

poder de desacato inherentes, ejemplifican así las diferencias fundamentales existentes en los papeles de los jueces en las dos tradiciones legales. Revelan la medida en que el juez del derecho civil se encuentra limitado todavía por diversas influencias históricas, sobre todo por la imagen del proceso judicial que surgió en el período de la Revolución francesa y por el refinamiento de tal imagen que ocurrió bajo la influencia de la ciencia jurídica, de la que enseguida nos ocuparemos.

## IX. LOS ACADÉMICOS

Hemos visto que el papel del juez de derecho civil se considera generalmente mucho más restringido y modesto que el papel del juez de derecho común. Se puede hablar razonablemente del derecho común como un derecho de los jueces, pero nadie pensaría en usar tales términos en el caso del derecho civil. La imagen del *iudex* romano, los supuestos abusos perpetrados por los jueces bajo el régimen antiguo y la concepción del papel de los jueces que surgió en Francia durante la Revolución, convergen para 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 énfasis peculiar en la certeza, la negación de una facultad equitativa inherente en el juez y el rechazo de la doctrina de *stare decisis*, tienden a disminuir al juez y a glorificar al legislador.

Podríamos suponer entonces que el protagonista del proceso legal en la tradición de derecho civil es el legislador. En efecto, durante cierto tiempo se esperaba que la legislatura produciría cuerpos de leyes completos, coherentes y claros, de modo que la interpretación sería innecesaria. El abandono del dogma de la infalibilidad legislativa ha sido un proceso lento, renuente. Ahora se admite que los

tribunales de derecho civil tienen una función interpretativa, pero se conserva la ficción de que, al realizar esa función, el juez no crea derecho sino que sólo busca y sigue la intención expresada o implícita del legislador. Todo esto sugiere que el legislador del derecho civil ocupa la posición dominante que corresponde al juez en la tradición del derecho común. Es posible que esto haya sido cierto durante breves períodos de la historia de la tradición de derecho civil, pero los legisladores se encontraron pronto de nuevo en la sombra de los hombres que eran primordialmente responsables de la teoría del estado nacional moderno, de las doctrinas del positivismo legislativo y la separación de poderes, de la forma, el estilo y el contenido de la codificación, y de la concepción dominante de la naturaleza de la función judicial. El profesor-investigador es el verdadero protagonista de la tradición del derecho civil. El derecho civil es un derecho de los profesores.

En cambio, aunque quizá esté creciendo la influencia de los profesores de derecho y los investigadores jurídicos en los Estados Unidos, los jueces ejercen todavía la influencia más importante para la determinación del crecimiento y el desarrollo del sistema legal norteamericano. Además, la ideología prevalecte supone que los jueces desempeñan ese papel, y los propios jueces están conscientes de lo que se espera de ellos. La tradición del investigador como una fuerza en el desarrollo del derecho común es muy reciente y todavía muy débil. El derecho común es aún un derecho de los jueces.

En la tradición del derecho civil es muy antigua la preeminencia del investigador académico. Se considera que el juriconsulto romano —que asesoraba al pretor y al juez, y era reconocido como un experto en materia de derecho, pero no tenía ninguna responsabilidad legislativa o judicial— fue el fundador de esta tradición académica. Sus opiniones tenían gran peso, y durante el segundo siglo de la era cristiana eran obligatorias para los jueces las opiniones de ciertos juriconsultos. Sus opiniones se anotaban por escrito, se recopilaban y se trataban como autoridades. Gran parte de la tradición más importante del *Corpus Juris Civilis* —algunas partes del *Digesto* y todas las *Institutas*— está integrada por la obra de los juriconsultos.

Tras el resurgimiento del derecho romano en Italia, los responsables del resurgimiento y el desarrollo del *ius commune* medieval fueron académicos. La obra de los Glosadores y los Comentaristas, sumada al *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, formaba el cuerpo del derecho romano recibido por toda Europa occidental. Durante este período, los tribunales de algunos lugares otorgaban una autoridad obligatoria a las respuestas dadas por los académicos a ciertos problemas legales, una práctica análoga al uso que se daba a los juriconsultos durante el período clásico del derecho romano. En Alemania, por ejemplo, hubo una época en que los tribunales enviaban con frecuencia los casos a las facultades de derecho para su decisión. Muchos de los códigos elaborados en Europa y América Latina durante el siglo XIX fueron obra de los aca-

démicos, y todos ellos se basan en las obras de generaciones anteriores de académicos. El gran debate acerca de la codificación en Alemania fue iniciado y conducido por académicos. En Italia, que en muchos sentidos es el arquetipo de la jurisdicción de derecho civil, varios primeros ministros y presidentes han sido profesores e investigadores jurídicos.

