

# BREVIARIOS

*del*

FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

218

LA TRADICIÓN JURÍDICA  
ROMANO-CANÓNICA

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  
Segunda reimpresión, 1980

*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 diferencias 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

muchas diferencias entre los sistemas legales de estos países.

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

La fam. del lex...  
 ...  
 ...



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 Zelandia 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

Se observa que la antigüedad de la tradición legal predominante por sobre las otras dos (anglosajón y romano-germánica)

La tradición del Derecho es la más antigua y esto derivado del Derecho civil Romano-germánico

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 GANÓNICO 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 sumarización 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 529, 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 tantos 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

Europeos 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, y 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 Glossadores 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 *Instituciones 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 communē* 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 conferirían 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 estudio de filosofía del derecho) se resolvió decididamente en favor de los positivistas jurídicos, al menos en cuanto a su propósito operativo. Posteriormente, aunque ese debate no ha perdido fuerza actualmente, ha tenido un matiz marcadamente académico desde el nacimiento del estado moderno. Todos los estados occidentales son positivistas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Además de los estatutos (inclusive las leyes pro-



La tercera fuente del Der. - la costumbre.

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

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

- 10. - Estatutos
- 20. - Reglamentaciones
- 30. - Costumbres

Fuentes del Derecho

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

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

Se introduce un nuevo elemento

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

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

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

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

## 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 noroesteñas 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, exigían 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 impedírsele 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 ~~se~~ 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 establecimiento 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-

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 azeados 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 previsor. 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 atribírseles 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 harto 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 prerequisites naturales del orden social. Durante este periodo, 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.

Ésta 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. Éstas 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 EQUIDAD

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. Éstas, 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 discretionales 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 dobligar 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 *jurisprudence* 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 *jurisprudence* 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 *jurisprudence*. Sus opiniones tienen mucho peso y durante el siglo II d. c. las opiniones de algunos *jurisconsultos* eran obli-

Importantiss...

Resumen gen. de los puntos  
vistas más el momento

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: científicismo, 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 científicismo, 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 científicismo 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

siglo, no ha minado para nada esta actitud. El derecho civil es todavía la ley fundamental. Se le estudia primero y cualquier estudio subsecuente se basa en él. Forma la matriz de los pensamientos de un abogado en la tradición del derecho escrito.

Además de las fuentes formales del derecho civil, contenidas típicamente en un código del derecho civil y en la legislación suplementaria, existe una serie de conceptos y principios derivados primariamente de la jurisprudencia. Estos conceptos y principios así como el sistema que forman, soportan el gran peso de la autoridad de los jurisconsultos descrita en el capítulo IX. Aun cuando muchos de estos conceptos y principios nunca existieron como tales en el derecho civil positivo, han sido introducidos al orden jurídico por los jurisperitos, bajo la influencia de la ciencia jurídica, como verdades jurídicas generales derivadas del derecho positivo mediante métodos científicos.

Esta superestructura de conceptos y principios derivados aparece de manera característica en tres conceptos distintos, pero íntimamente relacionados en la tradición del derecho escrito: 1) la *allgemeiner Teil*, o parte general, del Código Civil Alemán de 1896 y de otros códigos civiles que siguen el modelo alemán; 2) el conjunto de nociones básicas sobre la que los jurisconsultos construyen sus extremadamente complejas y elaboradas teorías generales de derecho; 3) el contenido de la "introducción al derecho" que se enseña a los estudiantes al principio de su educación jurídica. Estos tres puntos han tendido a fusionarse en las naciones en las cuales se han adoptado códigos civiles o se han revisado extensivamente los mismos bajo la influencia de la ciencia jurídica alemana de fines del siglo XIX. Aun cuando tales naciones no

siempre han copiado el código civil alemán, ha habido una fuerte tendencia a hacer sus propios códigos más "científicos". El grado en que la evolución hacia un "código civil científico" ha tenido lugar, determina el grado en que el derecho positivo, los elementos básicos de las teorías de derecho generalmente aceptadas y la introducción o "parte general" de los cursos y tratados sobre derecho civil emplean los mismos conceptos y principios. Como regla, el derecho positivo es mucho menos "científico", en este sentido, que el derecho que los jurisconsultos enseñan y escriben.

El mejor medio de captar algo del sabor de "la parte general" del derecho civil es examinar la "parte general" de un texto más o menos típico para un curso de derecho civil. A este propósito tomaremos como ejemplo el índice de "nociones preliminares" y "parte general" de una respetable obra elemental (que ha de permanecer anónima) sobre derecho privado. Aun cuando esta obra no es idéntica a libros similares acerca del derecho civil francés, alemán o italiano, la pauta y los conceptos básicos son representativos del tipo de pensamiento que tratamos de describir.

El libro comienza con ciertas "nociones preliminares", la primera de las cuales es "el orden jurídico". Allí se nos dice que "ninguna sociedad... es capaz de vivir de manera ordenada sin un conjunto de normas que gobiernen las relaciones entre las personas que componen el grupo (*ubi societas ibi ius*) y los individuos que están encargados de lograr su obediencia". Aplicando esta observación al estado, "...establecemos la necesidad tanto de un conjunto de normas que regulen las relaciones entre ciudadanos como de... órganos e instituciones que... impongan la

observancia de las normas establecidas por el estado". [Se observará que esta definición de orden jurídico, limitada a reglas o normas e instituciones para su ejecución, omite hablar de procesos. Ésta es una manera tradicional de enfocar las cosas. El orden jurídico es considerado como algo estático. El derecho es considerado no como un proceso para la detección y solución de problemas, sino como un conjunto de normas e instituciones establecidas. En vez de estudiar cómo estas instituciones captan y resuelven los problemas o cómo hacen, interpretan y aplican la ley, la doctrina dirige su atención al contenido sustantivo de los reglamentos existentes como su más importante objeto de estudio.]

El autor comienza su estudio del primer componente del orden jurídico de esta manera: "La norma jurídica... es... una orden dirigida al individuo mediante la cual una determinada conducta... se le impone." [De hecho no todas las normas mandan; la fraseología del texto es inadecuada. Hay muchas normas, especialmente en el campo del derecho privado, que solamente establecen la consecuencia jurídica de un estado de hecho; por ejemplo, si una persona muere intestada, la mitad de sus bienes pasa a sus hijos.] Muchas normas, incluyendo todas las del derecho privado, no sólo requieren o prohíben, sino "atribuyen correlativamente una facultad a otra persona". Al deudor se le dice que pague la deuda y al acreedor se le concede la facultad de obtener el pago. De allí viene la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo. "El derecho objetivo es la norma a la que el individuo debe ajustar su conducta; derecho subjetivo es la facultad del individuo que se deriva de la norma." El derecho objetivo puede

distinguirse en derecho natural y derecho positivo. "Nuestro estudio está encaminado exclusivamente hacia el derecho positivo." [Aquí hay dos nociones fundamentales muy significativas y cargadas de ideología. La primera es la de "derecho subjetivo". En derecho privado, éste es el fundamento de un sistema jurídico en que existen los derechos privados e individuales, por ejemplo la propiedad, el contrato, los derechos personales y familiares. La segunda es el rechazo del "derecho natural" y consecuentemente de todo sistema normativo extraño al estado por el que puede ser juzgada la validez del derecho positivo.]

La norma jurídica es más que un mero consejo; al precepto va aunada la amenaza de "un daño administrado por... el estado" si no es cumplido. La naturaleza de esta sanción distingue la norma jurídica de las reglas de costumbre, de las reglas de etiqueta, de las normas religiosas y morales cuyo incumplimiento conduce a otros tipos de consecuencias (desaprobación social, remordimientos de conciencia). La norma jurídica es también general; su orden no se dirige a individuos específicos, sino a una "situación de hecho" modelo: el deudor que no paga es acreedor a un castigo. Si un hecho concreto corresponde a este modelo, por ejemplo, Pérez no paga su deuda a Sánchez, entonces los efectos establecidos por la norma se siguen, es decir, Pérez está obligado con Sánchez a reparar el daño. [El lector reconocerá que el punto de vista tradicional de la función judicial descrita anteriormente se encuentra implícita en esta aseveración. Una vez que se encuentran los hechos del caso, el juez los compara con el modelo de las situaciones de hecho descritas por las normas jurídicas, selecciona la norma cuyo modelo corresponde a

los hechos concretos y aplica las consecuencias establecidas en esa norma.] Una dificultad con la situación concreta modelo es que ocasionalmente la aplicación de una norma abstracta a un caso concreto "da lugar a consecuencias que ofenden el sentido de justicia". La equidad es la facultad para cambiar la aplicación de la norma; es "la justicia del caso individual". Pero "el orden jurídico frecuentemente sacrifica la justicia del caso individual en aras de la certeza de la ley en cuanto se considera que es peligroso someter el orden jurídico a la opinión subjetiva del juez; es mejor que los individuos conozcan por anticipado los preceptos que deben observar y las consecuencias de su incumplimiento (el principio de la certeza de la ley)" (ver capítulo VIII, *supra*).

Una vez que se han descrito estas "nociones preliminares", el autor se dirige a la "parte general" del derecho civil. Distingue, en primer lugar, el derecho público del derecho privado. "El primero regula la actividad del estado y de otras entidades públicas... y las relaciones entre ellas y el ciudadano, relaciones en que el estado y las entidades públicas están en una posición de supremacía con respecto al ciudadano, quien está... en un estado de sujeción y subordinación... El derecho privado regula las relaciones entre los particulares... Una característica del derecho privado, en contraposición al derecho público, es, pues, la igualdad de posiciones entre los sujetos" (véase el examen de la dicotomía derecho público-derecho privado, en el capítulo XIV, *infra*). A estas alturas el análisis se dirige exclusivamente al derecho privado. El autor señala que las normas del derecho privado son o dispositivas o imperativas. "Las primeras pueden ser modificadas por arreglos o con-

venios privados, las segundas, en tanto se refieren a la protección de intereses sociales fundamentales, no están sujetas a modificaciones por los individuos."

Sigue después un análisis de las fuentes de derecho, esto es, de las normas jurídicas que son los estatutos, los reglamentos y la costumbre (ver capítulo IV, *supra*). A este análisis sigue el del efecto temporal de las normas jurídicas: normas para determinar cuándo los estatutos entran en vigor, los métodos de abrogación, la norma contra la retroactividad y el efecto del cambio en un estatuto sobre situaciones de hecho parcialmente terminadas o que aún continúan. Luego el autor analiza la interpretación de la norma jurídica terminando con un breve estudio "del conflicto de las leyes en el espacio" que muestra cómo decidir cuáles normas jurídicas se aplican cuando las de dos o más naciones podrían posiblemente aplicarse.

El autor pasa después de la norma jurídica a la relación jurídica. "Las relaciones humanas pueden ser de varias clases: pueden estar inspiradas por afecto, por sentimiento, por amistad, por interés, por convivialidad, por intereses culturales, etc. Todos instintivamente captamos la diferencia entre estas relaciones y las que existen entre yo y mi deudor. Esta relación está regulada por el derecho que me concede a mí la facultad (derecho subjetivo) de obtener el pago de mi dinero e impone en mi deudor la obligación de pagar. De esta manera la relación jurídica es la relación de dos sujetos regulada por el derecho. Cuando uno desea aludir a las personas que han puesto una relación jurídica en efecto (por ejemplo, un contrato), se usa la expresión *partes*. Opuesto al concepto de las partes está el de *tercera persona*. La tercera persona es, en general, la que no es parte y no está



sujeta a una relación jurídica. Es regla general que la relación jurídica no produce efectos ni en favor ni en contra de terceras personas (*res inter alios acta tertio neque prodest, neque nocet*).” [Esta regla está sujeta a tantas excepciones que su utilidad es dudosa; en efecto, existen muchas situaciones en que la relación jurídica privada afecta los intereses legales de terceras personas. La tendencia en la parte general a sobrevaluar las disposiciones generales y anular las excepciones está ilustrada aquí claramente. Dejando a un lado la imprecisión de la generalización, nótese que no se hace referencia al muy interesante problema de si, y bajo qué circunstancias, las terceras personas *deben* quedar afectadas por las relaciones jurídicas privadas. Los dogmas de la doctrina tradicional —particularmente la convicción de que sólo consideraciones jurídicas, definidas en sentido estricto, son de interés para el erudito legal— excluyen estos asuntos del análisis. Se establece la norma como un producto de investigación científica. No se hacen sobre ella expresamente juicios normativos, pero los métodos y objetivos de la ciencia jurídica y la autoridad de la doctrina le dan un efecto normativo. En términos de “es” y de “debe”, el aserto en cuestión establece mal el “es”, evita examinar el “debe” e implica un juicio normativo de que el mal establecido “es” es la regla deseable.]

En general, el término “derecho subjetivo” se usa para indicar el interés jurídico de la persona que tiene el beneficio de una relación jurídica en el derecho privado. “El fin último que persigue la norma es siempre la protección de intereses generales. Sin embargo, en muchos casos (y esto es regla en el derecho privado) existe la opinión de que la mejor manera de

lograr este objetivo consiste en promover los intereses individuales, en estimular la iniciativa individual. El orden jurídico reconoce los intereses del individuo y procura efectuar la realización de su intención. Por tanto, el derecho subjetivo se define como la primacía de la intención, como la facultad de actuar para la satisfacción de los propios intereses protegidos por el orden jurídico.” [Aquí, de nuevo, nos encontramos la importancia fundamental del derecho subjetivo en el derecho privado. Además, la referencia a “la primacía de la intención” encubre un largo y voluminoso debate doctrinal. Algunos afirmaban que los derechos privados pudieron ser creados y las obligaciones privadas impuestas sólo con el consentimiento consciente de los individuos en cuestión. Buscaban la fuente última de las relaciones jurídicas privadas y la encontraron en la intención individual o voluntad. La *Willenstheorie* y la norma, criticadas arriba, relativas a los efectos de las relaciones jurídicas sobre las terceras personas, lógicamente tienen relación entre sí. Si la voluntad o volición del individuo se considera como fuente verdadera de la obligación jurídica, entonces parece correcto concluir que uno que no ha expresado su voluntad o volición para entrar en la relación —es decir, uno que no es parte en cuestión— no puede estar sujeto a las obligaciones y no puede reclamar los beneficios de ella. (Las partes en el contrato están obligadas por éste, sólo porque voluntariamente participan en el contrato.) Pero si la *Willenstheorie* es abandonada y si se acepta la opinión general de que la verdadera fuente de los derechos y obligaciones que nacen de la relación jurídica es el mismísimo orden jurídico positivo, entonces la regla de las terceras personas no se sigue necesariamente,

ni siquiera lógicamente. En cambio, uno se siente más libre para adoptar un enfoque más ecléctico del problema de si las terceras personas, y bajo qué circunstancias, deben quedar afectadas jurídicamente por un acuerdo de las partes en la relación jurídica. El autor no examina este punto.]

El titular de un derecho subjetivo no está obligado a compensar a los otros por cualquier perjuicio que el ejercicio de su derecho pudiera haber causado a los demás, excepto cuando abusa del derecho. [Las críticas hechas arriba a la regla de que los terceros no resultan afectados por una relación jurídica privada, se aplican a una interpretación de esta aseveración. Si tiene algún significado no es con mucho preciso, e incorpora un conjunto de juicios de valor que el autor no examina. ¿Es cierto que el titular del derecho es libre de ejercerlo aunque dañe a los demás, pero siempre que no abuse de este privilegio? ¿Por qué? Podríamos argumentar que ese aserto no es más que una tautología. Si decimos que el titular de un derecho subjetivo es responsable ante los demás por el ejercicio de ese derecho sólo si abusa de él, entonces hemos dicho que no es responsable por el ejercicio de ese derecho excepto cuando es responsable por el ejercicio de ese derecho.] En algunas jurisdicciones, como en Francia, los tribunales siguen una doctrina general de origen académico para definir "abuso de derecho"; en otras se considera peligroso "confiar la determinación de los límites del derecho subjetivo al criterio discrecional y variable empleado por los jueces". En bien de la certeza, pues, el juez tiene esta facultad sólo en casos seleccionados y definidos legislativamente.

"La primera y fundamental división de los derechos

subjetivos" es en *derechos absolutos*, que garantizan al dueño la facultad de ejercerlos contra todo el modelo (*erga omnes*) y *derechos relativos*, que le conceden la facultad de poder ejercerlos frente a una o más personas determinadas. Los derechos absolutos típicos son los *derechos reales*, es decir, derechos sobre una cosa. Éstos atribuyen al dueño soberanía, tanto completa (propiedad) como limitada (derecho real sobre las cosas de otro) sobre una cosa. La relación inmediata entre el hombre y la cosa se define claramente y es eficaz sin necesidad de la cooperación de los demás. Otros sujetos simplemente deberán abstenerse de interferir en el ejercicio pacífico de esta soberanía. En una relación obligatoria, sin embargo (donde solamente están en juego derechos relativos), la conducta de otro sujeto que está obligado a determinada conducta tiene primordial importancia. La categoría de derechos relativos coincide con la de *derechos de crédito* (que también se llaman *derechos personales* en contraposición a derechos reales); la de derechos absolutos incluye no sólo los derechos reales sino también los llamados *derechos de personalidad* (derecho a un hombre, a la valía personal, etc.). Lo contrario, ya se trate del derecho de crédito o del derecho real, es el deber: deber negativo de abstención en el derecho real y deber (más precisamente *obligación*) de una o más personas determinadas en el derecho de crédito.

"La relación jurídica se constituye cuando el sujeto adquiere el derecho subjetivo. La adquisición indica la asociación de un derecho con una persona quien entonces se convierte en su propietario. En esencia un derecho subjetivo se convierte en parte del patrimonio de la persona. La adquisición puede ser de dos

clases: a *título originario*, cuando el derecho subjetivo nace en favor de una persona sin haber sido transmitido de otra, y a *título derivado* cuando el derecho se transmite de una persona a otra. En la adquisición a título derivado se observa este fenómeno: el derecho que pertenece a una persona pasa a otra. Este fenómeno se llama *sucesión*. Indica un cambio en el sujeto de una relación jurídica. En la adquisición a título derivado, el nuevo sujeto tiene el mismo derecho que el anterior poseedor del título, esto es, tiene un derecho derivado de él. Esto justifica las normas siguientes: 1) el nuevo titular no puede ejercer un derecho mayor que el que tiene el anterior titular (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*); 2) la validez y eficacia del nuevo título depende en general de la validez y eficacia del título precedente.” [De nuevo estas “reglas” están sujetas a tantos requisitos y a tantas excepciones que su utilidad como normas es dudosa. El que recibe la transferencia de un derecho puede recibir más o menos de lo que tenía el original y la validez y eficacia del nuevo título puede depender de factores distintos de la validez y eficacia del título anterior. Y como suele suceder, con frecuencia estas “normas” incorporan juicios normativos acerca de una serie de pleitos no revelados.]

El autor pasa después a hablar del “sujeto de la relación jurídica” examinando las características de las personas físicas y de las personas jurídicas (por ejemplo, compañías, fundaciones). Entonces bajo el título de “el objeto de la relación jurídica” examina el concepto jurídico de cosa (corpórea e incorpórea, muebles e inmuebles, fungible y no fungible, divisible e indivisible, consumible y no consumible, etc.).

Habiendo discutido las características básicas de la

relación jurídica en el derecho privado tipificado por el derecho subjetivo y el deber subjetivo, el autor pasa a tratar acerca del más orgulloso logro de la doctrina del derecho escrito: el “acto jurídico”. [Éste es el producto por antonomasia de los métodos y objetivos de la ciencia jurídica examinada en el capítulo x. Bibliotecas enteras, tanto de libros como de artículos se han escrito al respecto. En algunas naciones esta noción se ha empleado en la legislación (por ejemplo, en el código civil alemán). En otras se encuentra solamente en la doctrina. Pero en toda nación de derecho escrito funciona de dos maneras principales: como un concepto central en la reconstrucción sistemática del orden jurídico producido y perpetuado por los eruditos; y, junto con el concepto de derecho subjetivo, como vehículo para la afirmación y perpetuación del papel de la autonomía individual en el derecho.]

El concepto de acto jurídico se basa en otro concepto, el “hecho jurídico”. Se recordará que la norma jurídica contiene el establecimiento de una situación de hecho típica y una consecuencia jurídica. Si ocurren los hechos concretos que se ajustan al modelo de situación jurídica, entonces la consecuencia jurídica llega a ser operativa. Un hecho jurídico es un acontecimiento (por ejemplo, el nacimiento o la muerte de una persona, etcétera), que se ajusta a una situación de hecho tipificada y que por eso tiene ciertas consecuencias jurídicas. Es un hecho importante jurídicamente, y se distingue de los que no tienen importancia jurídica. Los hechos jurídicos incluyen “hechos naturales que llegan a existir sin la participación de nuestra intención o voluntad (la muerte de una persona por enfermedad, un terremoto), así como

actos ejecutados por los hombres deliberada y voluntariamente". De ahí nace la distinción de hechos jurídicos en dos categorías: hecho jurídico en sentido estricto (esto es, meros hechos jurídicos) y actos jurídicos deliberados, voluntarios.

"Los actos jurídicos se distinguen en dos grandes categorías: actos que se adaptan a los requisitos del orden jurídico (*actos lícitos*) y actos que se ejecutan violando los deberes jurídicos y que producen daño al derecho subjetivo de otros (*actos ilícitos*). Los actos lícitos se subdividen en *operaciones*, que consisten en modificaciones del mundo externo (por ejemplo, la toma de posesión, la construcción de un barco), y en *declaraciones*, que son actos dirigidos a comunicar a los demás el propio pensamiento, el propio estado mental o la propia voluntad. Los actos que pretenden comunicar el propio pensamiento o el propio estado de ánimo se llaman *declaraciones de conocimiento* (por ejemplo, una notificación); los actos que pretenden comunicar la propia intención o voluntad constituyen *actos jurídicos*. Estos últimos han sido objeto de una elaboración doctrinal de importancia; en cuanto a los demás, que también se llaman *hechos jurídicos en sentido estricto*, el único punto en que hay certeza parece ser la no aplicabilidad de principios relativos al acto jurídico. En general, se puede decir que los actos jurídicos en sentido estricto son actos que presuponen la intención y deliberación en el autor, pero no la intención de producir un efecto de derecho; éste es atribuido automáticamente por el orden jurídico a la ejecución del acto. Por ejemplo, si una persona declara por escrito de una manera inequívoca que es el padre de una criatura nacida de un matrimonio, la criatura tiene derecho a ser

cuidada de acuerdo con el código civil aun cuando el declarante no haya tenido la intención de atribuir dicho derecho a la criatura en el acto de su declaración."

"Dentro de los hechos jurídicos el acto jurídico es de importancia fundamental. De hecho constituye la expresión más completa e interesante de la actividad jurídica. Para entender bien la noción de acto jurídico tendremos que hacer una demostración empírica. El que hace un testamento o las partes que intervienen en un contrato pretenden producir efectos jurídicos: distribuir sus pertenencias entre las personas que el testador habrá de dejar al momento de su muerte, o al efectuar una venta transferir la propiedad de una cosa a cambio de un precio. Es fácil, por tanto, entender la definición dada por la doctrina en boga: acto jurídico es una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el orden jurídico reconoce y garantiza. Y es este propósito voluntario de producir efectos jurídicos lo que constituye el elemento característico del concepto de acto jurídico, y lo distingue de los hechos jurídicos en sentido estricto, que —como hemos visto— son también actos voluntarios y deliberados, pero producen sus efectos sin necesidad de que la intención de la persona que los ejecuta se dirija hacia la producción de esos efectos específicos. Estos efectos que las partes pretenden son reconocidos y garantizados por el orden jurídico: esto distingue el acto jurídico de los actos ilícitos, los cuales —como hemos visto— violan los deberes establecidos por el orden jurídico. El acto jurídico es una figura general elaborada por los autores sobre la que han diseñado el estudio de figuras jurídicas particulares (contratos, testamentos, etc.).

Estas figuras presentan características comunes. La característica fundamental consiste en el hecho de que son expresiones de autonomía privada, de la facultad que el orden jurídico reconoce en los individuos para regular sus propios intereses. Sin embargo, esta facultad no es ilimitada. La libertad del sujeto para poner en práctica transacciones está subordinada a la observancia de normas dictadas por el orden que establece una serie de obligaciones y limitaciones. (Por ejemplo, si se desea transferir la propiedad real es necesario usar la forma escrita.) Sobre todo se requiere que el propósito que pretende el acto sea reconocido como merecedor de protección por el orden jurídico. El estudio de la teoría general del acto jurídico es muy importante. Dado que el orden jurídico reconoce la facultad de la voluntad de los individuos de regular sus propios intereses en el campo del derecho privado, la mayor parte de la actividad jurídica consiste en actos jurídicos."

[El párrafo precedente ilustra varias características de la ciencia jurídica: el hincapié que se ha hecho en la doctrina tradicional en actos jurídicos "privados" y relaciones jurídicas "privadas" que nacen de ellos; los métodos altamente sistemáticos de la ciencia jurídica ("el acto jurídico es una figura general elaborada por los escritores sobre la que han diseñado el estudio de figuras jurídicas particulares"), y la lejanía de la doctrina de los problemas concretos. Por ejemplo, ¿cómo puede uno determinar si un acto específico es o debe ser considerado "merecedor de protección por el orden jurídico"? ¿Quién lo decide y con qué criterios? ¿Cómo establece el proceso jurídico este tipo de límites sobre la autonomía privada?]

