University of Chicago Law School
Chicago Unbound

Journal Articles | Faculty Scholarship

1955

El Derecho comun y el derecho civil: una comparacion elemental articulo

Max Rheinstein

Follow this and additional works at: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles

 Part of the Law Commons

Recommended Citation

Max Rheinstein, "El Derecho comun y el derecho civil: una comparacion elemental articulo," 25 Revista jurídica de la Universidad de Puerto Rico 61 (1955).

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at Chicago Unbound. It has been accepted for inclusion in Journal Articles by an authorized administrator of Chicago Unbound. For more information, please contact unbound@law.uchicago.edu.

EL DERECHO COMUN Y EL DERECHO CIVIL: UNA COMPARACION ELEMENTAL *

MAX RHEINSTEIN **

Es de conocimiento elemental para cualquier abogado puertorriqueño que las diferencias que existen entre los sistemas jurídicos prevalecientes de su bella isla y en los Estados Unidos continentales traducen, hasta cierto punto, la diferencia existente entre los dos grandes sistemas jurídicos del mundo occidental: el Derecho Civil y la *Common Law*. Así, en un artículo dedicado a la Universidad de Puerto Rico con motivo del quincuagésimo aniversario de su fundación, parece no estar fuera de lugar para uno que ha tenido la oportunidad de familiarizarse con ambos sistemas, expresar algunas ideas sobre sus semejanzas y diferencias, según las ha apreciado tras largos años de observación. Pero permítasenos ante todo tratar de definir qué queremos decir con estas dos expresiones: *Common Law* y Derecho Civil.

Derecho extranjero, para un tribunal estadual en Estados Unidos continentales, no es sólo el Derecho existente en un país extranjero, sino también el derecho vigente en otro estado de la Unión. Sin embargo, este derecho es extranjero más en la apariencia que en

* Traducido por José Aulet Concepción, estudiante del Tercer Año de Derecho, del original en inglés, escrito exclusivamente para esta Revista.

** Max Pam, Profesor de Derecho Comparado, Universidad de Chicago; en cierta ocasión miembro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín; 1943-44, Profesor Visitante del Colegio de Derecho de la Universidad de Puerto Rico; Dr. utr. iur 1924, Universidad de Munich, Alemania.

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 61 1955-1956

la realidad, y casi lo mismo podría decirse con respecto al derecho vigente en la mayor parte de la Comunidad Británica de Naciones. Un abogado norteamericano de experiencia no tendría dificultad alguna en ejercer su profesión en Inglaterra, Ontario, Victoria, Las Bahamas o Nigeria. No sólo estaría familiarizado con el idioma en que están redactadas las leyes, las sentencias y los tratados de derecho, sino que se sentiría como en su casa en lo que respecta al ambiente profesional. De ahí que muchos estados de la Unión admitan a postular, mediante una simple petición y sin ningún examen, a abogados que han recibido su formación y adquirido alguna experiencia en cualquier lugar donde impere la *Common Law*. Este privilegio no lo tienen los abogados que han recibido su formación y experiencia profesional exclusivamente conforme al Derecho Civil. *Common Law* y Derecho Civil son las dos categorías dentro de las cuales todos, o casi todos los sistemas jurídicos del mundo moderno pueden ser agrupadas. Ambos grupos se caracterizan respectivamente por su origen.

El grupo de la *Common Law* deriva sus normas del Derecho administrado por los tribunales de su Majestad el Rey de Inglaterra. Respaldadas dichas normas por la poderosa autoridad centralizadora del Rey y sostenidas por una clase togada con una organización centralizada, esos tribunales reales de Westminster triunfaron primero eclipsando y finalmente casi eliminando a los innumerables tribunales locales, eclesiásticos, comerciales y especiales de Inglaterra, y de ese modo, estableciendo como derecho común del Reino el conjunto de tradiciones, prácticas, precedentes, reglas, conceptos y modos de pensar y argumentar que se había desarrollado durante las centurias de cooperación entre el bien organizado foro de dichos tribunales y sus jueces, producto de ese foro, con el cual siempre permanecieron asociados. Puesto que ellos mismos constituían los tribunales o el tribunal, y habían convertido su derecho en el derecho de Inglaterra, este derecho fue transportado a los cuatro confines de la tierra por los abogados ingleses, quienes invariablemente seguían a los colonos en sus aventuras colonizadoras. Cualquiera que hubiera sido el derecho por el cual se rigieran los primeros colonos de Nueva Inglaterra o de otras partes del Continente norteamericano, al surgir la Revolución, la *Common Law* inglesa estaba firmemente establecida como el derecho de las trece colonias y de los ulteriores estados, y con la subsiguiente expansión de la Unión, el

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 62 1955-1956

imperio de la *Common Law* se extendió sobre todo el territorio de Estados Unidos, con la sola e incierta excepción de Louisiana, así como sobre parte de las posesiones insulares. Otros colonizadores o conquistadores ingleses llevaron la *Common Law* a la mayor parte de Canadá, a Australia y a Nueva Zelandia, a la mayor parte de las posesiones inglesas en África, en América Central y en América del Sur, así como también en Asia, incluyendo las regiones que hoy constituyen los nuevos dominios de India y Paquistán y la nueva República de Birmania. No obstante esto, en estas regiones orientales la *Common Law* no tiene el mismo alcance que en el Occidente. Las materias relativas al estatuto personal han quedado bajo el dominio de las leyes religiosas; pero la *Common Law* rige los procedimientos judiciales, los negocios, la banca y la industria. Si consideramos estas regiones orientales como países de *Common Law* podemos decir que actualmente este sistema de derecho impera en un territorio con una población de aproximadamente trescientos millones de habitantes.