Resulta instructiva la revisión del papel de los académicos en los dos grandes períodos legislativos de la historia de la tradición de derecho civil: el de Justiniano y el de la codificación del siglo XIX. Se recordará que Justiniano estaba muy interesado en la obra de los académicos. En su opinión, la masa acumulada de los escritos jurídicos era una fuente de confusión y dificultad innecesarias. Pero no propuso la abolición de la autoridad de todos los juriconsultos. Por el contrario, quería seleccionar en la masa existente de investigaciones jurídicas lo que valiera la pena preservar. Este fue uno de los encargos que hizo a la comisión designada para la compilación del *Corpus Juris Civilis*, una comisión integrada sólo por académicos. El *Digesto*, que es la parte más grande e importante del *Corpus Juris Civilis*, es en gran medida una compilación de la obra de juriconsultos romanos. Las *Institutas*, otra parte del *Corpus Juris Civilis*, es básicamente un libro de texto sobre el derecho romano, escrito por académicos del período clásico.

Incluso el movimiento de la codificación francesa utilizó ampliamente la obra de los académicos, aunque el propio Napoleón participó activamente en su elaboración y promulgación. La redacción de los

códigos franceses se puso en manos de comisiones integradas por abogados practicantes y jueces; pero estas comisiones estaban dominadas por la obra de los académicos (sobre todo la de Robert Pothier), y los cambios que la legislatura hacía a sus proyectos eran apenas variaciones menores dentro del gran diseño académico de los comisionados. Una gran parte de la ideología de la codificación francesa provino de fuentes académicas y filosóficas, incluidas las obras de hombres como Montesquieu y Rousseau. Esta ideología dominó más tarde la interpretación y la aplicación de los códigos en Francia, y se adoptó en las naciones de derecho civil que redactaron sus códigos de acuerdo con el modelo francés, de nuevo bajo la influencia de hombres ilustrados (como el latinoamericano Andrés Bello). Como veremos, la codificación alemana estaba más completamente dominada todavía por los académicos.

¿Cómo se explica entonces la curiosa ambivalencia del legislador hacia el académico? Por ejemplo, ¿por qué prohibió Justiniano la elaboración de comentarios sobre el *Corpus Juris Civilis*? Sólo podemos conjeturar. Es posible que su deseo de restaurar el derecho romano clásico de un período anterior, más grande, se haya visto acompañado del temor de que los comentarios elaborados durante su vida o en alguna época posterior tuviesen una calidad inferior. Como gran parte de la obra excluida del *Corpus Juris Civilis*, tales comentarios serían inferiores al academismo del período clásico. Otra posibilidad es que Justiniano haya pensado que su

compilación representaba la perfección, de modo que todo comentario sólo podría restarle méritos. Tercero, como Emperador del Imperio Romano, Justiniano veía al *Corpus Juris Civilis*, oficialmente promulgado por él, como el cuerpo de derecho reinante en el Imperio, y creía que los comentarios a su legislación podrían disminuir su autoridad. Por supuesto, la prohibición de Justiniano contra la publicación de comentarios fue desoldada en su propia época.

Aunque no trató de prohibirlos, Napoleón esperaba que no se publicaran comentarios sobre su código civil. Esta esperanza, como la orden de Justiniano, fue ineficaz. De acuerdo con una historia muy conocida, cuando se informó a Napoleón que se había publicado el primer comentario, exclamó: "Mi código está perdido." Una razón de tal afirmación era la ilusión de que el código era tan claro, completo y coherente que todo comentario resultaría superfluo. Otra razón era el temor de que, una vez que el código cayera en las manos de los jurisperitos, disminuiría su utilidad como un libro de derecho popular para los ciudadanos franceses. También pudo haber influido el temor a la tendencia de los académicos a pensar en términos conservadores, históricos. Napoleón quería que su código trascendiera las antiguas divisiones regionales y sirviera de base a un orden legal completamente nuevo. Se derogaron todas las leyes existentes sobre los temas cubiertos por el código, pero la nueva ley tenía que estar protegida contra la interpretación de acuerdo con las ideas legales pre-

volucionarias, para que tal derogación fuese eficaz. Era improbable que los académicos convinieran con el abogado patriótico que solía decir: "No sé nada de derecho civil; sólo conozco el Código Napoleónico."

