Europa mediterránea y a la América Latina, pero en cierta medida también a la mayor parte del resto del mundo de derecho civil. Un lector francés o alemán podrá encontrar en este libro muchas cosas que no son representativas de su sistema legal. La razón es que su sistema legal es atípico. El mundo de derecho civil incluye a gran número de sistemas legales nacionales en Europa, América Latina, Asia, África y el Medio Oriente. Este libro se ocupa de la tradición legal que comparten tales sistemas, no del derecho francés o alemán.

Debemos mencionar también la perspectiva. No trato de sugerir que todos los juristas de las naciones de derecho civil acepten y crean en los aspectos de su tradición que al lector le parezcan excesivos o deficientes. Por el contrario, he tratado de indicar en todo momento (y de subrayar de nuevo en el capítulo XIX, cuya lectura encarezco al lector)

que estoy describiendo las actitudes "prevalcientes". Existe la masa de los abogados, y por otro lado el jurista refinado, crítico, en el horizonte creciente del pensamiento legal. Los juristas refinados constituyen siempre el grupo más pequeño y menos representativo, pero incluso en la nación más atrasada podemos encontrar algunos abogados que dicen honestamente: "Eso no me parece justo." En una nación de derecho civil más avanzada, como Francia o Alemania, será mayor la proporción de los abogados ilustrados y liberados, y la medida en que el propio orden legal se ha liberado de los defectos de la tradición. Este es otro indicativo de la atipicidad de Francia y Alemania. Pero este libro se ocupa de lo que cree la masa de abogados del mundo de derecho civil, aunque la vanguardia del pensamiento legal le diga que está errada.

El decano Bayless A. Manning, de la Escuela de Derecho de Stanford, me persuadió de que se necesitaba este libro y me alentó a escribirlo. Tres prominentes especialistas en derecho comparado —los profesores Mauro Cappelletti, de la Universidad de Florencia; F. H. Lawson, de la Universidad de Oxford, y Konrad Zweigert, del Instituto Max Planck de Hamburgo— leyeron amablemente el manuscrito y sugirieron varios cambios que lo mejoraron. Uno de mis colegas de Stanford, el doctor George Torzsay-Biber, me ayudó particularmente en varias cuestiones referentes al derecho civil romano. Varias generaciones de académicos imaginativos e industriales han producido una rica literatura so-

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

J. H. M.

Stanford, 1969

I. TRES TRADICIONES LEGALES

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

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

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

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

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

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

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

Como lo implica el término, una tradición legal no es un conjunto de reglas de derecho acerca de los contratos, las sociedades anónimas y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre, en cierto sentido, un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho. La tradición legal relaciona el sistema legal con la cultura de la que es una expresión parcial. Ubica al sistema legal dentro de la perspectiva cultural.

Dentro de la gran diversidad de las tradiciones

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

En el mundo del derecho común no estamos

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

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

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

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

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

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

II. DERECHO CIVIL ROMANO, DERECHO CANÓNICO Y DERECHO MERCANTIL

HEMOS venido refiriéndonos a la tradición del derecho civil como si fuese homogénea. Ahora debemos afrontar el hecho de que tal tradición no es realmente tan simple. La tradición del derecho civil es una combinación de varias subtradiciones distintas, con orígenes separados y desarrollos en diferentes períodos de la historia. En este y los siguientes capítulos describiremos estas subtradiciones bajo los rubros siguientes: derecho civil romano, derecho canónico, derecho mercantil, la revolución y la ciencia jurídica. Un breve análisis de cada uno de estos rubros constituye un resumen del desarrollo histórico de la tradición del derecho civil, que indica algo de su complejidad.

La más antigua de las subtradiciones deriva directamente del derecho romano compilado y codificado bajo Justiniano en el siglo vi. Incluye el derecho de las personas, la familia, la herencia, la propiedad, los delitos, el enriquecimiento injustificado y los contratos y los remedios que protegen judicialmente los intereses de estas categorías. Aunque las reglas efectivamente vigentes han cambiado desde 529, a menudo en forma drástica, los tres primeros libros de las Institutas de Justiniano (De per-

sonas, De cosas, De obligaciones) y los principales códigos civiles del siglo xix se ocupan sustancialmente de los mismos conjuntos de problemas y relaciones, y el área sustantiva que abarcan es lo que un abogado civilista llama el "derecho civil". La creencia de que este grupo de temas es un cuerpo coherente de derecho que constituye el contenido fundamental del sistema legal está profundamente arraigada en Europa y las otras partes del mundo que han recibido la tradición del derecho civil, y es una de las principales marcas distintivas de lo que los abogados comunes llaman el sistema del derecho civil. La expansión de la actividad gubernamental y la importancia creciente del derecho público no han alterado profundamente esta perspectiva. El "derecho civil" es todavía el derecho fundamental para la mayoría de los abogados civiles. De aquí surge un problema de terminología. Los abogados comunes usan el término "derecho civil" para referirse a todo el sistema legal de las naciones que siguen la tradición del derecho civil. Pero la terminología legal de los abogados de tal jurisdicción usa el "derecho civil" para referirse a la porción del sistema legal que acabamos de describir. En este libro resolveremos el problema usando el término de "derecho civil romano" para referirnos a esta parte del derecho.

Justiniano, un emperador romano que residía en Constantinopla, tuvo dos motivaciones principales cuando ordenó la preparación, bajo la dirección del jurista Triboniano, de lo que se llama ahora el *Corpus Juris Civilis*. Primero, era un

reaccionario: consideraba decadente el derecho romano contemporáneo; trataba de rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro y devolverle su pureza y su grandeza de otros tiempos. Segundo, era un codificador: la masa de materiales autorizados y semiautorizados se había vuelto tan grande, e incluía tantos refinamientos y puntos de vista diferentes, que Justiniano estimó conveniente eliminar lo que estuviera errado o fuera oscuro o repetitivo; resolver conflictos y dudas; y organizar lo que conviniera conservar en alguna forma sistemática. En particular le preocupaba a Justiniano el número, la extensión y la diversidad de los comentarios y tratados escritos por académicos legales (jurisconsultos). Trató de abolir la autoridad de quienes no fuesen los más grandes jurisconsultos del período clásico, y hacer innecesaria la redacción de más comentarios o tratados.