Mientras la *Common Law* se caracteriza por haberse circunscrito a una serie de tribunales y de un foro organizado, el Derecho Civil se ha circunscrito a un libro y a la enseñanza impartida en algunas universidades. El libro es el "Corpus Iuris Civilis", la codificación, o mejor dicho, la compilación del Derecho Romano hecha durante los días de la descomposición del Imperio Romano por su último protagonista, el emperador bizantino Justiniano (527-565 A. D.). Durante mucho tiempo olvidado, el "Corpus Iuris" fue redescubierto en el siglo XII por los jurisconsultos de la Universidad de Bolonia, cuya escuela de Derecho llegó a ser el centro de estudios jurídicos europeos de varias generaciones de personalidades sobresalientes. Sin embargo, el Derecho Romano redescubierto por los jurisconsultos de Bolonia, e interpretado por ellos y sus sucesores en otros lugares, y adaptado a las necesidades económicas y a los nuevos tiempos, no estaba en vigor propiamente como tal derecho en ningún sitio. Como no era el Derecho de ningún tribunal poderoso, no podía, como la *Common Law* inglesa, suprimir y eliminar, sino influenciar y complementar la ley local en la Europa continental. Un creciente número de dirigentes de los numerosos Estados y principados, grandes, medianos, pequeños y minúsculos, así como de jueces, notarios y abogados, se formó y educó en las universidades conforme al Derecho Romano o sea conforme al "Usus Modernus Pandectarum". En

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 63 1955-1956

la práctica unos y otros aplicaban las técnicas del Derecho Romano a innumerables costumbres locales y no locales de variado origen germano, a costumbres de ciudades y condados, a usos de los comerciantes, a cánones eclesiásticos, a estatutos locales de las más diversas clases. Con la consolidación de los Estados nacionales, la exigencia de una unificación nacional del derecho fue satisfecha mediante las grandes codificaciones que se inician con el Código Prusiano de 1794, y cuyos más altos hitos son el Código Civil francés de 1804, el Código Civil alemán de 1896 y el Código Civil suizo de 1907.

Mientras todas las normas que se derivan de la *Common Law* de Inglaterra tienen en común no sólo un método particular de razonamiento y argumentación, sino también, hasta donde no han sido modificadas por leyes, un cuerpo de reglas, principios y máximas, el grupo de los sistemas del Derecho Civil supone más bien una unidad de técnica formal que una unidad de contenido. Si las leyes codificadas de los diversos países donde predomina el Derecho Civil son en muchos aspectos similares unas a otras, no sólo en cuanto a la forma sino en cuanto a la sustancia, tal similaridad se debe no tanto a la persistencia de las reglas del Derecho Romano, sino a la circunstancia de que la similaridad de condiciones predominante en ciertos países modernos ha favorecido la expansión de aquellas reglas. A esto se ha sumado el hecho, por una parte, de que la codificación, al producir la unificación nacional, ha determinado soluciones parecidas, y, por otra parte, de que dos o tres códigos sirvieran evidentemente de modelo a los demás países. A través de la conquista armada, los códigos napoleónicos fueron llevados a Bélgica, Luxemburgo y a aquellas regiones de Polonia que en los días de Napoleón constituían el Gran Ducado de Varsovia. Las sobresalientes calidades y el gran prestigio que tenía esta codificación hicieron que se imitaran en Holanda (1835), Italia (1869, sustituída por el Código de 1942), Rumania (1864, sustituída por el Código de 1939), España (1888), Portugal (1867) y en parte, a través de estos dos últimos países, prácticamente a casi todas las repúblicas de la América Latina, en muchas de las cuales han influído también grandemente ideas de origen diferente, extranjero y autóctono. El territorio de este grupo —en el cual se incluye las vastas regiones de los imperios coloniales de Francia, Bélgica, Holanda, Portugal, el antiguo imperio colonial italiano, así como las antiguas regiones france-

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 64 1955-1956

sas de Quebec, y, en cierta medida, Luisiana, las antiguas colonias españolas de Puerto Rico y Filipinas, algunos países de Levante, especialmente Egipto— a veces se le designa como el reino del derecho románico. En este grupo de países existen similaridades de largo alcance no sólo en sus códigos civiles, sino también en el procedimiento, en las tradiciones generales y en la manera de pensar. La literatura jurídica francesa todavía constituye una común aunque a veces limitada fuente de consulta, y los abogados de estos distintos países pueden hablar entre sí y entenderse unos y otros casi tan fácilmente como los abogados de los diferentes países de la *Common Law*. La pequeña palabra "casi" no debe, sin embargo, pasar inadvertida. El derecho italiano, y digamos, el holandés, o el mejicano, para no hablar del brasileño y del de Luisiana, están mucho más distanciados unos de otros, que, digamos el derecho de Illinois del de Nueva Zelandia. Todos ellos pueden ser vistos, en cierto sentido, como pertenecientes a la misma familia, cuando los contrastamos, por ejemplo, con las leyes del llamado grupo germánico. La base común de estos sistemas de derecho es la enseñanza teórica que se desarrolló en las universidades de Europa Central durante los siglos XVIII y XIX, especialmente en la llamada Escuela Pandectista. Tal enseñanza, a la cual se sumaron ideas locales y modernas, influyó no sólo en la forma sino en el contenido de las cuatro grandes codificaciones, a saber, el antes mencionado Código prusiano de 1794, que fue reemplazado por el Código alemán de 1896; el Código austriaco de 1811 y el Código suizo de 1907. El Código prusiano ejerció cierta influencia en Argentina; el austriaco se extendió a través del territorio austriaco propiamente a ciertas regiones de los Balcanes; el alemán fue copiado casi literalmente en Japón, y, a la par que con la influencia francesa, sirvió para instrumentar la modernización y codificación del derecho chino, siendo decisiva su influencia en la reciente codificación del derecho griego. El Código suizo fue adoptado casi literalmente en Turquía y, con ideas alemanas y francesas, influyó en la moderna codificación de Brasil.

