

# Tres libros casi sagrados en el derecho occidental<sup>1</sup>

George P. Fletcher

Profesor de Columbia University

Nosotros, abogados, americanos, nos enorgullecemos de la naturaleza secular de nuestro sistema legal. Celebramos la separación de la Iglesia y el Estado. Pensamos que el movimiento espiritual del derecho debe ser encontrado no en verdades eternas acerca del universo, sino en las necesidades contingentes de la política social y económica. «La vida del derecho no ha sido lógica: esta se ha basado en lo experimental», decía Oliver Wendell Holmes Jr.<sup>2</sup>, en una oración que desde 1881 ha transmitido, a cada nueva generación de abogados, los cimientos pragmáticos de sus destrezas.

Asumimos que nosotros tenemos un poco en común con los grandes sistemas legales religiosos encontrados en el Judaísmo, Cristianismo y el Islam. Después de todo, nuestro derecho no viene de Dios. Este viene de la pluma de legisladores humanos. Este es falible, imperfecto, sujeto a cambio, y difícilmente digno del respecto que nosotros asociamos con la iglesia y la sinagoga.

¿Cómo, entonces, puedo yo proponer hablar, hoy en día, acerca de los libros casi sagrados en la tradición legal del occidente? Es simple, voy a desafiar la visión convencional, que el derecho y la religión ocupan esferas totalmente separadas de la vida social. Por el contrario, argumentaré que nuestra cultura legal y otras culturas legales seculares funcionan de forma muy parecida a las comunidades religiosas.

El distintivo de la religión occidental –judaísmo, cristianismo o islam– es que la vida religiosa está basada en la lectura de libros sagrados, los más notables son la Biblia y el Corán. Los libros sagrados vienen, directa o indirectamente de Dios. La idea del profeta, el ser humano en contacto con la palabra divina, es central para la tradición de la religión occidental. Y todo esto, me atrevo a repetir el punto básico, parece ser ajeno a la mente de los abogados.

Pero, ¿esto es, en realidad, tan ajeno? El derecho occidental también está fundamentado en documentos particulares; efectivamente, muchos documentos escritos proveen el punto de inicio para el pensamiento legal, al igual que la Biblia y otros libros sagrados son el inicio del pensamiento religioso. Nosotros llamamos a estos documentos legales estatutos jurídicos y *case opinions*. Y algunos de estos documentos han adquirido una significación central, definiendo la cultura legal que se ha construido alrededor de ellos.

Quiero enfocarme en tres documentos que han sido tan importantes en sus respectivas culturas legales que merecen ser llamados «casi sagrados». Los tres, a mi consideración, son la Constitución de los Estados Unidos de 1789, el Código Civil Francés de 1804 y el Código Civil Alemán de 1900.

La calidad de «casi sagrados» de estos documentos está expresada de dos maneras: primero, estos son documentos que han sostenido a las naciones comprometidas con ellos, a través de grandes levantamientos políticos y proveen un hilo de continuidad más profundo que lealtades políticas transitorias. Segundo, la durabilidad política de estos documentos base han introducido en sus lenguajes una calidad casi litúrgica. El lenguaje es recitado como si la repetición de las palabras por sí mismas podrían sostener un régimen político.

Comencemos con la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, debido a que es el caso más antiguo entre los tres y el único con el cual nosotros estamos más familiarizados. El mismo documento esencial ha generado un sentimiento de continuidad histórica en los Estados Unidos que, con algo de exageración, nosotros remontamos hasta 1789 o aún al boceto del documento en 1787. Nosotros deseáramos creer que la misma Constitución nos ha gobernado por más de doscientos veinte años. Si esto es verdad para

1 La traducción del presente artículo estuvo a cargo de Francisco Juan Rosario Domínguez, ex miembro de la Asociación Civil Foro Académico.

2 Véase Oliver Wendell Holmes Jr., *The Common Law* 1 (Little, Brown, and Co. 1909) (1881).



algunos del Norte, no es ciertamente verdad para once estados del Sur, quienes, debemos ratificar, más bien, significativamente interrumpieron el flujo de la historia y adoptaron su propia Constitución en 1861.<sup>3</sup>

No está siquiera claro que la Unión se haya adherido a la misma Constitución desde 1789. Primero, hay buenas bases para pensar que la Constitución estuvo en suspenso durante la Guerra Civil. Lincoln tuvo poco respeto por las finuras del hábeas corpus y, en su famoso Discurso en Gettysburg, señala el origen de la república americana no en la Constitución, sino en la Declaración de Independencia<sup>4</sup>.

Las Enmiendas de la Reconstrucción<sup>5</sup> alteraron tan drásticamente la estructura de la Constitución que solo con algo de exageración podemos decir que es la misma Constitución que vincula al país tanto en el periodo de «postbellum» como en el «antebellum». Los mayores cambios, por supuesto, son la introducción de la ciudadanía nacional para todas las personas nacidas en el suelo de los Estados Unidos de Norteamérica<sup>6</sup>, la cláusula del debido proceso regula el comportamiento de los estados<sup>7</sup>, y, por encima de todo, el compromiso, –por primera vez en la Constitución de los Estados Unidos– con la igualdad de todas las personas bajo la ley<sup>8</sup>.