Tras la publicación del *Corpus Juris Civilis*, Justiniano prohibió toda nueva referencia a las obras de los jurisconsultos. Las obras que aprobó fueron incluidas en el *Corpus Juris Civilis*; y en adelante debería hacerse referencia a ese ordenamiento no a las autoridades originales. También prohibió la elaboración de comentarios sobre la compilación misma. En otras palabras, trató de abolir todo el derecho anterior, excepto el incluido en el *Corpus Juris Civilis*, y decidió que lo que se encontraba en su compilación sería adecuado para la solución de los problemas legales sin el auxilio de nuevas interpretaciones o comentarios de los juristas. Quemando algunos de los manuscritos

reunidos por Triboniano, pudo hacer más efectiva su prohibición de que se citaran las autoridades originales. La prohibición de citas de obras no incluidas en el *Corpus Juris Civilis* destruyó efectivamente una cantidad de material mayor aún, ya que disminuyó naturalmente el interés por la preservación y la copia de las obras de los jurisconsultos que las habían producido. (Explicablemente, estas dos influencias han complicado la labor de quienes se interesan por el estudio del derecho romano anterior a Justiniano.) En cambio, fue menos eficaz su disposición de que no se hiciesen comentarios sobre la compilación, ya que se desobedeció durante su propia vida.

El *Corpus Juris Civilis* de Justiniano no se limitaba al derecho civil romano. Incluía muchas cosas referentes al poder del emperador, a la organización del imperio y a una diversidad de otras materias que los abogados de hoy clasificarían como derecho público. Pero la parte de la compilación de Justiniano que se ocupa del derecho civil romano es la parte que ha sido objeto del estudio más intenso y se ha convertido en la base de los sistemas legales del mundo de derecho civil. Otras partes de la compilación de Justiniano han sido estudiadas y usadas con menor cuidado porque han parecido menos aplicables a los problemas de otros pueblos y gobiernos en otros lugares y épocas. En el caso, la parte del *Corpus Juris Civilis* dedicada al derecho civil romano es con mucho la más importante.

El *Corpus Juris Civilis* cayó en desuso con la

caída del Imperio Romano. Los invasores aplicaron versiones del derecho civil romano más rudimentarias, menos refinadas, a los pueblos de la península italiana. Los invasores también trajeron consigo sus propias costumbres legales germánicas, las que se aplicaban a ellos mismos pero no a los pueblos conquistados, siguiendo la regla de que el derecho de la nacionalidad de una persona la seguía a dondequiera que fuese. Sin embargo, en algunas partes de Italia, el sur de Francia y la Península Ibérica, empezó a realizarse una fusión de ciertas leyes tribales germánicas con las instituciones legales romanas autóctonas. Esto produjo, a lo largo de siglos, lo que llaman todavía los europeos el derecho romano "vulgarizado" o "barbarizado", algo que ahora interesa principalmente a los historiadores del derecho.

Al retornar la luz a Europa, al recuperar los europeos el control del mar Mediterráneo, y al iniciarse ese período extraordinario de febril resurgimiento intelectual y artístico llamado Renacimiento, reapareció un interés intelectual y académico por el derecho. Se acepta generalmente que lo que los civilistas suelen llamar "el resurgimiento del derecho romano" se inició en Bolonia, Italia, a fines del siglo xi. Sin embargo, en el siglo ix en el Imperio Romano de Oriente, hubo un resurgimiento anterior del interés por el *Corpus Juris Civilis*, que condujo a la publicación (en griego) de una compilación llamada la *Basilica*. La *Basilica* ejerció una influencia general mucho menor que la del resurgimiento italiano posterior,

pero siguió siendo en Grecia una fuente importante del derecho civil, hasta la adopción del primer código civil griego después de la segunda Guerra Mundial.

Fue en Bolonia donde apareció la primera universidad europea moderna, y el derecho era uno de los temas de estudio más importantes. Pero el derecho que se estudiaba no era el derecho romano barbarizado que había estado vigente bajo los invasores germánicos. Tampoco era el cuerpo de reglas promulgadas o consuetudinariamente seguidas por los pueblos locales, los gremios mercantiles o las pequeñas soberanías. El derecho estudiado era el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano.

Había varias razones para esta atención al *Corpus Juris Civilis* y la omisión de otros cuerpos de derecho existentes. Primero, en la Italia del siglo xii era muy fuerte y real la concepción de un Sacro Imperio Romano. Justiniano era considerado como un Sacro Emperador romano, y su *Corpus Juris Civilis* era tratado como una legislación imperial. Por lo tanto, tenía la autoridad del Papa y del emperador temporal detrás de sí. Esto lo volvía muy superior, en fuerza y alcance, a la legislación de un príncipe local, las regulaciones de un gremio o la costumbre local. Segundo, los juristas reconocían la alta calidad intelectual del *Corpus Juris Civilis*. Veían que esta obra, llamada por ellos la "razón escrita", era superior a las compilaciones barbarizadas que se habían puesto en vigor bajo la invasión germánica. El *Corpus Juris Civilis* no tenía sólo la autoridad del Papa y el

emperador, sino también la autoridad de una civilización y una inteligencia obviamente superiores.

Bolonia y las otras universidades del norte de Italia se convirtieron en el centro del derecho del mundo occidental. De toda Europa acudían los hombres a estudiar el derecho que se enseñaba en las universidades italianas. El derecho estudiado era el *Corpus Juris Civilis*, y el idioma común del estudio era el latín. Varias escuelas de pensamiento se impusieron sucesivamente en cuanto al procedimiento apropiado para el estudio y la explicación del *Corpus Juris Civilis*. Especialmente prominentes, por sus concepciones del derecho y sus estilos de enseñanza, eran los grupos de académicos conocidos como los Glosadores y los Comentaristas, quienes produjeron una literatura inmensa que por sí misma se convirtió en objeto de estudio y discusión y llegó a tener gran autoridad. Quienes habían estudiado en Bolonia regresaron a sus países y establecieron universidades donde también enseñaban y estudiaban el derecho del *Corpus Juris Civilis* de acuerdo con el estilo de los Glosadores y los Comentaristas. En esta forma, el derecho civil romano y las obras de Glosadores y Comentaristas se convirtieron en la base de un derecho común de Europa, el que ahora llaman el *jus commune* los historiadores del derecho. Había un cuerpo común de derecho y de escritos acerca del derecho, un lenguaje legal común y un método común de enseñanza e investigación.