Como un tercer tipo, dentro del grupo mayor del Derecho Civil, podemos considerar el derecho de la Unión Soviética. En su contenido social, económico y político, es, desde luego, completamente diferente del derecho vigente en los países liberales, tanto capitalistas como socialistas. Los abogados soviéticos niegan también vigorosamente, que su derecho tenga algo en común con el del mundo

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 65 1955-1956

burgués. Sin embargo, ni aun la Revolución Bolchevique pudo romper por completo con las tradiciones jurídicas desarrolladas en la Rusia zarista durante la occidentalización, comenzada por Pedro el Grande y continuada por Catalina II y sus sucesores. Las nociones conceptuales del pensamiento jurídico soviético, aun en el sector socializado de la economía, son las nociones generales heredadas del Derecho Civil, y los códigos civiles de las diferentes repúblicas de la Unión no son otra cosa que versiones condensadas del código zarista, bosquejados a base de tradiciones comunes europeas.

Todavía queda un cuarto grupo de países de Derecho Civil, a saber, la Unión de África del Sur y el Dominio de Ceilán. Una y otro fueron una vez colonias holandesas y en ambos las características de sus sistemas legales están determinadas por el llamado Derecho Romano-Holandés, el cual constituye una versión del Derecho Romano transformada por los juristas holandeses del siglo XVII y principios del XVIII, como un complemento a las variadas costumbres de las diversas provincias de los Países Bajos. Una posición peculiar ocupa también Hungría y las regiones de Checoeslovaquia que pertenecieron a aquel país, donde todavía rige un derecho no codificado cuya forma y contenido están decisivamente determinados por la enseñanza jurídica impartida en la Europa Central durante el siglo XIX. Finalmente, tenemos a Escocia, donde la *Common Law* de Inglaterra nunca ha sido oficialmente introducida, pero en donde, como ha ocurrido en Luisiana, las técnicas de la *Common Law* han modificado considerablemente la mezcla de costumbres escocesas y de Derecho Civil, modelándose así un peculiar sistema de derecho escocés.

El sucinto examen que hemos hecho comprende prácticamente el mundo entero. En todas partes hemos encontrado sistemas jurídicos que pueden señalarse pertenecientes ya al grupo de la *Common Law* ya al del Derecho Civil. Las diferencias son considerables, sin embargo, dentro de cada uno de esos grupos. Por otra parte, en las vastas regiones del cercano y mediano Oriente, de África y Oceanía, tanto el Derecho Civil como la *Common Law* no son más de una capa superficial superimpuesta sobre un derecho religioso altamente desarrollado, como el de los hindúes, de los mahometanos o de los judíos, o sobre un derecho tribal de poblaciones más o menos desarrolladas.

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 66 1955-1956

Un pequeño grupo de países integrado por los estados escandinavos (Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia e Irlanda) no puede considerarse perteneciente a ninguno de los dos sistemas. Su derecho, de origen alemán, ha recibido cierta influencia de las ideas y enseñanza del derecho romano. No obstante haberse codificado parcialmente, ha conservado un peculiar carácter propio, tanto en sus tradiciones como en su notable y moderna legislación progresista. Las diferencias entre las diversas familias del grupo del Derecho Civil son tan considerables que se justifica considerar el derecho nórdico como otra familia del mismo grupo, no obstante ser peculiarmente diferente. Su carácter especial se ve más, sin embargo, cuando se le considera como un grupo completamente separado.

II

Las diferencias existentes dentro del grupo del Derecho Civil son tan considerables que no es fácil encontrar una característica que le sea común, cuando se le contrasta con el grupo del *Common Law*.

Muchos observadores ven la principal diferencia entre los dos sistemas en el papel que cada uno asigna al precedente. Según la doctrina de la *Common Law* el precedente obliga; conforme a la teoría del Derecho Civil el juez no está atado al precedente y se presume que cada caso se decide por sus propios méritos, por la libre interpretación de la ley. En realidad, el papel que el precedente juega en ambos sistemas es casi idéntico. Todo estudiante de derecho está familiarizado con las múltiples técnicas, especialmente la de "distinguir", según la cual el juez de la *Common Law* puede sustraerse de aplicar un precedente inconveniente. En los países de Derecho Civil, varios factores determinan a los tribunales a darle considerablemente más atención al precedente que lo que en teoría se supone. Los jueces de los tribunales inferiores saben que sus decisiones pueden ser apeladas a los tribunales superiores, y que los jueces del tribunal supremo son remisos a cambiar de opinión, una vez que han tomado partido, especialmente cuando dicha posición ha encontrado expresión en la *jurisprudence constante*, esto es, una línea de decisiones conformes del tribunal supremo. Cuando los jueces son magistrados de carrera, nombrados por el Gobierno, como ocurre en casi todos los sitios —Suiza constituye una excepción señalada— saben que muchos fallos revocados no le hacen ningún bien a su