Yo he argumentado en otro lugar que, de hecho, nosotros tenemos dos Constituciones; una basada en la prioridad de la libertad, y otra, basada en la prioridad de igualdad<sup>9</sup>. La constitución de la libertad comienza en 1789 y llega a un final gradual, primero en el caso Dred Scott<sup>10</sup> consagrando la libertad para poseer otros seres humanos como propiedad y finalmente en las armas del puerto de Charleston. La segunda constitución comienza con el Discurso de Gettysburg en

noviembre de 1863 y luego forja un nuevo orden constitucional en las bases de las enmiendas trece, catorce y quince. Pero este es mi personal punto de vista de la historia.

La visión dominante mantiene, a pesar de la evidencia de lo contrario, que nosotros tenemos una sola Constitución enmendada veintisiete veces. Este es un tributo a la calidad de «casi sagrado» del texto constitucional. Este ha sobrevivido a una guerra civil, un nuevo orden de igualdad bajo la ley y un gradual cambio del republicanismo elitista a la democracia popular.

La calidad de «casi sagrado» del texto se consigue con las actitudes hacia las enmiendas y el texto original. Cuando nosotros enmendamos la Constitución, no cambiamos el texto original. Nosotros simplemente añadimos lenguaje y al final de aquellas cosas que deberían ser diferentes de lo que nosotros encontramos en el texto por sí mismo. Por ejemplo, Artículo I, sección 3, cláusula 1 estipula: «El senado de los Estados Unidos debe estar compuesto por dos senadores de cada Estado, elegidos por la legislatura del mismo, por seis años; y cada senador debería tener un voto»<sup>11</sup>.

Noten la frase «elegidos por la legislatura del mismo» el cual podrían encontrar reimpresa en todos los textos de la Constitución Americana editados y republicados. Es solo cuando llegas a las enmiendas cuando caes en cuenta que esta no es la manera que nosotros elegimos a nuestros senadores. La décimo séptima enmienda, ratificada en 1913, nos dice: «el Senado de los Estados Unidos deber estar compuesto por dos senadores de cada estado, electos por las personas del mismo, por seis años; y cada senador deberá tener un voto»<sup>12</sup>.

La única enmienda de la Constitución consiste en el uso de la frase «electos por las

3 Véase La Constitución de Estados Confederados de América. Disponible en <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/csa/csa.htm> (como 2 de feb. 2001).

4 «Cuatro puntos y 7 años atrás nuestros padres trajeron a este continente, una nueva nación, concebida en Libertad, y dedicada a la proposición que todos los hombres somos iguales». Presidente Abraham Lincoln, Discurso dirigido en la dedicación del Cementerio de Gettysburg (Nov. 19, 1863), en Gary Wills, *Lincoln en Gettysburg* pp. 261-62 (1992).

5 Véase la XIII Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (ratificada el 6 de diciembre de 1865), la XIV Enmienda Const. EE.UU. (ratificada el 9 julio de 1868), la XV Enmienda de la Const. EE.UU. (ratificada el 3 de febrero de 1870).

6 Véase la XIV Enmienda de la Constitución de EE.UU. , 1.

7 Véase la XIV Enmienda de la Constitución de EE.UU. , 1.

8 Véase la XIV Enmienda de la Constitución de EE.UU. , 1.

9 Véase, por ejemplo, George P. Fletcher, *Nuestra Constitución Secreta: Cómo Lincoln redefinió la Democracia Americana* (2001).

10 *Dred Scott v. Sandford*, 60 EE.UU. (19 How.) 393 (1857).

11 Artículo I, 3, cl. 1. de la Constitución de los EE.UU.

12 Véase la XVII Enmienda de la Constitución de EE.UU.



personas del mismo» en vez de «elegidos por la Legislatura del mismo». Ahora, lo que pueden esperar y que normalmente pasa cuando el estatuto es enmendado, el editor oficial de la Constitución debería reescribir el Artículo I, cláusula de la sección 3 para hacer más claro que las personas deberían elegir a sus senadores directamente. Pero no, esto sería transgredir en contra del texto casi sagrado de 1789. El original es dejado solo, la enmienda es añadida, y ahora depende del lector poner las dos juntas y darse cuenta que el nuevo lenguaje controla al antiguo. El editor ayuda situando el antiguo lenguaje entre paréntesis como una pista que algo ha sido cambiado.<sup>13</sup>

El texto original sobre la forma por quienes elegimos a nuestros senadores permanece en cada texto publicado de la constitución. El embarazoso lenguaje regulando la esclavitud está todavía republicado en cada edición del documento casi sagrado. De esa manera podemos todavía leer en el Artículo I, sección 2, cláusula 3:

Los representantes e impuestos directos y representativos deberán ser proporcionados entre los varios estados que pueden estar incluidos en esta Unión, de acuerdo a su número de representantes de personas libres, incluyendo esos ligados al servicio por un periodo de años y excluyendo a los Indios que no graban impuestos, tres quintos de todas las personas.<sup>14</sup>

Nuevamente, los editores ubican paréntesis al inicio y al final de esta oración. Esto podría no ser un gran pecado, me parece a mí, olvidar el lenguaje todo junto. El que se mantenga dice algo importante acerca de nuestra actitud hacia la integridad del documento. Nosotros insistimos que este fue promulgado como un todo en 1789, y que ese requiere republicación, aunque enmendado veintisiete veces.

La analogía con los libros sagrados de la religión occidental no pueden escapar a

nosotros. Los profetas Isaías y Jeremías llaman nuestra atención al espíritu de la ley. Ellos no rechazaron la revelación en el Sinaí. Ellos lo adoptaron. El Nuevo Testamento no desplazó al antiguo. Este lo complementó. El Corán y el libro de los Mormones no revertieron el flujo de la historia y sustituyeron una nueva revelación que canceló la antigua. Esto no es la forma en la que trabaja la revelación. Esta es siempre acumulativa, tal y como lo son el texto constitucional y sus enmiendas.