Con el surgimiento del estado nacional y el crecimiento del concepto de la soberanía nacional,

sobre todo a partir del siglo xv, y con la declinación del Sacro Imperio Romano hasta la categoría de una mera ficción, terminó la época del *jus commune* —de un derecho común de Europa— y se inició el período del derecho nacional. En algunas partes de Europa (por ejemplo en Alemania), el derecho civil romano y las obras de los académicos boloneses se "recibieron" formalmente como el derecho obligatorio. (Los civilistas usan el término "recepción" para resumir el proceso por el que los estados nacionales del mundo de derecho civil incluyeron el *jus commune* en sus sistemas legales nacionales.) En otras partes de Europa fue menos formal la recepción; el *Corpus Juris Civilis* y las obras de los Glosadores y los Comentaristas se recibieron por su valor como derecho consuetudinario o por su atractivo como un sistema intelectualmente superior. Pero por un medio u otro, el derecho civil romano fue recibido en una gran parte de Europa occidental, en las naciones que albergan ahora la tradición del derecho civil.

Finalmente, en el siglo xix los principales estados de Europa occidental adoptaron códigos civiles (y otros códigos), cuyo arquetipo es el Código de Napoleón de 1804. El contenido de estos códigos civiles era casi idéntico al contenido de los tres primeros libros de las *Institutas* de Justiniano y el componente de derecho civil del *jus commune* de la Europa medieval. Los conceptos principales tenían la naturaleza del derecho romano y el derecho común medieval, y la organización y la estructura conceptual eran similares. Un

código civil europeo o latinoamericano de la actualidad revela claramente la influencia del derecho romano y su resurgimiento medieval. El derecho civil romano resume la parte más antigua, más continua y ampliamente estudiada y (en opinión de los civilistas) más básica de la tradición del derecho civil.

A menudo se afirma que el derecho romano fue la mayor contribución de Roma a la civilización occidental, y los modos de pensamiento romanos se han filtrado ciertamente en todos los sistemas legales occidentales. En este sentido, todos los juristas occidentales son juristas romanos. Pero en las naciones de derecho civil la influencia del derecho civil romano es mucho más generalizada, directa y concreta que en el mundo del derecho común. Los norteamericanos no hemos tenido la recepción del derecho romano.

El segundo componente más antiguo de la tradición del derecho civil es el derecho canónico de la Iglesia católica. La Iglesia elaboró este cuerpo de derecho y procedimiento para su propio gobierno y para regular los derechos y obligaciones de sus fieles. Así como el derecho civil romano era el derecho universal del imperio temporal, directamente asociado a la autoridad del emperador, el derecho canónico era el derecho universal del campo espiritual, directamente asociado a la autoridad del Papa. Cada uno de estos derechos tenía su propia esfera de aplicación, y existía un conjunto separado de tribunales para cada uno: los tribunales civiles para el derecho civil romano y los tribu-

nales eclesiásticos para el derecho canónico. Sin embargo, había una tendencia a una superposición de las jurisdicciones, y antes de la Reforma era común encontrar tribunales eclesiásticos que ejercían la jurisdicción civil, sobre todo en lo tocante al derecho familiar y a las sucesiones, así como la jurisdicción sobre ciertos tipos de delitos. El derecho canónico surgió a principios de la era cristiana y tiene una historia fascinante, que incluye documentos falsificados que durante siglos se consideraron genuinos. Se reunieron varias colecciones y diversos arreglos de materiales del derecho canónico, y para la época del resurgimiento bolonés podía estudiarse un cuerpo sustancial del derecho bolonés escrito.

El estudio del derecho canónico se unió al estudio del derecho civil romano en las universidades italianas, y el grado otorgado a un estudiante que completara todo el programa de estudios era el de *Juris Utriusque Doctor*, o Doctor en Ambos Derechos, por referencia al derecho civil y al derecho canónico. (El grado J. U. D. se otorga todavía en algunas universidades del mundo de derecho civil.) En virtud de que ambos se estudiaban juntos en las universidades italianas, ambos tendían a influirse recíprocamente; y el derecho canónico, al igual que el derecho civil, ayudó a la formación del *jus commune* que más tarde recibieron los estados europeos. El derecho canónico influyó al *jus commune* principalmente en las áreas del derecho familiar y sucesorio (ambas partes del derecho civil romano), el derecho penal y el derecho procesal. Cuando se

privó de su jurisdicción civil a los tribunales eclesiásticos de Europa, muchos de los principios e instituciones, sustantivos y procesales, que éstos habían desarrollado habían sido adoptados por los propios tribunales civiles.

Este *jus commune* del derecho civil romano y el derecho canónico era el derecho generalmente aplicable en Europa. Por supuesto, había también una parte importante de derecho local, en parte consuetudinario y en parte en forma de legislación establecida por los príncipes, los señores, los pueblos o las comunas. En general se consideraba que tal derecho tenía una naturaleza excepcional y sólo poseía un interés local. El investigador jurídico concentraba su atención en el *jus commune*, antes que en las variaciones locales. Pero el derecho local tuvo algún efecto sobre el desarrollo del *jus commune*. Muchos de los profesores e investigadores jurídicos más importantes eran también abogados practicantes en contacto constante con el derecho en práctica. Lo que ellos consideraban un derecho consuetudinario y local, sobre todo en campos como el del derecho penal, donde el derecho romano estaba subdesarrollado o se consideraba inaplicable, ayudaba a formar sus ideas acerca del *jus commune*. Al mismo tiempo, su inclinación académica y su convicción de la superioridad del derecho civil romano afectaban fuertemente el desarrollo del derecho local. Ambos derechos tendían a converger en los lineamientos favorecidos por los académicos.

La recepción del *jus commune* en las naciones

europeas despertó finalmente un interés nacionalista por la identificación y la preservación —y en algunos casos la glorificación— de las instituciones legales nativas. Las *coutumes* de las diversas regiones francesas generalmente clasificadas como *pays de droit coutumier* (regiones de derecho consuetudinario) —por oposición a las costumbres de las regiones generalmente clasificadas como *pays de droit écrit* (regiones de derecho escrito), donde el derecho romano era la influencia dominante— se convirtieron en una fuente de orgullo nacional e interés académico a medida que Francia se convertía en un estado nacional consciente de sí mismo. Después de la Revolución se hizo un esfuerzo para incluir, durante la codificación, algunas instituciones tomadas de las *coutumes* en el nuevo orden legal centralizado. En Alemania surgió, durante el trabajo preparatorio de codificación, una disputa entre los “germanistas” y los “romanistas”, y el proyecto de un código civil, originalmente propuesto para la Alemania unificada, fue rechazado por la oposición de los germanistas. Su protesta sostenía que el proyecto era puramente romano en forma y sustancia, en detrimento de las instituciones legales nativas, y lograron imponer una revisión que tratara de dar al código un aire más alemán, menos romano.