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 67 1955-1956

expediente, que es la base de los ascensos; y después de todo, no hay magistrado de carrera que no tenga la esperanza de llegar a ser algún día miembro del más alto tribunal. Además de esto, seguir el precedente economiza esfuerzo intelectual. Los jueces están demasiado ocupados en cada caso bajo su consideración para afanarse en buscar una interpretación original del Derecho. Por último, y esto es quizás de gran importancia, una vida social ordenada, especialmente una vida comercial fundada en el crédito, requiere estabilidad jurídica y conocer de antemano lo que pueda ocurrir. El público debe conocer lo que el derecho es. Sería socialmente intolerable el constante menosprecio del precedente. Por todas estas razones, los precedentes son seguidos por los civilistas con regularidad no muy diferente de la que vemos en los países de *Common Law*, y los abogados y jueces civilistas citan los fallos casi tan frecuentemente como los otros. En algunos países el papel del precedente ha sido formalmente instituido. Si una sala del Tribunal Supremo de Alemania decide una cuestión de una manera, otra sala de ese mismo tribunal no podría decidirla en forma diferente hasta que la cuestión haya sido planteada ante representantes de todas las salas del tribunal. En Austria y en otros sitios existen disposiciones similares; pero no en Francia, donde luego que un caso es revocado por el tribunal supremo —el Tribunal de Casación— el tribunal de apelación a donde el caso se devuelve, está en libertad de rechazar la opinión del tribunal supremo, y sólo está atado al precedente después del fallo haber sido revocado por segunda vez. Esta vez, la cuestión debe ser decidida en una reunión de todos los jueces del tribunal supremo. Huelga decir que los casos en que un juez inferior se niega a acatar el fallo del tribunal superior ocurren muy raras veces. En Alemania, por otro lado, se ha sostenido que un abogado es responsable ante su cliente cuando al llevarle su caso ha pasado por alto una decisión importante del tribunal supremo. No cabe suponer una admisión más completa del papel importantísimo que desempeña el precedente. Ahora bien, no obstante el gran alcance dado a éste, la doctrina del Derecho Civil que le niega fuerza vinculante, tiene sus ventajas. Así, le es relativamente fácil a un tribunal civilista alejarse de un precedente obviamente erróneo o aun romper con la *jurisprudence constante* cuando surgen nuevas condiciones sociales que requieren un cambio. Puede ser, y así sucede, que el tribunal supremo revoque sus propias decisiones, o que un humilde juez desafíe a este tribunal. Ahora,

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 68 1955-1956

si así lo hace, deberá reforzar su decisión con una opinión tan elaborada y bien presentada que convenza no sólo a sus compañeros de profesión sino también al tribunal supremo.

El grado en que el precedente realmente se observa, no es el mismo en todos los países de Derecho Civil. Depende de las condiciones y tradiciones locales, y también y tal vez esto es lo más decisivo, del estado técnico de los repertorios e índices de las decisiones. Donde los casos son ampliamente referidos, ordenados y difundidos como en Alemania y Francia, la posibilidad de un verdadero uso práctico del "stare decisis" es mayor que en un país como España, donde no es fácil encontrar el precedente aplicable. En Estados Unidos, de igual modo, los precedentes serían muy difíciles de seguir sin los instrumentos que facilita la "West Publishing Company" y sus competidores.

Otra diferencia existente entre los dos sistemas consiste en los diferentes papeles que desempeñan las leyes así como en las actitudes adoptadas frente a aquéllas. Un abogado de la *Common Law* todavía considera el Derecho como básicamente no escrito, y considera las leyes como remiendos que se le añaden a la Ley Común no escrita, la que se reputa suficiente para alcanzar la solución de cualquier problema o controversia concebible, aunque no existiese ley alguna. Esta actitud, implicativa de que la ley no es otra cosa que una derogación del derecho común y por lo tanto hay que interpretarla restrictivamente, es la que predomina entre los abogados de la *Common Law*. Para el civilista, la ley juega un papel completamente distinto. Partiendo de la idea democrática de la separación de los poderes, postula que el ciudadano no puede estar sujeto a ninguna otra regla que no sean las formalmente aprobadas por los representantes del pueblo debidamente electos, y por lo tanto no puede existir ley alguna que no haya sido aprobada como tal. De manera que toda decisión judicial debe tener una base legal. Además la ley, especialmente el código, debe estar redactado en forma tal que permita obtener una respuesta mediante el proceso de interpretación extensiva o analógica. Con todo lo significativa que es la diferencia en actitudes hacia la ley escrita, su importancia no debe ser exagerada. Esto no sirvió para diferenciar el Derecho Civil de la *Common Law* antes de las codificaciones modernas y el resurgimiento de las ideas democráticas, y la noción de la autosuficiencia de la ley todavía no existe en los países civilistas del derecho Romano-Holandés, Húngaro y Escocés. Además, aun en los países donde rige el clásico Derecho

