

El evidente contraste entre el sistema jurídico romano-germánico y el Common Law puede entenderse analizando el proceso histórico de formación de cada uno de ellos. Es en ese sentido, que el autor más allá de dar una respuesta definitiva sobre el porqué de tal diferencia, expone los hechos determinantes en la concreción de los sistemas jurídicos en referencia, dejando que el lector saque sus propias conclusiones.

Es muy sabido que el *common law* inglés es una creación de los jueces y que el rol de los profesores de Derecho y de los estudios teóricos —la ciencia jurídica— ha sido siempre marginal en el curso de los siglos⁽²⁾. No podría haber contraste más grande en este punto entre el proceso inglés y su contraparte continental, puesto que la influencia del “Derecho de los profesores” ha sido de la máxima importancia. En efecto, no es exagerado afirmar que han sido vastas y fundamentales secciones del Derecho que fueron creadas por los juristas continentales, tanto como el *common law* fue creación de los jueces. La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho Canónico y Romano y la publicación de doctos tratados y comentarios sobre el *Corpus iuris civilis* y sobre el *Corpus iuris canonici* por parte de los juristas doctos (en su mayor parte profesores) han tenido lugar desde hace nueve siglos atrás. Todavía hoy, cuando los códigos han sustituido en la práctica los dos viejos *corpora*, la enseñanza en las Facultades de Derecho y las doctrinas expuestas por los más insignes estudiosos tienen un impacto muy grande, no sólo entre los estudiosos, sino también dentro de la magistratura y en el poder legislativo. Estos juristas no solamente comentan los códigos y los interpretan teniendo en cuenta los casos más relevantes, sino que critican también códigos y sentencias, elaboran teorías y filosofías respecto al modo en el que el Derecho se desarrolla o —debería desarrollarse—. Son los verdaderos *maîtres à penser* para el entero mundo del Derecho. Por lo mismo que los nombres de los jueces que intervinieron

en casos famosos y trascendentales no sean citados impide el “culto” a posibles oráculos judiciales, como ocurre en los países anglosajones, donde se publican los fundamentos y los nombres de los jueces que han dado una sentencia, así como las motivaciones y los nombres de los jueces disidentes. Los jueces continentales son anónimos y sin rostro, mientras que los grandes profesores y abogados no lo son.

La situación en el Continente es el fruto de varios siglos de desarrollo. Todo comenzó con el descubrimiento, en Italia, a fines del siglo XI, del texto completo de gran legislación justiniana, que no había sido nunca promulgada en Occidente. Si antes se conocían numerosos fragmentos, de ahora en adelante toda la vasta recopilación (el resumen de mil años de Derecho Romano y de pensamiento jurídico) estaba a disposición de la sociedad occidental. Se inició inmediatamente el estudio de las Instituciones (un breve pero lúcido libro de texto), del Código (una recopilación de leyes y decretos imperiales), de las *Novellae* (o “nuevas constituciones”) emitidas por el mismo Justiniano para completar el Código y del Digesto (recopilación de extractos de los escritos producidos por los jurisconsultos clásicos). Bologna era el centro de este estudio y cuna de la gran Universidad del medioevo. Aquí se eligió una versión de este texto que devino en una forma *standard* para innumerables generaciones de profesores y estudiantes, la *Vulgata o littera Bononiensis*⁽³⁾. Todo este entusiasmo podría haberse limitado a un pequeño grupo de especialistas, por intereses únicamente académicos, por ejemplo, con el estudio de las tablas asirias en arcilla o con los papiros egipcios. En realidad, ocurrió lo contrario, puesto que el estudio del *Corpus* atrajo la atención de miles de estudiosos

**Raoul C. Van
Caenegem**

• Profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Cambridge, Universidad de Gand, Universidad de Tübingen, Universidad de Lovaina, Universidad de París
• Director de la Revista *Historia del Derecho Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*

1 Traducido del italiano por Carlos Ramos Núñez, a quien agradecemos su colaboración. El presente texto forma parte de un trabajo mayor del autor titulado “Los señores del Derecho: Jueces, legisladores y profesores. Areas de la historia jurídica europea.