En estas y otras formas, el desarrollo de un sistema legal nacional en cada una de las grandes naciones europeas asumió ciertas características directamente imputables al deseo de identificar, perpetuar y glorificar las instituciones legales nativas.

En efecto, esta tendencia es una de las razones principales de las diferencias sustanciales existentes entre los sistemas de derecho civil contemporáneos. Pero lo que une a tales naciones es el hecho de que estas instituciones legales nativas se han combinado con la forma y la sustancia del derecho civil romano, bajo la influencia del *jus commune*. La influencia romana es muy grande; la contribución legal nativa, sin dejar de ser sustancial, tiene generalmente una importancia secundaria. No se ocupa de cuestiones tales como las actitudes y las nociones legales básicas, ni de la organización y el estilo del orden legal. Esto se toma de la tradición del derecho civil romano, más antigua, más desarrollada y refinada.

La tercera subtradición, al lado del derecho civil romano y del derecho canónico, es la del derecho mercantil. Es obvio que cierta forma de derecho mercantil es tan antigua como el comercio, pero el derecho mercantil de Europa occidental (y también el derecho mercantil del mundo de derecho común) experimentó su desarrollo principal en Italia en el momento de las Cruzadas cuando el comercio europeo recuperó el dominio del área mediterránea. Los comerciantes italianos formaron gremios y establecieron reglas para la gestión de los asuntos comerciales. Los pueblos italianos medievales se convirtieron en centros comerciales, y las reglas desarrolladas en estos pueblos —en particular Amalfi, Génova, Pisa y Nápoles— influyeron en el desarrollo del derecho mercantil. Al revés de lo que ocurría con el d

cho civil romano y con el derecho canónico, que eran librescos y estaban dominados por los académicos, el derecho mercantil era la creación pragmática de hombres prácticos ocupados en el comercio. La interpretación y aplicación del derecho mercantil se realizaba en tribunales mercantiles donde los jueces eran comerciantes. Las necesidades del comercio y los intereses de los comerciantes, no la compilación de Justiniano ni las de los canonistas, eran las fuentes principales de este derecho.

Estas tres subtradiciones de la tradición del derecho civil —el derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil— son las principales fuentes históricas de los conceptos, las instituciones y los procedimientos de la mayor parte del derecho privado y el derecho procesal, y de gran parte del derecho penal de los sistemas de derecho civil modernos. En forma actual, afectada por el derecho revolucionario y la ciencia jurídica (descritos en los siguientes capítulos), estas subtradiciones se materializan en los cinco códigos básicos que pueden encontrarse en una jurisdicción de derecho civil: el código civil, el código mercantil, el código de procedimientos civiles, el código penal y el código de procedimientos penales.

III. LA REVOLUCIÓN

Como hemos visto, tres de las cinco subtradiciones principales de la tradición del derecho civil —el derecho civil romano, el derecho canónico y el derecho mercantil— son las fuentes históricas de gran parte del derecho contenido en los cinco códigos básicos vigentes en la mayor parte de las jurisdicciones del derecho civil. El lector observará que gran parte del derecho público, en particular el derecho constitucional y el derecho administrativo, se encuentra conspicuamente ausente de esta enumeración. La razón es que el derecho público de las naciones de derecho civil de la actualidad es en gran parte un producto de una revolución ocurrida en Occidente en el siglo iniciado en 1776. Este movimiento, que afectó a la mayor parte de las naciones occidentales, incluyó acontecimientos tan dramáticos como la Revolución estadounidense y la Revolución francesa, el Risorgimento italiano, la serie de guerras de independencia que liberaron a las naciones de América Latina, la unificación de Alemania bajo Bismarck y la liberación de Grecia tras siglos de dominación turca.

Pero estos acontecimientos fueron en sí mismos el producto de una revolución intelectual más fundamental. Finalmente se superaron ciertos moldes de pensamiento por largo tiempo estable-

cidos acerca del gobierno y el individuo, y se sustituyeron por nuevas ideas acerca del hombre, la sociedad, la economía y el estado. Incluso en las partes de Occidente que escaparon a las revoluciones violentas (como Inglaterra), se impusieron estas ideas nuevas. Es en esta revolución intelectual que encontramos las fuentes principales del derecho público en la tradición del derecho civil. Una cuidadosa investigación histórica podría relacionar sin duda el origen de varias instituciones gubernamentales contemporáneas con los materiales legales que precedieron a esta revolución, pero el hecho es que el espíritu orientador del derecho público europeo y muchos de los conceptos y de las instituciones en los que se expresa tienen un origen moderno, sin raíces profundas en el período romano o el período medieval de la historia europea.

Pero el efecto de la revolución no se limitó al derecho público. Tuvo también una influencia profunda sobre la forma, el método de aplicación y, en menor medida, el contenido de los códigos básicos derivados de fuentes romanas y del *jus commune*. La revolución intelectual produjo una nueva forma de pensar acerca del derecho que tuvo consecuencias importantes para la organización y la administración del sistema legal y para las reglas del derecho sustantivo y procesal.

Una de las principales fuerzas intelectuales impulsoras de la revolución fue lo que desde entonces se ha llamado el derecho natural secular ("secular" porque no derivaba de la doctrina, la creencia o la autoridad religiosas: el pensamiento revolucio-

nario era severamente antirreligioso y anticlerical). Se basaba en ciertas ideas acerca de la naturaleza del hombre que encuentran expresión en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De acuerdo con este razonamiento, todos los hombres han sido creados iguales. Tienen ciertos derechos naturales a la propiedad, la libertad, la vida. El gobierno debe reconocer y asegurar estos derechos, así como la igualdad entre los hombres. Debe estar en manos de representantes elegidos. Y así sucesivamente.

Las instituciones sobrevivientes del feudalismo, que conferían la posición social y el cargo público sobre la base de la propiedad de la tierra, eran claramente incompatibles con estas ideas. Lo mismo ocurría con las aristocracias de otras clases, basadas en consideraciones distintas de la propiedad de la tierra, como la aristocracia de las togas. Antes de la Revolución francesa, los puestos judiciales se consideraban como propiedades que podían comprarse, venderse y heredarse. El propio Montesquieu heredó tal cargo, lo conservó durante un decenio y lo vendió. Los jueces constituían un grupo aristocrático que apoyaba a la aristocracia terrateniente contra los campesinos y las clases medias y trabajadoras urbanas, y contra la centralización del poder gubernamental en París. Con la llegada de la Revolución cayó la aristocracia, y con ella cayó la aristocracia de las togas.