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 69 1955-1956

Civil, como Italia, Francia y Alemania, gran parte del derecho, especialmente el Derecho Administrativo, es un derecho de juristas, no codificado *(judge-made law)* de un tipo similar al de la *Common Law*. La existencia de un derecho de juristas *(judge-made law)* no es característica exclusiva de la *Common Law*. Desempeñó un papel importantísimo en las jurisdicciones del Derecho Civil antes de la redacción de los códigos y persiste respecto a aquellas ramas del derecho todavía no codificadas. A veces, especialmente en estos últimos tiempos, ha servido para modificar informalmente el rígido derecho escrito mediante el proceso de variar la interpretación. Los tribunales tienen que asumir esta tarea, y así lo han hecho siempre que la legislatura se ha mostrado incapaz de aprobar los cambios necesarios, demandados por las nuevas condiciones sociales. Cuando el Parlamento de Francia permaneció indiferente a pesar de la demanda popular de que la responsabilidad por accidentes de automóviles fuera más estricta que la responsabilidad por negligencia general como aparecía en el Código Civil, el Tribunal de Casación, en una serie de decisiones sensacionales de principios de siglo, "descubrió" una base legal para sancionar una responsabilidad más estricta en estos casos, en un artículo del Código en el cual nadie lo había podido encontrar en los cien años precedentes. Cuando el Reichstag alemán se encontró impotente ante el clamor popular que pedía se remediara la situación de aquellos que perdieron sus ahorros durante la gran inflación que siguió a la Primera Guerra Mundial, decretó repentinamente que los deudores no quedaban completamente relevados de su obligación si pagaban sus deudas con moneda devaluada, basando su nueva regla en un viejo artículo del Código Civil, que de acuerdo con la opinión prevaleciente, no tenía el alcance que se le dio con esa innovación revolucionaria. En Estados Unidos los jueces tienen que crear, porque las asambleas legislativas, especialmente las de los estados, están mal preparadas para hacerse cargo de todos los cambios legales necesarios y aún de todos los cambios de mayor importancia. En algunos países europeos, especialmente en Europa Central, un grupo de funcionarios alertas del Ministerio de Justicia compulsa los cambios que necesiten las leyes y constantemente suple a la legislatura proyectos apropiados. Una colaboración entre el Ministerio de Justicia y la legislatura es plausible; pero como la legislatura se muestra recelosa de la judicatura, se cuida de que el poder de hacer el Derecho de esta última se

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 70 1955-1956

mantenga dentro de los más estrechos límites. Estos poderes tienen que expandirse, y de hecho se expanden, cada vez que las legislaturas descuidan cumplir su deber a cabalidad. Esta misma correlación se observa en los países de *Common Law*.

Debido a la gran actividad y a la vigilancia del Parlamento inglés, los poderes legislativos de la judicatura en Inglaterra están generalmente más limitados que en Estados Unidos. Con la instauración de ciertas organizaciones dedicadas a velar por las necesidades legislativas, tales como la "New York Law Revision Commission" o la "Louisiana Law Institute", se puede predecir que el papel creador de las asambleas legislativas continuará aumentando con ayuda del foro. Hasta cierto punto puede decirse que la creación de la ley por la legislatura y la judicatura está determinada por circunstancias políticas. En Estados Unidos los tribunales han sido por mucho tiempo más conservadores que las cámaras legislativas. Mediante la técnica de la interpretación restrictiva de las leyes y del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, la judicatura ha buscado el modo de restringir el radicalismo de las asambleas legislativas, radicalismo al que la judicatura suple por un proceso mucho más cauto de legislación judicial. Tal situación ha sido censurada constantemente por los "liberales". Actualmente, sin embargo, parece que los reformadores liberales tienen más confianza en los criticados tribunales que en las legislaturas, tanto más así cuando aquéllos están integrados con el producto de liberales facultades de derecho. Así, pues, el papel de la legislatura y el de la judicatura han estado trasmutándose por igual en los países de *Common Law* y en los del Derecho Civil. A pesar de que actualmente en muchos países de Derecho Civil el papel de la legislatura es mucho más importante que el de la judicatura, no se trata de una diferencia entre los sistemas de *Common Law* y de Derecho Civil, sino más bien de una diferencia debida a las variadas y variables circunstancias políticas y constitucionales.

¿Cuáles son, pues, las diferencias esenciales entre el Derecho Civil y la *Common Law?* Estas diferencias consisten, en primer lugar, en rasgos característicos atribuídos a destacadas diferencias en el desarrollo histórico de cada sistema. La *Common Law*, ya lo hemos dicho anteriormente, se desarrolló como el derecho de un tribunal poderoso de un país fuertemente centralizado. Sus creadores fueron los jueces de ese tribunal, respaldados por una poderosa y