2 Obras recientes sobre los jueces en la fase inicial del *common law*, véase, D. M. Stenton, *Pleas before the King or his justices (1198-1212)*, Selden Society 67, 68, 83, 84, 4 vol, Londres, 1948, 49; 1966-67; R.V. Turner, *The English Judiciary in the Age of Glanvill and Bracton c. 1176 - 1239*, Cambridge, 1985.

3 Un reciente y muy detallado análisis de esta cuestión en S. Kutter, *The Revival of Jurisprudence*, en *Renaissance and Renewal in the Twelfth Century*, editado por R. Benson y G. Constable, Cambridge, Massachusetts, 1982, pp. 299-323.

de todo el mundo occidental, que se movilizaron en masa a Bologna para aprender a conocer un sistema jurídico, enormemente superior a las costumbres locales feudales con las cuales estaban familiarizados. El Derecho Romano aparecía como la razón misma, la extrema revelación de un sistema perfecto y la estrella polar de todo análisis jurídico. Tres escuelas de romanistas se sucedieron una a otra, cada una con el *Corpus* de Justiniano como verdadera Biblia, pero con diferente actitud y diverso orden de prioridad. Los Glosadores (siglo XII y primera mitad del XIII) veían —de manera muy lógica— que su tarea primaria consistía en indagar el significado del *Corpus*. Para ello explican o “glosaban” cada línea y hasta cada palabra del sagrado texto, usando la técnica de citar textos paralelos extraídos de otras secciones del *Corpus*, a fin de ilustrar el significado de un determinado pasaje. Se abstienen de pronunciar juicios autónomos, siendo demasiado grande su veneración por el texto, pero proponían algunos bosquejos de interpretación invocando pasajes paralelos, que parecían restringir ciertos pronunciamientos absolutos. Se abstienen también de referirse al derecho de su tiempo, limitándose al Derecho antiguo tal como lo encontraban en el *Corpus*. Por ejemplo, un texto famoso que ha atravesado durante siglos las polémicas de los juristas, es un fragmento del Digesto que dice que el Príncipe, es decir, el Emperador, “no está ligado por las leyes” (en términos modernos: el Estado o el gobierno está por encima del Derecho). Glosando esta afirmación, Accursio refiere, para sus lectores, otros pasajes (y otros del Derecho Canónico) que dan una perspectiva justa de la afirmación⁴. Ello no significa que el Emperador deba comportarse sin tener en cuenta al Derecho. Al contrario, su primer deber es obedecer las leyes que son la base misma de su posición como Jefe del Estado Romano, pero en el sistema político romano no había ninguna persona o institución que tuviese el derecho de juzgar sobre lo operado por el emperador, puesto que “se puede ser juzgado solamente

por un superior”. Entonces el problema no parece de orden sustancial, sino más bien como un asunto de instituciones políticas y de organización judicial. De este modo, Accursio, quien era, evidentemente, conciente del poder papal de condenar y deponer a los emperadores medievales del Sacro Imperio Romano, no hace referencia a esta realidad de su tiempo, puesto que trabaja en el interior de los textos de Justiniano. Los grandes nombres de esta escuela fueron Azo y Accursio. Los comentaristas del Trescientos y del Cuatrocientos construyeron sobre los cimientos de sus predecesores, pero dieron un paso adelante: ampliaron sus horizontes hasta tomar en consideración todo aquello que constituía el mundo de su tiempo, con sus necesidades. Fueron realistas y entendieron que el Derecho consuetudinario y la legislación medieval habían sobrevivido y que la ciencia jurídica basada en el Derecho Romano debía de tener en cuenta este hecho. De allí que mantuvieron siempre su atención en la vida real y escribieron comentarios y tratados que iban más allá de los restringidos confines del viejo *Corpus*. Su obra concernía a los problemas fundamentales y se remontaba a las citas de la legislación justiniana, a fin de ser comprensible y usada en los tribunales. A menudo, daban consejos a las partes y a las cortes sobre problemas específicos o en torno a causas que les eran confiadas (*consilia*), lo cual los ponía en estrecho contacto con la realidad y con los problemas comunes de la gente. Pero aquéllos fueron y siguieron siendo civilistas; es decir, que el “consejo” que expresaban se hallaba basado en el Derecho Romano y estaba lleno de referencias al *Corpus* y a los glosadores. Esta Escuela se ocupó también del problema