Sigue después una descripción de los varios tipos

de actos jurídicos (unilaterales y multilaterales, *inter vivos* y por muerte, gratuito u oneroso, etc.). Luego el autor comienza un extenso análisis de los elementos del acto jurídico. "Los elementos del acto jurídico se dividen en *elementos esenciales*, sin los cuales el acto es nulo, y *elementos accidentales*, que las partes pueden libremente incluir o no. Los elementos esenciales se llaman *generales* si se aplican a todo tipo de acto (como la intención, la causa); *particulares* si se refieren al tipo particular que se esté considerando. Así en una venta, además de la intención y la causa, la cosa y el precio son esenciales." Luego sigue un análisis de los elementos esenciales generales (intención y causa) y de los elementos accidentales generales (condición, límite de tiempo, modo). Y consecuencias de la invalidez o nulidad del acto jurídico.

La parte general de este manual termina con un breve análisis general de la protección judicial de los derechos subjetivos y de la prueba de hechos legales en las acciones civiles; está contenida en doscientas treinta y seis páginas, más de la cuarta parte de todo el volumen. Más de un centenar de esas páginas tratan del acto jurídico. Allí en la parte general existe un análisis de derechos subjetivos específicos o de instituciones jurídicas específicas. La obra avanza de lo más general y abstracto a lo menos general pero todavía abstracto. La discusión de derechos subjetivos específicos y de instituciones jurídicas específicas se presenta más adelante en la obra dentro de la estructura conceptual establecida en la parte general. Siendo más importantes, los últimos análisis tienen el mismo tono y estilo; se acentúan las definiciones incluidas, en agudas distinciones conceptuales y en amplias reglas generales. No existe el cotejo de las

definiciones, de las distinciones y de las reglas contra la realidad. De hecho el tono establecido lleva al abogado a hacer que los hechos concretos casen dentro de la estructura conceptual. La tendencia es evitar que la regla tenga excepciones y suavizar los puntos ásperos.

La ley de la parte general es, pues, una ley doctrinal, es una ley puramente de jurisprudencia y si la encontramos en un derecho vigente, en un derecho vivo dentro de una nación del derecho escrito, como en Alemania, es porque el legislador ha decidido poner la doctrina en forma de preceptos. Los códigos civiles que precedieron al alemán BGB naturalmente no contienen una parte general similar, pero, incluso los que lo siguieron, prefirieron, en conjunto, mantener una separación formal entre el trabajo científico del jurista y el trabajo legislativo del legislador. El resultado, en los códigos civiles más modernos, es que la legislación refleja, pero no incorpora expresamente el esquema doctrinal aquí descrito. Sin embargo, es promulgada, interpretada y aplicada por hombres cuyas mentes han sido entrenadas en un derecho doctrinal y a los cuales el esquema aquí descrito les parece básico, obvio y verdadero. La estructura conceptual y sus premisas inherentes e implícitas acerca del derecho y del proceso jurídico constituyen una especie de ley escolástica que pesa sobre el orden jurídico afectando profundamente la manera como los abogados, los legisladores, los funcionarios y los jueces piensan y trabajan.

Los intentos por introducir una similar reconstrucción sistemática de los elementos básicos del derecho positivo en el mundo del derecho consuetudinario en general han fallado. Hubo una vez, a fines del si-

glo XIX, cuando los peritos jurídicos en Inglaterra y en los Estados Unidos trataron de emular la ciencia jurídica alemana. La introducción del método de instrucción casuístico —en la escuela de derecho de Harvard durante la década de 1870— se basaba parcialmente en los presupuestos de la ciencia jurídica. A principios de este siglo los juristas analíticos ingleses y norteamericanos produjeron una buena cantidad de doctrina que se asemeja a la obra de la ciencia jurídica en multitud de maneras y actualmente se gesta un renacimiento de la jurisprudencia analítica en el mundo del derecho consuetudinario. La ambiciosa iniciativa llamada *The Restatement of the Law*, que comenzó en la década de 1920 y fue seguida por un grupo de importantes profesores en las principales escuelas de derecho norteamericanas, ha tenido mucho en común con la doctrina del derecho civil tipificada por el análisis de la parte general descrita en este capítulo. Pero también ha habido un gran número de influencias contrarias: la influencia de la jurisprudencia sociológica y del realismo jurídico, la menor importancia de los juristas y de sus obras, el predominio del juez que soluciona problemas y el estilo y objetivos diferentes de la educación jurídica norteamericana se cuentan entre ellos. La mayoría de los juristas pensadores en los Estados Unidos e Inglaterra reconocen el valor del orden y del sistema y suspiran, al menos en ocasiones, por la introducción de un grado similar de orden en nuestro derecho. Al mismo tiempo, la mayor parte de ellos cree que posiblemente el precio sería demasiado alto. Temen que esta clase de orden cueste más, en términos de susceptibilidad, a las necesidades de una sociedad altamente compleja y en constante cambio,

que lo que la gente estaría dispuesta a pagar. Incluso los que están dispuestos a pagar ese precio carecen, dentro del proceso jurídico, de las facultades necesarias para establecer un sistema doctrinal. Son solamente jurisconsultos maestros y el protagonista de nuestro proceso jurídico sigue siendo el juez.

## XII. EL PROCESO JURÍDICO

EN ESTE capítulo nos dedicaremos a estudiar qué es lo que sucede en un sistema jurídico y por qué; trataremos de entender la división básica del trabajo en el proceso jurídico. Nuestro intento se complica considerablemente por el hecho de que existe una disparidad importante entre las teorías generalmente aceptadas y frecuentemente repetidas acerca del proceso jurídico, por un lado, y por el otro, el método real de funcionamiento del proceso. La doctrina generalmente aceptada derivada de la ideología revolucionaria y de los dogmas de la ciencia jurídica tiene un efecto importante en la manera de actuar de la gente, pero no representa con precisión sus acciones.

De acuerdo con la doctrina, el jurista realiza los estudios básicos para un sistema jurídico. Constantemente mejora el estado de la ciencia jurídica al descubrir y organizar la verdad jurídica fundamental y objetiva en que se basan otros elementos del proceso jurídico. Publica los resultados de su trabajo en libros y revistas, a lo cual se le da el nombre de "doctrina" y enseña los principios básicos de la misma a los estudiantes en las universidades. La doctrina es la base del sistema jurídico y se toma como representativa de la verdad científica establecida objetivamente. La doctrina no es el derecho en acción y en verdad el legista consideraría a éste como distinto de lo que en realidad es aquélla. Considera que su función no es poner en vigor las leyes (para distinguirlas de la redacción de códigos y otra clase de legislación sistemática) o decidir en los casos concretos. Teme que

de verse envuelto en estas actividades pueda perder su objetividad y clarividencia o por lo menos, que pueda estar perdiendo el tiempo que podría emplear en trabajos más fundamentales y por ende más valiosos. Por una serie sutilmente diferente de razones cree importante evitar el concentrarse en los problemas sociales, económicos, políticos o de otra índole no jurídica o entregarse a estudiar una teoría especial de justicia. Considera que debe verse libre de toda ideología o de perseguir todo objetivo distinto de la verdad; es un científico puro, distinto de legisladores y jueces a los que, cuando mucho, considera como ingenieros.

El legislador, que representa a la gente y actúa en el campo de la política práctica, tiene obligaciones muy distintas. Es él quien debe relacionar las demandas sociales y económicas con el proceso legislativo, produciendo leyes que respondan a las necesidades y deseos de la gente. Al poner en vigor esa legislación, sin embargo, el legislador nunca debe perder de vista la verdad básica que quien cultiva la ciencia jurídica le ha proporcionado. Encontrará esta verdad no sólo en la doctrina, sino también en la legislación sistemática puesta en vigor por legisladores anteriores con la asistencia de juriconsultos, principalmente en los códigos básicos de su jurisdicción. De este modo la nueva legislación empleará los conceptos y las instituciones y seguirá la organización establecidos por los juristas e incorporados en la legislación sistemática anterior. La función primaria de la legislación es suplementar los códigos donde sea necesario y perfeccionar la legislación anterior, incluyendo la de los códigos, donde las continuas investigaciones de los estudiosos de la ciencia jurídica demuestran que existen

defectos. Si la legislatura sigue las instrucciones de los juristas tenderá a evitar el peligro de los textos incompletos o de la falta de claridad y a producir una legislación que sea sistemática y, de acuerdo con los criterios de la ciencia jurídica, válida. Quienes cultivan la ciencia jurídica criticarán a la legislación pero no sobre la base de sus probables efectos sociales o económicos; discutirán si concuerda o no con los principios de la ciencia jurídica, con la calidad de su diseño y su compatibilidad con el sistema conceptual establecido.

Los jueces, según la doctrina, son solamente los operadores de una máquina diseñada por los científicos y construida por los legisladores y, es cierto, se encuentran en ocasiones referencias a los jueces en la bibliografía del derecho escrito llamándolos "operadores del derecho". Cuando se le presenta un caso a un juez para que lo decida, extracta los hechos más importantes del problema, tipifica el problema jurídico que estos hechos representan, encuentra la disposición legal apropiada y la aplica al problema. A no ser que el científico del derecho y el legislador hayan fallado en sus funciones, el papel de un juez es muy simple: sólo existe una solución correcta y no hay lugar para ejercer facultades discrecionales. Si tiene dificultades en encontrar la disposición legal apropiada o en interpretar o aplicar esa disposición a una situación concreta, entonces uno de estos hombres pudo haber cometido un error: el juez, porque no sabe seguir instrucciones claras; el legislador, porque fue incapaz de crear una legislación claramente delineada en su contenido y aplicación; o el pensador jurídico, ya sea porque fue incapaz de percibir ciertos defectos en la ciencia jurídica que enseña él mismo,



ya sea porque no pudo instruir perfectamente al juez respecto a cómo aplicar los estatutos. No se permiten otras explicaciones. Si todos cumplieron con su cometido como se esperaba, el juez no deberá tener problemas en encontrar, interpretar y aplicar la ley apropiada. Los casos difíciles, por tanto, se consideran como ejemplos patológicos raros. Se considera que no empañan la validez general del modelo operativo del proceso jurídico. En el caso patológico, es de desearse que el científico del derecho examine inmediatamente y proponga un recurso para que lo considere el legislador. Por tanto, necesariamente deberá hacer siempre buena cantidad de discusión doctrinal de los problemas de interpretación y aplicación de la ley, dado que el orden jurídico permanece imperfecto. Mientras está pendiente la acción del legislador, por supuesto, los jueces deben estar, y de hecho están, influidos por la interpretación doctrinal.

Sobre todo el proceso jurídico existe una insistente ansiedad acerca de la certeza. El jurisconsulto trata de hacer las leyes más ciertas mediante una mayor sistematización. La certeza requiere que la ley sea establecida de una manera completa, clara y coherente por el legislador y solamente por el legislador. Los jueces están restringidos a la interpretación y aplicación de "la ley" en bien de la certeza, y las sentencias judiciales anteriores no son "leyes". Los jueces también se ven privados de la facultad de suavizar el rigor de una ley en un caso difícil. Toda clase de consideraciones extrajurídicas deben ser excluidas del derecho en beneficio de la certeza. Consideraciones de justicia u otros aspectos del derecho deben ser excluidos por la misma razón. Los casos penosos, las sentencias injustas, las que no se ajustan a la realidad

son de lamentarse, pero son el precio que hay que pagar por la certeza.

Ésta es la doctrina del proceso jurídico actual en la tradición del derecho civil. Aun cuando muchos participantes en tal proceso jurídico creen en ese modelo y tratan de actuar de acuerdo con él, existen muchos casos en que la práctica difiere de la teoría. En primer lugar, la ciencia jurídica no habla con una sola voz. Es común a diferentes escuelas de pensamiento estar en guerra unas contra otras acerca de temas que son fundamentales para la estructura jurídica, lo mismo que acerca de los méritos y defectos de áreas específicas de legislación o sentencias judiciales específicas. De hecho, en un momento dado puede uno encontrarse dentro de la comunidad de estudiosos del derecho civil con muchos diferentes puntos de vista acerca de la mayoría de los problemas jurídicos. Incluso dentro de la tradición relativamente monolítica de la ciencia jurídica pura, un poco de investigación revela que proposiciones básicas que se suponen objetivas de hecho encubren juicios de valor razonablemente importantes. Los juristas de izquierda se han quejado sin descanso y de manera estridente por más de un siglo acerca de la terquedad ideológica de la ciencia jurídica europea. Consideran a buena parte de la jurisprudencia supuestamente desinteresada que ha venido a la luz en el mundo del derecho civil en los siglos XIX y XX como una especie de apología de las instituciones y valores del liberalismo burgués del siglo XIX.

Aun cuando la legislatura trata de aportar una respuesta legislativa clara y sistemática para todo problema que pueda suscitarse, la práctica legislativa está muy lejos de alcanzar ese objetivo. Como resultado

de esto los jueces tienen demasiada interpretación que hacer. Frecuentemente se encuentran confrontados con problemas en los que la única legislación aplicable es demasiado general para ser útil, es oscura o contradictoria en su aplicación o es obviamente el producto de una legislatura que no previó los problemas que ahora se le presentan al juez. Puesto que en toda jurisdicción se les exige que decidan acerca de casos que tienen entre manos y no pueden darse por vencidos cuando la ley resulta oscura, los jueces continuamente legislan en las jurisdicciones civiles. Tienen que improvisar debido a que cuentan con una directriz legislativa inadecuada, por un lado, y por el otro, están obligados a tomar una decisión a toda costa. El juez trataría de demostrar cómo su sentencia se colige lógicamente del precepto que estableció la legislatura. Incluso cuando un juez cree que ése es el caso, sin embargo, sigue legislando él mismo. En las naciones que tienen códigos antiguos el efecto acumulativo de esta clase de legislación judicial es evidente. En Francia, por ejemplo, donde aún está vigente el Código Napoleónico, la ley de agravios es casi completamente el producto de las sentencias judiciales basadas en unas cuantas disposiciones jurídicas muy generales.

El efecto de esta clase de legislación se debe al hecho de que las decisiones de las supremas cortes y algunas sentencias de tribunales menores se publican con regularidad (aun cuando a menudo en forma trunca y sin mostrar una relación completa de los hechos a que estamos acostumbrados en nuestras sentencias judiciales) y se citan en los tribunales en casos posteriores. El trabajo de un abogado con un problema legal difícil se hace mucho más fácil si puede

encontrar una sentencia judicial publicada que interprete el estatuto en cuestión. Lo mismo, desde luego, vale para los jueces. Es cierto que, al menos en teoría, es libre de pasar por alto una sentencia anterior si piensa que fue errónea. Pero de hecho, si la sentencia fue dictada por un tribunal superior dentro de su jerarquía judicial, probablemente se base en ella aun cuando abrigue sus dudas acerca de su corrección, porque no quiere que su sentencia sea revertida. Cuando una sentencia ha sido pronunciada por la Suprema Corte de Casación o su equivalente, una de cuyas funciones históricas ha sido proporcionar una interpretación autorizada de última instancia de los estatutos, los jueces menores probablemente tendrán que seguirla. La falacia está en que cita y sigue la sentencia anterior porque está de acuerdo con su propio criterio acerca de cómo deben interpretarse y aplicarse las leyes. El hecho es que la sigue por razones que están en desacuerdo con el modelo predominante del proceso jurídico.

La brecha entre el modelo del proceso jurídico, que se ha ido abriendo en la tradición del derecho civil por un lado, y por el otro, lo que la gente y las instituciones realmente hacen, está muy clara en la conciencia de los que pertenecen al mundo del derecho civil. Aun cuando buena parte de la energía e ingenio de los jurisperitos está dedicada a probar que esa escisión realmente no existe, un número cada vez más grande de juristas, legisladores y jueces han reaccionado contra el modelo tradicional. No ha habido revolución en el pensamiento jurídico tan drástica como la que produjo el realismo jurídico en los Estados Unidos (y, notémoslo bien, en Escandinavia), pero existe una tendencia cada vez más fuerte a criticar el

modelo tradicional por sus errores de justicia, por la insatisfacción popular con el sistema jurídico y debido al paso avasallador del desarrollo económico y social. Existe una creciente tendencia a poner en tela de juicio la importancia que el tradicional y doctrinalmente orientado sistema de educación jurídica y sus productos representan para el proceso de toma de decisiones en los sectores público y privado de la vida nacional. La habilidad de los juristas que trabajan dentro de la tradición de la ciencia jurídica pura para diseñar una maquinaria jurídica satisfactoria es muy dudosa. El dogma de la infalibilidad legislativa ha sido sacudido fundamentalmente. La imagen de la función judicial se expande con pie firme. Los abogados en otras partes del mundo se preguntan si las ideas acerca del proceso jurídico que nacieron de las condiciones muy especiales de la Francia revolucionaria y de la Alemania del siglo XIX son necesariamente válidas para otras naciones y para otras épocas. La doctrina ha comenzado claramente a perder su poder, pero no desaparecerá hasta que llegue y se imponga una nueva teoría del proceso jurídico que sea aceptable y coherente. Aún sigue campeando el modelo residual del proceso jurídico e incluso jurisperitos que reconocen que este modelo ya no funciona, invierten más tiempo en tratar de perfeccionar su diseño básico que en procurar encontrar uno nuevo y mejor.

Una razón de que no haya aparecido ya un nuevo modelo podría ser el temor implícito a que los jurisperitos continúen dominando en el proceso jurídico. Aunque sería grotesco insinuar la existencia de una especie de colusión entre los jurisperitos, el hecho es que el modelo del proceso jurídico que hemos estado

tratando en este capítulo fue creado y ha sido perpetuado felizmente por los jurisperitos. Los intentos de introducir en el mundo civil una jurisprudencia sociológica, una jurisprudencia de intereses y el realismo jurídico —para mencionar solamente tres diferentes y coherentes ataques sobre el modelo tradicional— no han logrado resultados satisfactorios. Estas escuelas teóricas no han sido refutadas pero tampoco se les ha pasado por alto; simplemente no han penetrado hondamente en la conciencia jurídica. Cada una de estas tres redefiniría la función judicial para recalcar el gran poder y responsabilidad ejercidos por los jueces. Cada una, en un sentido, sublimaría el papel del juez y al menos indirectamente disminuiría el del jurisperito. Pero ninguna ha podido destronar el modelo tradicional que glorifica al jurisperito, adula al legislador y degrada al juez.

XIII. LA DIVISIÓN DE LA JURISDICCIÓN

UN PAÍS típico del derecho consuetudinario tiene un sistema de tribunales unificados que podría estar representado como una pirámide con una sola suprema corte en el vértice. Sin considerar el número de distintas clases de tribunales o sin considerar el modo como la jurisdicción se divide entre ellos en las partes más bajas de la pirámide, todos los casos, al menos potencialmente, están sujetos a un escrutinio final de la Suprema Corte. Las sentencias en una acción penal, en una acción privada entre las partes en un accidente de automóvil o en un contrato, sobre una queja hecha por un ciudadano respecto a la legalidad de una acción administrativa, sobre litigios acerca de los derechos constitucionales y sobre una apelación contra una sentencia de indemnización dictada por un tribunal administrativo, todas pueden ser revisadas por la misma Suprema Corte. Nos parece enteramente natural que la facultad de última instancia para revisar la legalidad de una acción administrativa y la constitucionalidad de una acción legislativa, lo mismo que para oír y decidir cualesquiera de los innumerables problemas civiles y penales, debe estar asignada a una Suprema Corte.

Las cosas son típicamente muy diferentes en un país de Derecho Civil. Allí es usual encontrar dos o más conjuntos separados de tribunales cada uno con su propia jurisdicción, con su propia jerarquía de tribunales, con su propio poder judicial, con sus propios procedimientos y todo esto dentro de una misma nación. Un caso que se plantea dentro de

una jurisdicción queda inmune de consideración tanto a nivel de juicio como a nivel de apelación en las otras jurisdicciones. Si el sistema judicial típico del derecho consuetudinario puede ser representado como una pirámide, el sistema judicial típico del derecho civil debe ser imaginado como un conjunto de dos o más estructuras distintas.

La más importante de estas jurisdicciones, la que tiene más potente y más frecuente ingerencia en la vida del ciudadano ordinario es el llamado sistema de tribunales "ordinarios". Tales tribunales dirigidos por jueces "ordinarios" oyen y deciden acerca de toda la gama de litigios civiles y penales. Éstos vienen a ser como los descendientes modernos de los varios tribunales civiles que existían en Europa durante el periodo del *jus commune* y que fueron objeto de la reforma revolucionaria. Cuando uno habla de jueces del sistema civil generalmente desea referirse al sistema judicial ordinario. La teoría de la separación de los poderes, por cuanto se refiere al "judicial", se aplica al sistema judicial ordinario. Corresponde a los jueces ordinarios como deber principal la interpretación y aplicación de los códigos básicos. Cuando con el nacimiento del moderno Estado-nación la administración de justicia fue retirada de manos eclesiásticas, locales y privadas y fue nacionalizada, los tribunales ordinarios llegaron a ser el principal instrumento del monopolio estatal en la administración de justicia. A la legislación se le dio el monopolio sobre el proceso legislativo nacionalizado. El poder judicial ordinario tuvo el monopolio sobre el nacionalizado proceso de administrar la justicia.

La jurisdicción ordinaria como existe actualmente en Francia, por ejemplo, es realmente un compues-

En un país del *Derecho consuetudinario* es más natural que en *Derecho civil* de los existentes se pudiese un caso de *última instancia*.

to de una serie de jurisdicciones que tienen orígenes históricos separados. En esta línea está también el tipo de función judicial que llevaron a cabo durante el periodo del *jus commune* las cortes locales en el manejo habitual de las disputas seculares civiles y criminales. Poco más tarde, según fueron disminuyendo gradualmente los tribunales eclesiásticos como jurisdicción civil, y finalmente desaparecieron, el poder que antiguamente ejercitaban ellos fue absorbido por los tribunales civiles. Los tribunales mercantiles originalmente establecidos por los mercaderes para ventilar sus disputas con el tiempo fueron nacionalizados e incorporados al sistema judicial. En Francia y en algunas otras naciones los tribunales mercantiles todavía mantienen una identidad separada a nivel de primera instancia, pero están sujetos a la misma jurisdicción de apelación que los juzgados de primera instancia ordinarios. En otros países, como Italia, la evolución ha dado un paso más adelante; la jurisdicción comercial ha llegado a ser parte de la jurisdicción ordinaria a todo nivel y ya no existen los tribunales mercantiles separados.

En la cumbre del sistema de los tribunales ordinarios en Francia, y en muchas otras naciones que han seguido el modelo francés, está la Suprema Corte de Casación, cuerpo que, como hemos visto, nació como un tribunal no judicial creado para proporcionar respuestas autorizadas a los problemas de interpretación de los estatutos que le presentaban los jueces ordinarios. Aun cuando este tribunal no judicial llegó a ser el más alto en el poder judicial ordinario, su actual jurisdicción todavía muestra las huellas de sus orígenes. Por ejemplo, en Italia la Suprema Corte de Casación conoce solamente de problemas de "interpreta-

ción y aplicación de la ley". De allí una de las partes en un pleito puede ser escuchada en la Corte de Casación solamente si logra plantear sus objeciones de modo que resulte cuestionable la manera como el tribunal inferior interpretó o aplicó un estatuto, un reglamento o una costumbre.

Un alegato acerca de que un tribunal inferior interpretó mal o aplicó mal un contrato, un testamento o una escritura de sociedad no es un problema de interpretación de "la ley" (aunque con frecuencia puede fácilmente ser convertido en eso) y por tal razón no puede ser llevado ante la Corte de Casación. Los pleitos acerca de los hechos circunstanciales de un caso también están excluidos; los únicos problemas que pueden presentarse son problemas jurídicos.

Es más, la Corte de Casación decide sólo el problema de derecho que se le haya presentado directamente, pero no decide el caso. Si encuentra que la interpretación del tribunal inferior fue correcta, así lo dice. Si encuentra que el tribunal inferior cometió un error de interpretación, explica cuál es la interpretación correcta, invalida la sentencia y ordena al tribunal inferior (o a otro tribunal del mismo nivel) que reconsidere el caso de acuerdo con la interpretación autorizada de la Corte de Casación.

La jurisdicción ordinaria en una típica nación de derecho civil combina de esta manera elementos de jurisdicción anteriormente pertenecientes a los tribunales civiles del periodo del *jus commune*, de los tribunales eclesiásticos, de los tribunales mercantiles y del tribunal especial creado después de la revolución francesa para tratar problemas de interpretación de estatutos. En cuestiones civiles (es decir, no

penales) los tribunales ordinarios aplican la ley que han encontrado en los códigos civiles y mercantiles y en la legislación que los suplementa. Su procedimiento, en casos tales, está regulado por el código de procedimientos civiles. En los casos penales los tribunales aplican el derecho que han encontrado en el código penal y en la legislación suplementaria del mismo; su procedimiento en tales casos está regulado por el Código de Procedimientos Penales. Los tribunales ordinarios también aplican regularmente una buena cantidad de leyes que no están contenidas en estos cinco códigos básicos y su legislación suplementaria, pero aún subsiste la tendencia de considerar a la jurisdicción ordinaria y a los códigos básicos como funcionalmente equivalentes entre sí.

Una nación típica de derecho civil también tendrá un conjunto de tribunales administrativos enteramente separados y ejerciendo en jurisdicciones independientes. La razón básica es otra vez la doctrina revolucionaria de la separación de poderes. Una de las quejas contra el poder judicial (es decir, poder judicial ordinario) en la Francia pre-revolucionaria fue que los jueces equivocadamente interferían con el trabajo administrativo del gobierno en una variedad de maneras. Uno de los objetivos de las reformas revolucionarias fue quitar a los jueces ordinarios toda facultad para determinar la legalidad de una acción administrativa o para controlar la conducta de los funcionarios gubernamentales. Justamente como la separación de los poderes legislativo y judicial denegaba a los jueces toda oportunidad de interferir en el proceso legislativo, igualmente la separación de los poderes judicial y administrativo les denegó toda oportunidad en el proceso administrativo.