Una de las veintisiete enmiendas revoca a la otra. La décimo octava enmienda prescribe una prohibición.<sup>15</sup> La vigésimo primera dice, «olvídenlo, hemos cambiado nuestra opinión».<sup>16</sup> El estado de asuntos exteriores después de la vigésimo primera enmienda fue el mismo que antes de la décimo octava. El licor fue del todo bueno. Pero ¿por qué no dejar ambas de estas enmiendas fuera? ¿Quién necesita leerlas? Pero allí las encuentran ustedes –en cada texto del documento. Una vez añadida a la constitución, una enmienda está canonizada, esta nunca es olvidada.

Algunas de la enmiendas han calado tan profundo en nuestra consciencia nacional que ellos no son más sujeto de algún cambio textual en ningún caso. La más notable es la primera enmienda con un lenguaje que se ha convertido tan sagrado como cualquiera de las palabras en el cuerpo del derecho americano:

«El congreso no deberá hacer leyes respecto al establecimiento de religión, o prohibiendo el libre ejercicio del mismo; o cortando la libertad de expresión, o de la prensa; o el derecho de las personas a su libre asociación, y la petición del gobierno por una reparación de agravios»<sup>17</sup>.

Alrededor de una década atrás la Corte Suprema mantuvo que esta fuera inconstitucional, una violación de libertad de expresión, por los estados que penalizaran la quema de la bandera.<sup>18</sup> El crimen fue llamado «blasfemia a la bandera», el cual es revelador

13 Véase, por ejemplo, William W. Van Alstyne, Primera Enmienda: Casos y Materiales XXV (2º ed. 1995).

14 ARTÍCULO I, 2, CL. 3. DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS EE.UU.

15 «Después de un año desde la ratificación de este artículo la manufactura, compra, o transportación de líquidos intoxicantes dentro del territorio nacional, la importación del mismo hacia el territorio nacional o la exportación desde los Estados Unidos y todos los territorios sujetos a su jurisdicción para propósitos de bebidas está por la presente prohibida», XVIII, 1 Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

16 «El artículo décimo octavo de la enmienda de la Constitución de los Estados Unidos es por la presente revocada», XXI, 1 Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

17 1 Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

18 Véase *Tex. v. Johnson*, 491 EE.UU. 397 (1989).

en sí mismo. El término «blasfemia» tiene obvios tonos religiosos. La actitud americana hacia la bandera converge en una de reverenciar atribuida con los artefactos religiosos y, por ello, no es sorprendente, que el Congreso reaccionará con horror al fallo de la Corte.<sup>19</sup> Una reacción fue proponer una enmienda a la primera enmienda, la cual hubiera eximido la quema de la bandera del rango de protección de la libertad de expresión.<sup>20</sup> Pero, la idea de enmendar la primera enmienda probó ser inaceptable. Para aquellos con confianza en la constitución, hubiera sido una blasfemia del texto el interferir con la primera enmienda. Este fue un caso de un ítem de un casi sagrado artículo –la bandera- en conflicto con otro ítem de un casi sagrado artículo –el texto básico de la libertad americana. En el final, la primera enmienda, en todo su absolutismo litúrgico, salió victoriosa.

La Constitución de los Estados Unidos es el paradigmático caso de fé, alguno como la fé religiosa, investido en un documento legal. Para muchos estudiosos de la última generación, particularmente los inmigrantes e hijos de inmigrantes desde Europa del Este, judíos y cristianos, la Constitución se convirtió en un objeto de fé. Las palabras de estructura establecieron el sendero a seguir. Si podríamos sólo vivir por la ley revelada en Filadelfia en 1787 nosotros encontraríamos el camino al paraíso de la democracia sobre la tierra. La explícita conexión entre el pensamiento teórico judío y la constitución apareció en el monumental artículo de Robert Cover en *The Harvard Law Review, Nomos and Narrative*<sup>21</sup>. Su sobreinvertir la constitución con los significados religiosos provocó a Suzanne Stone a llevar su crítica escolar, sorteando cuidadosamente los caminos en los cuales la tradición de los estudiosos judíos fue menos que un inapropiado modelo de pensamiento constitucional.<sup>22</sup>

Pero mi demanda no es que el pensamiento constitucional necesite ser religioso en su naturaleza, pero simplemente que la cultura legal que circunda nuestra Constitución y

otros documentos casi sagrados se parecen a una comunidad de pensamientos religiosos. Yo deseo buscar una analogía más allá considerando la tensión en muchas culturas religiosas entre literalismo y fundamentalismo, sobre una mano, y la liberal, expansiva, dinámica interpretación sobre la otra. Nosotros estamos familiarizados con esta tensión en aproximaciones al leer la Biblia. La pregunta, por ejemplo, es si uno de los «días» en los siete días de la creación<sup>23</sup> se refiere a un periodo de 24 horas o si este puede ser entendido simbólicamente como referencia a un periodo de tiempo extendido por millones de años en nuestro entendimiento del tiempo. Una buena parte de la vida religiosa americana se ha centrado sobre esta lucha entre una lectura literal del texto y una imaginativa o figurativa interpretación designada ha tener sentido en el subyacente espiritual del texto. Esto, por supuesto fue el centro del gran debate entre William Jennings Bryan y Clarence Darrow en los famosos juicios donde se probaba la permisibilidad de la evolución de la enseñanza en la escuela. El debate acerca la evolución como compatible o incompatible con enseñanzas bíblicas esta todavía con nosotros.