El deber del
Emperador es
obedecer las
leyes que son
base de su
posición como
jefe del Estado
Romano.

del lugar justo del Derecho Romano en la sociedad europea que se había alejado mucho del mundo clásico, entonces desarrolló la doctrina de la relación entre el *ius commune* y el *ius proprium*. Los afamados nombres fueron los de Bartolo y Baldo. La tercera escuela fue la de los Humanistas del Quinientos. Estos juristas formaron parte del movimiento intelectual general de la época, compartiendo el entusiasmo por el retorno a las fuentes, la aversión por el barbarismo medieval (en particular por el pésimo latín) y el amor por el método filológico e histórico y la admiración por la antigüedad clásica y sus obras. Los juristas

4 Un profundo análisis del problema ha sido realizado por B. Tierney, “*The Prince is not bound by the laws*”. Accursius and the origins of the modern state, en “Comparative Studis in Society and History”, 5, 1962, pp. 378-400.

humanistas querían reconstruir el Derecho romano y el rol que éste jugó en la antigüedad, por lo cual era necesario liberarlo de contaminaciones medievales. Insistían, además, en realizar una verdadera aproximación histórica. Esto fue lo que se empeñaron emprender y no hay duda que alcanzaron una profunda y más exacta comprensión del Derecho de Roma y de la sociedad en la que operaba. Produjeron también excelentes ediciones críticas del *Corpus*, que sólo fueron sobrepasadas por el texto *standard* alemán del Ochocientos. Pero mientras aquello era, sin duda, un gran servicio a la cultura, era de poca utilidad para la práctica del Derecho. El Derecho puro de la antigüedad era aplicable sólo a la antigua Roma; los tribunales de la Europa moderna podían servirse poco de él y preferían el Derecho Romano tal como los comentadores lo adaptaron a la Europa en la cual vivían. No obstante ello, muchos juristas del Seiscientos lograron combinar el uso práctico del Derecho Romano de Bartolo con una visión más profunda de la antigüedad clásica que había sido alentada por los Humanistas. Los grandes nombres de la Escuela Humanista fueron Alciato y Cujacio. Toda esta erudita actividad pudo haberse conservado como un simple pasatiempo de una élite de privilegiados estudiosos, que enseñaban y escribían, naturalmente en latín, en las Universidades, de St. Andrews a Napolés y de Coimbra a Cracovia. Sin embargo, después, toda esta cultura penetró en el uso cotidiano de los tribunales, modificando de diversa manera la vida de todos en el Continente (y en menor medida en Inglaterra).

El Derecho canónico fue el primero en sufrir el impacto de la nueva enseñanza romanista, del Derecho neo-romano del Medioevo y, a su vez, éste influyó la vida de los ciudadanos comunes. Se reconoció muy pronto que fuera de las Facultades de Derecho Civil no existía ninguna otra escuela de Derecho; de modo que, todo futuro canonista debía ir allí, a fin de aprender los rudimentos de su ciencia. En el campo del procedimiento, en particular, este contacto no se limitó a su fase metodológica, porque las reglas de los tribunales, romanas y canónicas, estaban tan estrechamente enlazadas que en el siglo XII se desarrolló una nueva disciplina, con el nombre de procedimiento romano-canónico. A partir de 1200, éste fue aplicado en todos los tribunales eclesiásticos de la cristiandad occidental. En ellos, no solo los eclesiásticos, sino también los numerosos laicos que aparecían delante del oficial del obispo por causas matrimoniales, podían ver por

sí mismos como funcionaba una corte inspirada en el Derecho Romano.

En torno a aquel tiempo, ciertas zonas de Europa donde el viejo Derecho romano había sobrevivido en una forma más simple, “vulgar”, se demostraron receptivas frente al Derecho refinado y revitalizado por las escuelas y comenzaron a adoptarlo. Este fue el caso de Italia septentrional, del noreste de España y de Francia meridional, todas ellas vinculadas entre sí por el mar Mediterráneo y por fuertes vínculos culturales y comerciales. Poco después las cortes superiores del reino fueron reorganizadas según líneas romano-canónicas y entraron a formar parte de ellas juristas cultos (o “legistas”, como eran llamados, porque habían estudiado las *leges* de los emperadores romanos). El más notable ejemplo de ello fue el *Parlament* de Paris, fundado hacia la mitad del Doscientos. Lo mismo sucedió con muchos otros tribunales.