Un segundo lema de la revolución intelectual era la separación de los poderes gubernamentales.

Varios autores, particularmente Montesquieu en *El espíritu de las leyes* y Rousseau en *El contrato social*, habían sostenido convincentemente la importancia fundamental, para el gobierno democrático racional, del establecimiento y la preservación de una separación entre los poderes gubernamentales, y en particular la importancia de una distinción y una separación claras entre el legislativo y el ejecutivo por una parte, y el judicial por la otra. Se trataba de evitar así la intrusión del poder judicial en áreas —la elaboración y la ejecución de las leyes— reservadas a los otros dos poderes. Esta actitud hacia el poder judicial no existía en los Estados Unidos ni antes ni después de la Revolución. El sistema de frenos y balances que ha surgido en los Estados Unidos no subraya especialmente el aislamiento del poder judicial, y procede de una filosofía diferente de la que produjo la separación marcada de los poderes que suele encontrarse en el mundo de derecho civil. Es importante que hagamos hincapié en este punto y que entendamos por qué ocurrió así.

En Francia, la aristocracia judicial era uno de los blancos de la Revolución, no sólo por su tendencia a identificarse con la aristocracia terrateniente, sino también por su incapacidad para distinguir muy claramente entre la aplicación y la elaboración de la ley. A resultas de estas deficiencias, con frecuencia se habían frustrado los esfuerzos de la Corona por unificar el reino y aplicar reformas legislativas relativamente ilustradas y progresistas. Los tribunales se negaban a aplicar las leyes

nuevas, las interpretaban en forma contraria a su intención o frustraban los esfuerzos de los funcionarios por administrarlas. Montesquieu y otros autores desarrollaron la teoría de que la única forma segura de impedir los abusos de esta clase era la separación inicial del poder legislativo y el poder ejecutivo frente al poder judicial, y luego la regulación cuidadosa del poder judicial para asegurar que se restringiera a la aplicación de la ley elaborada por la legislatura y no interfiriera con los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones administrativas.

En los Estados Unidos e Inglaterra, por el contrario, había otra clase de tradición judicial, en la que los jueces habían constituido a menudo una fuerza progresista al lado del individuo contra el abuso del poder del gobernante, y habían desempeñado un papel importante en la centralización del poder gubernamental y la destrucción del feudalismo. No existía aquí el temor a la intervención judicial en la elaboración de las leyes y la administración. El poder de los jueces para influir sobre el desarrollo del derecho común era una institución familiar y apreciada. Se aceptaba que los tribunales tenían los poderes del *mandamus* (para obligar a un funcionario a cumplir con sus deberes legales) y el *quo warranto* (para cuestionar la legalidad de un acto ejecutado por un funcionario público). El poder judicial no fue uno de los blancos de la Revolución estadounidense, como lo fue en Francia.

Era esta también la Edad de la Razón. El racio-

nalismo era una fuerza intelectual dominante. Se suponía que la razón controlaba las actividades de los hombres y que todos los obstáculos caerían ante el ejercicio adecuado del razonamiento cuidadoso de hombres inteligentes. Todavía no se había descubierto el subconsciente, y no se reconocía aún el poder de las fuerzas irracionales en la historia. Se suponía con optimismo que las leyes e instituciones existentes podrían derogarse para poner en su lugar leyes e instituciones nuevas, racionalmente derivadas de primeros principios inobjectables.

El hincapié que se hacía durante el período revolucionario en los derechos del hombre produjo algunas declaraciones acerca de la libertad individual como los que se encuentran en nuestra Declaración de Independencia y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Pero había una diferencia muy importante. El feudalismo (en el sentido general, no técnico, del término, como lo usaban muchos revolucionarios europeos y latinoamericanos) había sobrevivido en Europa y en América Latina en una forma que mantenía vivas muchas de las injusticias sociales inherentes en sus orígenes, mientras que, en las colonias inglesas de Norteamérica, las instituciones legales de origen innegablemente feudal habían sido privadas ya de gran parte de su capacidad para producir la clase de males sociales y económicos característicos de las sociedades feudales. En consecuencia, la revolución intelectual ocurrida en el mundo de derecho civil tuvo una orientación

más intensamente antifeudal que la ocurrida en los Estados Unidos. El hincapié que se hacía en el derecho de un hombre a tener propiedades y en la obligación para las leyes de proteger su propiedad era en parte una reacción contra la posesión dependiente del feudalismo. El hincapié que se hacía en el derecho de un hombre a ocuparse de sus propios asuntos y avanzar en forma lateral y vertical en la sociedad era una reacción contra la tendencia feudal a fijar el lugar y la posición de los hombres. La revolución se convirtió —como dice la frase famosa de sir Henry Maine— en un instrumento para la transición “de la posición social fija al contrato”. El resultado fue una insistencia exagerada en la propiedad privada y la libertad de contrato, de efecto similar al exagerado individualismo de Inglaterra y los Estados Unidos en el siglo XIX. Pero la reacción del mundo de derecho civil tenía un matiz antifeudal especial.

La revolución fue también un gran paso hacia la glorificación del estado secular. La lealtad temporal del individuo se otorgaría en adelante primordialmente al estado. Se abolieron las obligaciones y las relaciones feudales. Las obligaciones religiosas perdieron la mayor parte de la importancia legal que les quedaba. Los tribunales eclesiásticos perdieron lo poco que les quedaba de su jurisdicción temporal. Las relaciones familiares estaban ahora definidas y reguladas por el derecho (es decir, por el estado). Se abolieron las autonomías gubernamentales locales; se privó de poder regulador a gremios y corporaciones. Las tradiciones legales se-

paradas se fundieron en un solo cuerpo de derecho nacional. El universo legal, antes muy complicado, se simplificó de pronto: en adelante, estaría habitado teóricamente sólo por el individuo y el estado monolítico.

El nacionalismo fue otro aspecto de la glorificación del estado. El objetivo era un sistema legal nacional que expresaría los ideales nacionales y la unidad de la cultura de la nación. Tal derecho nacional debería expresarse en un idioma nacional y debería incluir las instituciones y los conceptos legales nacionales. Se rechazó la autoridad (pero no el contenido) del *jus commune*; un derecho común del mundo de derecho civil era ya cosa de la historia. En el futuro, todo el derecho sería derecho nacional, y la variación del *jus commune* no sólo se aceptaba sino que se apreciaba como demostración del genio y la identidad nacionales.