No es sorprendente, entonces, que encontremos la misma controversia en diversos acercamientos en la lectura de la constitución. El juez Scalia ha emergido como el gran campeón de la regla de interpretación simple de la constitución, la cual lo pone en la misma postura hacia el estatuto de 1789 como William Jennings Bryan fue hacia el capitulo bíblico enviado al Monte Sinaí. La defensa de la lectura literal es comúnmente expresado como un argumento de las palabras representan la voluntad de Dios y los falibles seres humanos pueden apenas sustituir su fallo de Dios. Para tener la misma proposición en el contexto de la interpretación constitucional, simplemente substituye la palabra «estructuradores» por Dios. ¿Quiénes son ordinariamente estos mortales del siglo veintiuno para sustituir su juicio por las palabras casi sagradas desde los estructuradores del siglo décimo octavo? La

19 Véase Van Alstyne, supra nota 12, at 327-28.

20 Véase id.

21 Véase Robert M. Cover, *Nomos y Narrative*, 97 Harv. L. Rev. 4 (1983).

22 Véase Suzanne Last Stone, *En la búsqueda del Texto Contrario: El Retorno al modelo legal Judío en la Teoría Legal de la América Contemporánea*, 106 Harv. L. Rev. 813 (1993).

23 Véase Genesis 1:1 - 2:3.



idea básica es que el legislador, el dador de leyes, ha puesto la ley en un cierto momento en el tiempo. La ley debería ser considerada como algo como una orden militar. Nosotros somos requeridos a obedecer, precisamente como el orden fue entendida.

Un modo alternativo de pensar acerca de los textos legales es sugerida por un iluminado cuento en la tradición legal judía. Como se recuerda en el Talmud, un grupo de rabinos estaban metidos en un debate acerca de si una bajilla de horno fue kosher o no<sup>24</sup>.

Uno de ellos, Rabino Eliezer, dijo no; el otro rabino dijo sí. Rabino Eliezer procedió a invocar una variedad de signos para reforzar su punto de vista: bajo su supervisión un árbol de algarrobo fue arrancado y voló cruzando el campo, una corriente fluyó contracorriente, y las paredes empezaron a colapsar antes que ellos fueran congelados a la mitad del otoño. Los rabinos no fueron impresionados por estos signos.<sup>25</sup> Luego el Rabino Eliezer, desesperado y solo, evocó el argumento de su intento original: «Si estoy en lo correcto, deja que el cielo sea la prueba»<sup>26</sup>. Una voz del cielo proclamó entonces: «Cómo te atreves a oponerte al Rabino Eliezer, de quien ve en todos lados la ley»<sup>27</sup>. Rabino Joshua se levantó y citó a Deuteronomio: «Esto no está en el cielo». El Rabino Jeremías explicó esta referencia, enfatizando que desde que el Torah fue dado en el Monte Sinaí, «nosotros no prestemos atención a las voces del cielo, para Dios todo ya está escrito en la Torah en el Monte Sinaí»<sup>28</sup>. El punto es que una vez que el lenguaje se pronunciado y es dado a los juristas para que cumplan las necesidades de nuestro tiempo, la tarea de los dadores de leyes esta terminada. Sus intentos y deseos no pueden ser impuesta –desde la tumba o desde del cielo.

El desarrollo de la ley judía fue dejada, por eso, a los rabinos. Un buen ejemplo del desarrollo imaginativo de los rabinos es el cuerpo entero de la ley en la separación de carne y leche en las leyes de alimentación. No hay

nada en la Biblia que requiera esta separación. Los rabinos dedujeron la necesidad de esta separación desde la provisión del Éxodos en el cual se lee, «No deberás hervir a un niño en la leche de su madre»<sup>29</sup>. Ahora este es un gran tramo desde su lenguaje a la imposibilidad, bajo el derecho judío, de una hamburguesa kosher. Pero como el Talmud ordena, el derecho está en las manos de los juristas, a saber los rabinos.

Este modelo de desarrollo legal de los rabinos, basado en la interpretación por estudiantes cultos del derecho, provee un importante modelo para entender la evolución de la primera ley en la iglesia católica, bajo la tutela de los padres de la iglesia, y luego en el Continente de Europa, bajo la guía de comentaristas académicos. Como nosotros podríamos ver que, los estudiosos modernos del derecho en el Continente implícitamente siguen el ejemplo de los rabinos y los padres de la iglesia. Podemos referirnos a ellos generalmente como los «intepretadores cultos» del derecho.

La lección implícita relevante en ésta historia desde el Talmud no es solo que los interpretes cultos pueden aprovecharse del control del sistema legal sino que hay una importante división que separa el comentario de las personas que hacen los bosquejos de ley y el comentario después que la ley sea promulgada. Dios podría ser entendido, después de todo, como el que diseña los bosquejos de las leyes bíblicas. Los rabinos declaran, en efecto, que la visión de Dios acerca de la intención original deja de ser importante tan pronto como la ley es dispuesta como un limitado y arreglado grupo de palabras.

La analogía secular a este cuento desde el Talmud sería un esfuerzo de James Madison, el principal autor de la Constitución, por opinar luego de la promulgación de la Constitución acerca de las intenciones que prevalecieron en Filadelfia durante el verano de 1787. Como secretario de Estado, bajo Jefferson, y luego como presidente, Madison

24 Véase Baba Mezia 59b, reimpresso en El Talmud de Babilonia, en 352-56 (Isidore Epstein trans., Imprenta The Soncino 1935).