No sólo los tribunales fueron romanizados con jueces y abogados, sino también los emergentes Estados-nación comenzaron a introducir leyes basadas en el Derecho Romano. Así, Alfonso X, Rey de Castilla y León, entre 1252 a 1284, promulgó las *Siete Partidas*, que, pueden ser descritas correctamente como un texto de Derecho Romano en vulgar. En la Baja Edad Media devino norma que todo tribunal de importancia no simplemente local tuviese al menos jueces y abogados que hubieran estudiado el Derecho Romano, en el exterior o en la patria (puesto que las universidades se multiplicaban, haciéndose cada vez más influyentes). Y si su saber resultaba insuficiente, la corte podía pedir siempre el *consilium* de algún jurista importante.

Se sintió pronto, por parte de aquellos que ignoraban el latín, la fuerte necesidad de adentrarse en este nuevo producto cultural, que, evidentemente, importaba cada vez más a la gente. Se descubrió así que, a partir del Doscientos en adelante, los autores de Derecho consuetudinario usaban el Derecho culto como vértice y modelo, y hasta incorporaban vastas porciones de Derecho culto elemental en sus obras en lengua vulgar, familiarizando así a sus lectores con el nuevo evangelio jurídico. Hacia fines del Medioevo se hicieron numerosos “vocabularios jurídicos”, en los que el profano podía encontrar una traducción y una explicación de los términos eruditos que la nueva generación de juristas gustaba emplear tan abundantemente (y de manera tan desastrosa en sus relaciones con los pueblos más rústicos).

En la Edad Moderna esta tendencia se difundió muchísimo y un nuevo período clásico del Derecho Romano arribó cuando los autores de Derecho consuetudinario debieron hacer amplio uso de las fuentes civilistas para ser tenidos en seria consideración y cuando algunos de ellos supieron convertirse en tan buenos civilistas como estudiosos del Derecho consuetudinario. Por ejemplo, Charles Dumoulin (1500-1566) no sólo fue el gran comentarista de la costumbre de París, sino también autor de tratados sobre cuestiones muy complejas de Derecho Romano, como el Derecho de las obligaciones. En Inglaterra, durante este largo período, el rol de la doctrina, de los profesores y de la ciencia jurídica fue, en verdad, muy reducido: el Derecho estaba basado sobre la costumbre, revelada por los precedentes. Así, los oráculos del Derecho eran los jueces y no los juristas que hablaban “*ex cathedra*”. Los jóvenes que querían incursionar en la carrera legal no iban a la Universidad a aprender algún sagrado texto de Derecho y a escuchar de los labios de los profesores lo que dirían sobre su exacto significado. A menos que no buscarán labrarse un futuro en la Iglesia o en la carrera diplomática, ellos marchaban a vivir en algún *Inn of Court* y escuchaban a abogados y jueces para aprender su Derecho, viéndolo aplicar concretamente en los tribunales (al mismo modo como un joven que quiere ser zapatero iba a casa de un maestro para conocer el oficio, donde miraba y escuchaba, aprendiendo poco a poco). Las mejores sedes para aprender el Derecho eran los tribunales, los libros que reportaban las sentencias —los *Year Books*— y los rápidos y vivaces litigios entre los *serjeants at law*. El estudiante encontraba las fuentes de su saber no en los libros de Derecho Romano, que eran irrelevantes, ni en las grandes exposiciones de Derecho consuetudinario, que hacían uso de la cultura jurídica romana. El *Tratado sobre las leyes y las costumbres inglesas* de Bracton era una amplia *summa* del *common law*, expuesto usando la cultura civilista como el hilo de Adriana; pero el tratado de Bracton era un monolito y las generaciones que vivieron después que fuera escrito lo ignoraron. Este tampoco encontró una continuación ni propició la formación de una escuela. Esta obra erudita y escolástica era un vehículo ciego y los grandes nombres de los siglos

Los civilistas
que se ocupaban
del Derecho
Romano fueron
un fenómeno
marginal en
la escena
inglesa.

siguientes, Littleton y Coke, encontraron el material para sus tratados e “Instituciones” en el *common law*, en el registro de los *writs* y en los precedentes de los registros judiciales, en los *Year Books* y en los *Law Reports*, ignorando a Gayo, Ulpiano y Triboniano.