Así pues, la revolución se integró con fuerzas intelectuales tales como los derechos naturales, la separación de los poderes, el racionalismo, el antifeudalismo, el liberalismo burgués, el estatismo y el nacionalismo. Todas estas fuerzas son ideas o puntos de vista respetables mientras guarden sus proporciones. Pero durante la revolución, y después de ella, prevaleció una atmósfera general de exageración (como es típico en los movimientos revolucionarios). El odiado pasado se pintaba con colores excesivamente oscuros. Los objetivos de la revolución se idealizaban y se daba por supuesta la posibilidad de su realización. Se omitían o se simplificaban en exceso los problemas de la reforma. La

pasión ideológica sustituía a la razón; las ideas revolucionarias se convertían en dogmas; la revolución se volvía utópica.

Sobre todo en Francia, como en la Unión Soviética después de la Revolución de Octubre, era muy fuerte el matiz utópico. Tocqueville afirmó que la Revolución "se convirtió en una especie de religión". Este desarrollo afectó profundamente las reformas revolucionarias en Francia y, dado que el derecho revolucionario de Francia ha ejercido gran influencia fuera de este país, los sistemas legales de muchas partes del mundo de derecho civil muestran los efectos del ferviente utopismo característico de la Revolución francesa y de las reacciones en su contra. El hincapié que se hacía en la separación de poderes produjo un sistema separado de tribunales administrativos, inhibió la adopción de la revisión judicial de la legislación y limitó a los jueces a un papel relativamente secundario en el proceso legal. La teoría de los derechos naturales generó un énfasis exagerado en los derechos individuales de propiedad y de contrato, así como una distinción demasiado marcada entre el derecho público y el derecho privado. La glorificación del estado, la del nacionalismo y la del racionalismo se combinaron para producir una teoría de derecho civil peculiar acerca de lo que es la ley, y para determinar la forma y el estilo de los códigos básicos.

IV. LAS FUENTES DEL DERECHO

EN EL período de cambio revolucionario que hemos venido examinando, las injusticias sociales y económicas del orden antiguo entraron en conflicto directo con el deseo del igualitarismo. La estructura del gobierno feudal, ineficiente, embrollada, muy descentralizada, se derrumbó ante la necesidad de un sistema gubernamental centralizado, más eficiente: el estado nacional moderno. Pero la generación de esta transformación y la consolidación de los logros de la revolución requerían una ideología, y el nacionalismo —la ideología del estado— satisfizo esta necesidad. Y si el nacionalismo era la ideología prevaleciente, la soberanía era la premisa básica de su expresión legal.

El concepto de la soberanía había existido durante varios siglos. Su desarrollo como un concepto legal puede encontrarse en la obra de ciertos europeos, en particular Hugo Grocio, llamados a menudo los "padres del derecho internacional". Estos académicos emplearon la soberanía como un concepto fundamental para el ordenamiento de los asuntos internacionales entre las naciones. Durante el período del colonialismo y la fundación de los imperios, crearon una escuela de derecho internacional que apoyaba las reclamaciones y trataba de controlar la conducta de las potencias coloniales e

imperialistas. Durante el surgimiento del estado nacional, el mismo concepto recibió otros usos, algo diferentes.

El carácter secular de la revolución europea aportó otra dimensión del movimiento hacia el positivismo estatal. Aunque había variaciones de forma y de grado entre las naciones, la idea de que el derecho tenía un origen divino —ya se expresara directamente, como en el derecho divino (es decir, el de las escrituras), o indirectamente a través de la naturaleza del hombre creada por Dios, como en el derecho natural católico— perdía ahora la mayor parte de la vitalidad que le quedaba. Todavía podría expresarse un respeto formal a la deidad en el proceso de elaboración del derecho (como ocurría, por ejemplo, en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos), pero en adelante operaría la teoría de que el poder legislativo final residía en el estado. El derecho natural católico había perdido su poder para seguir ejerciendo su control sobre el príncipe.

El derecho natural secular, que había aportado muchas de las ideas que constituyen el combustible intelectual de la revolución, no podía controlar la actividad del estado. Carecía de una organización y de un poder sancionador. Así se resolvió decisivamente la controversia perenne entre los partidarios del derecho natural y los positivistas legales (muy conocida por todos los estudiosos de la filosofía legal), por lo menos para los fines prácticos, en favor de los positivistas. En consecuencia, aunque este debate continúa aún ha-

tenido un cariz claramente académico desde el surgimiento del estado moderno. Todos los estados occidentales son positivistas.

El surgimiento del estado nacional moderno destruyó la unidad legal aportada por la aceptación común del *jus commune* canónico romano en la Europa feudal. El *jus commune*, asociado en la mente de muchos al concepto del Sacro Imperio Romano, era un derecho que trascendía las diversidades de las tribus locales, las comunidades y las naciones. Con la declinación del feudalismo, el advenimiento de la Reforma y el debilitamiento consiguiente de la autoridad del Sacro Imperio Romano, la monarquía centralizada empezó a surgir como el reclamante principal de la lealtad de los hombres. El estado centralizado se oponía a la autonomía de las clases y las tierras medievales que suele asociarse al feudalismo y a toda clase de poder fuera del estado. El estado tendía a convertirse en la fuente única del derecho, la que reclamaba una soberanía en lo interno y en lo internacional. En esta forma, los sistemas legales nacionales empezaron a sustituir al *jus commune*, el que se convirtió en un derecho subordinado o complementario. Se citaba al propio derecho romano como una justificación de la autonomía legal del estado que condujo finalmente a su desplazamiento en favor de los sistemas legales nacionales, de acuerdo con la máxima *quod principi placuit habet vigorem* (el deseo del príncipe es ley). La autoridad del príncipe sustituyó a la del *jus commune*. El contenido del derecho nacional podría seguir

extrayéndose en gran medida del *jus commune*, pero su autoridad provenía del estado.

Así se inició la época de la soberanía absoluta. Allí donde se recibió formalmente el *jus commune*, como ocurrió en algunas partes de Alemania, ello ocurrió por la voluntad del príncipe, y la continuación de su fuerza dentro del estado dependía también, en teoría, de su voluntad. Pero allí donde no hubo ninguna recepción formal del derecho romano, como ocurrió en la mayor parte de Europa, el proceso de construcción del derecho nacional (de ordinario en el idioma nacional) se realizó bajo condiciones y supuestos que presagiaban un positivismo legal europeo. El acto legislativo no estaba sujeto a autoridad alguna, temporal o espiritual, superior al estado, ni estaba sujeto a limitación alguna en el interior del estado (tal como el derecho local o consuetudinario). Desde una época en que la elaboración de las leyes se distribuía a lo largo de un espectro que iba desde el amo local o el consejo aldeano hasta el emperador y la Iglesia Universal, el Occidente había pasado a la elaboración del derecho en un solo punto: el estado nacional centralizado. La soberanía tenía dos caras: una cara exterior que excluía todo derecho de origen externo y una cara interior que excluía todo derecho de origen local o consuetudinario.