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 71 1955-1956

organizada clase togada, que siempre se mantuvo estrechamente unida al tribunal. Es el Derecho realmente vigente en Inglaterra, creado, explicado y administrado por jueces. El Derecho Civil, o por lo menos su núcleo común, no es un derecho administrado por jueces, sino un derecho explicado por profesores. Se desarrolló, no en un tribunal, sino en las universidades y sin que estuviese, en la forma en que se enseñaba, vigente, de hecho, en país alguno. Así, pues, la *Common Law* se desarrolló como un derecho de casos, casuístico, a veces incoherente, frecuentemente inarmónico en la terminología, moviéndose cautelosamente paso a paso según un proceso de tanteos, pero en íntimo contacto con la vida, con un gran sentido de la realidad y con sabor a cosa judicial. El Derecho Civil, por otro lado, es marcadamente académico. Los profesores son maestros y escritores. Están interesados en la lucidez, claridad de exposición y coherencia de la estructura y la terminología. Pero su existencia enclaustrada y recluída dio por resultado cierto alejamiento de la vida. Todos estos rasgos pueden ser observados en su producto, el Derecho Civil, especialmente en las etapas primitivas de este último. Sin embargo, esta diferencia entre un derecho que gira en torno a jueces y otro en torno a profesores no es ahora tan profunda como lo fue en el pasado. La influencia académica está declinando en el Derecho Civil y aumentando en los países de la *Common Law* especialmente en Estados Unidos. En Europa, la influencia de los profesores ha sido limitada por el surgimiento del nacionalismo y el consecuente aislamiento jurídico de las diferentes naciones. Durante siglos, la ciencia del Derecho Civil tuvo un carácter universal. El mismo Derecho Romano se enseñaba en las universidades de todos los países. Este carácter universal lo reforzaba el uso del latín como *lingua franca* de los estudiosos y por el libre movimiento de profesores de una universidad a otra. El uso del idioma vernáculo, las codificaciones nacionales y particularmente el establecimiento de tribunales supremos en cada país, en lugar de los innumerables locales de última instancia, puso fin a la antigua universalidad en la enseñanza del Derecho. Así, poco después de la unificación y codificación del derecho en Francia, un profesor francés podía decir: "yo no enseño el Derecho Civil, sino el Código Napoleón". La misma suerte sufrió la enseñanza del derecho en los países del "Derecho Civil codificado". Actualmente, no existe *una* ciencia del Derecho Civil; hay tantas ciencias jurídicas como países, y en cada uno la jurisprudencia del Tribunal Supremo respectivo ha pasado a ocupar un sitio

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 72 1955-1956

prominente. Ciertamente, los tratados y artículos sobre derecho tienen todavía influencia en la práctica judicial y son de capital importancia en la educación jurídica. Un nuevo tipo de escritos que actualmente desempeña un papel de importancia en el uso diario de los jueces y abogados, son, por ejemplo, las ediciones anotadas de los códigos y leyes. Ya en ninguno de los países civilistas se modela el derecho por los universitarios. La influencia judicial ha ido en aumento, y también la influencia de la alta burocracia civil está dejando su huella no sólo en la redacción de leyes, sino también en las anotaciones altamente autorizadas de las leyes redactadas por ella.

Un desarrollo exactamente opuesto a éste se observa en los países de *Common Law*, especialmente en Estados Unidos. La influencia judicial estuvo en su zenit mientras el *Common Law* fue el derecho de una serie de tribunales. Actualmente, las Cortes Reales de Westminster son sólo una serie de tribunales entre otros muchos. Hace mucho tiempo que la *Common Law* se hubiera disgregado en unos cincuenta o más sistemas relacionados, de haberse dejado su interpretación y desarrollo enteramente en manos de los tribunales. En Europa, con la existencia de múltiples tribunales locales de última instancia, la unidad del Derecho Civil se preservó a través de las universidades. Este mismo papel han venido a ocupar las escuelas de Derecho en los países de *Common Law*, especialmente en Estados Unidos. Las escuelas de Derecho americanas no se preocupan de la enseñanza de las leyes locales, sino del "Derecho Americano"; de igual modo, las revistas de Derecho, los tratadistas o la reformulación del Derecho *(restatement)* hablan del derecho americano como de una unidad. Lentamente, pero con determinación, la influencia de los profesores ha ido creciendo en el derecho americano. El derecho constitucional, donde un solo tribunal domina totalmente la escena nacional, los grandes nombres siguen siendo los de Marshall, Holmes, Brandeis y Cardozo. En la ordinaria *Common Law*, la escena la dominan hombres como Ames, Wigmore, Williston, Bogert y W. W. Cook. Los últimos dos nombres, a los cuales pueden agregarse fácilmente muchos más, muestran la enorme influencia que han tenide los profesores en el campo de los conflictos de leyes. Si en alguna rama del *Common Law* la influencia de los profesores ha sido decisiva, lo ha sido en ésta y no siempre de manera afortunada. Pero no importa cuáles sean nuestros puntos de vista sobre este gradual movimiento

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 73 1955-1956

de una casi exclusiva influencia judicial hacia una creciente influencia académica, su existencia es innegable y ha resultado indispensable para impedir la disgregación del derecho americano. Como resultado de esto el derecho americano está alcanzando un plano más sistemático, más congruente y más preciso en su terminología. Una ojeada al *Restatement* nos ilustrará este fenómeno. Por fortuna el derecho americano no ha perdido su contacto con la vida. Su largo proceso de desarrollo histórico como derecho casuístico todavía no ha sido interrumpido. Ocupa aún un sitio destacado en todas sus ramas, aunque no tanto, quizás, en la de los conflictos de leyes.

La tradicional coherencia del Derecho Civil no se debe sólo a su origen universitario, sino también al papel activo que en su desarrollo han ocupado durante los últimos ciento cincuenta años los gobiernos y la burocracia civil. Donde las necesidades legislativas son vigiladas constantemente y los proyectos redactados por especialistas oficiales bien preparados, se puede obtener una mayor uniformidad que en aquellos sitios donde el derecho se desarrolla al azar según el caso que se presenta. Hay muchos problemas que rara vez van a los tribunales, y en innumerables casos la decisión no está determinada por puras consideraciones jurídicas, sino por circunstancias accidentales, tales como los méritos individuales del caso, la personalidad del juzgador o la habilidad del abogado. Ocurre, pues, que aparece una serie de casos en los cuales se insiste en el estricto cumplimiento de las formalidades legales de un testamento o de los procedimientos administrativos formales para la protección de los acreedores, y otra serie de casos en que se abren avenidas fáciles por las cuales se evade el derecho; esto es como si por un lado prohibiéramos la bigamia y simultánamente estableciéramos una presunción irrefutable de que el matrimonio anterior queda disuelto por la concepción del posterior; o como si estableciéramos reglas legales estrictas para el divorcio y por otro lado toleráramos los que se conceden en Reno. Las ilustraciones pueden fácilmente multiplicarse. *Sapienti sat.* He aquí una diferencia real con el Derecho Civil, por lo menos como existe actualmente en los modernos países de Europa. Una vez se ha resuelto una cuestión en determinada forma, se sigue aplicando coherentemente, y cualquier intento de la judicatura para frustrar la política legislativa se detiene rápidamente por nueva legislación.