Fuera del campo del *common law*, Oxford y Cambridge, como todas las universidades del Occidente latino, enseñaban Derecho canónico y civil. El primero era necesario para suministrar a la Iglesia juristas calificados, floreciendo hasta que el Rey Enrique VIII lo abolió por considerarlo excesivamente papista. Este monarca no tenía nada en contra del Derecho romano, más bien lo impulsó, pero los “civilistas”, como eran llamados los juristas que se ocupaban del Derecho romano, no fueron nunca más que un fenómeno marginal en la escena inglesa. Ejercían en algunos tribunales que aplicaban el *civil law*, como el Almirantado, pero su relación con los juristas del

common law no superaba el uno frente a diez, y no les era permitido ocuparse de un amplio sector reservado al *common law*, del fundamento de la fortuna de las familias al poder; es decir, de la propiedad inmueble. El Derecho inglés no fue considerado digno de enseñarse en las Universidades hasta la mitad del Setecientos, mientras en Francia el Derecho nacional comenzó a dictarse en el Seiscientos. Las nuevas materias no tuvieron fácil acceso a la Facultad. Charles Viner (muerto en 1756) hizo un legado para una cátedra de Derecho inglés en la Universidad de Oxford y fue recién con el primer titular de la Cátedra Viner que el Derecho inglés entró a formar parte de los planes de estudio. El primer

titular fue nada menos que William Blackstone, cuyas excelentes lecciones fueron la base de sus *Commentaries on the Laws of England*, justamente famosas, pues constituyen la última gran exposición del Derecho tradicional inglés antes de las conmociones del Ochocientos, con sus *Repeal and Judicature Acts*. Blackstone, que escribió con un estilo elegante (cosa rara entre los juristas ingleses, tanto que se ha afirmado que habían “pocos libros de Derecho que un hombre inteligente podía leer sin molestarse”)⁽⁵⁾, se puso

5 C.H.S Fifoot, *Judge and Jurist in the Reign of Victoria*, Londres, 1959, p. 21.

como meta no solo fijar las normas del *common law*, sino también, mostrar su coherencia y condición lógica. Pretendía demostrar que el Derecho inglés no era un amasijo de normas inconexas, producto de sentencias casuales en innumerables causas. Después de Blackstone la Cátedra Viner entró en crisis durante mucho tiempo, porque sus titulares la consideraron una sinécura, estado de cosas extendido a lo largo del Setecientos, cuando se obtenían derecho a las cátedras universitarias pagando un emolumento. Sin embargo, ello no implicaba la obligación automática para asumir la enseñanza (por lo menos, ésta era la actitud del beneficiario, que solía encontrar un estudioso pobre que se ocupaban de enseñar a cambio de una pequeña parte del estipendio).

En el Ochocientos, la idea de una enseñanza académica sería ganó mucho terreno, provocando crecientes discusiones, puesto que el modo en que debía realizarse estaba lejos de ser preestablecido y claro.

Algunos auspiciaron la fundación de Facultades de Derecho en las Universidades, como los lugares más adecuados para la enseñanza del Derecho inglés. Es de advertir el hecho que en el momento en que las Facultades de Derecho alemanas eran los centros de enseñanza que gozaban de fama universal, en Inglaterra, ésta era sólo una de las muchas posibilidades y estaba distante de recibir consenso unánime. En efecto, cuando Dicey asumió la cátedra vineriana en Oxford, en 1882, eligió como título de su lección inaugural: “¿Se puede enseñar el Derecho inglés en las Universidades?”. Demanda, aparentemente retórica, a la que respondía afirmativamente. Otros pensaban que las *Inns of Court* eran las más calificadas para organizar la enseñanza y el estudio del Derecho inglés. Si bien, las *Inns*, notoriamente, habían perdido la importancia que tuvieron, convirtiéndose en acogedores lugares de encuentro (*clubs*) de los profesionales, por excelencia fueron en el pasado, escuelas a las que se confió la preparación para la profesión legal, en cuyo interior, por mucho tiempo, el Derecho inglés se aprendió y discutió —una buena tradición que valía la pena revivir—. La verdad es que hasta la *Common Law Procedure Act*, de 1852, simplemente, en las universidades, no se practicaba un estudio serio del Derecho y la vieja práctica profesional en las *Inns of Court* estaba lejos de desaparecer⁽⁶⁾. Después las cosas mejoraron: en las *Inns* se adoptó un programa de estudio