25 Véase id. En 352-53.

26 «Si estoy en lo correcto, que el cielo sea la prueba» Id. en 353.

27 «Érase una vez una voz celestial aclamaba: “¿Por qué disputas con R. Eliezer, cuando vez que en todo el cielo lo muestra como correcto?” Id.

28 «La Torah ya ha sido dado en el Monte Sinaí; nosotros no prestamos atención a una voz del cielo, porque nos hemos mantenido desde que fue escrito la Torah en el Monte Sinaí, después que la mayoría lo aceptó» Id.

29 Véase Éxodo 23:19.

obviamente quedó como una figura crítica en el derecho americano. ¿Deberían tener peso sus opiniones de post-ratificación acerca de la intención original? La lección desde el caso Talmúdico es no. Luego la constitución fue dada a las personas, las voces desde el pasado han perdido su relevancia. Si Dios no puede decidir el significado de las leyes dadas en el Sinaí, James Madison no estaba en posición de opinar con autoridad acerca de las intenciones de los estructuradores en Filadelfia.

La suposición jurisprudencial subyacente de este punto de vista es que ningún texto legal –sea la Biblia o la constitución– viene a descansar en las manos de esos quienes lo interpretan y aplican a casos concretos. Admitamos, que como parte del proceso de un argumento, uno puede recurrir al lenguaje original. En el debate acerca del ámbito de libertad de expresión, por ejemplo, es importante subrayar las primeras palabras de la Primer Enmienda: «El Congreso no debería hacer ninguna ley... recordando la libertad de expresión...»<sup>30</sup>. «Ninguna ley», como el Juez Black pensó, significaba ninguna ley. Este caso de derecho ha tomado otro rumbo, pero la apelación al texto original deja una consideración persuasiva.

El texto original es persuasivo, pero no decisivo. La Constitución llegó a ser resuelta para siempre, cuando las palabras fueron escritas y llegaron a tener autoridad. Adquirió vida, para gestionar su propia interpretación y reinterpretación en el curso de la historia. Para proponer el asunto de una manera ligeramente diferente, esta es la diferencia entre la Constitución –el documento y la ley constitucional– el cuerpo de principios que lo han evolucionado envuelto sobre en el tiempo.

Uno de los principios del derecho constitucional es que la mayoría de provisiones del *Bill of Rights* se aplican a los estados. El texto de la Primera Enmienda puede referirse solo al Congreso, pero nosotros conocemos como un asunto de derecho constitucional la prevaleciente interpretación que ni el congreso ni los estados deberían hacer una ley que limite las libertades protegidas de la primera enmienda.

Es importante mantener en cuenta esta distinción mientras volvemos a los otros dos

documentos casi sagrados del derecho occidental – el Código Francés de 1804 y el Código Civil Alemán de 1900. Los common lawyers sufren una gran confusión de ideas acerca de la naturaleza de la codificación. Es un punto de vista extendido que los grandes códigos del continente aparentan resolver los problemas legales. Ellos supuestamente regularon todo en tal detalle que ahí no hay lugar para la imaginación judicial y creatividad judicial. Nada puede estar más lejos de la verdad.

El Código Civil francés trata de regular el entero campo la responsabilidad del agravio civil extracontractual en cinco breves provisiones escritas. La regla básica esta fundada en el Artículo 1382, el cual nos señala: «Toda acción que cause daño obliga a la persona culpable a reparar el daño»<sup>31</sup>. El entero derecho de responsabilidad por actividad peligrosa aparece desde otra provisión, Artículo 1384, el cual añade la no tan útil información: «Uno es responsable no solo del daño que causado por uno, sino también los causados por las personas de quienes debemos responder o de las cuales estamos a cargo»<sup>32</sup>. La clave está en la última frase «o de las cuales estamos a cargo».

La paradoja en el derecho francés es que a pesar de lo tan celebrado de ese código civil, las palabras del código no proveen una guía para la solución de casos concretos. La situación es similar al problema que referimos abstractamente acerca de la libertad de expresión, el debido proceso y la igualdad de protección de la ley y dejando a las cortes solucionar que es lo que esos términos significan en la práctica. Es más, Holmes pudo haber estado pensando acerca del Código Civil cuando el escribió, «las proposiciones generales no resuelven casos concretos»<sup>33</sup>. El lenguaje y estilo del código son importantes – no como algoritmos para resolver problemas, pero como una liturgia que expresa la tradición y continuidad del derecho francés.

El código ha sobrevivido cinco repúblicas, tres guerras con Alemania, Napoleón III y el fascismo en Vichy. Aún así su lenguaje sigue permaneciendo esencialmente el mismo. El Código ha tenido una reputación por su claridad y simplicidad en el estilo. Esta

30 Véase la I Enmienda de la Constitución de EE.UU.

31 Véase el código civil francés (J.H. Crabb trans., F.B. Rothman 1977) (enmendado en 1 de julio, 1976).

32 Véase id.

33 Véase Holmes, supra nota 1.



reportado que Henri Stendal, autor de «Rojo y Negro», leyó diez párrafos cada noche antes de retirarse. Algunas de las oraciones del código son impactantes. Uno de mis favoritos es el artículo 1134, el cual prescribe los efectos de los contratos: «Los contratos legalmente formados toman el lugar de un ley estatutaria para las partes del contrato».<sup>34</sup> En otras palabras, las partes pueden, por el contrato, definir su propia ley.