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 74 1955-1956

El papel activo que ocupa la legislación ha culminado también en un alto grado de modernidad en el Derecho Civil de nuestros días. A través de su larga historia, el Derecho Civil ha sido completamente renovado. Después de mil años de desarrollo, el derecho del Imperio Romano fue adaptado por Justiniano, en el siglo VI, A. D., a las necesidades del momento. Fueron eliminadas formalmente reglas o instituciones anticuadas y se formularon nuevas leyes para aplicarlas a las necesidades de los nuevos tiempos. Un proceso similar, pero extraoficialmente, lo realizaron los glosadores y especialmente los comentaristas, quienes adaptaron el *Corpus Iuris* a las necesidades de su época. Finalmente, las modernas codificaciones constituyeron un inventario. El antiguo derecho fue relegado al lugar que le correspondía, al museo de antigüedades legales, y las nuevas ideas de los siglos XIX y XX hallaron su expresión en la legislación. Es cierto que el marco conceptual de los códigos es todavía en gran parte el del derecho romano, pero en su contenido los códigos reflejan las ideas y política de la edad moderna. Cuando el Código Civil Alemán entró en vigor a la medianoche del 31 de diciembre de 1899, toda ley anterior, relacionada con las materias cubiertas por el Código perdió su efectividad y fue suplantada por la nueva codificación. "Un plumazo del legislador, y bibliotecas completas se convirtieron en desperdicios de papel".

Nada comparable con esto ha acontecido en la historia de la *Common Law*. Nunca ha ocurrido una ruptura tan radical con el pasado. Es cierto que el derecho arcaico se deroga y se anula, pero nunca ha ocurrido una revisión total. Como consecuencia de esto, la *Common Law* ha ido creciendo con los siglos. Es éste un derecho bien acomodado a las necesidades modernas, pero ha llegado a ese fin más por adaptación gradual de las instituciones antiguas que por la eliminación de éstas y la creación de otras nuevas. Lleva una larga historia tras sí. En este hecho hay algo de sabor romántico implicativo de cierta atracción estética, pero ocasionalmente surgen discrepancias entre las reglas legales y las necesidades a las que se han de aplicar. A éste, llamémoslo así, carácter histórico de la *Common Law*, se debe también otra de sus características distintivas. Las cortes reales de Westminster no eran de fácil acceso para el hombre común; eran los tribunales de los grandes del reino, y el Derecho que en ellas se desarrolló fue un derecho especialmente adaptado para las necesidades de los grandes, la aristocracia latifundista, y más tar-

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 75 1955-1956

de los grandes magnates de la banca y el comercio. Los problemas del hombre común rara vez llegaban a estos tribunales. Lo costoso de los litigios desalentaba a los litigantes. Ramas importantes de la *Common Law*, aun en Estados Unidos, llevan todavía el sello del pasado. El derecho de propiedad inmueble, especialmente en el caso del terrateniente y el arrendatario, el de fideicomisos, el relacionado con la sucesión intestada y testada, el régimen de bienes matrimoniales, y, sobre todo, el derecho procesal han sido elaborados para servir adecuadamente a las necesidades de los que poseen fortuna. Es discutible si se adaptan a las necesidades de otras clases económicas, especialmente a la baja clase media. En los paíse civilistas modernos, especialmente los de la Europa Central, la burocracia gubernamental ha demostrado gran interés por las necesidades jurídicas de la clase media, tanto urbana como rural, ya que de estas clases dicha burocracia se ha alimentado siendo así que sobre ellas se ha basado el poder gubernamental, especialmente en el siglo XIX. Por varias razones este interés se ha extendido en el siglo XX al proletariado, cuyos intereses y necesidades jurídicos se han tratado de salvaguardar con una legislación de largo alcance, a veces paternalista, legislación que ha dejado huellas profundas en los códigos del siglo XX. En los países de la *Common Law*, incluyendo a Estados Unidos, no ha sido siempre fácil a los grupos que no están bien organizados o que carecen de organización influir en la legislación. Las leyes relativas a los hijos ilegítimos, por ejemplo, son poco satisfactorias en muchos estados, debido en gran parte a que nadie se había interesado en el problema, hasta que recientemente lo hicieron organizaciones profesionales de trabajadores sociales. Las ilustraciones pueden multiplicarse, pero, otra vez, *sapienti sat.*

En fin, varias divergencias importantes entre los dos sistemas se deben a diferencias en cuanto a la organización de la administración de la justicia. Los países civilistas no están familiarizados con la separación entre el Derecho y la *Equity*, y nunca han tenido jurado en los juicios civiles. Por otro lado, dichos países han separado del Derecho Privado el Derecho Mercantil, y, en épocas recientes, también el Derecho del Trabajo. El doble sistema de los tribunales, de los derechos y de los remedios según resulta en los países de *Common Law*, debido a la separación entre la *Equity* y el Derecho tiene cierto paralelo con la dualidad de *ius civile* y *ius honorarium* según existía en el Derecho Romano, clásico y republicano. Pero