La convicción de que la legislatura debía ser la única fuente de derecho quería decir que no podía haber un poder administrativo inherente. La administración tenía que funcionar solamente hasta donde y dentro de los límites que le concediera la autoridad del legislador. Con esto, todo acto administrativo estaba potencialmente sujeto a la prueba de legalidad y cualquier otro cuerpo distinto del judicial —que quedaba excluido por la doctrina de la separación de poderes— se hacía necesario para reglamentar la legalidad de una acción administrativa. En Francia esta necesidad fue resuelta mediante el Consejo de Estado, comenzó como un cuerpo de consejeros del Rey y gradualmente llegó a ser el órgano central de la administración gubernamental. A sus funciones administrativas se añadió la de escuchar y decidir las quejas relativas a la legalidad de una acción administrativa y la sección del Consejo de Estado que ejercía regularmente esta facultad muy pronto se convirtió en una sección de tipo judicial. Tiene su propio procedimiento y su propio catálogo de recursos y ha producido una buena cantidad de casuística que se publica con regularidad y que generalmente usan los abogados. Las sentencias definitivas (*les grands arrêts*) del Consejo de Estado son una fuente principal del derecho administrativo francés. Algunas otras naciones, incluyendo Bélgica e Italia, han seguido el modelo francés y han introducido jurisdicciones administrativas semejantes en sus propios consejos de estado. En otras naciones, como Alemania y Austria, se han creado tribunales administrativos como tales.

La teoría dice que las jurisdicciones ordinarias y administrativas son distintas y exclusivas, de modo que un caso cae en una o en otra, pero nunca en ambas.

Sin embargo, ocasionalmente se presenta un caso dudoso; si este caso, por ejemplo, es presentado ante un tribunal administrativo, el acusado arguye que propiamente pertenece a una jurisdicción ordinaria. A pesar de los mejores esfuerzos de los jurisconsultos y legisladores no se ha llegado a preparar una prueba sencilla e infalible y por tanto el problema debe ser resuelto mediante litigio. Tres ejemplos del procedimiento para decidir este problema en Europa pueden servir mucho. En Italia la Suprema Corte de Casación es la autoridad máxima en conflictos de jurisdicción entre los tribunales administrativos y ordinarios. En Francia el problema fue finalmente resuelto creando un tribunal especial llamado Tribunal de Conflictos. En Alemania, el tribunal en que la acción se desarrolla decide si tiene o no jurisdicción. Su decisión puede ser apelada dentro de su jurisdicción pero no está sujeta a una revisión ulterior.

Cuando después de la segunda Guerra Mundial se decidió establecer constituciones rígidas en Alemania e Italia, debieron buscarse algunos métodos de revisión de la constitucionalidad de las acciones legislativas. Estaba claro que esta facultad no podía ser ejercida por el poder judicial (es decir, el judicial ordinario) sin violar la doctrina de la separación de poderes y sin limitar la supremacía de la legislatura. La clase de ideas que han conducido a crear una jurisdicción separada que revise la legalidad de la acción administrativa condujo a los alemanes y a los italianos a establecer para este propósito tribunales constitucionales separados. Aunque los fundamentalistas del derecho civil ocasionalmente han afirmado que estos tribunales en realidad no pueden ser tribunales, ni los funcionarios que los manejan jueces

(pues los tribunales y los jueces, propiamente hablando, solamente interpretan y aplican la ley creada por la legislatura), su manera de pensar ha producido la clase de relajamiento del principio que ocasionó que algunos consideren al Consejo de Estado como un tribunal y a sus funcionarios como jueces. El principio de la separación de poderes y la concepción tradicional en el derecho civil de la función judicial siguen aplicándose al trabajo de los jueces ordinarios. Pero se piensa que los tribunales constitucionales y administrativos separados no violan ese principio.

Consecuentemente es común en todo el mundo del derecho civil encontrar grupos separados de tribunales que lleven a cabo separadamente funciones que caen dentro de un sistema unificado, por ejemplo, en los Estados Unidos y en otras naciones de derecho consuetudinario. En algunas naciones de América Latina, sin embargo, donde la influencia de la revolución norteamericana y del derecho público de los Estados Unidos fue muy fuerte en tiempo de la independencia, se establecieron sistemas judiciales unificados. El modelo varía de una nación a otra. Donde existe un sistema judicial unificado, éste refleja un fenómeno más general: la influencia sumamente importante del modelo norteamericano en el derecho público latinoamericano en contraste con la mínima influencia norteamericana en el derecho privado latinoamericano. Por razones que serán explicadas en un capítulo posterior, sin embargo, las supremas cortes en tales jurisdicciones unificadas nunca han logrado el prestigio o han ejercido las facultades que tiene el modelo norteamericano.

#### XIV. CATEGORÍAS JURÍDICAS

Es obvio que el derecho puede dividirse en varias formas para servir a una variedad de funciones. Es igualmente obvio, aunque más difícil de demostrar, que cualquier división del derecho debe dar forma al sistema jurídico. El modo convencional de dividir el derecho viene a ser una parte del derecho mismo afectando la manera cómo la ley se formula y se aplica. Así la manera como se divide y se clasifique el derecho, afectará actividades tales como la tipificación (cómo será tipificado un problema respecto a su tratamiento jurídico), la enseñanza (qué asignaturas formarán el plan de estudios de derecho), la doctrina (cuáles son los campos típicos de especialización entre los juristas), la organización de las bibliotecas de derecho (cómo deberán clasificarse los libros), la codificación (qué es lo que constituye un campo apropiado de las leyes para codificarse), la bibliografía y las publicaciones jurídicas (de qué deberá tratar un libro o una revista especializada) y la comunicación cotidiana entre los abogados. La manera generalmente aceptada de dividir y clasificar el derecho en el mundo del derecho civil es muy diferente de aquella a la que están acostumbrados los abogados del derecho consuetudinario.

Uno de los aspectos más característicos de la manera tradicional civilista de dividir el derecho es el notablemente mayor grado de acentuación, y de confianza, en la validez y utilidad de las definiciones y de las distinciones formales. Mientras los abogados del derecho consuetudinario tienden a considerar la divi-

sión del derecho como convencional, esto es, como el producto de una mezcla de historia, conveniencia y hábitos, la influencia de los jurisconsultos y particularmente de la ciencia jurídica ha conducido a los abogados civilistas a tratar la cuestión de la división del derecho en términos más reglamentarios. Como vimos en el capítulo x, las definiciones y las categorías son consideradas como científicamente derivables de cierta clase de realidad jurídica inherente. Una vez que se han encontrado y refinado científicamente son incorporadas a la reconstrucción sistemática del derecho que es el objetivo central de la ciencia jurídica. Así, lo descriptivo se fusiona con lo normativo. La acentuación de los jurisconsultos en el sistema, en la abstracción, en el formulismo y en la pureza amplifica más aún la influencia aparentemente autoritaria de las distinciones de la ciencia jurídica. Las definiciones y las categorías llegan a ser parte de la estructura jurídica sistemática que emplean los jurisconsultos, que se enseña a los estudiantes y después de todo esto se convierte en derecho. Su utilidad metodológica se considera accidental para su validez esencial.

La principal división del derecho en la tradición del derecho civil es en público y privado. Esta distinción les parece a la mayoría de los abogados y civilistas fundamental, necesaria y, en conjunto, evidente. Los tratados, las monografías y los manuales de los estudiantes contienen discusiones acerca de esta dicotomía, frecuentemente en tono tan dogmático que aplaca cualquier duda que pudiera comenzar a surgir. Los estudiantes de derecho europeos o latinoamericanos, que se encuentran con esta distinción al comienzo de sus carreras, tienden a absorberla sin discusión. Inmediatamente se convierte en básica para su men-



talidad jurídica. Algunos jurisconsultos atacan esta dicotomía (que el jurista inglés T. E. Holland llamó "la poderosa hendidura") diciendo que no es ni fundamental ni necesaria y ciertamente imprecisa; pero estas dudas no ocurren con frecuencia a los abogados comunes y corrientes. Éstos saben que el derecho público y el derecho privado son esencialmente diferentes. Cuando encuentran que algo no puede clasificarse como uno u otro, se sienten animados a criticar el orden jurídico positivo por no abarcar adecuadamente y por no tipificar con precisión la verdadera naturaleza de la realidad subyacente. Afortunadamente los jurisconsultos siguen trabajando en esos problemas y a su tiempo, creen, la ciencia jurídica llegará a poner todo en claro. Mientras tanto, siguen apareciendo estatutos, sentencias y doctrinas que o suponen o tratan de esclarecer la dicotomía, haciendo que tome carta definitiva de naturalización en el derecho. El examen de los orígenes de la actual "crisis" de la distinción es una manera interesante de aprender más acerca de la tradición del derecho civil.

La distinción entre derecho privado y derecho público tiene una larga historia en la tradición del derecho civil. Existe incertidumbre acerca de si apareció primero en el derecho clásico romano o, sólo poco después, en el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano; pero no hay duda acerca de que los Glosadores y los Comentadores hicieron ya esa distinción en sus escritos y en sus clases. Ésta llegó a ser parte del acervo común de dogmas del *jus commune* y se empleó activamente durante el proceso de codificación y reforma en el siglo xix. Cuando, a fines del mismo siglo el derecho estuvo sujeto al escrutinio de los cultivadores de la ciencia jurídica, la división entre público y pri-

vado fue básica para su construcción sistemática del orden jurídico. La continua existencia de esta separación le dio autoridad y la hizo parte de la cultura. Los conceptos que habían sido usados por los jurisconsultos durante varios siglos parecían fundamentales, necesarios y evidentes.

Mucha de la fuerza que soporta esta división en derecho público y privado en el pensamiento jurídico de la Europa moderna es ideológica y expresa las corrientes de pensamiento económico, social y político que dominaron en los siglos xvii y xviii y que encontraron su expresión en los códigos civiles de Francia, Austria, Italia y Alemania en el siglo xix. Este derecho civil codificado era el corazón del derecho privado y los conceptos dominantes en los códigos eran la propiedad privada individual y la libertad individual de contratar. Esta acentuación individualista era una expresión en términos forenses del racionalismo y del derecho natural laico de la época. La insistencia en los derechos de propiedad y de contrato de los códigos garantizaba los derechos individuales en contra de la intrusión del estado. Se consideraba que los códigos civiles desempeñaban una función casi constitucional. El derecho privado era aquel campo del derecho en que la única función del gobierno era reconocer y defender los derechos privados.

Junto con esta actitud básica había varias premisas teóricas, entre las que se cuentan una concepción más bien primitiva de la economía, según la cual los principales actores eran los individuos, y una concepción extremadamente limitada de la esfera apropiada de influencia gubernamental. No se habían considerado las asociaciones de individuos comprometidos en una actividad, como corporaciones y sindicatos, ni una am-

plia participación del gobierno en la vida económica y social de la nación —ambas situaciones ya familiares para nosotros en el siglo xx—. Los únicos actores en el universo jurídico eran los individuos y el estado y cada uno tenía su propio dominio: el derecho privado para unos y el público para el otro.

En la jurisprudencia del siglo xix se aceptaba esta ideología, a veces sin discusión. Efectivamente buena parte del esfuerzo de la ciencia jurídica se gastó en la creación de teorías que encarnaban, sin expresarlos directamente, los principios esenciales de lo que se llama comúnmente liberalismo del siglo xix. Uno de los mayores logros de los pandectistas alemanes fue elevar esta ideología a un nivel altamente sistemático y abstracto en nombre de la ciencia jurídica; y lo lograron tan bien que estas actitudes esencialmente del siglo xix han llegado incorruptas a gran parte de la jurisprudencia europea del siglo xx.

Los conceptos fundamentales de la doctrina alemana son fórmulas jurídicas del papel de la autonomía individual en el derecho y operan en una área colindante con el derecho privado.

Había un cierto acuerdo negativo implícito en esta ideología del derecho privado de que había que tomar una actitud enteramente diferente en los asuntos del derecho público. Según eso, el papel del gobierno no se limitaba a proteger los derechos privados, al contrario, se consideraba firmemente que debía lograr la realización del interés público por medio de la acción estatal. Según este punto de vista, el derecho público tenía dos componentes principales: el derecho constitucional en el sentido clásico —el derecho mediante el cual se constituye la estructura gubernamental— y el derecho administrativo —que gobierna la admi-

nistración pública y sus relaciones con los particulares. En las relaciones jurídicas privadas las partes eran iguales y el estado actuaba como árbitro. En las relaciones jurídicas públicas, el estado era una de las partes y como representante del interés público (y sucesor del príncipe) era una parte superior al individuo. El desarrollo de estas dos ideologías tan diferentes del derecho privado y del derecho público afirmó aún más la distinción en el orden jurídico.

Ya se demostró en el capítulo XIII que la doctrina de la separación de poderes necesitaba la existencia de dos tipos de tribunales —los administrativos y los ordinarios—. Se ha discutido bastante, se ha legislado y litigado bastante en los países de derecho escrito acerca de la división de la jurisdicción entre los dos. En ningún país la distinción entre derecho público y derecho privado es enteramente congruente con la que se hace entre jurisdicción administrativa y ordinaria. (Para comenzar, el derecho penal, clasificado invariablemente como derecho público por los europeos, se mantiene uniformemente entre las jurisdicciones ordinarias.) Sin embargo, permanece una burda correspondencia entre derecho privado y jurisdicción ordinaria puesto que en Europa los tribunales ordinarios tradicionalmente han sido los que han decidido las controversias acerca de derecho privado. Esto no quiere decir que todos los problemas de derecho público (que no sean penales) caigan exclusivamente dentro de la jurisdicción administrativa y que todos los asuntos de derecho privado (además de los problemas penales) sean de jurisdicción ordinaria. El asunto es mucho más complicado que eso, pero la distinción entre derecho privado y derecho público está relacionada muy de cerca con el fenómeno del

sistema separado de tribunales administrativos en el Continente y en otros países de derecho escrito.

Así pues, muchas influencias se combinan para dar a la distinción una importancia especial en la tradición del derecho civil: 1) los juristas, particularmente los que laboran en la ciencia jurídica con su acento en las estructuras conceptuales sistemáticas y su habilidad para convertir lo descriptivo en normativo; 2) la tradición, pues esta distinción figura en forma destacada, al menos desde hace 14 siglos; 3) la ideología, arraigada profundamente en los conceptos de la ciencia jurídica ostensiblemente libres de valores; 4) la división de jurisdicciones en tribunales administrativos y tribunales ordinarios. Entre tanto ha habido grandes cambios en el gobierno y en las instituciones sociales y económicas y consecuentemente ahora es evidente una disparidad sustancial entre las bases de la teoría jurídica y los hechos de la vida contemporánea. La distinción está en crisis y esta crisis es el tema de una muy buena parte de las discusiones en los círculos jurídicos europeos. Sería útil examinar brevemente algunas de las razones.

Primera, los abogados del derecho escrito han aprendido muchísimo acerca del derecho consuetudinario. Pudo haber sido posible para un abogado continental provinciano del siglo XIX aceptar que el derecho consuetudinario era burdo y bárbaro comparado con el derecho escrito, pero el aumento de intercambio cultural entre los mundos de ambos derechos y en particular el florecimiento de estudios del derecho comparado en el Continente han revelado al abogado de los sistemas de derecho escrito que el derecho consuetudinario angloamericano no es tan notablemente menos sensato, eficiente y justo que

su sistema legal. Está consciente de que otros países occidentales, democráticos y capitalistas distintos del propio han sido capaces de alcanzar un estado avanzado de desarrollo jurídico sin hacer una distinción técnica entre derecho público y derecho privado. Esto no necesariamente le llevará a concluir que su sistema jurídico debe descartar aquella dicotomía, pero sí puede llegar a comprender que ésta no es una parte necesaria de un orden jurídico desarrollado.

Segunda, el régimen nazi en Alemania, el periodo fascista en Italia, diversos gobiernos totalitarios en América Latina y el desarrollo de la legalidad socialista en Cuba, en la Europa Oriental y en la Unión Soviética en este siglo han ayudado a disipar la cómoda ilusión de que las concepciones tradicionales del derecho escrito acerca del derecho público y privado expresaban una verdad científica ideológicamente neutra. Según se fue haciendo ideológicamente heterogénea la Europa del derecho civil, los términos jurídicos familiares fueron tomando significados no familiares. Los astutos abogados del derecho escrito siempre han estado conscientes de que estas concepciones, en el fondo, tienen una base ideológica, pero la historia política de este siglo ha ampliado e intensificado esa conciencia. Términos como derecho público y derecho privado no denotan ningún sentido especial; su significado les es dado por la cultura de un determinado tiempo y lugar. Esta perogrullada ha sido subrayada tanto por los que atacan como por los que defienden las concepciones tradicionales.

Tercera, los gobiernos han cambiado; hoy en día es común al estado convertirse en parte de la sociedad y de la economía. El estado individualista del siglo XIX ha sido reemplazado por el estado social

del siglo xx. Frecuentemente se ha considerado que el aumento de la actividad gubernamental se dirige a una contracción del área dominada por la autonomía privada. De acuerdo con una teoría, los conceptos fundamentales del derecho privado han sido modificados consecuentemente por la adición de elementos sociales o públicos; términos tales como “socialización” y “publicización” del derecho privado se encuentran frecuentemente en la literatura. Las constituciones modernas, comenzando con la Constitución de Weimar de 1919, explícitamente limitan los derechos privados a favor del interés público produciendo aquello a que los abogados civilistas aluden como “la función social” de la propiedad y de otros derechos privados. Aun cuando un escritor doctrinal más tradicional pudiera insistir en que el contenido jurídico, para distinguirlo del social y del económico, de los derechos privados permanece invariable bajo los nuevos gobiernos, tal distinción no es nada convincente. De hecho, el contenido de los derechos privados ha cambiado sustancialmente.

Cuarta, la participación del gobierno en la vida económica de la nación, hasta cierta medida cada vez mayor, se ha efectuado por la participación directa de entidades estatales o de compañías con participación estatal interesadas en actividades comerciales o industriales y que usan las formas jurídicas del derecho privado. De esta manera el derecho privado ejerce una fuerza creciente en las actividades públicas realizadas no por la vía tradicional de la administración, sino mediante el conducto de la empresa mercantil o comercial de los órganos estatales o de compañías controladas por el estado. Esta tendencia ha sido resumida por algunos estudiosos del derecho ad-

ministrativo como la “privatización” del derecho público, como una expansión del derecho privado a costa del derecho administrativo.

Quinta, este siglo ha presenciado el crecimiento de la importancia y del reconocimiento jurídico de los llamados “grupos intermedios” —asociaciones de personas para una actividad previamente acordada—. La concepción anterior del universo jurídico poblado solamente por el individuo y el estado, cada uno con sus funciones muy bien definidas, es claramente inadecuada. En su lugar está un universo mucho más complicado, poblado no sólo por el individuo y el estado, sino también por una gran variedad de organizaciones como los consorcios mercantiles, las cooperativas, las fundaciones, las compañías comerciales e industriales, los sindicatos y las sociedades religiosas. Muchas de éstas —mencionemos solamente los partidos políticos, los sindicatos y las corporaciones mercantiles o industriales— ejercen una poderosa influencia social y económica, particularmente en las sociedades democráticas de la posguerra. Constituyen una especie de gobierno “privado” que frecuentemente ejerce una influencia mucho mayor en las vidas de una gran porción de la comunidad que el que pueden tener los gobiernos “públicos” constituidos. En un universo jurídico tan complicado las dicotomías tan simples como derecho privado y derecho público pierden toda su utilidad.

Sexta, las constituciones europeas y latinoamericanas han llegado a ser el medio para establecer los derechos individuales fundamentales, incluyendo los derechos de propiedad, las garantías del derecho de intervenir en una actividad económica y otras parecidas. De este modo los códigos civiles han sido pri-

vados de su función constitucional. Esa función ha sido transferida de lo más privado del derecho privado a lo más público de las fuentes del derecho público. En cierto sentido esto puede ser descrito como una "desconstitucionalización" o "despublicización" del derecho privado. Este desarrollo tiende a reducir el significado de la distinción derecho privado-derecho público a la vista de aquellos que ven la distinción en primer lugar como un medio de proteger los derechos individuales.

Séptima, las constituciones rígidas y la revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación han sido establecidas en Austria, Italia, Alemania y otras naciones de Europa y de América Latina. Existen en algunos países tribunales constitucionales, pero en otros el poder judicial ordinario lleva a cabo esta función. Esto necesariamente reduce la importancia de teorías rigurosas acerca de la separación de poderes y tiende a empañar la distinción en derecho privado y derecho público en las mentes de quienes ven una relación estrecha entre esa distinción y la separación de poderes.

Octava, las diferencias esenciales entre derecho público y derecho privado han sido reducidas por acción de dos fuerzas distintas pero relacionadas entre sí. Por un lado el desarrollo del derecho administrativo ha producido progresivamente mayores restricciones sobre la facultad del estado para desatender o violar las reclamaciones de personas privadas. El ir en pos del *Rechtstaat* —insistencia en la aplicabilidad de los reglamentos jurídicos al estado mismo— conduce a fin de cuentas a un sistema jurídico homogéneo en el que el estado no es sino una especie, aunque ciertamente una especie muy importante, de sujeto jurí-

dico. Esta corriente ha sido reforzada por los esfuerzos de los jurisconsultos por aplicar la estructura conceptual de la ciencia jurídica tradicional, desarrollada originalmente en el derecho privado, a áreas del derecho público. Ambas corrientes han producido un fuerte movimiento hacia la "privatización" del derecho público.

Novena, los objetivos y métodos tradicionales de la ciencia jurídica y la teoría general del derecho como se enseña en las escuelas de derecho, ambas derivadas ampliamente de la obra de los pandectistas en el siglo XIX, han llegado a ser blanco, en este siglo, de una vanguardia pequeña pero creciente de juristas. Otros, que consideran a la ciencia legal como válida pero pasada de moda, buscan nuevos derroteros para la obra fundamental de la doctrina jurídica. Un resultado de esto es que el interés intelectual del jurista se ha ensanchado más allá del derecho mismo. Ahora se preocupa de la relación del derecho con el contexto cultural de donde toma su vida y con la sociedad cuyos problemas debe tratar de resolver. Otro resultado positivo es un relajamiento de la insistencia en la validez y utilidad de las estructuras conceptuales y del pensamiento lógico formal. La tendencia claramente se orienta hacia una jurisprudencia más "abierta" y hacia una metodología menos técnica. Durante este desarrollo, cualquier acento excesivamente metodológico en la distinción derecho privado-derecho público inevitablemente pierde algo de su fuerza.

Finalmente, las naciones de derecho escrito han visto desarrollarse áreas que desafían la clasificación ya sea del derecho público o del derecho privado. Por ejemplo, el derecho del trabajo o el derecho agrario

son una mezcla de elementos públicos y privados y son incompatibles con las clasificaciones tradicionales. Cátedras profesionales, cursillos e institutos acerca de estas asignaturas existen en las universidades y se publican revistas especializadas con toda regularidad. La existencia de todo esto tiende adicionalmente a oscurecer la distinción entre derecho público y privado.

Se puede decir, pues, que en el mundo del derecho civil se gesta una reforma más bien drástica de las concepciones tradicionales del derecho público y derecho privado. La distinción sigue, por las razones expresadas anteriormente, teniendo una gran importancia práctica. Incluso por efecto de las fuerzas que tienden hacia definiciones más nuevas, las zonas esenciales permanecen claras y la gran mayoría de los problemas e intereses siguen siendo fácilmente clasificables en una categoría o en otra. Pero en la frontera que los separa se desliza una gran corriente y algunos abogados civilistas más estudiosos seguirán intentando definiciones más prácticas del derecho público y del derecho privado.

El efecto normativo de la distinción entre derecho público y derecho privado tiende a opacar su utilidad descriptiva, pero esa distinción sirve también a una función descriptiva. Sirve para sintetizar la división de trabajo, para hacer una separación del derecho en partes más pequeñas con el fin de facilitar su enseñanza, la jurisprudencia y la discusión. Pero los aspectos normativos tienden a hacer la distinción razonablemente precisa aun cuando se use en tono puramente descriptivo. Un maestro del derecho privado, como regla, no tratará de estudiar o de enseñar los aspectos públicos de su materia. Aun cuando enseña acerca de

la propiedad, por ejemplo, no hablará de los impuestos a la propiedad, ni de los reglamentos acerca de las fincas, o de la protección constitucional de los derechos de propiedad. Todo esto es parte del derecho público y se lo deja a los especialistas en ese campo.

También tiende a hacer distinciones precisas, aun dentro del derecho privado o público, entre procedimiento y contenido y entre una materia sustantiva y otra. En conjunto, tales distinciones parecen ser considerablemente más acentuadas en el mundo del derecho escrito que en el del derecho consuetudinario. No es común para un jurista seguir un problema hasta donde lo lleve sin fijarse en las fronteras, pues la convicción de que debe mantenerse en su propio territorio ha llegado a convertirse gradualmente en uno de los postulados importantes de la doctrina y, por lo mismo, en parte del mismo derecho. Efectivamente, en casos extremos, las distinciones de esta clase se conciben como una realidad vívida, como indicación de una clasificación que no es meramente convencional sino que se basa en la naturaleza del mismo asunto. De allí que ocasionalmente se encuentran controversias doctrinales acerca de la autonomía de ciertos temas, aun cuando los problemas que se discuten tienen más visos de ser resultados de un acontecimiento histórico que de ciertas cualidades inherentes. En un caso difícil un escritor insistiría en que sólo una de varias soluciones propuestas por la ley es correcta.