Es importante entender que el positivismo estatal se subrayaba en el continente de manera mucho más marcada y consciente que en Inglaterra, durante este período de cambio revolucionario. Esto se debía en parte, por supuesto, a la naturaleza

más moderada, gradual y evolutiva de la revolución inglesa. En Inglaterra se conservaron muchas de las formas del feudalismo, mientras que su sustancia se transformaba. Sobrevivieron las galas de una Iglesia establecida, mientras que la influencia eclesiástica sobre la forma y el contenido del derecho disminuía hasta desaparecer. Sobre todo, el derecho común nativo de Inglaterra, que se había desarrollado por lineamientos muy diferentes de los asumidos por el *jus commune* en el continente, no se rechazó en aras del estatismo, el nacionalismo, el positivismo y la soberanía. Por el contrario, el derecho común de Inglaterra era una fuerza positiva en el surgimiento de Inglaterra como un estado nacional, y se tomaba vigorosamente como una demostración de la identidad y el genio nacionales. En el continente, la revolución parecía requerir el rechazo del antiguo orden legal; en Inglaterra, parecía requerir su aceptación e incluso su glorificación. Son obvias las implicaciones de esta diferencia para las actitudes hacia la codificación en el mundo de derecho civil y en el mundo de derecho común. En el continente, donde se consideraba necesario rechazar el *jus commune*, era natural que se codificaran nuevos sistemas legales; en Inglaterra, donde se consideraba necesaria la retención del derecho común, no se experimentó ninguna necesidad de la codificación.

En el continente, el rechazo del antiguo orden legal seguía los lineamientos indicados por una visión del mundo debidamente organizado en estados nacionales seculares, positivistas. En consecuencia,

el derecho natural de la Iglesia católica, como otras teorías del derecho y la justicia de derivación externa, y el derecho canónico, como otros cuerpos externos de reglas e instituciones, no podían tener efectos legales dentro del estado. La escuela occidental del derecho internacional, basada en una especie de soberanía absoluta del estado que le permite estar limitado sólo cuando acepta estarlo, trataba incluso los principios aceptados del derecho internacional como operativos dentro del estado sólo si el propio estado decidía que deberían serlo. El derecho producido por los organismos internacionales y las obligaciones de los miembros de tales organismos afectaban también al estado sólo si había aceptado tal sujeción. Las leyes de un estado podrían aplicarse en otro estado sólo si este último permitía tal aplicación. La sentencia de un tribunal de un estado sería aplicada o no por los tribunales de otro estado a elección de este último. La fachada del positivismo estatal era así uniforme y continua: nada que estuviera fuera del estado podría volver efectivo el derecho dentro del estado sin su consentimiento.

La cara interior de la escuela del positivismo estatal era igualmente continua. Sólo el estado tenía poder para elaborar leyes, de modo que ningún individuo o grupo dentro del estado podría crear el derecho. La capacidad de los individuos para obligarse por contratos, y de los miembros de las organizaciones para adoptar reglas que efectivamente gobernarán sus relaciones internas, no les daba poderes de legisladores. Estos contratos se con-

sideraban como arreglos privados, dotados de efecto legal sólo cuando el estado decidiera reconocerlos y hacerlos cumplir. Tampoco eran leyes los libros y artículos escritos por académicos (aunque eran mucho más influyentes que el academismo legal en los países de derecho común, como explicaremos en un capítulo posterior), por las mismas razones.

El positivismo estatal, expresado en el dogma de la soberanía externa e interna absoluta del estado, produjo así un monopolio estatal en materia de elaboración de leyes. El hincapié revolucionario en la separación estricta de los poderes exigía que sólo los órganos del estado específicamente designados tuviesen facultades para hacer leyes. De acuerdo con esa doctrina, el poder legislativo y el poder judicial del gobierno eran de una clase diferente; a fin de evitar el abuso, debían mantenerse muy claramente separados entre sí. El poder legislativo es por definición el poder de hacer leyes, de modo que sólo la legislatura podría hacer leyes. Como la única rama del gobierno representativa, directamente elegida, sólo la legislatura podría responder al poder popular. En el capítulo siguiente examinaremos algunas de las consecuencias de este dogma para el juez de derecho civil. Por ahora bastará decir que la familiar doctrina del derecho común de *stare decisis* —es decir, el poder y la obligación de los tribunales de basar sus decisiones en decisiones anteriores— es obviamente incompatible con la separación de poderes formulada en los países de derecho civil, de modo que es rechazada

por la tradición del derecho civil. Las decisiones judiciales no son leyes.

¿Qué es entonces la ley? La respuesta básica, que es la esencia del positivismo legislativo, es que sólo los estatutos promulgados por el poder legislativo podrían ser leyes. Sin embargo, en las naciones de derecho civil era común que el príncipe tuviese poder legislativo dentro de ciertos límites. Tras las diversas revoluciones occidentales, tales decretos no derivaban su fuerza legal de algún poder legislativo inherente en el ejecutivo, sino de la delegación de poder legislativo al ejecutivo hecha por la legislatura, la única depositaria de ese poder. Por el mismo razonamiento, la legislatura podía delegar el poder para promulgar regulaciones que tenían la fuerza de leyes a los órganos administrativos del gobierno. Tales regulaciones legislativas y administrativas eran efectivas como leyes sólo dentro de los límites del poder delegado por la legislatura. Todo lo que excediera ese poder sería "ilegal", y en consecuencia no sería ley.