No es sorprendente que Francophiles en Quebec hace énfasis en tres fuentes de su identidad distintiva en Canadá. Su especial estatus deriva no solo desde su historia y su lenguaje, sino desde su adopción del código civil como la fundación de la cultura legal.

El código civil de 1804 trajo una revolución cultural similar a la confianza ideológica de la constitución americana, al menos como Lincoln entendió la confianza igualitaria de la constitución puesta contra el fondo de la Declaración de Independencia. Como los americanos abolieron el feudalismo y realeza como instituciones de gobierno, el francés incorporó los slogans de la revolución de 1789 –libertad, igualdad y fraternidad– dentro de su código civil. Esta es la más evidente en el derecho de propiedad, el cual abolió las instituciones del feudal del estado de las tierras. El compromiso del código es liberar los principios de libertad para alienar la tierra y la autonomía privada en el campo de los contratos –la clase de autonomía que permite a sus estructuradores decir que las partes en un contrato puede, en su propia voluntad, definir el tipo de leyes que gobiernan en su relación contractual.

Para estar seguros, las palabras precisas del Código Civil no están arregladas y no son siquiera tan casi sagradas como el lenguaje de la constitución de 1789. El Código ha sido enmendado innumerables veces, con cambios hechos en el cuerpo del texto como bien en la adición de estatutos especializados que toman precedentes sobre el lenguaje general del código. Aún los códigos mantienen la estructura y el punto de inicio acerca del cada aspecto del derecho privado. Si un abogado francés quiere encontrar la actual ley, dice, de un ciudadano francés, el o ella comienza abriendo una edición comentada de los códigos de el tema relevante y luego consulta los estatutos especializados, los cuales son

reunidos bajo la provisión del código relevante. El Código no es supremo, no en su lenguaje, no en la jerarquía del sistema legal, pero es la estructura de pensamiento que guía la mente de del jurista francés.

Pero si el Código Civil no resuelve el problema en y de si mismo, ¿cómo los casos son decididos bajo el código? El Código francés tiene un buen desarrollado derecho de responsabilidad extracontractual, en particular, un basto cuerpo de leyes basadas en la estricta responsabilidad. El salto desde lenguaje «o cosas en su propia carga» a la actual ley de estricta responsabilidad es tan imaginativo como los rabinos desarrollando el derecho de separación de carne y leche en las bases de la prohibición contra hervir a un niño en la propia leche de su madre.

La interrogante apropiada es preguntar: bueno, si este desarrollo ha tomado lugar, ¿quién, bajo las leyes francesas, realizará el rol de los rabinos o de los padres de la iglesia? La comprensible tendencia de los abogados en la tradición de *common law* es asumir que la función interpretativa es realizada por los jueces, y en realidad los jueces realizan parte de esta. Los franceses no tienen doctrina de «stare decisis», pero ellos tienen un basto cuerpo de jurisprudencia constante, en lo referente a leyes de casos. Y un patrón de decisión en el caso –jurisprudencia constante –tiene la misma influencia bajo el derecho francés como precedentemente se tiene en el actual estado de *common law*.

Pero no son solo las cortes que realizan la función interpretativa en la jurisdicción del derecho civil continental. Los estudiosos proveen una fuente de entendimiento legal paralelo a las decisiones de las cortes. El punto puede ser más expresivo, como nosotros podemos ver, en Alemania como en Francia, pero la tradición de la doctrina de estudiosos es crítica para el desarrollo del derecho francés, particularmente en el derecho privado francés. Los del *Common law* no dirán que los escritos de los estudiosos son meramente una autoridad secundaria, comentarios sobre las reales autoridades –la legislatura y las cortes. La tradición continental respecto de la autoridad de los estudiosos es fundamentalmente diferente. La distinción esta arraigada en la historia. El derecho civil comenzó en el siglo trece en Bologna como comentarios sobre las fuentes legales romanas.

34 Véa Código Civil Francés, supra nota 30.

Las universidades y los profesores, por eso, fueron centrales figuras en la evolución de la tradición del derecho civil.

La forma de todo esto es discutido en Alemania, revela una importante conexión con la enseñanza teológica de la iglesia. La Doctrina, en Alemania, es fácilmente etiquetada como «dogma». La teórica elaboración sobre los fundamentos de un particular cuerpo legal derecho es llamado dogmática. Los orígenes de estos términos son los términos griegos «dokein» y «dogmáticos». En una cultura legal protestante, tales como Inglaterra y Estados Unidos, el uso de esta palabra en un discurso legal secular es, por decir menos, inquietante. Nada puede ser más disparatado que describir una particular teoría de derecho como «dogmática» – semejante a la obligatoria fe de la iglesia. Desde el punto de vista del derecho comparativo, comoquiera, nosotros deberíamos darnos cuenta la naturaleza «parroquial» de esta reacción a la analogía entre la cultura legal secular y las enseñanzas religiosas. La misma analogía está implícita en la palabra «doctrina», la cual viene desde el latín *docere*, que significa «enseñar». Aun nosotros generalmente no somos conscientes que las doctrinas representan las enseñanzas de lo mejor y las más eruditas mentes acerca de los principios que deben obligar las cortes.