El abogado de derecho escrito divide, pues, el derecho en público y privado y en un grupo de híbridos que tienen elementos de ambos (como el derecho agrario y el derecho laboral). El derecho público mismo se subdivide en derecho constitucional, dere-

cho administrativo y derecho penal. El procedimiento penal generalmente se clasifica de manera similar en parte por su íntima relación con el derecho penal. Una correcta clasificación de los procedimientos civiles ha sido tema de considerable discusión académica. Por el momento, la opinión general está a favor de considerarlo como parte del derecho público.

El derecho privado está compuesto por el derecho civil y el derecho mercantil. De éstos, el derecho civil es con mucho el más importante. Es la manifestación moderna de los más antiguos componentes de la tradición del derecho civil: el derecho civil romano. Sólo hasta que se llevó a efecto la desaparición total de la jurisdicción temporal de los tribunales eclesiásticos, el derecho civil vivía en una especie de simbiosis con el derecho canónico. Cuando los sistemas de justicia se hicieron laicos como consecuencia de la Reforma, el derecho civil sobrevivió enriquecido abundantemente por el derecho canónico, pero éste perdió casi todo su significado temporal. Actualmente existe una importante tendencia a lograr que el derecho civil absorba al derecho mercantil.

El derecho mercantil, como se recordará por el capítulo I, comenzó como un sistema de justicia separado creado por los mercaderes para gobernar sus propios asuntos. Tenía sus propios reglamentos y costumbres, su propio sistema de tribunales y jueces, sus propios procedimientos de justicia y ejecución y su propio electorado. No era una parte del sistema oficial de justicia civil, penal o eclesiástica. Estas características independientes del derecho mercantil se han ido perdiendo. La justicia mercantil fue nacionalizada con el nacimiento del Estado-nación. La ley de procedimientos civiles se extendió a los procedimientos

en los tribunales mercantiles. Gradualmente el concepto de una jurisdicción mercantil separada comenzó a desaparecer. Hoy en día en algunas naciones ya no existen tribunales mercantiles separados, ni siquiera de nombre. En otras tienen una existencia separada, pero sólo nominalmente a nivel judicial y se distinguen de los tribunales civiles ordinarios sólo por la presencia de un perito mercantil que toma asiento junto con los jueces civiles. A nivel de apelación no existen distinciones: el mismo tribunal que decide de las apelaciones civiles conoce y decide acerca de las apelaciones mercantiles. El tribunal mercantil en tal sistema no es ya un tribunal separado; es una subjurisdicción especial del tribunal civil.

El derecho mercantil sigue siendo objeto de un código de comercio separado en la mayoría de los países de derecho escrito. Sin embargo, esto se está acabando también. Tanto Suiza como Italia han abolido sus códigos de comercio separados y han combinado los temas anteriormente incluidos en ellos con los de sus códigos civiles. Los comisionados para revisar el código civil francés han recomendado que Francia siga esos mismos pasos. Otros países la seguirán con toda seguridad.

Siguen existiendo clases separadas para el derecho mercantil en las universidades y las bibliotecas de los países de derecho escrito contienen una enorme literatura acerca del derecho mercantil. Sin embargo, cada día más se encaminan hacia el predominio de la abogacía civilista. Ésta es la que ejecuta la obra teórica básica para todo el derecho privado (y mucho del derecho público). La doctrina del derecho mercantil acepta la obra de los juristas civilistas y se basa en ella. Mediante un gradual, pero aparentemente

inexorable proceso, el derecho mercantil ha venido a ser menos un campo paralelo dentro del ámbito del derecho privado y más bien una división del derecho civil o una especialización dentro del mismo. El derecho civil se está convirtiendo en sinónimo de derecho privado y el derecho mercantil está siendo "civilizado".

Mientras se impone el derecho civil y el derecho mercantil pierde gradualmente su identidad separada, se está produciendo un proceso análogo al del enriquecimiento del derecho civil a costa del derecho canónico. Como norma general, el derecho civil tradicionalmente consideraba las transacciones entre individuos como acontecimientos jurídicos aislados. En cambio, el derecho mercantil consideraba las transacciones en que eran parte los mercaderes del flujo normal de la actividad comercial. A través de los siglos, la diferencia de actitudes dio como resultado diferencias en las reglamentaciones y en los procedimientos. No hay por qué sorprenderse de que la tendencia en las naciones mercantiles industriales modernas haya sido favorecer la influencia del derecho mercantil sobre el derecho civil. Este proceso ha sido descrito como la "mercantilización" del derecho privado.

Así pues, el derecho privado consiste en dos grandes campos que existen en simbiosis mutua. El derecho civil está enriquecido por la "mercantilización", el derecho mercantil ha menguado por la "civilización" y declina. La tendencia actual es crear un derecho privado unificado que sea sinónimo del derecho civil. La más antigua subtradición en la tradición del derecho civil sobrevive.

## XV. LAS PROFESIONES JURÍDICAS

AL IGUAL que las divisiones de jurisdicción y de derecho, descritas en los capítulos XIII y XIV, la división de trabajo entre los abogados profesionales en el ámbito del derecho escrito muestra características no familiares en el mundo del derecho consuetudinario y particularmente en los Estados Unidos. Los estadounidenses generalmente piensan en la profesión jurídica como en una entidad única. Para los norteamericanos un abogado sigue siendo un abogado sin importar la clase de trabajo jurídico que esté desempeñando en un momento dado. Aun cuando muchos jóvenes graduados comienzan su práctica como apoderados, como abogados de oficio o como miembros del departamento jurídico de una compañía y se quedan en esos puestos toda su vida, es común en ellos el poder cambiar de una rama de la profesión a otra. Durante toda su vida un abogado puede desempeñar una gran variedad de tareas jurídicas. Puede pasar un año o más como empleado del juez estatal o federal después de su recepción en la universidad, puede pasar algún tiempo en la oficina del fiscal de distrito o municipal, o en la oficina jurídica de una dependencia estatal o federal; puede ser miembro del departamento legal de una compañía. Entonces puede empezar a ejercer por su cuenta. Si tiene éxito en su carrera, puede finalmente conseguir un puesto como juez estatal o federal. Los norteamericanos piensan que es normal que un abogado se mueva con soltura de un puesto a otro y creen que no es necesario que cuente con



un adiestramiento especial para cualquiera de estas diversas funciones.

Las cosas son diferentes en las jurisdicciones del derecho civil. Aquí se le presenta al joven egresado la necesidad de escoger entre una variedad de carreras profesionales distintas. Puede dedicarse a la carrera de juez, a la de fiscal, a la de abogado del gobierno, a la de abogado civilista o a la de notario. Tiene que tomar una decisión a hora temprana y adherirse a ella. Aunque en teoría puede moverse de una de estas profesiones a otra, esto sucede raras veces en comparación con los norteamericanos. La selección inicial, una vez que se ha hecho, tiende a ser definitiva en la mayoría de los casos. El punto de entrada en estas carreras generalmente es desde abajo y el progreso en la misma frecuentemente necesita tanto de experiencia dentro de la profesión como de mérito. Una gran experiencia en otra carrera legal no le da a nadie la posibilidad de comenzar desde la cumbre o le concede una ventaja esencial en el proceso de avance. Así, el abogado joven promedio se halla muy pronto encerrado en una carrera de la que le costaría mucho escapar como para que lo tomara en serio.

Un resultado necesario de esto es que las fronteras que dividen una carrera de otra tienden a reforzarse. Los que se encuentran en una rama especial de la profesión jurídica llegan a pensar de sí mismos que son diferentes de los demás. Desarrollan su propia experiencia, afinan la imagen de su carrera, de su asociación profesional. Rivalidades, problemas jurisdiccionales y falta de comunicación entre las diferentes clases de legistas ocurren con seguridad más en el ámbito del derecho escrito que, por ejemplo, en los Estados Unidos, que tienen una profesión jurídica

unitaria y unificada. Inglaterra, con su división de la profesión en abogados y procuradores, se acerca mucho al modelo del derecho escrito, pero aún está muy lejos de mostrar el grado de departamentalización e inamovilidad que se suele encontrar en el ámbito del derecho civil. La burocratización, evidente en varias carreras jurídicas gubernamentales, es notablemente mayor que en el ámbito del derecho consuetudinario donde una movilidad lateral expedita entre las diferentes ramas de la profesión conduce a una manera muy diferente de colocarse en esas profesiones y avanzar dentro de ellas.

La tendencia a convertir en definitiva la selección de la carrera inicial y la concomitante estricta separación de las profesiones jurídicas, se combinan entre sí para producir una serie de efectos que la mayoría de los legistas consideran indeseables. Frecuentemente se selecciona la carrera sin tener las bases para la selección correcta, antes de que el joven abogado haya estado en contacto con toda la posible gama de carreras para que pueda escoger prudentemente la que más le acomode. El aislamiento de los de una rama de los de las otras, la tendencia a identificarse solamente con un conjunto de intereses y funciones profesionales dan pie a una actitud estrecha y limitativa y a un desmenuzamiento de las profesiones legales. Estas son algunas de las razones de que, en ciertas naciones, los recién egresados se vean obligados a tomar un periodo de adiestramiento práctico que incluye determinados periodos en la rama judicial, gubernamental y de práctica privada antes de que puedan ser admitidos a una carrera jurídica. Esta institución se ha desarrollado de manera plena en Alemania donde el graduado en derecho tiene que pasar dos años y me-

dio (lo que se llama *Referendarzeit*) en un programa de entrenamiento práctico posterior a su educación jurídica de la universidad.

Lo judicial proporciona un ejemplo obvio e interesante de los fenómenos que estamos describiendo. Al graduarse de la escuela de derecho (o después del periodo de adiestramiento práctico, cuando se requiere), el estudiante que desea llegar a ser juez hace inmediatamente su solicitud para ser admitido en el ramo judicial; si es seleccionado (a veces con base en un examen de oposición) entra en la escala más baja de la profesión de juez. Es típico que habrá de encontrarse haciendo tareas de las más bajas en la jerarquía de los tribunales y en el sitio más apartado del país. Como resultado de cierta combinación de su tiempo de servicio y de sus méritos irá subiendo gradualmente en la jerarquía judicial hacia posiciones más deseables y prestigiosas y llegado el tiempo podrá retirarse. Normalmente tendrá que competir por los mejores puestos con los miembros del poder judicial solamente. Aunque los nombramientos a los puestos en los tribunales más altos —una suprema corte de casación o su equivalente— en teoría pueden darse a los abogados más distinguidos o a los profesores, tales nombramientos son más bien raros. Los tribunales más elevados, al igual que los más bajos, de hecho están dirigidos exclusivamente por quienes se han elevado dentro del servicio de la carrera judicial. El juez típico nunca habrá de practicar el derecho ni habrá de servir en cualquiera otra rama de la profesión legal, excepto posiblemente durante el adiestramiento práctico necesario posterior a su graduación de la escuela. Tenderá a restringir sus relaciones profesionales y sociales a los otros jueces. Considerará

el derecho sólo desde el punto de vista de juez. Será un especialista.

El fiscal público es también un servidor público y tiene dos típicas funciones principales. La primera es actuar como fiscal en acciones penales, preparando y presentando en el tribunal los alegatos del estado contra el acusado. En este sentido, el fiscal público no es muy distinto de un fiscal de distrito en un típico estado norteamericano. Su segunda función principal, sin embargo, es muy diferente: se le asigna para representar el interés público en un proceso judicial entre individuos. Así tiene la facultad de intervenir, incluso a nivel de primera instancia, en muy variadas acciones del tipo que ordinariamente se consideran como asuntos privados que incluyen sólo intereses de las partes. También le pedirá la ley que intervenga en otros asuntos a nivel de primera instancia, en acciones típicas relativas a un estado individual de las personas y en las relaciones familiares. Finalmente, en algunas naciones se le exigirá que comparezca a exponer sus puntos de vista personales independientes acerca de la correcta interpretación y aplicación de la ley en acciones ante los tribunales ordinarios más altos. La teoría es que una función primaria de tales tribunales es la interpretación y aplicación correctas de la ley, que las partes en pleito no siempre podrán presentar todos los argumentos que se esperan de ellas y que el juez necesita la asistencia de un fiscal público para asegurar que se presente un punto de vista imparcial, en bien del derecho.

El joven universitario graduado en derecho que desea llegar a ser fiscal generalmente se presenta a exámenes oficiales para esta carrera poco después de haber salido de la universidad o de haber terminado

su adiestramiento práctico; si tiene éxito entra a formar parte de ese servicio desde los puestos más bajos y comienza una carrera de toda su vida. Recientemente ha habido una tendencia en las jurisdicciones del derecho escrito en el sentido de "judicializar" los servicios del fiscal basándose en que como los fiscales desempeñan funciones cuasi judiciales, deben tener algo de la independencia y seguridad económica que se ha concedido a los jueces. Esta tendencia ha alcanzado niveles elevados en varios países, principalmente en Italia, donde la oficina del fiscal ha sido convertida en parte de la administración judicial. Sin embargo, la carrera de juez y de fiscal siguen siendo, aun en esas naciones, carreras separadas dentro del sistema judicial; aun cuando la tendencia más reciente sea en el sentido de una fusión de ambas funciones, aún no se ha llevado a término esto. En especial la relación entre el fiscal y el ministro de justicia, que ejerce su autoridad sobre el trabajo de aquél, sigue siendo muy diferente de la relación del juez con ese ministerio. Con todo, la judicialización de la oficina del fiscal ha tendido a incrementar la movilidad entre las profesiones de juez y de fiscal.

En algunas jurisdicciones civilistas no existe una carrera general de abogado gubernamental; las oficinas y dependencias gubernamentales individuales tienen su propio cuerpo jurídico, pero los nombramientos, los ascensos, los sueldos, las condiciones de trabajo y las prestaciones pueden variar ampliamente de una dependencia a otra. Un abogado trabaja para una dependencia y oficina y se identifica en mayor grado con ella que, en forma más general, con un cuerpo de abogados al servicio del gobierno. En otros países existe un cuerpo de legistas del gobierno que propor-

ciona servicio jurídico a todas las dependencias del estado. Aun en el primer caso, los nombramientos y ascensos están burocratizados y escalafonados. De todos modos, en ambos casos la dificultad de moverse lateralmente hacia otra rama de la profesión tiende a fijar a los abogados gubernamentales en su carrera. Como sucede en el servicio judicial y en el de fiscal público, el estudiante que desea llegar a ser un miembro del jurídico gubernamental debe pasar los exámenes del estado después de completar su educación jurídica y su adiestramiento práctico y entra en el servicio desde abajo. Normalmente se queda allí toda su vida.

El abogado independiente es el profesionista que en el ambiente civilista se asemeja más al *attorney-at-law* de los Estados Unidos. Se reúne con sus clientes, los asesora y los representa en los tribunales. Generalmente los auxilia en la planeación de sus negocios y patrimonios. Es el producto de una escuela de derecho universitaria y de un periodo típico de aprendizaje en el despacho de un abogado experimentado. Normalmente atenderá en una oficina de juristas donde será el jefe de uno o dos abogados jóvenes asociados con él. Aun cuando las firmas de abogados parecidas a las de los Estados Unidos comienzan a aparecer con mayor frecuencia en algunas partes del mundo civilista, la regla general es que existan sólo despachos de un único abogado; incluso en algunos países está prohibida la práctica del derecho en asociación. Frecuentemente existen restricciones similares en el desarrollo de departamentos jurídicos tipo sociedad anónima o asociaciones similares (como las *house counsel*). Este tipo de restricciones es el resultado del ideal tradicional del abogado como una per-

sona independiente, libre para aceptar o para rechazar a sus clientes o que toma sus propias decisiones acerca de la manera de manejar los asuntos de sus clientes. Sin embargo, existe una fuerte tendencia hacia la evasión de esas restricciones de manera que ya no es raro encontrar grupos de abogados que ejercen juntos en despachos similares o asociaciones o departamentos jurídicos en jurisdicciones en las que tales arreglos están prohibidos o por la ley o por los reglamentos de los colegios de abogados. Generalmente todo abogado que ejerce su profesión debe ser miembro de un colegio de abogados que frecuentemente cuenta con el reconocimiento oficial y tiene facultades para establecer reglamentos que gobiernen la práctica de la profesión, incluyendo la determinación de aranceles. Igual que en los Estados Unidos y en otros países, los miembros de la profesión independiente pueden estar relacionados con la política y elevarse a puestos públicos encumbrados. Aunque la situación cambia de país a país, en muchas naciones del derecho escrito el porcentaje de funcionarios públicos que empezaron su carrera como abogados independientes es tan alto o más alto que en los Estados Unidos.

Si el abogado de derecho escrito independiente se asemeja de cerca a nuestro abogado practicante, cualquier similitud entre el notario del derecho escrito y el notario público en el mundo del derecho consuetudinario es sólo superficial. Los orígenes históricos del notario civilista y del notario público del derecho común anglosajón son los mismos, pero ambas ocupaciones se desarrollaron por caminos diametralmente distintos. Nuestro notario público es una persona de muy escasa importancia. El notario en el mundo del

derecho escrito llena tres funciones principales. Primera, redacta documentos jurídicos importantes como testamentos, actas constitutivas, títulos traslativos de dominio y contratos. Aun cuando otros abogados de vez en cuando intervienen en la preparación de escrituras, el notario sigue realizando casi la totalidad de este tipo de operaciones en el mundo del derecho civil. (Sin embargo, y a pesar de la inamovible posición del notario en este campo, existe cierta tiranía entre los abogados y los notarios sobre asuntos jurisdiccionales.) Segunda, el notario legaliza (da fe) los documentos. Un documento legalizado (llamado en todo el ámbito del derecho escrito un "acto registrado") tiene efectos especiales de carácter probatorio: establece definitivamente que un documento es genuino y que lo que a la letra contiene representa precisamente lo que las partes dijeron y lo que el notario vio y oyó. Una evidencia que contradiga lo estatuido en una escritura pública es inadmisibile en un procedimiento judicial ordinario. Quien quiera atacar la autenticidad de un acto público debe iniciar una acción especial para ello y rara vez una acción de ese tipo prospera. Tercera, la oficina del notario es una especie de oficina de documentos públicos. Se le exige que guarde una copia de todo documento que prepara y expide copias legalizadas de ellos cuando se le piden. Una copia notariada generalmente tiene el mismo valor probatorio o de evidencia que el original.

Los notarios constituyen prácticamente un monopolio. Una nación típica de derecho escrito estará dividida en distritos notariales y cada distrito tendrá un número limitado de notarios que tendrán jurisdicción exclusiva. Al contrario de los abogados inde-

pendientes que pueden rechazar a un cliente, los notarios deben dar servicio a todo el que llega. Esto, añadido a sus funciones de algo así como de registro público y a su situación monopolista, tiende a colocarlo como un funcionario público a la vez que no deja de ser privado. El acceso a la profesión de notario es difícil porque el número de notarías es muy limitado. Los candidatos para una posición de notario generalmente deben ser graduados de una escuela de Derecho universitaria y deben haber practicado antes en una notaría. Los aspirantes a notarios deberán pasar un examen público específico y si lo aprueban serán asignados a una notaría cuando alguna quede vacante. Generalmente existe una organización nacional de notarios que llevará a cabo para los notarios las mismas funciones que los colegios nacionales de abogados para los abogados y que otras organizaciones para los jueces, para los fiscales o para los legistas al servicio del gobierno.

Finalmente, llegamos al abogado académico, al que enseña en las escuelas de derecho y escribe la doctrina que, como se explicó en el capítulo IX, influye decididamente en todos los aspectos del proceso jurídico en la tradición del derecho civil. Es el heredero de la tradición del jurisconsulto romano y del legista medieval cuyas opiniones, en algunos periodos de la historia de la tradición del derecho civil, han tenido autoridad formal para obligar a los jueces. Aparte de una autoridad formal, el académico es generalmente considerado como una persona que desarrolla el pensamiento fundamental de toda la profesión jurídica. Sus ideas, como se expresan en libros y revistas, y sus opiniones sobre problemas jurídicos concretos que hayan surgido en juicios o en la discusión de

proyectos de ley, particularmente en áreas cubiertas por los códigos básicos, tienen un peso enormemente mayor que las obras de los abogados académicos del ámbito del derecho consuetudinario.

No es fácil llegar a ser profesor de derecho en una universidad civilista. El camino para el nombramiento a una cátedra vacante es largo, arduo y lleno de imprevistos. El joven aspirante a una carrera académica se agrega a un profesor como maestro adjunto, a veces con sueldo, a veces sin sueldo. Llegado el momento, después de llenar una serie de requisitos más o menos formales y de publicar una tesis, sustentará un examen de oposición para la categoría de "docente privado". Si recibe ese título se le considera clasificado para un puesto académico. Cuando una cátedra queda vacante, competirá por ella con otros docentes privados y, si el puesto es codiciado, contra otros profesores que han tenido cátedras menos prestigeadas. A través de todo este proceso su ascenso dependerá tanto de la influencia del profesor de quien fue adjunto como de su habilidad demostrada como académico. Este sistema confiere al profesor un gran poder sobre los que han sido sus adjuntos y éstos vienen a depender en grado exagerado de él respecto a sus carreras. El resultado es un mundo académico compuesto por profesores rodeados de una comitiva de asistentes. Se espera que estos asistentes piensen y trabajen siguiendo los mismos lineamientos de su maestro y de esa manera nacen y se desarrollan las "escuelas de pensamiento". Se espera lealtad doctrinal, y personal, al profesor cuyo poder sobre la carrera de su asistente le da pie para poder exigirla.

La incertidumbre del éxito en busca de una cátedra es tan grande que pocos pueden darse el lujo de

jugársela a esa sola carta. Además, en muchas naciones del derecho escrito no se espera que los profesores empleen todo, ni siquiera la mayor parte, de su tiempo en una escuela de derecho. En América Latina, especialmente, los honorarios que perciben por su enseñanza confirman esta aseveración, son en promedio excesivamente bajos. Las obligaciones formales de los profesores son dar clases durante unas cuantas horas a la semana y preparar exámenes dos o tres veces al año (con la asistencia de sus adjuntos). No se les paga lo suficiente para que puedan vivir de eso y consiguientemente dividen su tiempo en otras actividades jurídicas —generalmente en un bufete, en los tribunales o en una dependencia pública—, escribiendo una doctrina y revisando la de sus ayudantes. En algunas partes del mundo del derecho escrito, como en Alemania, los profesores jurisconsultos son maestros de tiempo completo, pero esto es una excepción a la regla general. Existe una tendencia a que sean de tiempo completo, pero esto es todavía sólo una tendencia.

De este modo un aspirante a un puesto académico por regla se enrola en otra carrera jurídica adicional lo cual le asegura una tabla de salvación en caso de fracasar en el mundo académico y además le representa una fuente adicional de ingresos aun cuando vaya teniendo éxito en el concurso por una cátedra. El profesor no lo es de tiempo completo y no se espera que lo sea. En el común de los casos es también un abogado independiente y el prestigio de su título como profesor puede resultarle muy importante debido a los negocios que esto puede atraer a su bufete. Un abogado con título de profesor atraerá clientes importantes y otros abogados (incluso algunos jueces)

le pedirán que redacte sus opiniones acerca de ciertos problemas jurídicos, por lo cual le pagarán.

La tendencia de los profesores de derecho a ser también abogados en ejercicio de la profesión, produce lo que a los abogados del mundo del derecho consuetudinario les parece una especie de curiosa esquizofrenia. Como abogado será pragmático, concreto y se interesará por resultados prácticos. Perseguirá el problema hasta donde pueda llegar sin importarle las fronteras entre un derecho y otro. Le preocupan los hechos concretos. Buscará sentencias judiciales anteriores y se basará en ellas. Será un abogado rudo y tendencioso. En cambio, como profesor escribirá y enseñará dentro del estilo doctrinal que prevalezca y se mantendrá dentro de la tradición central de la ciencia jurídica. Tanto sus enseñanzas como sus escritos serán una exposición manifiesta de las características académicas típicas de la jurisprudencia del mundo civilista e incluso exagerará estas características para contrapesar su manera de actuar, puesto que también es un abogado que ejerce. Se vuelve agresivamente académico como una especie de reacción contra su trabajo en el ejercicio de la abogacía. Su vida está dividida entre dos mitades distintas y adopta personalidades profesionales distintas para cada una de ellas.

Éstos son, pues, los principales actores del proceso jurídico en el mundo del derecho civil: el juez, el fiscal, el abogado del gobierno, el abogado independiente, el notario y el jurista profesor de derecho. Cada uno es un especialista. La profesión de abogado es fragmentaria en contraposición con la profesión más fuertemente organizada de los países del derecho consue-

ordinario. La diferencia es muy importante, refleja y refuerza diferencias más profundas entre las dos tradiciones jurídicas. Estas diferencias pueden ser ilustradas considerando brevemente las diferencias entre los jueces de ambas tradiciones.