Así pues, tanto Justiniano como Napoleón llamaron a prominentes juristas para que se encargaran de la muy complicada tarea de elaborar el proyecto de reformas legales de largo alcance. Pero temían la influencia de los académicos sobre sus reformas. En el mundo de derecho civil se encuentran con frecuencia otras manifestaciones de la desconfianza legislativa hacia la investigación jurídica. En la Italia contemporánea, por ejemplo, la legislación ha dicho a los tribunales que en sus opiniones no deberán citar libros ni artículos. En consecuencia, los jueces italianos, fuertemente influidos por la jurisprudencia, utilizan las ideas que sugieren los académicos sin citarlos, y se refieren en forma muy general a "la doctrina", que es el término empleado por el derecho civil para hacer referencia a los libros y artículos escritos por los jurisperitos. Esta elusión fácil de la orden del parlamento italiano es sólo otro ejemplo de la inutilidad de los esfuerzos legislativos por eliminar o aun reducir la influencia del académico en el mundo de derecho civil. A pesar de los esfuerzos legislativos por contenerlo, el gran río de la jurisprudencia continúa en la tradición de derecho civil, proveyendo la ideología y el contenido básico de la legislación, y a veces superándola.

Empezamos a entender la verdadera importancia

del académico del derecho civil cuando observamos un libro típico sobre la historia legal continental. Gran parte de lo que se llama la historia legal en la tradición del derecho civil resulta desconcertante para el abogado de derecho común que la aborda por primera vez. Está acostumbrado a concebir la historia legal como una relación de las reglas e instituciones legales en su contexto histórico, económico y social. La historia legal que lee está llena de grandes casos, estatutos ocasionales y eventos históricos. Pero cuando examina un libro de historia legal de la tradición del derecho civil, es probable que lo encuentre en su mayor parte destinado a una discusión de las escuelas del pensamiento jurídico y de las disputas entre los juristas y sus seguidores. Leerá de los Glosadores, los Comentaristas, los Humanistas, de las diferencias existentes entre los académicos franceses del siglo XVIII y del debate entre Savigny y Anton Thibaut sobre la codificación en Alemania. En general es una forma peculiar de la historia intelectual, casi totalmente aislada de la historia socioeconómica por una parte, y de la discusión del origen y el desarrollo de instituciones legales específicas por la otra parte. El protagonista de esta forma de la historia legal es el jurista, y su tema son las corrientes de pensamiento acerca de la estructura y la operación del orden legal.

Esto es lo que queremos decir cuando afirmamos que el jurista es el gran hombre del derecho civil. Los legisladores, ejecutivos, administradores, jueces y abogados caen bajo su influencia. El juris-

consulto moldea la tradición del derecho civil y los materiales formales del derecho en un modelo del sistema legal. Enseña este modelo a los estudiantes de derecho y escribe al respecto en libros y artículos. Los legisladores y los jueces aceptan su idea de lo que es la ley y, cuando elaboran o aplican la ley, usan los conceptos elaborados por el jurista. Así pues, aunque la jurisprudencia no es una fuente formal del derecho, la doctrina tiene una autoridad inmensa.

En los Estados Unidos, donde la legislatura es también suprema en teoría, hay un proverbio muy conocido (inventado por un juez) en el sentido de que el derecho es lo que los jueces dicen que es. Debidamente entendida, esta es una enunciación realista de los hechos. El juez tiene que decidir cómo caracterizar un problema legal que se le plantea, cuáles principios del derecho aplicará al problema y cómo los aplicará para llegar a una sentencia. Independientemente de que los principios que escoja estén materializados en la legislación o en decisiones anteriores, sólo cobran un significado sustantivo en el contexto de un problema específico, y el significado que se les atribuye en ese contexto es inevitablemente el significado aportado por el juez. En un sentido similar, podemos decir razonablemente que el derecho, en una jurisdicción de derecho civil, es lo que los académicos dicen que es. Pasemos ahora a una descripción del concepto del derecho desarrollado y perpetuado por los académicos en los países de derecho civil.

Traducción de  
Eduardo L. SUÁREZ

La tradición jurídica  
romano-canónica

*por* JOHN HENRY MERRYMAN



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA  
MÉXICO

Primera edición en inglés, 1969  
Primera edición en español, 1971  
Segunda edición corregida, 1989  
Quinta reimpresión, 2000

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra  
—Incluido el diseño tipográfico y de portada—,  
sea cual fuere el medio, electrónico o mecánico,  
sin el consentimiento por escrito del editor.

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  
D. R. © 1989, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, S. A. DE C. V.  
D. R. © 1997, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA  
Carretera Picacho-Ajusco 227, 14200 México, D. F.  
[www.fce.com.mx](http://www.fce.com.mx)

ISBN 968-16-4049-7 (segunda edición)  
ISBN 968-16-0132-7 (primera edición)

Impreso en México

Para  
NANCY, LEN, SAM Y BRUCE,  
en conmemoración del 1 de abril de 1953  
y otras grandes fechas