Hay en todas las culturas legales, desde mi punto de vista, una lucha «de facto» por el poder de interpretación. El conflicto está entre la influencia de los creadores de la decisión judicial y los comentaristas estudiosos. En la tradición del *Common law*, los jueces son relativamente dominantes, pero en muchos países del derecho civil, los estudiosos han sido históricamente más importantes que los jueces en la elaboración de leyes. Ya sea que el cuerpo de leyes interpretadas provenga de los jueces o de los estudiosos, es claro en muchas culturas legales que existe un gran vacío entre el código como un determinado conjunto de palabras, y de leyes que el código genera. La diferencia entre el código y la ley vinculada es el espacio ocupado por la interpretación desarrollada del derecho por cortes y estudiosos.

La diferencia entre el código y el derecho –paralela a aquella entre la Constitución y el Derecho Constitucional– esta expresada claramente en los lenguajes legales europeos continentales. En prácticamente todas estas lenguas, el imitado número de palabras del código son entendidas como unas especies de

leyes estatuariamente promulgadas –llamadas *loi*, *ley*, *legge*, *Gesetz* o *zakon*. El derecho basado en el código esta pensado para tomar parte de un largo cuerpo de principios conocidos por una diferente etiqueta, como *droit*, *derecho*, *diritto*, *Rect*, o *pravo*. De esta manera, el Código francés es conocido como el Código civil, pero la ley basada en este código es llamada la *droit prive*. Frases análogas son empleadas para referir a otros cuerpos de leyes. Casi cada lenguaje europeo hace una clara distinción entre el código y el derecho basado en el código.

Por ello tenemos la siguiente situación contradictoria en el contexto europeo continental. El lenguaje del código es sacrosanto, pero el cuerpo de la ley basado en el código está muy lejos de las palabras canonizables del código. El código provee el hilo que corre a través de la historia y vincula el país a través de diversos regímenes políticos, pero el derecho derivado de los códigos es lo que importa en el día a día del sistema legal. La misma observación se aplica, por supuesto, a la Constitución americana. La constitución siempre continua siendo la misma, sujeto a sus enmiendas formales. Pero el derecho constitucional cambia de generación en generación.

El Código Civil francés tuvo un impacto por todo el territorio europeo. Las tropas de Napoleón llevaron el código con ellos y lo implantaron, exactamente como los colonizadores ingleses tomaron el *common law* con ellos y la dejaron como su legado a las siguientes colonias. El derecho francés también tomo algo de los estados germanos del occidente, pero en el siglo décimo noveno los germanos manifestaron una feroz resistencia a ambas, la influencia francesa y a toda la idea de codificación. En 1815, Savigny argumentó apasionadamente que cada nación debe desarrollar su propia cultura legal basada en las actitudes indígenas y supuestos culturales. Alemania no estaba lista, expreso, para la codificación, y esta posición prevaleció en los aún independientes estados germanos. En el marco del siglo décimo noveno, los estudiosos alemanes comunicaron en un vivaz debate acerca de los fundamentos del derecho privado, y aunque ellos afirmaron que ellos estuvieron explorando el *Zeitgeist* Alemán, ellos se dedicaron principalmente, a estudiar los textos romanos.

Este impresionante cuerpo de eruditos alemanes pensó encontrar una subyacente





unidad en las transacciones legales privadas. Esta batalla por la unidad se mantuvo para el derecho como la búsqueda de Einstein de la teoría del campo unificado se mantuvo en el mundo de la física. Los descubrimientos intelectuales del erudito siglo décimo noveno fueron dos ideas que promulgaron al conceptualizar el cuerpo entero del derecho privado como un todo unificado. La primera idea fue la noción de la declaración de voluntad, una *Willenserklärung*, una manifestación del intento de ser vinculado. La misma declaración de voluntad se expresará por sí misma en la preparación de un contrato y en el acto de transferencia de propiedad. Entonces, el aspecto ritualista de la transferencia de propiedad –dicha para liberar o dar a alguien el objeto- tomo una evidente el significancia. Los fundamentos de ambos contrato y transferencia de propiedad fueron la voluntad de las partes que participan en la transacción.

El Segundo mayor descubrimiento fue la idea de una relación de crédito –una parte es propietario de algo de otro. Esta noción de el *Schuldverhältnis* provee una matriz de contratos unificados y responsabilidad en una estructura llamada el derecho de obligaciones. Los contratos de ejecución generan obligaciones, y también el accionar que constituye responsabilidad. La responsabilidad de ellos puede tener diferentes fundamentos, pero todos ellos tienen en común –e incluyendo los contratos también– son que por virtud de la obligación, el obligado debe hacer algo para el acreedor.

Con estas dos ideas como sus fundamentos, los abogados del último siglo décimo noveno estuvieron listos, después de la unificación del país en 1871, a pesar acerca de la codificación del derecho privado. Tomó otra generación para que el código finalmente pueda tomar forma y ser pasado por el parlamento en 1896 para tomar efecto al inicio del nuevo siglo.

El Bürgerliches Gesetzbuch, o el BGB como este es afectuosamente llamado, es de hecho otra remarcable clase del código civil francés. Su éxito más llamativo es la formulación de una Parte General en el primero de los cinco libros del BGB. La Parte General establecía principios generales que gobiernan los otros cuatros libros, los cuales son en orden: El derecho de obligaciones, El derecho de las

cosas o propiedad, Derecho familiar, y Derecho de Sucesiones. La parte general exponía la unidad del derecho privado que los pensadores del siglo décimo noveno aspiraron entender. La idea central de la parte general es la declaración que una voluntad llegue a ser legalmente vinculante. Este concepto provee la unidad subyacente a los contratos, a las transferencias de propiedad, celebraciones de matrimonios y realiza sucesiones testamentarias. Abstrayendo la declaración de voluntad permite, de esta manera, la resolución de ciertos problemas, como el error, el fraude y la coherción, en una simple y única resolución legislativa. El parágrafo 119 provee que ninguna declaración de voluntad es inanulable si este es hecha bajo un error tal que, si los hechos correctos fueran conocidos la declaración no hubiera sido hecha. El parágrafo 123 prevee la anulación en casos de fraude o coerción. El supuesto es que todas las transacciones de la voluntad son esencialmente la misma – que cualquiera el contexto particular. Donde los problemas especiales se presentaran, el código puede y llega a desviarse de la regla general.