(1852), mientras en Oxford se dio un paso incierto en 1850 con la creación de una nueva escuela mixta de Jurisprudencia y de Historia Moderna, seguida, en 1871, por el establecimiento de una Escuela de Jurisprudencia⁽⁷⁾.

Un tercer grupo afirmaba que la instrucción legal debía ser organizada por la misma orden profesional, sin perjuicio de la educación impartida por las universidades, donde los jóvenes podían, naturalmente, recibir una instrucción inicial sobre amplios sectores de la cultura, como los clásicos, la filosofía y la historia. La idea de que fuera la orden profesional; es decir, la organización de jueces, abogados (*barristers*) y procuradores (*solicitors*), la que administre los estudios legales y regulase los exámenes de admisión a la carrera legal, es de particular interés actualmente. En Francia, por ejemplo, algo similar se ha creado recientemente. Tanto que tiene una *Ecole de Magistrature*, que organiza los exámenes de admisión a la magistratura. En Bélgica, antes el diploma de una Facultad era suficiente para entrar a la orden forense o a la magistratura, ahora en cambio, quien se halla en posesión del diploma universitario debe pasar un examen para ser admitido en una o en otra.

Después de largas disquisiciones, las universidades llevaron la mejor parte, organizando Facultades de Derecho que, sin embargo, apenas han adquirido importancia después de la Segunda Guerra Mundial. En nuestros días, a diferencia del pasado, se puede decir que cualquier joven que pretenda seguir la carrera de juez, abogado o procurador necesita frecuentar una Facultad de Derecho y obtener un diploma en Jurisprudencia. En otra época, habrían recibido una instrucción universitaria sobre los clásicos, la historia o hasta las matemáticas más que sobre el Derecho, entonces considerado un campo demasiado estrecho y especializado para la enseñanza universitaria. Esta victoria, a pesar de todo no fue absoluta. Un diploma universitario extendido por una Universidad no era todavía un requisito indispensable para la profesión y era más importante el año de estudios organizado por la orden profesional y el examen que ésta ejercitaba para la admisión de los estudiantes. Actualmente, la mayor parte de estudiantes se inscribe en este curso después de

6 Fifoot, *Judge and Jurist*, o., c., p. 21.

7 Ibid, pp. 24-25. Véase el instructivo ensayo de Peter Stein, *Legal Theory and the REform of Legal Education in Nineteenth Century England*, en *L'educazione giuridica, II: Profili storici*, editado por A. Giuliani y N. Picardi, Perugia, 1979, pp. 185-206.

haber asistido por tres años a la Facultad de Jurisprudencia. Las antiguas *Inns of Court* continuaban teniendo un rol para la preparación de la carrera legal, si bien resulta menos importante que la educación impartida en las universidades y en la orden gremial. El surgimiento de Facultades de Jurisprudencia, naturalmente, ha atribuido mayor importancia a la enseñanza del Derecho. Los profesores ingleses, sin embargo, están lejos de tener el prestigio e influencia de sus colegas continentales. Sus libros tienden, por lo general, a ser textos para los estudiantes y aun las obras más doctrinarias y originales no son tomadas en consideración por los abogados y los jueces como ocurre en el Continente. Los *Law Lords*, en particular, parecen prestarles escasísima atención⁸. No obstante ello, algo ha cambiado. Por lo menos, de aquí a cuarenta o cincuenta años, los estudiantes que hoy frecuentan las Facultades, se convertirán ellos mismos en *Law Lords* y, sin duda, prestarán mayor atención a los libros profesionales. El jurista culto entonces podrá sentirse, finalmente, en Inglaterra, como en su propia casa.