Ya hemos visto en capítulos anteriores que el juez del derecho escrito está relegado a un papel comparativamente más insignificante en el proceso jurídico. Su trabajo en cierto sentido es rutinario. No crea ni formula políticas, aplica las leyes creadas y formuladas por otros de acuerdo con procedimientos que ellos dictan. Consecuentemente los aspectos de la organización, aun cuando tienen sus características propias especiales, son semejantes de muchas maneras a los de la organización de otras clases de servicios civiles. Los jóvenes comienzan desde abajo y avanzan de acuerdo con su tiempo de servicio y méritos. Existen procedimientos oficiales para los ascensos y para las evaluaciones periódicas de la actuación. Como el trabajo judicial se considera de rutina y sin creatividad, puede confiarse en manos de gente joven y sin experiencia. Los jóvenes, es cierto, consiguen puestos judiciales menores al comienzo de su carrera y progresan hacia puestos más importantes según adquieren experiencia. Pero es la experiencia *judicial* la que los capacita para manejar asuntos más importantes. Su experiencia en otras ramas de la profesión no cuenta.

La imagen prevaleciente del juez tiende a hacerse justicia a sí misma. La carrera es atractiva para los que carecen de ambición, para los que buscan seguridad y para los que no creen tener éxito en el ejercicio de la profesión o en la oposición a una cátedra académica. Las condiciones de trabajo y los sueldos

están acordes con esta imagen. Los mejores graduados en derecho, en consecuencia, buscan hacer carrera en otras ramas de su actividad. El resultado es que en algunas partes del mundo del derecho escrito la carrera de juez se ha convertido en un vaciadero de segundones. Incluso en esas naciones, por supuesto, existen excelentes jueces pero el promedio de calidad es apreciablemente bajo. Los mejores talentos jurídicos se encuentran en otros puestos, sobre todo en la práctica de la abogacía y en la vida académica. La profesión jurídica tiene una estructura de clases claramente definida y los jueces son la clase más baja.

La calidad y la posición de juez se convierten así en índice razonablemente confiable de la continua fuerza, en una nación determinada, de la imagen del proceso jurídico que surgió de la revolución jurídica y se fue robusteciendo y refinando gracias a la ciencia jurídica. Donde, como sucede en muchos de los países de América Latina, esta tradición se encuentra profundamente arraigada, la calidad y la posición de los jueces son muy bajas. Este efecto se recrudece (y se complica) por el factor adicional de la conciencia de clase social. Las clases más altas, que gozan de mejor educación y que tienen amigos con influencias, tienden a disfrutar de un acceso privilegiado a la vida académica y al ejercicio profesional y a dominarlos. Los puestos de juez se llenan frecuentemente con personas que han llegado a la clase media desde orígenes más humildes. De ese modo la carrera judicial proporciona un sendero muy conveniente de movilidad social.

Pero donde, como sucede en varias naciones europeas, las exageraciones del modelo revolucionario del proceso jurídico han perdido buena parte de su poder

y las raíces de la ciencia jurídica en las mentes de los abogados se han aflojado, existe una notoria tendencia hacia una organización judicial de mejor calidad y posición. Es cierto que esta tendencia es la más fuerte y fuera del campo judicial. Los más palpables ejemplos son los tribunales constitucionales del tipo recientemente creado en Austria, Alemania e Italia (descritas en el capítulo XVIII) y los tribunales administrativos, como la sección judicial del Consejo Francés del Estado. Con todo, aun dentro del sistema judicial ordinario, las facultades —y por ende la posición— del juez han estado aumentando. Los logros del poder judicial francés al crear y desarrollar leyes donde el Código Napoleónico contenía lagunas o era inadecuado son muy conocidos. La facultad de los jueces ordinarios italianos para formular una opinión preliminar sobre si una objeción constitucional nacida en un juicio civil o penal está “manifiestamente infundada” es otro ejemplo. La creciente toma de conciencia judicial acerca de la estrecha relación entre una sentencia que interpreta un estatuto y el probable resultado de una impugnación constitucional al estatuto es también otro ejemplo. Estos cambios, combinados con una realista toma de conciencia de lo inadecuado del modelo tradicional del proceso judicial, se palpan intensamente en las naciones del mundo civil históricamente más importantes: Francia, Alemania e Italia. Aunque es improbable que brote de esta evolución algo que se parezca al juez del derecho consuetudinario, sí parece probable que la posición de la “clase judicial” crecerá dentro de la profesión jurídica. A su vez, esto tenderá a reducir la aguda separación entre abogados de otra rama y los jueces.

## XVI. PROCEDIMIENTO CIVIL

del Der. pr.  
m

Así como el derecho civil es el corazón del derecho sustantivo en la tradición del derecho civil, igualmente el procedimiento civil es el corazón del derecho procesal. Hablando con precisión, la ley de procedimientos civiles se aplica solamente al procedimiento de ejecución judicial de los derechos y obligaciones que nacen de la rama del derecho civil privado. Los distintos propósitos y naturaleza de procedimientos penales y la existencia de grupos separados de tribunales, como administrativos, han producido cuerpos separados de procedimientos penales y de procedimientos administrativos. Pero todos los sistemas de procedimientos en la tradición del derecho civil tienen un origen común en Roma, en el derecho canónico y en el derecho medieval italiano. Todos han tendido a seguir el sendero marcado por los autores de los procedimientos civiles para redactar y desarrollar el derecho procesal. El procedimiento civil es central y básico y los sistemas procesales especiales —incluso el procedimiento penal— han tendido a crecer como variaciones del modelo civil.

Al mismo tiempo, existen diferencias importantes entre los procedimientos civiles y penales y el procedimiento penal ha sido, especialmente desde el periodo de las revoluciones, un campo esencialmente independiente en su estudio y reglamentación. La mayoría de los sistemas civiles incluyen códigos separados de procedimientos civiles y de procedimientos penales. Las materias se estudian separadas en las facultades y cada uno tiene su abundante bibliografía



particular. Sin embargo, a nivel muy esencial se basan en nociones comunes a ambos y el desarrollo de esas nociones —teorías abstractas y principios generales de procedimiento— se considera tradicionalmente como tarea de los estudiosos de los procedimientos civiles al igual que el desarrollo de las teorías y principios generales del derecho, como se dijo en el capítulo anterior, es primordialmente tarea del abogado civilista.

Un procedimiento civil típico en una jurisdicción del derecho escrito se divide en dos etapas. Por ejemplo, en Italia hay una etapa preliminar en que se presentan los alegatos y se designa a un juez para que conozca de ellos; hay otra etapa probatoria en que el juez de audiencia revisa las pruebas y prepara una acta sumaria; y hay otra etapa resolutoria en la que el juez que va a sentenciar en el caso revisa el expediente, recibe los alegatos de los litigantes, escucha sus argumentos y pronuncia una sentencia. El lector notará que la palabra "juicio" no aparece en esta descripción. De una manera muy general puede decirse que lo que los abogados del derecho consuetudinario consideran como juicio en los procedimientos civiles no existe en el mundo del derecho escrito. La razón es que el derecho de un jurado en acciones civiles, tradicionales en el caso del derecho consuetudinario, nunca ha tenido fuerza en el mundo del derecho escrito. Esa tradición sigue teniendo cada vez mayor fuerza sobre todo en los Estados Unidos donde en la mayoría de las jurisdicciones existe el derecho constitucional para un jurado civil.

La existencia de un jurado ha afectado profundamente la forma de los procedimientos civiles en la tradición del derecho consuetudinario. La necesidad

de reunir a un número de ciudadanos comunes y corrientes para que escuchen las declaraciones de los testigos y observen las pruebas que se ofrecen, para que decidan sobre cuestiones de hecho y apliquen a los hechos la ley por instrucciones del juez, ha llevado al juicio a asumir la forma de un acontecimiento. Un jurado inexperto no puede fácilmente ser reunido, enterado y otra vez reunido varias veces durante un juicio sin causar grandes inconvenientes y gastos. Parece mucho más natural y eficiente tanto para las partes, para sus abogados, para el juez y el jurado que sean reunidos en un momento dado y en un lugar dado para efectuar, de una sola vez, la parte del procedimiento civil que requiere la presencia conjunta de todos. Ese acontecimiento es un juicio tal como lo conocemos.

En las naciones de derecho escrito, donde no existen los juicios civiles con jurado, se ha desarrollado un sistema enteramente distinto. No existe un juicio propiamente dicho como lo entendemos nosotros; no hay un acontecimiento único, concentrado. El procedimiento civil típico en un país de derecho escrito es una serie de reuniones aisladas y de comunicaciones mutuas orales y escritas entre el abogado y el juez, en las cuales se presentan las pruebas, se presentan testigos, se efectúan los recursos de procedimiento y se dictan los fallos, etc. Asuntos como los que se concentrarían generalmente en un solo acto en una jurisdicción de derecho consuetudinario, se desparramarán en una larga serie de discretas comparecencias y actas ante el juez que conoce del caso. Quienes cultivan el derecho comparado, al hacer resaltar ese fenómeno, hablan de la "concentración" del juicio en los países de derecho consuetudinario

en el derecho

y de la falta de tal concentración en los países de derecho escrito. En general, podemos decir que los abogados del derecho escrito están a favor del sistema más concentrado y que la tendencia en estas jurisdicciones ha sido hacia una mayor concentración, variando la intensidad de ésta en diferentes porcentajes. (Austria y Alemania aparentemente se mueven más rápidamente en esa dirección.) Sin embargo, la tradición sigue siendo la de una relativa falta de concentración.

La falta de concentración tiene algunas consecuencias secundarias interesantes. Como muestra, los alegatos son muy generales y los autos se van definiendo según avanzan los procedimientos; esta práctica difiere considerablemente de la que encontramos en las jurisdicciones de derecho consuetudinario donde una formulación precisa de las declaraciones en un alegato y el cumplimiento de los procedimientos preliminares se consideran como una preparación necesaria para el acto judicial concentrado. Por razones más o menos similares, el abogado del derecho escrito emplea menos tiempo en prepararse para comparecer ante un tribunal durante la parte del procedimiento civil de exposición de pruebas. La comparecencia generalmente sólo tiene por finalidad examinar un testigo o presentar apenas una o dos piezas de evidencia comprobatoria. No existe la presión de preparar todo el caso desde el comienzo como le sucede al abogado del derecho consuetudinario que se prepara para un juicio. El elemento de sorpresa se reduce al mínimo, ya que la comparecencia es relativamente breve y representa solamente una pequeña parte de todo el caso. Habrá tiempo de sobra para preparar una especie de respuesta antes de la próxima audiencia. La

falta de concentración también explica la menor importancia de los procedimientos de exhibición (adelantar información acerca de los testigos y pruebas del oponente) y de las conferencias preliminares (discusiones anteriores a la vista de la causa entre el abogado del oponente y el juez para ponerse de acuerdo en cuestiones secundarias, etc.): la exhibición no es necesaria porque casi es nula, si es que existe, ventaja táctica o estratégica que pueda ganarse con el elemento de sorpresa. No hay necesidad de los procedimientos preliminares porque no existe un juicio; en cierto sentido toda audiencia en las dos primeras etapas del procedimiento del derecho civil tiene características tanto de juicio como de preliminares.

Una segunda característica del procedimiento del derecho civil es que una persona distinta del juez que va a sentenciar el caso recibe las pruebas y formula el acta sumaria. Hemos visto en el capítulo II que las instituciones de procedimientos contemporáneas en el ámbito del derecho civil han sido fuertemente influidas por los procedimientos canónicos medievales. En los procedimientos del derecho canónico, las pruebas eran recibidas por un ayudante y las actas escritas por él eran las que el juez usaba al dictar su sentencia. Este procedimiento después fue modificado de modo que las pruebas circunstanciales fueran recibidas bajo la dirección de un juez, pero con mucha frecuencia el caso debía ser decidido por otros jueces o por una mesa de jueces que incluía al juez que recibió las pruebas. Los peritos del derecho comparado acostumbran a poner de relieve esta forma de procedimiento en contraposición a la costumbre, en el derecho consuetudinario, según la cual las pruebas son oídas y vistas directa e inmediatamente por el juez

que debe decidir el caso. De allí ha llegado a ser común hablar de la "inmediatez" del juicio en el derecho consuetudinario para distinguirlo de la "mediatez" del procedimiento en el derecho escrito. Aquí de nuevo los comentadores del derecho comparado se inclinan a pensar que el sistema del derecho consuetudinario es preferible y existe una evolución constante en el derecho civil hacia una mayor inmediatez. La "cortina documental" que separaba al juez de las partes en el periodo medieval y que luego se consideró como productora de una mayor posibilidad de lograr procedimientos más justos, pensando que los jueces se mantendrían fuera de la influencia de personas interesadas, ya no parece necesaria. Al contrario, la preparación de las actas por persona distinta del juez que conocerá de la causa se considera ahora como defecto porque priva al juez de la oportunidad de ver y oír a las partes, de observar su comportamiento y de valorizar sus aseveraciones directamente.

En un sistema mediato, el procedimiento tiende a convertirse primordialmente en un asunto escrito. Los que pertenecen a países de derecho consuetudinario consideran el juicio como un acontecimiento durante el cual los testigos son interrogados oralmente después de prestar juramento y son repreguntados en presencia del juez y del jurado. Los recursos y objeciones las hacen oralmente los abogados y el juez dictamina oralmente sobre ellas. Al contrario, en el mundo del derecho civil incluso las preguntas que el juez hace a los testigos las hace basado en las preguntas que los abogados le sometieron por escrito. Donde persiste la práctica de tener a una persona que reciba las pruebas y llene el acta y otra decida el caso, obviamente hace más falta un procedimiento por escrito que un

procedimiento oral. La corriente hacia la inmediatez en los procedimientos civiles lleva consigo una tendencia a procedimientos orales y éstos son a su vez alentados por la tendencia hacia la concentración. Los estudiosos de los procedimientos civiles consideran estos tres asuntos relacionados entre sí y frecuentemente se encuentra uno en controversias en que la concentración, la inmediatez y el sistema oral son discutidos como componentes interrelacionados de los proyectos de reforma al código de procedimientos civiles.

Los observadores extranjeros frecuentemente se ven confundidos por el hecho de que en algunos países del derecho escrito las preguntas a los testigos las hace el juez más bien que los abogados o fiscales. Esto lleva un poco a la conclusión de que el juez del derecho civil determina cuáles preguntas deben hacerse y, al contrario de lo que sucede en el derecho consuetudinario, de hecho determina el fin y el alcance de la investigación. La gente habla de un sistema "inquisitorial" de presentación de pruebas en contraste con el sistema de juicio "adversario" del derecho consuetudinario. Esta nomenclatura se presta a muchas confusiones. De hecho el sistema que prevalece tanto en el derecho civil como en el derecho consuetudinario es el sistema "dispositivo", según el cual la determinación de los alegatos que deben tomarse en cuenta, de las pruebas que deben presentarse, de los argumentos que deben hacerse se deja casi enteramente a las partes. Los jueces en ambas tradiciones tienen ciertas facultades para hacer preguntas al testigo por su propia cuenta, pero los jueces del derecho civil en raras ocasiones ejercen esa facultad. El juez del derecho consuetudinario está más

inclinado a intervenir, pero generalmente lo hace sólo cuando los menores u otras personas incapacitadas están relacionadas con el caso o cuando parece evidente que existe un interés público que las partes no representan adecuadamente. En casos similares en las jurisdicciones de derecho civil el fiscal o un representante similar por ley debe participar en los procedimientos como representante del interés público. Pero éstos son casos excepcionales y en la gran mayoría de los litigios civiles en ambas tradiciones la regla es que las partes tienen considerables facultades para decidir lo que debe hacerse en los procedimientos. Cuando el juez del derecho civil hace preguntas al testigo lo hace por solicitud del abogado y generalmente limita su interrogatorio a lo que ya han preguntado los abogados.

La práctica de colocar al juez entre el abogado y el testigo, sin embargo, ilustra un poco más la falta tradicional de procedimientos orales en el derecho escrito. De ordinario el abogado que desea hacer preguntas a un testigo primero debe preparar un escrito de "artículos de prueba" que describe los asuntos sobre los que quiere preguntar el testigo. Estos artículos van tanto al juez como al abogado oponente con antelación a la audiencia en la que el testigo ha de ser interrogado. De esta manera el abogado oponente (y posiblemente también el mismo testigo) tienen antecedentes escritos de lo que va a suceder en la audiencia y puede prepararse para ella. Esta situación afecta profundamente las posiciones del abogado que pregunta y del testigo que responde en la audiencia y el hecho de que todas las preguntas que hace el abogado deben pasar en la audiencia a través del juez, refuerza este efecto. El procedimiento acostum-

brado de una sesión oral rápida e inmediata de preguntas y de repreguntas a los testigos en un juicio del derecho consuetudinario no existe en el sistema de procedimientos civiles del derecho escrito.

Una serie de factores explican las diferencias sustanciales en el código de pruebas entre el derecho civil y la tradición del derecho consuetudinario. Uno de los más importantes, repetimos, es el asunto del jurado. En las acciones civiles de las jurisdicciones del derecho consuetudinario la variedad de reglas de exclusión, reglas para determinar la admisión o no admisión de las pruebas presentadas tienen como explicación histórica primordial el deseo de impedir que el jurado sea confundido con pruebas no confiables. Una política alterna, la que mandaba que el jurado del derecho consuetudinario fuera advertido de la falta de confiabilidad de las pruebas, pero que se le permitiera después valorizarlas con base en dicha advertencia, ha sido rechazada uniformemente. Tales pruebas son excluidas completamente.

Reglas como éstas no existen en una jurisdicción del derecho escrito por causa de la ausencia de un jurado en las acciones civiles. Sin embargo, esto no quiere decir que las pruebas puedan introducirse libremente sin restricción en los procedimientos del derecho escrito. Al contrario, existen una serie de mecanismos restrictivos y de exclusión. Sin embargo, el origen de estas reglas y las funciones que desempeñan son diferentes de las reglas de exclusión en el derecho consuetudinario. Para entender estas reglas debemos retroceder primero hasta el sistema medieval de la "prueba jurídica".

La introducción del sistema de la prueba jurídica en los procedimientos judiciales fue un movimiento

civilizador importante en el derecho europeo. Vino a reemplazar a los juicios en batalla o a los juicios de Dios que eran los métodos comunes para decidir los litigios en el turbulento mundo feudal de principios del medioevo europeo. Aun cuando en nuestros días nos parezca arbitrario, burdo e injusto el sistema de la prueba jurídica, cuando se introdujo ejerció una gran influencia humanizadora en la administración de justicia y, por ende, significó un gran paso hacia adelante en el intento de convertir los procedimientos judiciales en investigaciones racionales de la verdad en los alegatos conflictivos. El juez del derecho civil, entonces, al igual que ahora, no era una persona muy poderosa. Sin embargo, como debía ser honesta no podría fácilmente resistir el soborno, el cohecho o las amenazas —en especial amenazas hechas por los ricos y por los poderosos—. Para que el sistema de la prueba jurídica pudiera funcionar tenía que proporcionar a los jueces algunos medios de evitar tales presiones. Los medios que se desarrollaron incluían un conjunto de reglamentación formal para sopesar los testimonios, un conjunto de reglas de exclusión y la institución de un juramento decisorio (esto es, un juramento que habría de decidir un asunto en disputa).

Las reglas que determinaban el valor que habría que darle a ciertas clases de testimonios operaban mecánicamente. Al tribunal se le exigía dar un valor determinado a los testimonios basándose en el número, en la condición, en la edad y en el sexo de los testigos. Para probar un hecho se necesitaba cierto número de testigos. El testimonio de los nobles, de los clérigos y de los terratenientes prevalecía sobre el de los comuneros, los legos y los que no tenían pertenencias. El testimonio de un anciano prevalecía sobre el

de un joven. El testimonio de las mujeres o era anulado o se le daba apenas un poco del valor del testimonio de un hombre. Estas reglas y otras similares para evaluar las pruebas en que a cada prueba se le daba un valor aritmético *a priori* (prueba entera, media prueba, un tercio de prueba y así sucesivamente), se basaban en lo que se consideraba experiencia común.

Las reglas de exclusión descalificaban a ciertas clases de personas para que no testificaran. Los grupos principales de tales personas eran las partes mismas, los parientes de las partes y las terceras personas interesadas. Su testimonio era considerado básicamente no confiable y, por ende, se excluía absolutamente. Aquí de nuevo la razón principal era probablemente proteger al juez débil contra la fuerza y la influencia indebidas y al juez venal contra el cohecho. Más que dejar al juez vulnerable ante las personas interesadas, el derecho lo protegía negando la admisión de todo testimonio de tales personas.

El juramento decisorio funcionaba de la manera siguiente: La parte A podía poner a la parte B bajo juramento en cuanto a un hecho en disputa que estuviese en conocimiento de la parte B. Si la parte B se rehusaba a jurar, el hecho entonces se tomaba decididamente como prueba en su contra. Si la parte B juraba, entonces era considerado como determinantemente probatorio en su favor. La compulsión que sentía la parte B contra un juramento en falso descansaba no sólo en las consecuencias religiosas de un falso juramento, sino también en su responsabilidad penal por perjurio.

La primera creación del jurado civil en Inglaterra frenó el desarrollo de algunas de estas restricciones

(y condujo a otras) sobre la presentación y valoración de pruebas en el derecho consuetudinario. Un grupo de legos era menos vulnerable a las amenazas de violencia u otras formas de influencia que un solo juez, particularmente si los jurados eran los "espías" de las partes, como lo requería el derecho consuetudinario. Consecuentemente no se sentía tan fuerte la necesidad de protección que el derecho escrito proporcionaba a sus jueces a través del sistema de la prueba formal. La necesidad de proteger al jurado contra testimonios indignos de confianza condujo no sólo a la descalificación de las personas interesadas como testigos, sino también a un conjunto de restricciones acerca de la admisibilidad de ciertos tipos de testigos calificados. El jurado como verificador de hechos llenaba las funciones encomendadas al juramento decisorio de dos modos: era un método efectivo para verificar los hechos y defendía al juez vulnerable de los peligros de la influencia de las partes para que calificara los hechos. De esta manera, aunque la institución del jurado civil desarrolló sus propias características formalistas, el sistema de la prueba formal y el juramento decisorio no pudieron lograr en el derecho consuetudinario la importancia que adquirieron en el Continente.

Huellas de estos mecanismos medievales aún existen en el mundo del derecho escrito. Las reglas mecánicas de la prueba jurídica evolucionaron hacia las deducciones absolutas del moderno derecho civil. En algunas jurisdicciones del derecho escrito las partes siguen siendo no aptas para testificar. El juramento decisorio sigue estando en vigor todavía en varios países (entre ellos Francia, Italia y España) aun cuando su uso es principalmente táctico. Sin embargo, en ge-

neral el movimiento para las reformas a los procedimientos ha tenido como objetivo lo que se llama "libre valoración de pruebas" por el juez. A tal movimiento le dio gran impulso el espíritu racionalista del periodo revolucionario, pero su confiabilidad se vio limitada por la general debilidad del juez civilista y por la desconfianza hacia los jueces generalizada entre los abogados del derecho civil escrito. Sin embargo, los encargados de los procedimientos en las jurisdicciones del derecho escrito en general consideraron la libre valoración de pruebas como el ideal hacia el que debería encaminarse la reforma.

Como regla general existe un derecho de apelación en las jurisdicciones del derecho escrito. "Apelación" tiene un sentido especial aquí que no es familiar en los Estados Unidos, donde se le considera como un método muy importante para corregir los errores de derecho cometidos por los tribunales de primera instancia. En la tradición del derecho escrito el derecho de apelación incluye el derecho de reconsiderar los alegatos de hecho y derecho. Aun cuando la tendencia común es considerar confiables las actas preparadas anteriormente como una base evidente para la reconsideración del caso, en muchas jurisdicciones las partes tienen el derecho de presentar nuevas pruebas a nivel de apelación. Se supone que el tribunal de apelación debe considerar todas las pruebas por sí mismo y llegar a la determinación independiente de cuáles son los hechos y cuál su importancia. También se le exige que prepare su propia opinión completamente razonada en la que examine tanto las cuestiones de hecho como de derecho.

Además de la apelación técnica, la parte insatisfecha tiene derecho a una audiencia ulterior ante un

tribunal más alto. En algunas jurisdicciones (por ejemplo, Francia e Italia) este procedimiento se llama recurso en casación; en otras (por ejemplo, Alemania) se le llama revisión. La función en ambos casos es similar: proporcionar una determinación autorizada y definitiva de los problemas legales relativos a un caso. El recurso en casación y la revisión, en otras palabras, se aproximan a las funciones típicas de los tribunales de apelación del derecho consuetudinario que ordinariamente restringen su consideración a nivel de apelación a problemas de derecho. Los recursos en casación y la revisión tienen un sabor un tanto diferente, sin embargo, debido a sus antecedentes históricos de donde se derivaron los tribunales que los emplean.

Se recordará de lo estudiado en el capítulo VII que las exageraciones de las ideologías revolucionarias negaban toda función interpretativa a los tribunales y que el Tribunal de Casación se estableció en Francia como un tribunal no judicial al que los tribunales debían enviar sus problemas de interpretación del derecho para relevar a la legislatura de la carga de tener que expedir interpretaciones legislativas autorizadas. Al pasar de los años, el tribunal de Casación llegó a ser reconocido no sólo en Francia, sino en todas las jurisdicciones que seguían el modelo francés. En esas jurisdicciones la Suprema Corte de Casación es el tribunal ordinario más alto y tiene la función de asegurar el cumplimiento exacto y la interpretación uniforme de la ley. A causa de un proceso algo diferente pero análogo, la institución de revisión se desarrolló en Alemania, Austria y Suiza. Aun cuando existen muchas diferencias importantes entre los recursos de revisión y de casación, estas instituciones cumplen una función similar. Un alto tribunal en la cúspide del

sistema judicial ordinario tiene la facultad de revisar las sentencias de los tribunales más bajos para determinar si han interpretado y aplicado correctamente la ley. Como en el caso francés, las cortes alemanas, suizas y austriacas son también responsables de asegurar la interpretación uniforme de la ley; en consecuencia, aun cuando teóricamente sus decisiones no los obligan a ellos mismos o a tribunales más bajos, la suya es la palabra decisiva acerca del significado que debe darse a las disposiciones jurídicas en todos los tribunales ordinarios.