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 76 1955-1956

esto ya es una cuestión del pasado. En el Derecho Civil moderno nada parecido existe a la separación que aparece en la *Common Law* entre el Derecho y la *Equity*. Por otro lado, en los países civilistas no se han suprimido totalmente, como ocurre en la *Common Law*, los tribunales especiales a las cuales acudían los comerciantes de la Edad Media para la solución de las controversias que surgían entre ellos de acuerdo con el Derecho Mercantil, el Derecho Común del comercio en toda Europa. Es cierto que los modernos tribunales mercantiles ya no los establecen los gremios autónomos u otras organizaciones de comerciantes; son tribunales estaduales establecidos por el Gobierno igual que los tribunales. Sin embargo, están organizados en forma diferente a la de los tribunales ordinarios, como resulta del hecho de que en los mismos se nombran comerciantes en representación de las diferentes categorías de negocios, los cuales se sientan como ocurre en Alemania, al lado de un juez profesional que preside el tribunal, o, como ocurre en Francia, en que el tribunal está integrado por comerciantes solos, sujetos a revisión o apelación por tribunales superiores, compuestos exclusivamente de jueces profesionales. Un tribunal organizado en esa forma se supone que está familiarizado con las costumbres y usos del comercio y con los problemas especiales de los negocios.

En los comienzos estos tribunales mercantiles aplicaban un sistema de derecho el cual era notablemente uniforme en toda Europa, sin que correspondiera necesariamente con el derecho local. La existencia de códigos de comercio distintos en casi todos los países civilistas implica un vestigio de este estado de cosas. Estos códigos, sin embargo, no se diferencian mucho del Derecho privado general. La diferencia se reduce a proteger a los comerciantes compradores *bona fide*, protección más vigorosa que la ofrecida a los otros compradores *bona fide*, y que a su vez va mucho más lejos que la regulada en la *Common Law*. Hay también otras atemperaciones que se asemejan a las reglas del Derecho Anglosajón relativas a la protección de los terceros, y una tendencia mayor a considerar el tiempo en las transacciones comerciales como parte esencial de un contrato. En lo fundamental, la situación sencillamente se reduce a aplicar a los negocios que constituyen el dominio especial de comercio, incluyendo a las sociedades, a las corporaciones y a la marina mercante, reglas particulares y a someter las controversias que se suscitan a tribunales especiales.

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 77 1955-1956

En época reciente, se ha operado un desarrollo similar en el Derecho Laboral. Sus reglas modernas están contenidas en leyes separadas, las que, en algunos países, por ejemplo Francia, han sido consolidadas en códigos especiales del trabajo. Los litigios que surgen bajo estas leyes son juzgados y decididos por tribunales especiales del trabajo, los que están constituídos por jueces profesionales, con representantes de los obreros y patronos, los cuales, por lo tanto, tienen experiencia en la materia. En Alemania y algunos otros países esta misma separación existe no sólo en lo que respecta a los tribunales inferiores, sino en toda la jerarquía judicial, de tal manera que funciona un tribunal supremo del trabajo completamente separado del tribunal supremo general. En realidad, en casi todos los países civilistas, la jurisdicción del tribunal supremo general es prácticamente menos amplia que la de estos mismos tribunales en los países de la *Common Law*. Tribunales administrativos especiales conocen de casos referentes al Derecho administrativo y a veces constituyen no una, sino diversas jerarquías independientes, de tal modo que en algunas ocasiones existe toda una serie de tribunales supremos, todos con jurisdicción final en el campo de su especialidad. Algunos observadores de la *Common Law* han interpretado erróneamente este fenómeno. En cierta época su propósito pudo haber sido el de garantizarle al ejecutivo cierta influencia que no hubiera podido ejercer en los tribunales ordinarios. Actualmente el propósito fundamental de la creación de estos nuevos tribunales es asegurar el que personas especializadas intervengan en casos para cuya resolución se requieren ciertos conocimientos.

En los países de la *Common Law* la intervención del jurado en casos civiles ha influído profundamente no sólo en la estructura del procedimiento sino también en el derecho sustantivo. Nuestro derecho relativo a los daños y perjuicios, especialmente en lo que concierne a la negligencia, no es ni siquiera un cuerpo de reglas para la inmediata decisión de los casos, sino para indicar al tribunal en qué situación debe o no dejarse la decisión al jurado. El control del jurado por el magistrado ha hecho indispensable la elaboración de reglas especiales, lo que ha producido en ciertos campos del derecho un perfeccionamiento de dichas reglas más cabal que el que se observa en los campos correspondientes del Derecho Civil. Además, el sistema del jurado ha causado el establecimiento de una elaborada ley de evidencia, que no tiene paralelo en el Derecho Civil moderno.

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 78 1955-1956

Obviamente, nuestro sucinto ensayo para descubrir por lo menos las más significativas diferencias entre los dos principales sistemas jurídicos del mundo moderno no puede exceder los límites aun de una exposición de carácter muy general.

De todas maneras, si queremos ver el bosque, no debemos empeñarnos en describir los árboles.

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 79 1955-1956

HeinOnline -- 25 Rev. Jur. U.P.R. 80 1955-1956