¿Se puede imaginar el contraste tan estridente entre las universidades inglesas del Ochocientos y sus contrapartes alemanas? Sobre la ribera del Mar del Norte casi no habían Facultades de Derecho y los profesores tenían un papel secundario en la vida jurídica; en la otra orilla, los profesores de Jurisprudencia eran tan insignes y reverenciados, que existía la famosa práctica de la *Aktenversendung*; esto es, de la consulta a una Facultad por parte de un tribunal, cuando los jueces dudaban sobre una cuestión de Derecho. Estos emitían el expediente de la causal pidiendo consejo, comprometiéndose a pronunciar un fallo conforme al parecer dado por la Facultad. ¿Se podrían imaginar a la Alta Corte, a la Corte de Apelación y a los *Law Lords*, pidiendo consejo a los profesores de una Facultad para resolver un caso? Es interesante recordar que Savigny, durante el tiempo que transcurrió en Berlín, fomentó la práctica del *Spruch-Collegium*, una especie de tribunal de juristas, al que los tribunales ordinarios acudían en las causas difíciles. Esta era, precisamente, el tipo de tarea que encontraba idóneo para un profesor: instruir a los jueces ignorantes.

¿Cómo se puede explicar esta enorme diferencia entre Inglaterra y Alemania? ¿Por qué este increíble contraste entre un Derecho elaborado por

los jueces sobre la orilla del mar del norte y el Derecho elaborado por los profesores sobre la otra orilla?

Algunos lectores podrían sorprenderse a su vez de nuestro asombro. ¿No es natural que cada país tenga sus leyes? En Estados Unidos cada Estado mantiene y hasta protege sus leyes y, en algunos, incluso, un Código de leyes. Se puede responder a tal objeción manifestando que la diferencia entre Inglaterra y el resto de Europa (incluyendo hasta cierto punto también a Escocia) es mucho más profundo que las diferencias entre los países europeos continentales y los Estados Unidos de Norteamérica. Se trata de la total aproximación al Derecho y el modo mismo de concebir el pensamiento jurídico y no, simplemente, las leyes sobre el divorcio o sobre la velocidad máxima de las autopistas.

Ninguno se sorprenderá en descubrir que la cultura china ha producido un sistema jurídico autónomo, puesto que el mundo chino es una civilización autónoma, no sólo respecto al Derecho, sino en lo religioso, en el campo de la ciencia y de la ética. Lo que llama la atención del Derecho inglés es que sea autónomo, aunque la civilización inglesa tenga en común con el Continente, todos sus factores principales, en los terrenos más dispares. La lengua inglesa es de origen germánico-continental, enriquecida por préstamos franceses y latinos. Su historia religiosa, en las fases católica y protestante, procede claramente al unísono general de la historia europea y lo mismo vale para sus instituciones políticas: ni la monarquía ni el constitucionalismo ni parlamentarismo tuvieron origen en Inglaterra y ni siquiera fueron prerrogativas suyas en los tiempos que siguieron. Es el sistema jurídico el que constituye una excepción y aquí no hay medias tintas: las diferencias son fundamentales.

En consecuencia cabe hacer unas precisiones históricas. Diversos países europeos han visto pasar el control del Derecho a través de varias manos, o sea del poder judicial, legislativo o, de las escuelas. Ello no significa, naturalmente, que hubieron períodos o países en los que el Derecho acabó controlado exclusivamente por una sola de estas fuerzas. Siempre ha existido un *case law*, tanto como una legislación y obras de temas jurídicos. El único momento en el cual el Continente estuvo casi totalmente desprovisto de legislación y de cultura jurídica pudo haber sido entre los siglos X y XI, una era completamente feudalizada. Ciertos períodos y ciertos países, sin embargo, han sido testigos de una preponderancia notable de

8 A. Patterson, *The Law Lords*, Londres, 1982, p. 15.

uno de estos grupos de operadores, de modo que uno de ellos podría ser considerado “el artífice esencial del Derecho”. En ese sentido, está claro que el *common law* fue elaborado por jueces, que el Derecho romano medieval y moderno (que vendría llamarse Derecho neo-romano de Europa occidental) fue producido por los profesores y que una relevantísima parte del Derecho revolucionario francés fue obra de los legisladores.