Así, un litigante en una jurisdicción del derecho escrito tiene facultades un tanto más amplias de *impugnación directa* sobre una ejecutoria que la que tiene un litigante en una jurisdicción del derecho consuetudinario; tiene la facultad de apelar y de poder presentar nuevas pruebas en apoyo de su caso y tiene la facultad de pedir una nueva consideración de los hechos así como del derecho. Puede también tener facultades para interponer un recurso de casación o de revisión sobre cuestiones de derecho. Por el contrario, tiene una posibilidad sustancialmente más reducida de lograr una *impugnación colateral* efectiva sobre un fallo que la que tiene su colega en la tradición del derecho consuetudinario. (Una impugnación colateral es una objeción al cumplimiento de una ejecutoria que haya llegado a ser definitiva ya sea porque todos los recursos de apelación se hayan agotado o porque la oportunidad de apelación se haya perdido por prescripción.) Básicamente el asunto es de un relativo formalismo y aquí vemos el caso en que el sistema consuetudinario es un sistema más formalista. En el ámbito del derecho consuetudinario y particularmente en los Estados Unidos ciertos tipos de defec-

tos técnicos de procedimientos, aun cuando básicamente sean inocuos y remediabiles fácilmente en el curso ordinario del procedimiento, pueden tomarse efectivamente como defensas en contra de la ejecución de un fallo definitivo. La actitud del derecho civil es, en general, en el sentido de que las impugnaciones sobre las ejecutorias deben restringirse tanto como sea posible a impugnaciones directas y que las impugnaciones colaterales se limiten a los casos en que claramente aparece que los defectos de procedimiento fueron de tal índole que no pudieron corregirse en el curso del procedimiento mismo. De allí, por ejemplo, que una notificación de emplazamiento incorrecta es válida si logra su propósito de notificar al acusado de una acción entablada en su contra. Muchos defectos de procedimiento pueden ser impugnados por una parte sólo dentro de un breve periodo después de que el acto defectuoso ocurrió o después de que la parte se enteró del acto vicioso. De esta forma los defectos no impugnados inmediatamente se subsanan.

En general, no existen opiniones separadas a favor o en contra, incluso a nivel de apelación, en las jurisdicciones civilistas. Aun cuando existen excepciones, la regla general es unanimidad y anonimato. Incluso los votos no se anotan y se considera falta de ética en un juez el que haga notar que él había tomado una posición distinta de la anunciada en el fallo de la corte. Se ha desarrollado en los tribunales constitucionales de algunas naciones del derecho escrito una tendencia reciente a anotar los votos en contra y las oposiciones e incluso a publicar las opiniones en contra. Pero la actitud normal es que la ley es cierta y así debe aparecer y esa certeza se vería empañada si

se anotaran las disensiones y se publicaran las opiniones contrarias.

Otra diferencia fundamental entre las tradiciones del derecho escrito y del derecho consuetudinario se encuentra en los procedimientos de ejecución. Las jurisdicciones del derecho civil no tienen nada que pueda compararse a la noción del derecho consuetudinario llamada desacato civil al tribunal. En el capítulo VIII hicimos notar que en el derecho consuetudinario una persona podía ser obligada a actuar o a dejar de actuar mediante la amenaza de encarcelamiento o de multa por desacato al tribunal, es decir, por rehusarse a obedecer una orden del tribunal que se la dirigió a él como persona. Se dice comúnmente que existe un amplio radio de acción efectiva *in personam* en el derecho consuetudinario. El derecho civil, por contraste, no conoce el desacato civil al tribunal y tiende a operar sólo *in rem*. Esto quiere decir que sin importar el tipo de querrela que alguien tenga en contra de una persona, el único recurso de resarcimiento que tiene es obtener un juicio monetario contra ella. Las repercusiones de esta diferencia se remontan hasta el proceso jurídico afectando por ejemplo, la muy jurídica definición de un contrato. De acuerdo con la tradición del derecho escrito, una promesa que no puede ser convertida en dinero no crea una obligación jurídica; si la promesa no puede hacerse cumplir en términos monetarios no podrá hacerse cumplir en lo absoluto. La falta de facultad para actuar *in personam* también afecta todos los aspectos del procedimiento civil en la tradición del derecho civil. La facultad de obligar a expedir documentos, registros financieros y de otras pruebas y de someter a una parte o a sus propiedades a inspección es mu-



cho más débil que en la jurisdicción del derecho consuetudinario. Los recursos judiciales en los procedimientos civiles están restringidos casi enteramente a los recursos que pueden iniciarse contra las propiedades del acusado (por ejemplo, secuestro y venta de sus propiedades, entrega de una propiedad específica al quejoso o evicción de su propiedad) o a actos que puede realizar una tercera persona y que pueden ser cargadas al acusado (por ejemplo, destrucción de una estructura construida ilegalmente).

Si volvemos atrás a contemplar los dos sistemas de procedimientos civiles, empiezan a aparecer los lineamientos de dos ideologías un tanto diferentes: en el mundo del derecho consuetudinario el juez es una figura autorizada que administra un conjuntado mixto de derecho y equidad. (Deberá recordarse que el tribunal de equidad se originó como un tribunal de conciencia.) Las acciones tradicionalmente se desahogan en presencia de un jurado compuesto por un grupo de vecinos del quejoso y del acusado, quienes a lo largo de todo el proceso deben aceptar las actitudes y los valores prevalecientes de la comunidad. El juez tiene facultades de represión de contumacia civil que lo capacitan para ordenar a las personas que actúen o dejen de actuar y para castigarlas si se rehúsan. Todo el procedimiento está imbuido de un sabor moralista. Las partes desempeñan sus propios papeles ante el juez-padre y el vecino-jurado. En la tradición del derecho escrito, por el contrario, un juez es un importante servidor público, pero le falta todo lo que pueda compararse con la figura autoritaria y paternal del juez del derecho consuetudinario. Las partes y los testigos pueden desobedecer sus órdenes con menos temor de represalias serias. No

existe un jurado de vecinos que observen el caso aprobándolo o desaprobándolo. La tradición del derecho civil está mucho más secularizada, es menos moralista y es mucho más inmune a la ética del tiempo y del lugar.

Esta diferencia básica en una consideración general puede quedar ilustrada en forma dramática por la ley de daños y perjuicios. En el mundo del derecho consuetudinario no vemos nada extraordinario en fallar en acciones civiles contra los acusados cuyas conductas parecen maliciosas o gravemente negligentes, sanciones penales por daños, reparación de daños múltiples y de los llamados daños generales (es decir, daños por encima de los probados). En la tradición del derecho civil, sin embargo, tales sentencias rara vez podrá obtenerlas un quejoso en los procedimientos civiles. La línea entre lo civil y lo penal está trazada más definitivamente y las acciones moralmente reprobables (esto es, dolosas o gravemente negligentes) son asuntos de derecho penal más que de derecho civil. Como regla general, en un juicio contencioso civil el resarcimiento del quejoso se limita a la compensación de la pérdida que sufrió. Si el fallo de la comunidad debe recaer en el acusado por cuestiones morales en sus acciones, deberá rendirse a través de un proceso penal donde el acusado estará protegido contra la imposición arbitraria o exagerada de penas por el principio de derecho penal que dice que ninguna pena debe imponerse por algo que no fue definido jurídicamente como delito en la época en que la acción ocurrió. Y, como es cierto generalmente del derecho penal en las naciones occidentales, las sanciones establecidas en tales casos se limitan a las establecidas en los estatutos.

## XVII. PROCEDIMIENTO PENAL

AUN CUANDO la revolución afectó profundamente toda la tradición del derecho escrito, sus efectos se pueden observar más claramente en el derecho público. Y dentro del campo del derecho público buena parte de las críticas al *ancien régime* y de la exigencia de una reforma tendieron a concentrarse en el campo del procedimiento penal. Entre los escritores y filósofos del siglo XVIII que contribuyeron a la ideología de la revolución, la mayoría tenía algo que decir acerca del lamentable estado del derecho penal y del procedimiento penal. El comentarista más importante en este campo fue Cesare de Beccaria, cuyo *Tratado de los delitos y las penas* apareció explosivamente en la escena europea en 1764 y desde entonces se convirtió en la obra más influyente en el procedimiento penal en la historia occidental.

El derecho penal sustantivo en los países de derecho escrito capitalistas y occidentales no difiere mucho del de los países del derecho consuetudinario. Los mismos actos se consideran delictuosos y los mismos enfoques generales de las penas se discuten y debaten por todo el ámbito de la cultura occidental. Sin embargo, existen diferencias operativas importantes en el procedimiento penal y causa admiración el grado en que la reforma revolucionaria del procedimiento penal refleja las causas y efectos del periodo revolucionario en la tradición del derecho civil. Podemos ilustrar este punto examinando la tesis principal y la organización del libro de De Beccaria.

Comienza por establecer el principio de *nullum*

*crimen sine lege y nulla poena sine lege*. Como lo dice el mismo De Beccaria: "Sólo las leyes concretas pueden determinar el castigo de los delitos; y la autoridad para crear leyes penales puede residir sólo en el legislador quien representa a toda la sociedad unida por el conglomerado social." Así pues, según De Beccaria, los delitos y las penas pueden ser establecidas solamente por la ley y por ley quiere decir estatuto. De Beccaria pasa luego a estudiar la interpretación de la ley. Su opinión es que "los jueces en casos penales no tienen derecho a interpretar el derecho penal porque no son legisladores". Más adelante dice: "Los desórdenes que pueden originarse debido a una observancia rigurosa de la letra del derecho penal no deben ser comparados a los producidos por la interpretación del mismo... Una vez que se ha promulgado un código debe ser observado en sentido literal y al juez no le queda sino determinar si un acto se ajusta o no se ajusta a la ley escrita." En el mismo párrafo, al hablar de los jueces, se refiere al "despotismo de esa caterva de tiranos". Más adelante, en el capítulo relativo a la oscuridad de la ley, dice: "Si la facultad de interpretar la ley es dañina, la oscuridad de ella debe serlo también, pues lo primero es consecuencia de lo último. Este daño puede ser aún mayor si las leyes son escritas en un lenguaje desconocido para la gente, quienes, al no conocer las consecuencias de sus propios actos, llegan a depender necesariamente de unos cuantos intérpretes de la ley que en vez de ser pública y general se vuelve así privada y particular." De Beccaria pasa a establecer después dos principios básicos. El primero es que debe haber una proporción entre los delitos y sus penas de modo que los delitos más graves sean castigados más

severamente. El segundo es que las penas deben imponerse imparcialmente a los criminales sin atender a su alcurnia, a su posición social o a su riqueza.

El lector podrá observar la similitud de estas anotaciones con las características generales de la tradición jurídica revolucionaria descrita en el capítulo III. Están afectadas con el positivismo de estado, de racionalismo y de la teoría de los derechos del hombre según la anunció la escuela del derecho natural laico. Principios similares a los definidos por De Beccaria afectaban, al mismo tiempo, la evolución del procedimiento penal en el mundo del derecho consuetudinario. Sin embargo, una diferencia era el acento que se ponía en estos principios o quizás la exageración de los mismos en Europa como resultado de la Revolución Francesa y el efecto de esa revolución en las ideas acerca del derecho y del estado en el mundo del derecho escrito. De allí que incluso en nuestros días exista un acento más pronunciado en las jurisdicciones del derecho escrito sobre el principio de que todo delito y toda pena deben estar tipificados en un estatuto puesto en vigor por la legislatura. Para un abogado del derecho escrito los tribunales del derecho consuetudinario parecen violar este principio diariamente cuando establecen sanciones penales, reparación de daños múltiples o de daños generales en acciones civiles, cuando condenan a los individuos de delitos "comunes" y cuando castigan sumariamente a alguien por desacato. Otra diferencia importante entre las dos tradiciones es el reciente movimiento hacia la reforma de la penología en el mundo del derecho escrito. Bajo la influencia de De Beccaria y sus sucesores, la pena de muerte quedó abolida en Toscana en el siglo XVIII y reformas fundamentales tendientes a imponer penas

menos drásticas para delitos menores tuvieron lugar por toda Europa mucho antes que tales reformas se efectuaran en la Gran Bretaña y en los Estados Unidos.

Es obvio que la insistencia en los principios de legalidad (que no haya un delito o una pena sin un estatuto promulgado por la legislatura) junto con el deseo de que tales estatutos estén escritos, como parte de un esquema racional, en un lenguaje que puede ser leído por los ciudadanos, deben conducir a la codificación del derecho penal. De hecho, el primer objetivo de la codificación en la Francia revolucionaria era el derecho penal y efectivamente durante la revolución se escribió un código penal. Si existe un caso para codificación, existe mucho más claramente en los campos del derecho y procedimientos penales. Pero una vez que el caso ha servido para el derecho penal, fácilmente se extiende a otros campos, particularmente en la tradición jurídica donde los jueces no son personas confiables y la legislatura representativa es una heroína. Eso, como hemos visto, fue lo que sucedió en todo el periodo revolucionario en el mundo del derecho civil.

Una de las comparaciones más comunes que suelen oírse acerca del procedimiento penal en las dos tradiciones es que el procedimiento penal en la tradición del derecho escrito es "inquisitorial", mientras que en derecho consuetudinario es "acusatorio". Aunque esa generalización es imprecisa y conduce a error si se aplica a los sistemas de procedimientos penales contemporáneos, tiene, sin embargo, cierta validez dentro de su contexto histórico. En un sentido puede decirse que la evolución del procedimiento penal en los últimos dos siglos en el ámbito del derecho escrito

se ha salido de sus márgenes y abusa del sistema inquisitorial, y que la evolución del derecho consuetudinario durante el mismo periodo se ha apartado de los abusos y de los excesos del sistema acusatorio. Los dos sistemas, en otras palabras, convergen de diferentes direcciones hacia sistemas mixtos de procedimientos penales aproximadamente equivalentes.

Consideremos en primer lugar el sistema acusatorio que generalmente los antropólogos lo ven como el primer sustituto de la venganza privada creado por una sociedad primitiva, pero en evolución. En tal sistema la facultad de instituir una acción reside en la persona agraviada que es el acusador. El mismo derecho de acusación se extiende en seguida a sus parientes y según se va desarrollando el concepto de solidaridad social y la necesidad de protección al grupo, el derecho de acusación se extiende a todos los miembros del grupo. Se nombra un funcionario para que presida, escuche y reciba las pruebas, para que tome una decisión y para que sentencie; sin embargo, no tiene la facultad de instituir una acción o de determinar las preguntas que deban hacerse o las pruebas que deban presentarse y no tiene facultades inherentes de investigación. Estos asuntos quedan en manos del acusador y del acusado. El juicio penal es un encuentro entre el acusador y el acusado con el juez como árbitro. El procedimiento tiene lugar pública y oralmente y no está precedido por ninguna investigación oficial (por ejemplo judicial o policiaca) ni por una preparación de las pruebas.

El sistema inquisitorial representa un paso adicional a lo largo del sendero de la evolución social desde el sistema de venganza privada. Sus principales características incluyen en primer lugar la atenuación o

eliminación de la figura del acusador privado y la atribución de ese papel a funcionarios públicos; en segundo lugar, la conversión del juez de árbitro imparcial en un activo inquisidor con la libertad de buscar pruebas y de controlar la naturaleza y los objetivos de la inquisición. Además, la igualdad relativa de las partes, que es un atributo del sistema acusatorio en que dos individuos discuten frente a un árbitro imparcial ha sido alterado drásticamente. En este caso el litigio está entre un individuo (el acusado) y el estado. Históricamente los procedimientos inquisitoriales han tendido a ser secretos y escritos más que públicos y orales. El desequilibrio resultante de facultades combinado con el carácter secreto de un procedimiento escrito crean el peligro de un sistema opresivo en el que los derechos del acusado pueden ser pisoteados fácilmente. El caso de triste memoria más familiar para nosotros en el mundo del derecho consuetudinario es la Cámara de la Estrella que básicamente era un tribunal de inquisición.

La Cámara de la Estrella fue, sin embargo, excepcional en la tradición del derecho consuetudinario. Históricamente este sistema tuvo una naturaleza ante todo acusatoria y la temprana evolución del jurado como un participante necesario en el procedimiento penal, en Inglaterra, tendió a impedir todo movimiento exagerado hacia excesos como los del sistema inquisitorial del Continente. Si un jurado debía tener la facultad de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado, los procedimientos tenían que ser necesariamente orales y desarrollarse en presencia del jurado. Aunque llegó a ser una regla desde el principio del desarrollo del juicio penal inglés que el acusador no empleara ni pagara al fiscal, el fiscal público

sólo vino a quedar incluido en el derecho consuetudinario muy tardíamente. Aun en nuestros días en Inglaterra un miembro de la profesión puede solicitar representar el interés público en un proceso penal y se le pagará de los fondos públicos. La creación de una fuerza policiaca profesional y de un fiscal público para investigar la comisión de delitos, para reunir pruebas, para que tuvieran la autoridad de seguir un juicio y conducir el proceso penal en bien del estado, son innovaciones relativamente recientes en el mundo del derecho consuetudinario. En efecto, representan un cambio del sistema acusatorio hacia el sistema inquisitorial. Pero la naturaleza pública del juicio, sus procedimientos orales, la existencia de un jurado y las limitaciones en la facultad del juez se combinan todas para perpetuar algunas de las características más deseables del sistema acusatorio. El resultado es una especie de procedimiento penal mixto.

En el ámbito del derecho escrito, el movimiento hacia los extremos del modelo inquisitorial se vio estimulado por el renacimiento del derecho romano, por la influencia de los procedimientos canónicos y, lo más importante, por el nacimiento del estatismo. La acción penal era una acción del estado contra el individuo. Los procedimientos eran escritos y secretos. El acusado no tenía derecho a conseguir un abogado. Podía exigírsele que testificara bajo juramento y la tortura era procedimiento común para obligar a testificar y para presentar pruebas. El juez no estaba limitado al papel de árbitro imparcial, sino que desempeñaba un papel activo en los procedimientos y determinaba su finalidad y naturaleza. El príncipe como personificación del estado tenía la facultad de castigar y perdonar y no estaba restringido por nin-

guna regla contra leyes *ex post facto*, por principios de igualdad de trato a los individuos o por lo que podríamos llamar ahora consideraciones de simple humanidad y justicia.

Como resultado de la obra de De Beccaria y otros en el siglo xviii, el sentimiento público contra los abusos del procedimiento penal fue tomando fuerza y la reforma del procedimiento penal llegó a ser uno de los principales objetivos de las revoluciones europeas. Los reformadores de aquel tiempo apuntaron hacia el procedimiento penal de Inglaterra como ejemplo de un sistema justo, democrático y pedían que se hiciera una reforma de sus propios procedimientos penales siguiendo los lineamientos del derecho consuetudinario. Entre las demandas más importantes que se hicieron estaban: 1) la institución del jurado, 2) la implantación de un procedimiento público oral en vez de un procedimiento escrito y secreto, 3) el establecimiento del derecho del acusado para ser defendido, 4) la restricción de las facultades inquisitoriales del juez, 5) la abolición del requisito de que el acusado debía testificar bajo juramento y 6) la abolición de la intervención arbitraria del soberano en los procedimientos penales ya fuera para imponer penas o para conceder perdón.

En el fervor de la Revolución Francesa se intentó abolir el procedimiento penal del antiguo régimen y sustituirlo con un procedimiento enteramente nuevo basado en el modelo inglés. El fracaso del intento de sustituir una tradición extranjera por una autóctona fue pronto evidente y se suscitó con ello una contrarrevolución en el procedimiento penal en Francia. Lo que resultó de allí fue un sistema mixto compuesto en parte por elementos de las épocas prerrevolucio-

narias y en parte por las reformas impuestas después de la Revolución.

El proceso típico penal en el mundo del derecho escrito puede considerarse como dividido en tres fases básicas: la fase de investigación, la fase de examen y la del juicio. La fase de investigación está a cargo de un fiscal público que también participa activamente en la parte examinadora, que es supervisado por el juez examinador. La fase examinadora es principalmente escrita y no pública. El juez examinador controla la naturaleza y la finalidad de esta fase del procedimiento. Se espera que investigue a fondo la materia del caso y que prepare un acta completa de modo que cuando la etapa de examen esté terminada todas las pruebas importantes estén en el acta. Si el juez examinador concluye que se cometió un delito y que el acusado es el que lo cometió, entonces el caso se va a juicio. Si dictamina que no hay delito o que el delito no fue cometido por el acusado, el asunto no se lleva a juicio.

De una manera muy general se puede decir que el progreso principal hacia un procedimiento penal más justo y humano en Europa en el último siglo y medio ha sido realizado gracias a las reformas de las fases de investigación y examen del procedimiento penal. Estas reformas han sido de dos clases principales. Primera, no se ha omitido ningún esfuerzo para desarrollar un cuerpo de fiscales que actúen imparcial y objetivamente. Por ejemplo, en Italia los fiscales son ahora miembros del cuerpo judicial y tienen su puesto asegurado; en consecuencia, se ven libres de influencias similares a las que tienen que soportar los jueces. En segundo lugar, se ha desarrollado una serie de procedimientos de salvaguarda para ayudar al acu-

sado a proteger sus propios intereses durante la fase examinadora. Entre éstos el principal es el derecho del acusado a ser representado por un abogado a lo largo de esta fase del procedimiento. Esto no quiere decir que el abogado del acusado tenga una facultad irrestricta para repreguntar a los testigos o para presentar pruebas en favor de su cliente. La fase examinadora todavía es conducida por un juez. El abogado del acusado puede, sin embargo, participar en los procedimientos de modo que pueda proteger los intereses de su cliente trayendo ciertos asuntos a la atención de la corte y dando consejo a su cliente en cuanto a la manera de responder según avance el proceso.

Como consecuencia de la naturaleza de la fase examinadora del proceso penal, el juicio mismo es diferente en naturaleza del juicio en el derecho consuetudinario. Las pruebas ya han sido presentadas y se ha levantado el acta, misma que queda disponible para el acusado y su abogado al igual que para los acusadores. La función del juicio es presentar el caso al juez del juicio y al jurado y permitir al fiscal y al abogado del acusado que presenten sus alegatos. Por supuesto, es también un acontecimiento que por su misma calidad de público tiende a limitar la posibilidad de una acción gubernamental arbitraria. Con frecuencia nos encontramos dos falsas consideraciones muy comunes acerca del procedimiento penal en el ámbito del derecho escrito. Una es que no hay presunción de inocencia; la otra es que no existe el derecho a un juicio con jurado. Puede demostrarse que tal como se presentan son falsas. Aun cuando la naturaleza precisa de la presunción y el grado en que sirve para proteger al acusado varían dentro del ámbito del derecho escrito, puede decirse que una pre-

sunción jurídica de inocencia sí existe en muchas jurisdicciones del derecho escrito. En las que no existe como una regla formal de derecho, sí se encuentra algo muy parecido proveniente de la fase examinadora del proceso penal, donde la naturaleza del juez examinador y la judicialización de la función del fiscal tienden a impedir el juicio de personas que probablemente no sean culpables. La suposición común de que no existe derecho a un jurado en el mundo del derecho civil es simplemente contraria a la realidad. El jurado o su equivalente funcional en una institución establecida desde las reformas del periodo revolucionario. Puede no tener uso para muchas clases de agravios (incluso en algunos estados norteamericanos para algunos casos de delitos menores no se permite un juicio con jurado), puede no estar compuesto por doce personas, frecuentemente ha de tomar la forma de consejeros no comprometidos que se sientan junto al juez, e incluso en los casos en que parece asemejarse a los nuestros, no tendría que rendir un veredicto unánime de culpabilidad para que el acusado pueda ser condenado. Éstas son diferencias importantes, especialmente cuando se acumulan, entre nuestro concepto de un jurado y el de ellos. Pero ahí queda el hecho de que el jurado es toda una institución establecida en los procedimientos penales de las jurisdicciones del derecho escrito.

Para quienes se preocupan de la relativa justicia de los dos sistemas, es instructiva la aseveración hecha por un eminente juriconsulto después de largo y cuidadoso estudio: dijo que si fuera inocente, preferiría ser juzgado por un tribunal del derecho escrito; pero que si fuera culpable, preferiría ser juzgado por un

tribunal del sistema consuetudinario. En efecto, éste es un juicio de que los procedimientos penales en el ámbito del derecho escrito probablemente pueden distinguir con mayor precisión entre un inocente y un culpable.

## XVIII. DERECHO PÚBLICO

EL DERECHO constitucional y el derecho administrativo forman el contenido básico de lo que se llama derecho público en las jurisdicciones del derecho escrito. El derecho constitucional es el derecho que gobierna la organización y operación del estado. El derecho administrativo es el que gobierna la organización de la rama administrativa del gobierno y las relaciones de la administración con la legislatura, el poder judicial y el público.

Al comienzo de este libro, especialmente en los capítulos III y IV, examinamos la naturaleza del estado típico centralizado que apareció en Europa entre los siglos XV y XVIII y floreció en las revoluciones occidentales. Ésta fue el moderno Estado-nación (seglar, positivista, soberano, externo e internamente, un estado cuyo poder ejercían las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del gobierno). Entre éstas, la legislatura representativa era el poder supremo; la legislatura controlaba la acción ejecutiva y judicial. Tanto la acción legislativa como la ejecutiva eran inmunes contra revisiones e interferencias judiciales.