El Código civil francés no tuvo una parte general, por tanto los éxitos del BGB representa un avance mayor en el pensamiento legal. No solo el código alemán logró una exitosa abstracción y generalización del derecho privado, pero este sintetizó el derecho de obligaciones en un libro separado del código civil. El derecho de obligaciones comienza con su propia parte general, el cual establece principios generales que gobiernan todos los veinticinco especiales casos de obligaciones, incluyendo venta, alquiler, enriquecimiento injusto y responsabilidades. El pensamiento central de esta parte general y al segundo libro se encuentra está basado en el Artículo 249, en el cual se define el deber general de reparar en especies: «Quien tiene el deber de reparar, debe crear la situación que hubiera existido, sin las circunstancias que produjeron el deber de reparar no hubieran sucedido».<sup>35</sup> Este principio cubre los diversos casos de reparar un contrato no efectuado, retornando las utilidades incorrectamente tomadas, y reparando el daño causado por la responsabilidad. Si por alguna razón el deber de reparar en especie no es factible, luego el obligado debe proveer la compensación en

35 Véase id.

dinero. En la práctica, desde luego, los obligados terminan pendientes del deber de pagar la compensación pero la obligación preliminar, en principio, es tomar una acción para corregir el origen del problema. La generalización de obligaciones explican porque la falta y la contributiva falta son tan importantes en el pensamiento de la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual.


El rasgo sorprendente del código es que en su búsqueda de abstracción, paso por alto el problema fundamental. El código busca formular principios del contrato y ruptura contractual sin usar la noción de violación contractual o incumplimiento. Uno podría pensar que sería imposible formular una teoría de contratos sin noción de incumplimiento. Pero el BGB trata de hacerlo. Las nociones centrales de ruptura contractual son la falta de voluntad de cumplir y la falla en cumplir dentro de una fecha límite establecida por el acreedor. Pasar por alto es la situación en la cual el obligado esta con voluntad y puede cumplir, pero lo hace negligentemente. Ejemplos ilustrativos son la mala praxis y la entrega de bienes defectuosos que causan daño. Por varias razones hay la tendencia a pensar que los actos negligentes como faltas contractuales más que de responsabilidad contractual, como ellos pueden ser conceptualizados en el common law. A pesar del impulso a pensar de que estos incumplimientos son dados en el contrato, el código falla al mencionar la posibilidad que el incumplimiento negligente que cause daño.

Los dos años después que el código entró en vigor, en 1902 un estudioso llamado Staub notó esta deficiencia y escribió un influyente libro, titulado «El Incumplimiento Positivo del Contrato», con el propósito de complementar las provisiones del código con principios de ruptura y responsabilidad. Su método es revelador, porque lleva una significativa semejanza a las técnicas usadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos a complementar el texto de la constitución con importantes principios, como el derecho a la privacidad dentro de las cláusulas del debido proceso. El profesor Staub dibujó la idea de Rechtsanalogie – o analogía basada en

principios del derecho. El notó que ahí habían muchos contextos en el código que implícitamente reconocían la idea del incumplimiento contractual. Desde este particular ejemplo el dedujo un principio general del incumplimiento como un principio incluido en el código. Pronto entonces las cortes aceptaron la idea y ahora el incumplimiento positivo del contrato es un rasgo común en el derecho alemán. Este es un dramático ejemplo de la forma en la cual los escritos de estudiosos pueden funcionar como una fuente de derecho.

La Suprema Corte de los Estados Unidos usó la misma técnica básica de inferir un principio de privacidad constitucional de instancias particulares del *Bill of Rights* reconociendo la importancia del hogar y papeles personales.<sup>36</sup> El documento fue relacionado, este fue argumentado, con la idea de privacidad. Este dejó a los interpretes explicar lo obvio –al menos eso fue obvio en nuestro tiempo y lugar.

Esta clase de generalización de provisiones particulares en un código tuvo ciertas precondiciones ideológicas. La deducción no trabaja si los puntos iniciales son una desordenada colección de provisiones estatutarias. Esto es posible solo si el código es entendido como un documento plasmado en sabiduría, un documento del cual todo es tan grande como la suma de sus partes. La sabiduría es entendida en el código y se mantiene allí para ser descubierta por las últimas generaciones. Nosotros estamos dispuestos a hacer esta suposición acerca de la constitución de Estados Unidos, y los franceses y alemanes de sus códigos civiles.

El supuesto de sabiduría codificado en el documento es, desde luego, reminiscencia de los esfuerzos de búsqueda de pistas y sugerencias de verdades ocultas en la Biblia. Esos abogados se acercan a la constitución y al gran código civil en la misma forma establecida en mi proposición central – que esos son los documentos casi sagrados del derecho. Ellos son los documentos que sostienen el derecho en las culturas de generación en generación, de régimen a régimen, y ellos cargan sabiduría desde el pasado esperando por nosotros, en el presente, para interpretar y entender. 

36 Véa Código Civil Francés, supra nota 30.