El lector observará que existe una conexión con la tradicional teoría de las “fuentes del Derecho”. Estas, como sabe cualquier estudiante, son la costumbre (fijada y formulada en las sentencias), la legislación y la doctrina. Empero, “costumbre” y *case law*, “legislación” y “doctrina” no serán tratadas como abstractas entidades intelectuales, sino estudiadas como las voces de algunos grupos de personas que expresan fuerzas sociales y políticas específicas. Así, mientras muchos libros de historia se limitan a describir el creciente rol de la legislación, o la importancia siempre menor del *case law* en determinados periodos y lugares, aquí se contestará la siguiente pregun-

La sociedad
inglesa tiene
en común
con el continente
factores
principales,
pero su derecho
es autónomo.

ta: ¿Quiénes eran estos legisladores y quiénes eran estos jueces, qué cosa representaban y cuál fue su contribución al juego del poder político que está omnipresente en toda sociedad? En lugar de hacer competir las “fuentes” una en contra de otra, veremos personas, grupos de opinión y clases sociales luchar entre sí por el poder: quien controla el Derecho controla la sociedad. Algunos lectores dirán que éste es un esfuerzo desperdiciado,

incluso, los textos tradicionales de Derecho discuten, invariablemente, sobre la importancia de cada una de las “fuentes” del Derecho, sin demandarse quienes sean las personas que usan o manipulan tales “fuentes”. Un ejemplo de la manera en que muchos juristas ven la lucha por el predominio de términos abstractos ha sido puesto en evidencia por W. Friedmann, quien escribe a propósito de la controversia Savigny-Thibaut: “Detrás del motivo práctico de la codificación se hallaban profundos conflictos de la razón contra la tradición, de la historia contra la renovación,

de la acción humana creativa y deliberada contra el orgánico crecimiento de las instituciones”⁽⁹⁾. En tanto que, Roscoe Pound consideró el *common law* como una persona que ha logrado sacudirse de un montón de enemigos. Estos últimos, serían: en el siglo XII, el poder de la Iglesia; en el siglo XVI renacentista, la Reforma y la amenaza de un recepción del Derecho romano al estilo alemán. El Seiscientos consolidó la doctrina de la supremacía de las leyes, la misma que fue desarrollada en América al inicio del Ochocientos⁽¹⁰⁾. También el profesor Hanbury, undécimo titular de la Cátedra Viner en Oxford, consideró la historia inglesa como una lucha entre el *common law* y el *civil law* y puso el acento sobre la “decisiva participación de Blackstone con sus *Commentaries* en la victoria final del *common law* y de la *equity* sobre el *civil law*, como árbitros del destino del sistema jurídico inglés”⁽¹¹⁾. ¡Cuántas batallas vencidas por un sistema jurídico! ¿Por qué recurrir a este abstracto antropomorfismo que enfrenta sistemas como si fuesen luchadores en disputa, en lugar de preguntarse sobre la identidad de las personas que combatieron en estas batallas y usaron el *common law* para proteger sus intereses? ¿Quién ha visto combatir alguna vez a un sistema jurídico y vencer a sus enemigos?. Cuando el profesor Lawson, en un libro en otros aspectos bastante válido, habla de “ciertas fuerzas en acción”, no proporciona los nombres y habla en términos misteriosos de “tipos de comportamientos”, más que de personas y de grupos sociales. “Existen —escribía— ciertas fuerzas que operan en el *civil law* que no están siempre presentes en el *common law* y que han producido un tipo de actitud favorable a la codificación y estos factores y tipos de conducta son quizás más importantes que los códigos mismos”. Prosigue diciendo que la historia del precedente es diversa para el *civil* y para el *common law* y concluye, más bien, enigmáticamente: “esta diferencia histórica está en relación con la presencia o la ausencia de fuerzas favorables a la introducción de los códigos”⁽¹²⁾. En este punto se necesita descubrir qué fuerzas concretas alentaban la legislación y la codificación en determinados momentos de la historia, teniendo en mira objetivos sociales precisos.

9 W. Friedmann, *Legal Theory*, quinta edición, Nueva York, 1967, p. 210.

10 Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1921, pp. 5-6.

11 H. G. Hanbury, *The Vinerian Chair and Legal Education*, Oxford, 1958, prefacio.

12 F. H. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, Westport, Connecticut, 1955, p. 46.