Buena parte del desarrollo del derecho público en el ámbito del derecho civil, desde el periodo revolucionario, puede considerarse como un movimiento fuera de los extremos de este modelo. Hay muchos aspectos fascinantes e interrelacionados en este movimiento de los cuales examinaremos aquí solamente dos: la tendencia hacia constituciones rígidas y la revisión de la constitucionalidad de la legislación por un lado, y el desarrollo de los procesos de revisión de

la acción administrativa (frenando así las facultades administrativas excesivas) por el otro.

En el capítulo XIII examinamos brevemente cómo se logró la solicitud de revisión de la legalidad de la acción administrativa. La amplia desconfianza en el poder judicial, la imagen tradicional del juez y de la función judicial y el principio de la separación de poderes convirtieron tal revisión por el poder judicial ordinario en solución inaceptable. Además, la insistencia en que los jueces ordinarios no deben ser legisladores en ningún sentido condujo al rechazo de la idea de que las primeras decisiones judiciales pudieran ser pauta para las acciones judiciales futuras incluso con respecto al mismo acto administrativo. La ausencia de un principio tal habría de convertir a la revisión judicial de la legalidad de la acción administrativa en algo relativamente ineficaz. Un tribunal que no estaba obligado por sus propias decisiones o por las anteriores de otro tribunal y que consiguientemente podía tomar una decisión que sólo obligara a las partes en el caso que se le había presentado era inadecuada para el propósito de mantener la acción administrativa dentro de límites aceptables. Era necesario un método aceptable para decidir erga omnes—de modo que tuviera efectos generales y no limitados a las partes— sobre la legalidad de la acción administrativa en cuestión.

El dar tales facultades a los tribunales ordinarios habría así requerido abandonar una serie de nociones básicas y muy arraigadas respecto a la adecuada organización y operación del estado y a la naturaleza y funciones de los tribunales ordinarios. Como ya hemos visto, la solución adoptada en Francia y consiguientemente en gran parte del ámbito del derecho

*Para todos los hombres*



escrito era establecer un tribunal separado dentro de la administración. En otras naciones, incluso Alemania, el mismo resultado se obtuvo estableciendo un sistema separado de tribunales administrativos. Aun cuando existen muchas diferencias importantes entre los dos enfoques tipificados por las soluciones francesa y alemana, ambos llegaron a los mismos requisitos básicos. Primero, la revisión de la legalidad de una acción administrativa se mantuvo fuera del alcance de los tribunales judiciales ordinarios y se mantuvo el principio de separación de los poderes. Segundo, a una decisión de que un acto administrativo era ilegal y, por lo tanto, sin efecto podía dársele un efecto *erga omnes* sin introducir el principio de *stare decisis* en el sistema de justicia administrada por los tribunales ordinarios. Aun cuando hay una gran variedad en las formas en que cada nación que sigue la tradición del derecho escrito ha creado sus sistemas de revisión de la legalidad administrativa, el modelo básico descrito aquí es el que predomina.

Cuando se pasa al problema de revisar la constitucionalidad de la legislación, sin embargo, las cosas se vuelven más complicadas. Las dificultades que se encuentran constantemente al tratar de establecer un sistema efectivo de control generalmente son similares en todo el ámbito del derecho escrito; pero el movimiento hacia su resolución definitiva no ha avanzado tanto como el de la revisión de la legalidad de la acción administrativa. Existe un claro movimiento hacia la limitación de la supremacía legislativa, pero el paso de este movimiento y el alcance de las soluciones adoptadas varía de una nación civilista a otra.

La supremacía legislativa y una constitución flexible son conceptos que van juntos. Si la voluntad

expresa de la legislatura representativa debe tener fuerza de ley y si el acto legislativo no está sujeto a control judicial o ejecutivo, entonces el paso lógico siguiente es concluir que una ley ordinaria puede prevalecer sobre una disposición constitucional conflictiva. Esto no quiere decir que la Constitución pierda toda fuerza como ley básica estableciendo una estructura gubernamental y dictando leyes que controlen y limiten los actos gubernamentales. La legislación propuesta en una nación de Constitución flexible todavía será adoptada, por lo común, dentro de los límites establecidos por la interpretación constitucional en boga y una proposición que trascienda estos límites provocará consideraciones especiales de política legislativa. Cuando se presente un conflicto entre una disposición constitucional y un estatuto sin una consideración consciente de la legislatura, la tendencia de los tribunales será interpretar la disposición y el estatuto de manera que se deseche el conflicto. De esta y de otras maneras, incluso una Constitución flexible, tiene su propia naturaleza especial y *constitucional*.

Una Constitución flexible, y no hay por qué sorprenderse, es muy diferente de una Constitución rígida. Sin embargo, aquí hay que distinguir entre una Constitución formalmente rígida y una funcionalmente rígida. Las constituciones formalmente rígidas, de las que existen muchas en el mundo del derecho civil, especifican limitaciones al poder legislativo y establecen requisitos especiales para las enmiendas constitucionales, pero no establecen normas para poner en vigor esta reglamentación. Los tribunales ordinarios están, de acuerdo con la teoría prevaleciente, totalmente descalificados respecto a intervenir en el proceso legislativo. Los tribunales administrativos pue-

den fallar sobre la validez solamente de actos administrativos, no de actos legislativos. Formalmente la legislatura está restringida por la Constitución, pero no existe un órgano gubernamental autorizado para decidir si la legislatura se excedió en sus facultades. En un sistema funcionalmente rígido existe y opera un órgano como ése.

El ejemplo original, y todavía arquetipo, de un sistema constitucional funcionalmente rígido es el de los Estados Unidos. Los sistemas constitucionales que aparecieron en todo el ámbito del derecho escrito en los siglos XVIII y XIX en ocasiones eran rígidos y a veces flexibles. Sin embargo, ninguno de ellos incluía esquemas funcionales para revisar la constitucionalidad de la legislación. La historia del desarrollo constitucional en la tradición del derecho escrito, desde la revolución, ha sido la de un movimiento gradual hacia sistemas de constituciones funcionalmente rígidas. Sin embargo, por muy diversas razones los métodos de revisar la validez constitucional de la acción legislativa adoptada en las naciones del derecho escrito han sido muy diferentes de los usados en los Estados Unidos.

El movimiento hacia el constitucionalismo en la tradición del derecho escrito puede verse como una reacción lógica contra los extremos de la concepción laica y positivista del estado. Durante el periodo del *jus commune* y antes de la Reforma, la autoridad de la Iglesia y de los escritos de los legistas del derecho natural católico acerca del gobierno y del individuo proporcionó una serie de ideas y de valores que ejercieron cierta influencia restrictiva sobre la autoridad del príncipe y de los funcionarios gubernamentales. Muchas de estas ideas tuvieron profundo

arraigo en el *jus commune* mismo. Pero con la Reforma la autoridad de la Iglesia y del derecho natural católico romano declinaron. Con el desarrollo del Estado-nación el *jus commune* vino a ser un sistema subsidiario, inferior al derecho nacional. Al mismo tiempo el acento que dentro del derecho natural laico se ponía en una legislatura representativa y elegida popularmente y en la separación de poderes, combinado con el anhelo revolucionario de limitar las facultades de los jueces, condujo a exagerar la autonomía legislativa. Las antiguas restricciones sobre el gobierno fueron levantadas y en el nuevo estado positivista la legislatura representativa desempeñó una función excesiva y se sintió animada a ser el único juez de la legalidad (en cuanto opuesta a la aceptabilidad política) de sus propias acciones. En cierto sentido, la tendencia hacia constituciones funcionalmente rígidas, con garantías de los derechos civiles contra acciones legislativas "injustas", puede verse como un proceso de "codificación del derecho natural", por un lado para llenar el hueco que dejó el rechazo del derecho natural católico romano y el del *jus commune*, y por el otro para desinflar la hinchada figura de la legislatura que se originó en el periodo revolucionario.

Un deseo de revisar la constitucionalidad de la acción legislativa necesariamente conduce a instituir la revisión *judicial*. Al contrario, las nociones fundamentales acerca de la separación de poderes y de la naturaleza y limitación de la función judicial en la tradición del derecho escrito convierten a la revisión constitucional, hecha por el poder judicial ordinario, en una alternativa inaceptable. El rechazo del principio de *stare decisis* limita aún más el atractivo de la revisión judicial (ordinaria). Los problemas cons-

titucionales son de una importancia tan profunda que parece necesario más bien decidirlos autoritariamente con efectos *erga omnes*, que aceptar los riesgos de sentencias contradictorias en los diferentes tribunales que tienen casos similares, o incluso en un mismo tribunal. Sin embargo, las naciones del derecho civil no pueden aceptar que las sentencias de los tribunales ordinarios tengan autoridad de ley. Consiguientemente el sistema, familiar para los ciudadanos de los Estados Unidos, en que todos los tribunales a cualquier nivel de jurisdicción tienen la facultad de fallar en problemas constitucionales con efectos *erga omnes*, ha sido generalmente rechazado en el ámbito del derecho escrito. Incluso donde ciertas facultades de revisión judicial han sido concedidas a los tribunales, como en algunos países de América Latina, la tendencia ha sido concentrar esta facultad en una suprema corte más que desparramarla por encima de todo el sistema judicial. Esto no elimina la posibilidad de fallos conflictivos sobre la constitucionalidad de la legislación, pero sí la reduce. La Suprema Corte de Chile, por ejemplo, es el único tribunal chileno con facultades para revisar la constitucionalidad de la legislación chilena. Este tribunal puede decidir de manera diferente en casos similares, pues Chile rechaza el principio de *stare decisis*, pero no es probable que lo haga a no ser que esté convencida de que existen razones muy poderosas para rechazar sus fallos anteriores.

Las maneras como las demandas de revisión constitucional de la legislación han ido tomando carta de ciudadanía dentro de la tradición del derecho escrito varían ampliamente aun cuando es evidente una tendencia hacia el establecimiento de cierta forma de

revisión constitucional. No es para sorprenderse que encontremos en Francia, fuente tradicional de la tesis fundamental sobre la separación de poderes y de la función de los tribunales, un sistema de revisión no judicial. El órgano que lleva a cabo esta función se llama Consejo Constitucional. Este cuerpo está compuesto por todos los anteriores presidentes franceses y nueve personas más, tres de las cuales son elegidas por el Presidente de Francia, tres por el Presidente de la Cámara de Diputados y tres por el Presidente del Senado. Antes de la promulgación, ciertas categorías de leyes deben, y otras pueden, ser enviadas por el Ejecutivo o por la Legislatura para que fallen acerca de su constitucionalidad. El Consejo debe dar una respuesta dentro de cierto plazo después de deliberaciones secretas donde no hay un procedimiento contencioso, no hay partes, no hay audiencia oral y no hay ningún otro tipo de procedimiento judicial. Si el consejo encuentra que las leyes en cuestión son inconstitucionales, éstas no podrán ser promulgadas a no ser que la Constitución sea enmendada adecuadamente. La composición y el procedimiento de este Consejo pone de manifiesto su naturaleza no judicial. Su función parece más un paso adicional en el proceso legislativo que en el judicial y es común caracterizar este tipo de revisión constitucional como un acto político más que judicial.

Sin embargo, la más fuerte tendencia contemporánea en el mundo del derecho civil se orienta hacia la institución de una forma de revisión judicial. Podemos muy bien empezar a entender esta tendencia examinando otra distinción importante en la doctrina constitucional: la que existe entre la validez sustantiva de la legislación y la validez formal de la misma.

La cuestión de la validez formal está en si el legislador ha observado las normas establecidas por los estatutos y la Constitución para regular la forma y el procedimiento del proceso legislativo —normas tales como las de los debates en las cámaras, la votación y promulgación—. Las cuestiones de la validez sustantiva se fincan en la compatibilidad del espíritu de la ley con las disposiciones constitucionales que protegen los derechos de los individuos y de las dependencias y funcionarios gubernamentales. (Podrá notarse que esta distinción entre validez formal y validez sustantiva, aunque clara conceptualmente, es difícil de mantener en la práctica. Pero éste es un tema para otro libro.)

Puede afirmarse que un estatuto formalmente defectuoso no es un estatuto y, por tanto, no se acepta como parte de “la ley” que los jueces tienen la obligación de aplicar en los casos que se le presentan. Si de acuerdo con este razonamiento, la legislatura no ha seguido las normas establecidas para el proceso legislativo, el producto terminado no es legislación y por tanto, no necesita ser aplicado por el tribunal. Incluso en una jurisdicción con una Constitución flexible, de acuerdo con esta manera de pensar, la legislatura debe observar los reglamentos formales en vigor para poder promulgar estatutos válidos. Si la legislatura desea cambiar los reglamentos que gobiernan el proceso legislativo, debe hacerlo directamente mediante un estatuto promulgado para este efecto más que mediante un acto implícito. Al mismo tiempo, entre las miradas más ortodoxas, incluso el examen de la validez de la legislación, sobrepasa las facultades judiciales y viola el principio de la separación de poderes. En la Francia revolucionaria esta posición tuvo apoyo

muy decidido, pero la tendencia a conceder a los tribunales ordinarios la facultad de revisar la validez formal de la legislación se ha ido haciendo cada vez más fuerte. La doctrina prevaleciente en general ha llegado a esta posición aun cuando todavía reconoce la facultad de la legislatura para corregir las disposiciones *sustantivas* de una Constitución flexible simplemente promulgando una ley que se oponga a ella.

Sin embargo, en el caso de una Constitución rígida, una legislación conflictiva es por definición incapaz de corregir las disposiciones constitucionales. Se requiere un proceso directo de reforma, generalmente más engorroso y difícil que un proceso legislativo ordinario. En presencia de tal constitución podría plantearse una acción decidida para dar a un tribunal ordinario la facultad de revisar la validez sustantiva de la legislación. Una ley que entra en conflicto con una disposición sustantiva constitucional, se razona, realmente no es válida porque sobrepasa las facultades de la legislatura y, por tanto, no debe ser aplicada por la Corte. Ésta es la base teórica de la revisión de la constitucionalidad en los Estados Unidos, tal como se estableció en el famoso caso de *Marbury vs. Madison*, y ha sido adoptada también en unos cuantos países de derecho escrito de América Latina.

La tendencia hacia la revisión judicial de la constitucionalidad en el mundo del derecho escrito ha sido fuerte, especialmente en este siglo. En general puede decirse que la experiencia con la revisión en los tribunales ordinarios, incluso donde está concentrada en una suprema corte, no ha sido alentadora. Para un juez del derecho escrito la tendencia ha sido abstenerse de aceptar la responsabilidad y la oportunidad de sentenciar lo constitucional. La tradición es dema-

siado fuerte, la concepción ortodoxa de la función judicial está demasiado profundamente arraigada, los efectos de la educación jurídica tradicional y el adiestramiento en una carrera específica son demasiado limitados. La revisión judicial concentrada en una Suprema Corte ha existido en Chile durante cuarenta años, pero solamente se han encontrado unos cuantos estatutos inconstitucionales durante ese tiempo y por cierto en casos de menor importancia. Los jueces han tenido la facultad de revisión constitucional durante dos décadas en Japón, pero la Suprema Corte japonesa todavía no ha encontrado un estatuto promulgado por el Parlamento japonés que sea anticonstitucional. Los ejemplos podrían multiplicarse. Este tipo de experiencia, además de la tradicional desconfianza hacia los jueces ordinarios en el mundo del derecho escrito, la fuerza de la doctrina de la separación de poderes y el deseo de dar efectos *erga omnes* a los fallos de inconstitucionalidad, explican la decisión de establecer tribunales constitucionales separados que, entre otros países de derecho escrito, tomaron Austria, Alemania e Italia. La analogía con la decisión del siglo XIX de establecer tribunales separados para la revisión judicial de la legalidad de los actos administrativos es clara.

Los tribunales constitucionales alemanes e italianos se establecieron después de la segunda Guerra Mundial y representan la tendencia moderna hacia la revisión constitucional en el mundo del derecho escrito. Aun cuando existen diferencias importantes entre ellas les son comunes varias características importantes. Ambos son tribunales separados, distintos de todos los demás en sus respectivas jurisdicciones. Ambos tienen la facultad exclusiva de decidir acerca de la consti-

tucionalidad de la legislación. Tanto en Alemania como en Italia la decisión de un tribunal constitucional acerca de que un estatuto es inconstitucional obliga no sólo a las partes en el caso, sino a todos los que participan en un proceso. En ambas, la naturaleza del procedimiento y las normas que regulan la selección y el fuero de los jueces dan a los tribunales constitucionales un carácter decididamente judicial, en contraposición con la naturaleza política del Consejo Constitucional francés.

En general, el procedimiento es éste: en una acción ante un tribunal civil, penal, administrativo o de otra índole una de las partes puede formular una objeción constitucional contra un estatuto que afecte un caso. En ese momento la acción se suspende y este asunto constitucional se envía al tribunal constitucional para que falle. Cuando se publica el fallo se reanuda el caso y se conduce de acuerdo con él. Si el tribunal constitucional encuentra que el estatuto es constitucional, dicho ordenamiento es inválido y no puede aplicarse en ese proceso ni en ningún otro. Este procedimiento ejemplifica la llamada impugnación "incidental" sobre la constitucionalidad en la que la cuestión constitucional se plantea dentro de un caso judicial específico o de una controversia en la que el estatuto es aplicable, pero en la cual el caso o la controversia es la base de jurisdicción y la cuestión constitucional es incidental a su resolución.

El procedimiento incidental que permite una impugnación constitucional sólo dentro del contexto de un caso o controversia específicos, es el único aplicable en el sistema de revisión constitucional en los Estados Unidos. En Alemania y en Italia (y en otros países civilistas incluyendo a Austria), sin embargo,

también se permite una impugnación "directa". Ciertas dependencias oficiales del gobierno expresamente designadas (en Alemania incluso individuos) pueden iniciar una acción ante un tribunal constitucional para probar la validez de un estatuto aun cuando no exista disputa concreta que exija su aplicación. De esta manera son superadas las limitaciones inherentes en la restricción a la revisión incidental en los Estados Unidos y puede lograrse una audiencia sobre la abstracta cuestión de la constitucionalidad. La posibilidad del procedimiento de revisión directa amplía enormemente el objeto potencial de la revisión constitucional más allá de lo que puede lograrse en los Estados Unidos.

Está claro que al crear primero tribunales administrativos separados y después al establecer tribunales constitucionales especiales, varias naciones civilistas se encaminaron por un largo sendero hacia el ideal de lo que los abogados del derecho escrito llaman *Rechtsstaat*: un sistema de gobiernos en el que los actos de las dependencias y funcionarios de todo tipo están sujetos al principio de legalidad y en el que los procedimientos están a disposición de las personas para probar la legalidad de la acción gubernamental y para tener un recurso apropiado cuando el acto en cuestión no logre pasar la prueba. Puede muy bien objetarse que el sistema de revisión de la legalidad de la acción administrativa en el mundo del derecho escrito es más eficiente y efectiva que el nuestro. El desarrollo de un sistema efectivo de revisión constitucional de la legislación en los países del derecho escrito ha llegado mucho más tarde que el del sistema norteamericano y aún es demasiado pronto para juzgar cómo actuará más adelante. Sin embargo, todas

las partes necesarias parecen estar allí y existe la posibilidad de que la protección jurídica contra una legislación anticonstitucional dentro del mundo del derecho escrito alcance a sobrepasar en algún momento a la que los ciudadanos estadounidenses pueden recurrir actualmente.

## XIX. PERSPECTIVAS

SÓLO FALTA proyectar al futuro los análisis hechos en los capítulos anteriores para corregir algunos de los falsos conceptos que pudieran haberse suscitado por causa de la selectividad, de la insistencia en algún punto y la simplificación que necesariamente caracterizaron a esos capítulos. El lector puede adquirir una visión de conjunto mediante lecturas ulteriores y para que pueda lograr esto, al final se presenta una bibliografía de lecturas que se recomiendan. Los libros y artículos que allí se citan se refieren a su vez a otras publicaciones a las que el lector aún insatisfecho puede recurrir. Ése es verdaderamente el mejor modo de perfeccionar el propio conocimiento de la tradición del derecho escrito; este capítulo final es por cierto un sustituto menos satisfactorio.

Una posible fuente de malentendimiento nace de la dificultad de mantener preciso en la mente nuestro objetivo. No he tratado de describir ningún sistema jurídico civilista existente. Más bien traté de describir ciertos notables acontecimientos históricos y corrientes de pensamiento que ejercieron profunda influencia en el desarrollo de los sistemas jurídicos contemporáneos del derecho civil y que han dado forma y significado a las normas jurídicas, instituciones y procesos que componen esos sistemas. Las normas jurídicas concretas en vigor difieren ampliamente de un sistema civil a otro. Sus soluciones específicas a problemas sociales típicos recurrentes son a veces similares, pero frecuentemente son muy diferentes, incluso opuestas. No existe divorcio en Italia pero lo hay en Suiza. Un tras-

paso de terreno en Alemania no produce efectos hasta que no ha sido inscrito en el registro público de la propiedad, pero ese registro ni siquiera existe en Bélgica. La práctica del derecho es una profesión dividida en Francia pero no lo es en Chile. El juramento decisorio aún existe en Italia pero ha sido abolido en Austria. La organización, composición y jurisdicción de los tribunales en España pueden distinguirse en infinidad de formas de las de los Países Bajos. El *amparo* mexicano no es la misma cosa que el *mandado de segurança* brasileño y ambos son notoriamente diferentes del sistema de revisión constitucional italiano.

Los ejemplos podrían multiplicarse con facilidad. Efectivamente, al nivel de aplicación concreta de una norma determinada a un caso específico por un tribunal también específico en un procedimiento específico, sería difícil encontrar dos sistemas de derecho escrito que operaran de la misma manera para producir los mismos resultados. La resultante de las fuerzas representadas por las normas sustantivas, por los procedimientos e instituciones que entran en juego en la decisión de un caso en una nación es casi invariablemente diferente de la resultante de fuerzas análogas en otro. No hemos hecho hincapié en las diferencias, sino en lo que estos sistemas jurídicos tienen en común, en lo que los relaciona entre sí de modo que haga posible diferenciarlos de otras familias jurídicas y de los productos de otras tradiciones jurídicas.

Sin embargo, problema análogo existe al hablar acerca de la tradición misma del derecho escrito. La influencia de los diversos componentes de esa tradición ha variado de una nación a otra. Veamos la ciencia jurídica alemana: nunca pudo echar profun-

Conclusión Final de todo el Rollo

das raíces en Francia; en cambio los italianos, en ese sentido, llegaron a ser más alemanes que los mismos alemanes. Veamos la ideología de la Revolución Francesa y el efecto que tuvo en la forma, estilo y contenido del Código Napoleónico; el código civil alemán representa un rechazo consciente de una serie de premisas (aunque no de todas) de la codificación francesa. Los códigos civiles promulgados en este siglo muestran la influencia de ambos. Y en cuanto al derecho civil romano: creció en Italia, después fue recibido en Alemania, fue absorbido gradualmente por Francia con consecuencias diferentes para cada sistema. El grado de influencia de leyes autóctonas es otra variable. En Italia, el *jus commune* era una ley indígena, pero en algunas naciones europeas ciertas costumbres locales separadas y algunas instituciones fueron preservadas conscientemente, glorificadas e integradas dentro del nuevo orden jurídico del estado. En otras, como en España, las características jurídicas vernáculas regionales se aceptaron como una ley aplicable localmente (los *fueros* de Cataluña, de Aragón y de otros antiguos reinos independientes).

La edad de un código es otra variable importante. Por ejemplo, los códigos civiles en vigor en las jurisdicciones del derecho escrito varían en edad desde el Código Napoleónico de 1804, aún en vigor en Francia, hasta los flamantes códigos civiles posbélicos de algunas naciones. Los problemas implícitos en la interpretación y aplicación de los códigos muy antiguos son por supuesto muy diferentes de los que encontramos en los códigos muy nuevos. Los códigos antiguos son producto de una época diferente y no responden a un gran número de problemas contemporáneos que son la preocupación expresa de los nuevos códigos.

Dos consecuencias principales se derivan de la falta de modernización de los códigos antiguos: una es la tendencia a obstruir el cambio económico y social; la otra, mucho más importante, es la imposición de un peso mucho mayor sobre la interpretación judicial como elemento de progreso en el proceso jurídico. Cuanto más profunda es la grieta entre lo que necesita la sociedad y lo que dice el código, más grande es la tendencia de la Corte para desarrollar nuevas interpretaciones de las disposiciones del antiguo código y cubrir la necesidad. Las decisiones judiciales de hecho, si no en teoría, vienen a ser una fuente de derecho.

Francia, con el código civil más antiguo, es el ejemplo principal. Grandes áreas del derecho francés son creaciones judiciales nacidas de un material jurídico inadecuado. Aun cuando se respetan normalmente las disposiciones del código, la ficción de que tales disposiciones actualmente ofrecen soluciones a los problemas que se les presentan a los tribunales se ha debilitado después de más de siglo y medio de legislación judicial creativa. Todos sabemos que buena parte de las leyes actualmente en vigor se encuentra en los informes de fallos judiciales y no en el Código Napoleónico. Andando el tiempo esta tendencia afecta fuertemente la distribución real de poder entre el legislativo y el judicial, apartándose tal distribución del modelo del proceso jurídico que se originó en la Revolución Francesa.