Además de los estatutos (incluida la legislación promulgada por el ejecutivo bajo poderes delegados) y las regulaciones administrativas, las naciones de la tradición de derecho civil suelen reconocer, además, una tercera fuente del derecho: la costumbre. Cuando una persona actúa de acuerdo con la costumbre, bajo el supuesto de que representa la ley, su acción será aceptada como legal en muchas jurisdicciones de derecho civil, mientras que no haya ningún estatuto o regulación aplicable en contrario. Es mucho lo que se ha escrito sobre

la costumbre como ley en las jurisdicciones de derecho civil, fuera de toda proporción con su importancia efectiva como ley. La razón principal de tanta literatura (además de la importancia de la costumbre como fuente del derecho en la historia anterior de la tradición del derecho civil) es la necesidad de justificar el tratamiento de ley a algo que no ha sido creado por el poder legislativo del estado. El hecho de dar a la costumbre la fuerza de la ley parecería violar el dogma del positivismo estatal (sólo el estado puede hacer leyes) y el dogma de la separación marcada de los poderes (dentro del estado, sólo la legislatura puede hacer leyes). Se han desarrollado algunas teorías muy refinadas para explicar esta incongruencia aparente. Por otro lado, la importancia de la costumbre como una fuente del derecho es escasa y decreciente.

El resultado de todo esto es que la teoría aceptada de las fuentes del derecho en la tradición del derecho civil reconoce sólo a los estatutos, las regulaciones y la costumbre como tales fuentes. Esta enumeración es excluyente. También está expresada por orden descendente de autoridad. Un estatuto prevalece sobre una regulación contraria. Tanto el estatuto como la regulación prevalecen sobre una costumbre en contrario. Todo esto puede parecer muy técnico y de dudosa importancia, pero resulta básico para nuestro entendimiento de la tradición de la ley civil, ya que la función del juez dentro de esa tradición es la interpretación y la aplicación de "la ley", como se define técnicamente en su jurisdicción. Tanto el positivismo es-

tatal como el dogma de la separación de poderes requieren que el juez recurra sólo a "la ley" al decidir las controversias. Se supone que cualquiera que sea el problema que pueda presentársele, el juez podrá encontrar alguna forma de ley para aplicarla, ya sea un estatuto, una regulación o una costumbre aplicable. El juez no puede acudir a los libros y artículos de los juristas académicos, ni a las decisiones judiciales anteriores, en búsqueda del derecho.

Esta concepción dogmática de lo que es el derecho, como muchas otras implicaciones de los dogmas del período revolucionario, ha sido minada por el tiempo y los acontecimientos. Es posible que la innovación más extraordinaria haya sido el fuerte movimiento hacia el constitucionalismo, con su hincapié en la rigidez funcional, y por ende la superioridad de las constituciones escritas como fuente del derecho. Tales constituciones, que eliminan el poder de la legislatura para enmendar mediante la acción legislativa ordinaria, reducen el monopolio de la legislatura en materia de producción de leyes. Insertan un elemento nuevo en la jerarquía de las fuentes del derecho, la que ahora queda así: "constitución, legislación, regulaciones y costumbre". Además, si un tribunal puede decidir que un estatuto es inválido porque está en conflicto con la constitución, se destruye el dogma de la separación estricta entre el poder legislativo y el poder judicial. El poder de revisión judicial de la constitucionalidad de la acción legislativa ha existido durante largo tiempo en México

y la mayoría de las demás naciones latinoamericanas (aunque no siempre se ejercita agresivamente). Después de la segunda Guerra Mundial ha aparecido o reaparecido la revisión judicial, en una forma u otra, en Austria, Francia, Alemania, Italia, Yugoslavia y España.

Otro factor de complejidad es la inclusión de la iniciativa y el referéndum en las constituciones de algunos países de derecho civil; esto requiere necesariamente la transferencia de algún poder legislativo de la legislatura al pueblo, y debilita aún más la posición de la legislatura como la única fuente del derecho. El surgimiento de los organismos internacionales y supranacionales, y la tendencia observada en Europa y América Latina hacia la transferencia de alguna soberanía a tales organizaciones, debilita aún más a la teoría tradicional.

Estas y otras tendencias modernas han sido señaladas por los académicos, quienes a menudo reconocen sus implicaciones para la teoría ortodoxa de las fuentes del derecho, pero no minan gravemente la concepción más generalmente prevaleciente acerca de lo que es el derecho. Para el típico juez, abogado o estudiante de derecho en Francia o en Argentina, la teoría tradicional de las fuentes del derecho representa la verdad básica. Forma parte de su ideología.

En cambio, en el mundo de derecho común, un mundo menos regido por la historia peculiar y los dogmas racionalistas de la Revolución francesa, prevalecen actitudes muy diferentes. El derecho común de Inglaterra, que es una acumulación nada

sistemática de estatutos, decisiones judiciales y prácticas consuetudinarias, es considerado como la fuente principal del derecho. Tiene profundas dimensiones históricas y no es el producto de un esfuerzo revolucionario deliberado para hacer o rehacer la ley aplicable en un momento de la historia. No existe ninguna teoría sistemática, jerárquica, de las fuentes del derecho: por supuesto, la legislación es ley, pero también lo son otras cosas, incluidas las decisiones judiciales. En términos formales, la autoridad relativa de los estatutos, las regulaciones y las decisiones judiciales podría ordenarse aproximadamente en esa forma, pero en la práctica tales formulaciones tienden a perder su nitidez e importancia. Los juristas del derecho común tienden a ser menos rigurosos que los juristas del derecho civil en lo tocante a estas materias. Las actitudes que llevaron a Francia a adoptar el sistema métrico, la moneda decimal, los códigos legales y una teoría rígida de las fuentes del derecho, en el espacio de unos cuantos años, son todavía básicamente extrañas a la tradición del derecho común.

V. LOS CÓDIGOS Y LA CODIFICACIÓN

A MENUDO oímos decir, a veces por personas que debieran estar mejor enteradas, que los sistemas de derecho civil son sistemas estatutarios codificados, mientras que el derecho común no está codificado y se basa en gran parte en las decisiones judiciales. En este capítulo trataremos de indicar la medida en que esta observación simplifica en exceso y presenta una visión distorsionada, y al mismo tiempo la medida en que expresa un conjunto importante de diferencias básicas entre las dos tradiciones legales.

La distinción que se establece entre la producción legislativa y la producción judicial del derecho puede ser engañosa. Es probable que haya en un estado norteamericano típico por lo menos tanta legislación vigente como en un país europeo o latinoamericano típico. Al igual que en un país de derecho civil, la legislación válidamente promulgada en los Estados Unidos es la ley, la que se espera que los jueces interpreten y apliquen con el espíritu de su promulgación. La autoridad de la legislación es superior a la de las decisiones judiciales; los estatutos superan a las decisiones judiciales contrarias (dejando de lado las cuestiones constitucionales), pero no a la inversa. La cantidad de la legislación y su grado de autoridad no son crite-