El funcionamiento actual del orden jurídico, dentro de las naciones del derecho civil, se ve así afectado tanto por la vida de los códigos en vigor como por las respuestas judiciales acerca de la adecuación de los códigos antiguos. En Francia buena parte de la fuerza



del código antiguo para retrasar el progreso social y económico se ha reducido por un sistema judicial creativo. Pero en algunas naciones del derecho civil fuera de Europa, los códigos antiguos de tipo francés son aplicados por un poder judicial que todavía se ve reflejado, y los otros también lo ven así, en la imagen que nació de la Revolución Francesa. El resultado es una falta de respuesta judicial a las necesidades de una sociedad y de una economía que cambian. Al abrazar el estilo de código francés y la imagen francesa del legislador y del juez revolucionarios, tales naciones frecuentemente no han sido capaces de desarrollar la pragmática solución francesa de un sistema judicial secreto, pero efectivamente creativo.

Consecuentemente es necesario hacer hincapié en que la mezcla precisa de elementos e influencias locales en la tradición del derecho civil, el momento preciso de acontecimientos tan importantes como la promulgación de los códigos vigentes y el alcance preciso de la influencia francoitaliana y alemana en el proceso jurídico, varía ampliamente según las naciones del derecho civil. Eso añade una serie más de variables a las diferentes normas sustantivas de derecho, a las instituciones jurídicas y a los procesos jurídicos. Las naciones del derecho civil participan de la tradición del derecho civil, pero esta participación se lleva a cabo en varios grados.

Otra posible fuente de malentendidos en este asunto de la tradición del derecho civil es la naturaleza necesariamente selectiva de este estudio. Hemos examinado solamente unas cuantas características fácilmente identificables de esta tradición y aun cuando probablemente ésas sean las más importantes, no debemos olvidar que no son las únicas. Por ejemplo, no

tocamos en detalle el punto de la fuerza de la tradición monárquica en Europa o del Renacimiento, después de la época de la Revolución Francesa, de una serie de instituciones y actitudes cuyos orígenes pueden encontrarse primariamente en las monarquías absolutas. No nos detuvimos a estudiar la tesis, de la cual existen pruebas históricas en abundancia, de que a las naciones que una vez estuvieron sujetas a normas absolutas se les hace fácil regresar al absolutismo de una manera u otra. No hemos considerado el hecho de que las ramas ejecutivas de todos los gobiernos europeos fueron originalmente creaciones de las monarquías y hemos tratado de no discutir la importancia de esos orígenes, para entender las peculiares maneras de desarrollarse de los controles jurídicos de las acciones administrativas en las tradiciones del derecho civil. No hemos hecho comentario alguno acerca de la creciente profesionalización de la administración gubernamental o acerca de la tendencia que lleva de convertirse en una carrera distinta comúnmente dominada por los abogados (sobre todo en Alemania). Podrían citarse muchísimos ejemplos más, pues sólo hemos tocado la superficie en este libro.

La tradición jurídica es una parte de la cultura, muy antigua, muy arraigada, muy firmemente mantenida. Las relaciones entre las ideas jurídicas básicas y las igualmente profundas actitudes sociales, económicas y políticas son extremadamente estrechas y complejas. La ley al mismo tiempo obtiene significado de la cultura, da significado al resto de ella y es inseparable de ella. Hemos tratado de entender algunas de estas relaciones, pero sería un error suponer que hemos agotado el tema.

De tiempo en tiempo, ciertos aspectos de la tradi-

ción del derecho civil han sido criticados explícita o implícitamente. En particular se ha sugerido que hay un poco de exageración en la insistencia que se hace en la neta separación de poderes; que el esfuerzo por tratar de que la ley sea a prueba de jueces es tan fútil y a la larga tan indeseable socialmente; que la búsqueda de la certeza ha llegado a ser una romántica forma de cacería de quimeras y un argumento anodino y de cajón, disponible para apoyar cualquier posición; que el papel de la legislatura ha sido exagerado desproporcionadamente mucho más allá de la capacidad de tal institución para hacer frente a las exigencias que se le hacen; que las premisas y los métodos de la ciencia jurídica alemana han separado al derecho de los problemas de la sociedad a los que se supone debe servir mientras perpetúa un conjunto de presupuestos socioeconómicos que no tienen ya validez, si es que alguna vez lo tuvieron; que el derecho civil está dominado por una tradición de erudición mal dirigida que desvía la gran influencia potencial y la enorme energía, creatividad y culta inteligencia del maestro-legista del derecho escrito hacia conquistas esencialmente áridas.

Éstas no son solamente las reacciones de un abogado norteamericano a las características notablemente exóticas de una tradición jurídica extranjera entendida inadecuadamente; tales críticas no son privativas de los abogados del derecho consuetudinario, sino que también las hacen los abogados del derecho escrito que examinan críticamente su propio derecho y piden que sea reformado. Esto nos lleva a una posible tercera fuente de malentendidos: la presunción de que la tradición del derecho civil es hoy monolítica y estática. Pero no es ninguna de las dos cosas.

Lo que yo he descrito como la tradición del derecho civil, es, antes que nada, un conjunto de influencias y actitudes dominantes que sobresalen de una variedad de fuerzas históricas e intelectuales en competencia y que surgieron más destacadamente de la lucha por la propia aceptación. El modelo del estado positivista que nació del pensamiento de los siglos XVI y XVII y de la revolución representó para sus partidarios una victoria sobre los muy arraigados puntos de vista de los entusiastas del derecho natural y de los que abogaban por otras formas de organización política y social. El dueto derecho romano-*jus commune* tuvo que competir con las tradiciones jurídicas nativas por el predominio de una legislación nacional unificada de Francia y Alemania. La ciencia jurídica alemana era sólo un conjunto de actitudes acerca de los objetivos y métodos de jurisprudencia y de la naturaleza y funciones del orden jurídico. En cada momento de la historia de la tradición del derecho civil tuvieron lugar una variedad de fuerzas. Esto es hoy particularmente cierto. Todos los aspectos del derecho están siendo examinados críticamente por los jurisconsultos que investigan no sólo las normas, instituciones y procesos específicos, sino también los elementos básicos de la tradición jurídica que dan forma y significado al orden jurídico positivo. La ortodoxia de la época está siendo atacada constantemente. Hemos visto solamente los componentes más sobresalientes y duraderos de una tradición jurídica pluralista.

Justamente como la tradición del derecho civil está muy lejos de ser monolítica, también está en constante transición. Las características dominantes descritas en este libro representan sólo una etapa en el proceso que comenzó apenas hace veinticinco siglos

y que se espera que siga viviendo en el futuro. El solo derecho civil romano ha pasado por muchas fases: derecho preclásico y clásico, el *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, los comentarios de los Glosadores y Comentadores, los escritos de los Humanistas, la Codificación Francesa, las teorías de Von Savigny y la Escuela Histórica y el BGB. Y esto no es más que un paso en la gestación de la tradición del derecho civil. El derecho canónico comenzó como un derecho de y para la Iglesia, creció en la jurisdicción espiritual, según se iba extendiendo el poder de la Iglesia y en un momento dado logró su máxima expansión cuando los tribunales eclesiásticos adquirieron jurisdicción temporal; hizo una importante contribución al *jus commune* y después de la Reforma desapareció como una principal fuente de influencia en la tradición del derecho civil. El derecho mercantil comenzó como un grupo de prácticas costumbristas creadas por los pragmáticos mercaderes para hacer frente a sus propias necesidades. Con el tiempo el derecho mercantil y los tribunales mercantiles se nacionalizaron y llegaron a ser parte del aparato oficial del estado junto con sus códigos mercantiles separados. Actualmente los tribunales mercantiles separados están desapareciendo y lo mismo está sucediendo con los códigos de comercio.

Desde los albores del siglo XIX ha habido una gradual aceleración del movimiento que se aleja de los extremos del modelo revolucionario del proceso jurídico. La extensión de la facultad de interpretación jurídica a los tribunales ordinarios fue un importante paso inicial apoyado por la creciente práctica de publicar y citar las opiniones judiciales. La creación de tribunales que revisaran la legalidad de la acción

administrativa fue otro paso. Incluso donde tales instituciones eran históricamente parte de la administración, como en Francia, ahora parecen tribunales y actúan como tales. A pesar del rechazo de la doctrina de *stare decisis*, la práctica en los tribunales es decidir casos similares de manera similar, manera que es muy semejante a la que siguen los tribunales del derecho consuetudinario. Más recientemente, la adopción de constituciones rígidas que llenan la grieta dejada por el rechazo de la ley natural como un control sobre la legislatura, ha sido acompañada por una variedad de dispositivos que mantiene a la legislación dentro de los límites constitucionales. Ha habido un traspaso importante de facultades de la legislatura hacia los tribunales (y también del legislativo hacia el ejecutivo, pero esto es otro tema) erosionando el ideal de la supremacía legislativa. Las facultades de los tribunales tanto para revisar la legalidad de la acción administrativa como la constitucionalidad de la acción legislativa y para interpretar los estatutos socavan el dogma de la estricta separación de poderes. Un procedimiento jurídico diseñado para hacer la ley a prueba de jueces ha llegado a ser cada vez más judicial y ahora la tasa de judicialización se incrementa por todo el ámbito del derecho escrito.

La ciencia jurídica alemana ha sido objeto de sátiras, se la ha ridiculizado y atacado directamente por pensadores jurídicos en Alemania y en otras partes desde que apareció en el ambiente. Más recientemente y, en particular, desde la segunda Guerra Mundial, sus críticos han comenzado a mellarla más. Existe un grupo creciente de estudiosos que exigen un enfoque nuevo de la ciencia jurídica. Algunos de ellos exigen el rechazo de todos sus progresos. Otros la

tratan como una fase válida, pero pasada de moda en la evolución del derecho escrito; quieren preservar las conquistas que hizo, particularmente en lo que se refiere a la introducción de orden y sistema en el derecho, y edificar más sobre ellas. Todos están de acuerdo en que la pureza de la ciencia jurídica —su rechazo de todo lo que no se considerara jurídico— ha tenido el efecto de distanciar al derecho de la vida de la sociedad, cuyos problemas deberían ser su preocupación básica. Este agnosticismo social, económico y político ha separado radicalmente el derecho del resto de la cultura y ha hecho que los abogados sean cada vez menos importantes para las necesidades sociales. Al mismo tiempo, los supuestos sociales y económicos que están incorporados en concepciones abstractas de la ciencia jurídica, según algunos críticos, están en conflicto con los contenidos de las constituciones modernas y los programas de los gobiernos contemporáneos. Se argumenta que la insistencia en la relación jurídica privada, el derecho subjetivo y el acto jurídico privado (descrito en el capítulo XI) perpetúan una forma individualista y rancia de cierto darwinismo económico y social, obstruyendo la redistribución gubernamental del poder, de la posición y de la riqueza y convierte a la ley y a los abogados, con frecuencia inconscientemente, en fuerzas reaccionarias. Tales críticas tienen fuerza e importancia especiales en las naciones en desarrollo en el ámbito del derecho civil, en especial en la América Latina. Puede argumentarse muy persuasivamente que allí el proceso jurídico está rezagado respecto a la cultura y, a veces, es un vehículo inapropiado para un cambio económico y social que debiera formularse en forma jurídica y, a veces, es naturalmente contrario a

tal cambio y, con creciente frecuencia, carece de importancia para el cambio.

Esta clase de insatisfacción con la ciencia jurídica se ha reforzado por un cambio en el centro de gravedad en el orden jurídico. El bastión de la ciencia jurídica ha sido tradicionalmente el derecho privado y particularmente el derecho civil romano. Hasta hace poco el código civil había cumplido una especie de función constitucional en los sistemas de derecho escrito proporcionando un esquema de derechos privados que se considera como el primer asunto que el gobierno debe cuidar y poner en vigor. Los principios generales y las teorías generales del derecho derivadas primariamente de los fundamentos del derecho privado, dominaron los procesos legislativos y judiciales. Como resultado, el código civil y la obra doctrinal de los abogados civilistas proporcionaron el combustible ideológico del proceso jurídico. Pero con la adopción de constituciones modernas rígidas que incorporan conceptos sociales y económicos nuevos y con el establecimiento de la revisión jurídica de la constitucionalidad de la legislación en importantes naciones civilistas, el punto de gravedad jurídico ha empezado a resentir lo que promete ser un cambio drástico del derecho civil a la constitución, del derecho privado al derecho público, del tribunal ordinario a la corte constitucional, del positivismo legislativo al principio constitucional. Las disposiciones de tales constituciones son una fuente eterna de principios generales; ofrecen un conjunto alterno de nociones para dirigir a los jueces en la interpretación y aplicación de los estatutos, incluyendo las disposiciones de códigos civiles. La facultad de las cortes constitucionales o de los otros tribunales para dictaminar que ciertos estatu-

tos son inválidos *erga omnes* presta gran autoridad a las disposiciones constitucionales. En los sistemas jurídicos, donde una constitución rígida moderna aunada a una revisión judicial se enfrenta a una fuerte tradición de ciencia jurídica, como es el caso de Italia y Alemania actualmente, se gesta un reajuste fundamental del proceso jurídico. Es demasiado pronto para predecir con confianza cuál va a ser el resultado final, pero parece cierto que el papel de la ciencia jurídica dentro de la tradición del derecho escrito se está reduciendo.

Con esta visión de conjunto sobre la variedad, la complejidad y el dinamismo de la tradición del derecho escrito en la mente, nos volvemos finalmente a hacer una breve consideración del punto de vista más fascinante de todos: el comparativo. Si el lector es como la mayoría de los aficionados al derecho comparado ya habrá buscado impacientemente a lo largo del libro respuestas a dos grandes preguntas: ¿Cuál es la diferencia entre el derecho común y derecho civil? ¿Cuál es mejor? Cada una de estas preguntas proporciona un tema apropiado para otro libro. Ninguna de las dos puede tener respuesta aquí, pero podemos adelantar unos cuantos comentarios al respecto.

Primero, ¿cuál es la diferencia? Ya se han expuesto bastantes ideas comparativas explícitas o implícitas a lo largo de todo este examen, frecuentemente en el supuesto de que el lector está familiarizado en general con su propia tradición jurídica. El lector a esta altura ya ha adquirido ciertas nociones acerca de las diferencias fundamentales entre las dos tradiciones jurídicas. Pero a no ser que tenga un conocimiento detallado y desacombradamente amplio del derecho consuetudinario, se encontrará con que está muy

mal preparado para hacer una consideración comparativa completa incluso de temas que se seleccionaron para ser tratados en este libro. Casi no es necesario añadir que cualquier tipo de comparación adecuada requerirá considerar una multitud de temas que no hemos podido discutir en lo absoluto. Este libro no contesta la pregunta ¿cuál es la diferencia?, solamente indica cuáles son algunas de las diferencias y escribe algo de sus orígenes y su significado.

¿Cuál es mejor? Tal como suena, ésta es una pregunta necia; es como preguntar si el idioma francés es mejor que el idioma inglés. ¿Mejor para quién? Ciertamente nadie aseguraría que los italianos serían mucho mejores con una tradición de derecho consuetudinario o los norteamericanos con un derecho escrito. El derecho tiene sus raíces en la cultura y responde, dentro de los límites culturales, a demandas específicas de una determinada sociedad, en un lugar y en una época determinada. Es en el fondo un proceso determinado históricamente, por medio del cual ciertos problemas sociales son detectados, formulados y resueltos. La sustitución de una tradición jurídica por otra no es ni posible ni deseable.

A un nivel diferente la pregunta se hace más respetable: ¿en qué grado la tradición jurídica responde a las demandas hechas legítimamente a ella por una sociedad determinada? ¿Hasta qué grado la tradición pone obstáculos a la realización de objetivos políticos, económicos y sociales dignos de consideración? ¿Son las naciones del derecho civil atendidas más adecuadamente por sus sistemas jurídicos que lo que las naciones de derecho consuetudinario por los de ellas? Una rápida reflexión sobre estas preguntas produce otras. ¿Con qué criterios podemos externar tal

juicio? ¿Cómo puede uno valorar los grados de satisfacción a necesidades sociales, económicas y políticas complejas? ¿Cómo puede uno determinar claramente cuáles son esas exigencias? Puede haber maneras satisfactorias de responder a estas preguntas, pero es obvio que sobrepasan con mucho el alcance de este libro.

Sin embargo, podemos reconocer la sutileza y complejidad de las diferencias entre las dos tradiciones jurídicas y llegar a entender cómo un mal entendimiento de tales diferencias puede afectar todas las formas o fases de las relaciones internacionales. Los juicios apresurados, las opiniones no maduras que los individuos de ambas tradiciones hacen con frecuencia de los otros sistemas jurídicos extranjeros son una constante fuente de malentendidos y de justificadas desavenencias. Éstas llegan incluso hasta las negociaciones internacionales. Echan por tierra los programas de ayuda extranjera. Limitan la eficiencia del intercambio cultural. Dirigen erróneamente los esfuerzos y distribuyen mal los recursos. Una persona que no pensaría en ir a una nación extranjera sin ciertos conocimientos de su historia, de sus políticas, lenguaje, literatura, casi invariablemente llegará ignorando totalmente uno de los más antiguos y más importantes elementos de aquella cultura: su tradición jurídica.

Es improbable, aunque sería deseable, que los pensadores que se dedican al derecho comparado vayan a ser incluidos como cosa rutinaria en los equipos que formulan los programas extranjeros y las políticas extranjeras a los varios niveles gubernamentales y privados dentro del mundo del derecho consuetudinario. También es un poco menos improbable que ellos hayan de ser llamados a participar en la elaboración

y ejecución de tales políticas y programas. Una de las razones es que existen muy pocos de ellos, aunque el problema podría ser solucionado si se les solicitara; pero la razón principal es que nadie los solicita. Los eruditos del derecho comparado no han logrado hacer caer en la cuenta a los demás, tanto abogados como no abogados, de que algo importante falta en el acervo de experiencia que generalmente se exige para hacerse cargo de las relaciones con las naciones del derecho civil.

Lo que hace falta es caer en la cuenta de que existe algo en el mundo del derecho escrito que es muy importante y distinto. Es mucho más que un conjunto de normas jurídicas diferentes. Es algo no estereotipado aún acerca de los códigos del derecho civil y de las sentencias de los tribunales del derecho consuetudinario. Es algo más sutil que eso y mucho más penetrante. Es algo que tiene dimensiones históricas, políticas y sociales, en una palabra, culturales. Todo el que quiera, abogado o no abogado, entender a Europa Occidental y a América Latina (o, en cuanto al tema, a las naciones del derecho civil en el Medio Oriente, en Asia y África) debe familiarizarse con la tradición del derecho escrito.

*[Handwritten signature]*  
 Autorización  
 2

## LECTURAS QUE SE RECOMIENDAN

### ACERCA DEL DERECHO CIVIL EN GENERAL

*Major Legal Systems in the World Today*, René David y John E. C. Brierly, London: Stevens & Sons, 1968.

Esta obra, que es básicamente una traducción del importante libro de David *Les Grandes Systèmes de droit contemporains*, contiene una discusión (pp. 21-118) de lo que él llama "La familia romano-germánica". El profesor David habla acerca de una serie de temas que ya he examinado, pero sus puntos de vista y los temas que hace resaltar son, con frecuencia, muy diferentes.

*An Introduction to the Civil Law*, K. W. Ryan. Brisbane: The Law Book Company of Australasia, 1962.

Este es un estudio útil de las principales reglas e instituciones del derecho civil, pero se basa casi enteramente en el derecho francés y alemán. El libro incluye una introducción histórica y descriptiva excelente, pero francamente muy breve.

*Comparative Law: Cases-Text-Materials*, segunda edición, Rudolph B. Schlesinger, Brooklyn: Foundation Press, 1959.

*The Civil Systems: Cases and Materials for the Comparative Study of Law*, Arthur Taylor von Mehren, Boston: Little, Brown, 1957.

Schlesinger y Von Mehren prepararon sus libros para ser usados como textos en los cursos de las escuelas de derecho y el material que contienen probablemente impresione a los que no están acostumbrados a los libros de texto de las escuelas de derecho. El de Schlesinger es el más fácil de los dos y por tanto el más útil para el lector general. Ambos libros contienen mucho material de interés y muchas referencias bibliográficas. En particular, véase el "Diálogo" de Schlesinger, pp. 201-48 y su bibliografía, pp. 499-600.

ACERCA DE LOS ELEMENTOS DE LA TRADICIÓN  
DEL DERECHO CIVIL

*A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, F. H. Lawson. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1953. Este delicioso libro contiene un conjunto de conferencias cuyo tema principal es la influencia del derecho romano en el derecho civil contemporáneo. Además el autor ilumina muchos otros aspectos de la tradición del derecho civil con estilo, agudeza y clarividencia. Es un libro imprescindible.

*Roman Law: An Historical Introduction*, Hans Julius Wolff, Norman: University of Oklahoma Press, 1951.

Es un estudio histórico excelente. Recomendamos muy especialmente el último capítulo, que describe la evolución del derecho civil romano después de la compilación de Justiniano.

## DERECHO CANÓNICO

*A General Survey of Events, Sources, Persons and Movements in Continental Legal History*, Boston: Little, Brown, 1912.

La parte IX es un estudio de 20 páginas del derecho canónico en la historia jurídica europea.

*A Panorama of the World's Legal Systems*, John Henry Wigmore. Washington, D. C.: Washington Law Book Company, 1928.

El capítulo xiv de este estudio ilustrado está dedicado al derecho canónico.

## DERECHO MERCANTIL

*The Romance of the Law Merchant*, W. A. Bewes, Londres: Sweet and Maxwell, 1923.

*An Essay of the Early History of the Law Merchant*, William Mitchell. Cambridge, Ing. Cambridge University Press, 1904.

El libro de Mitchell es el mejor y el que más le exige al lector. El de Bewes es más simple y un poco errático en su romanticismo. Ambos son muy breves.

## EL PAPEL DE LOS JUECES

*The Oracles of the Law*, John P. Dawson. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1968.

Este libro describe muy detalladamente el desarrollo de las tradiciones jurídicas en Roma, Inglaterra, Francia y Alemania, desde sus comienzos hasta el siglo xx. Aun cuando su prosa es muy legible, este libro podrá representar algún problema para el aficionado al derecho comparado, pero vale la pena el esfuerzo.

## ACERCA DEL DERECHO DE DETERMINADAS ZONAS O NACIONES

## Francia

*The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems*, René David y Henry P. de Vries. Dobbs Ferry, Nueva York: Oceana Publications, 1958.

Este breve, pero excelente libro revisa el sistema jurídico francés en un estilo legible y autorizado.

*Amos & Walton's Introduction to French Law*, F. H. Lawson, E. A. Anton, y L. Neville Brown, eds.; 2ª edición Oxford: Clarendon Press, 1963.

Esta obra es más reciente y más sustancial que la de David y De Vries. Si se tuviera que seleccionar entre las dos, nos inclinariamos por la de *Amos & Walton*, pero sería mejor leer ambas.

## Alemania

*Manual of German Law*, Vol. I, E. J. Cohn. Dobbs Ferry, Nueva York: Oceana Publications, 1968.

Los capítulos 1 y 2 de este excelente libro proporcionan breves introducciones al sistema jurídico alemán y a la parte general del derecho civil.



*Bibliographie des deutschen Rechts*, Gesellschaft für Rechtsvergleichung. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1964.

La primera parte de este libro contiene una breve, pero valiosa descripción en inglés de las características principales del sistema jurídico alemán.

#### Italia

*The Italian Legal System: An Introduction*, Mauro Cappellotti, John Merryman y Joseph M. Perillo. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1967.

Este libro es el único libro en inglés acerca del sistema italiano contemporáneo.

#### América Latina

*The Administration of Justice in Latin America*, Helen Clagett, Dobbs Ferry, Nueva York, 1952.

Breve, pero útil estudio de los sistemas judiciales de la América Latina.

*Latin American Legal Institutions: Problems of Comparative Study*, Kenneth L. Karst. Los Ángeles: UCLA Latin American Center, 1966.

Aun cuando su finalidad es usarlo como texto en las clases de derecho, este libro contiene un tesoro de material fascinante y está tan bien organizado que es muy accesible aun para los que nos son abogados.

Acerca del derecho de los países de la América Latina, véase la serie, publicada por la Biblioteca de Leyes de la U. S. Library of Congress, de obras de varios autores intitulada "The Law and Literature of...". Las naciones que se incluyen en la serie son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Aunque estas obras contienen una tendencia bibliográfica muy notoria, incluyen también buena cantidad de información descriptiva acerca de los sistemas jurídicos.

## ÍNDICE

Prefacio . . . . .	9
I. Tres tradiciones jurídicas . . . . .	13
II. Derecho civil romano, derecho canónico y derecho mercantil . . . . .	22
III. La revolución . . . . .	35
IV. Las fuentes del derecho . . . . .	43
V. Códigos y codificación . . . . .	54
VI. Los jueces . . . . .	66
VII. La interpretación de los estatutos . . . . .	73
VIII. La certeza y la equidad . . . . .	88
IX. Los eruditos . . . . .	102
X. La ciencia jurídica . . . . .	110
XI. La parte general . . . . .	121
XII. El proceso jurídico . . . . .	141
XIII. La división de la jurisdicción . . . . .	150

XIV. Categorías jurídicas . . . . .	158
XV. Las profesiones jurídicas . . . . .	175
XVI. Procedimiento civil . . . . .	191
XVII. Procedimiento penal . . . . .	210
XVIII. Derecho público . . . . .	222
XIX. Perspectivas . . . . .	236
<i>Lecturas que se recomiendan . . . . .</i>	<i>253</i>

Este libro se terminó de imprimir el día 16 de Junio de 1980 en los talleres de Lito Ediciones Olimpia, S. A. Sevilla 109, y se encuadernó en Encuadernación Progreso, S. A. Municipio Libre 188, México 13, D. F.  
Se tiraron 3.000 ejemplares.