



Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx

www.derecho.unam.mx



MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano canónica*. Breviarios del Fondo de cultura económica, No. 218. Traducción de Carlos Sierra, México, 1971. pp. 238.

Se trata de un atractivo manual que destaca y explica con vivos colores y de un modo ameno lo que une entre sí a los sistemas jurídicos de Europa Occidental y de la América Latina y lo que los distingue del mundo angloamericano.

Explica el traductor que en virtud de que el título original del libro de John Henry Merryman es "Civil Law" y en atención a que no puede ser traducido simplemente como Derecho civil por la diferente semántica de esos dos mundos jurídicos se ha empleado en cambio esa extensa denominación que subraya la diferencia con el sistema jurídico del "common law" (en donde por cierto la expresión "civil law" se asemeja más al sentido que se encerraba en el *ius civile* de los Romanos) vigente en los países anglosajones, en el cual se reconoce distinto valor a las diversas fuentes del Derecho: La ley escrita, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia.

Indica el autor en el Prefacio, que el libro va dirigido en especial a los aficionados y no a los profesionales. Que se dirige al lector en general... a los que no son abogados y desean saber algo acerca del aspecto legal de las culturas europeas y latino-americanas, a los estudiantes que se interesan por lecturas adicionales a sus cursos de historia, de política, de sociología, de filosofía, de relaciones internacionales o de Derecho.

En ulteriores párrafos del mismo Prefacio indica el profesor Merryman que en el curso de la obra sólo se refiere a las actitudes prevalecientes sin descender a los detalles sino por lo contrario, generalizando.

Formalmente, la obra se presenta dividida en XIX capítulos que en efecto se leen con facilidad ya que la pluma del autor logra generalizar, mostrando vivos contrastes y explicando con alguna frecuencia las razones de las divergencias que se aprecian entre nuestro sistema jurídico y el de "common law". Es verdad que no pocas veces, como podrá apreciar el lector —especialmente en los capítulos XII, XVI y XVII, dedicados al proceso— se toma una posición decididamente favorable al sistema del precedente judicial, aún reconociéndose el mérito que puede asistir a la estructura continental. En forma más equilibrada y por ende más científica, hace a ese propósito el autor un balance en el capítulo final del libro "perspectivas", en donde se opone a emplear los calificativos de comparación a los sistemas jurídicos estudiados, enseñando sabiamente que al responder dichas estructuras a una situación histórica y sociológica propias, no procede hacer esa reflexión sino en el interior de un mismo sistema jurídico. A este propósito vale la pena poner de manifiesto que es precisamente a través de este tipo de estudio de conjunto comparativo que podemos contemplar en forma más crítica nuestra realidad jurídica y podemos por lo mismo, intentar las correcciones que puedan corresponder en cada caso sin perder de vista las necesidades domésticas y las particularidades individuales. Es por este motivo, sumamente recomendable la lectura de obras como la que en esta ocasión nos ocupa, ya que debido a la falta de desarrollo y aceptación del Derecho comparado en nuestros medios universitarios, los estudiantes de Derecho, los abogados mismos y aun los que han alcanzado un grado superior, carecen en la mayoría de las ocasiones de un conocimiento mínimo de la problemática y de la temática jurídica de los Derechos que no pertenecen a nuestra órbita romano-germana. Lo anterior no solo es grave en tanto que coloca a nuestro jurista en una situación de notoria desventaja frente a otros profesionales extranjeros, sino que les priva de esa visión de conjunto que es hoy en día tan importante no sólo para conocer el A.B.C. de otros sistemas jurídicos, pues sólo a través del Derecho comparado, aunque sea en forma por demás somera, se logra que el profesionista adquiera el sentido de la relatividad que se deriva del conocimiento del verdadero medio ambiente en el que vive y convive nuestro Derecho.

En este sentido el estudio y conocimiento de esta disciplina es tan importante —al menos en sus líneas generales— desde el punto de vista del criterio espacial, como lo es la historia jurídica bajo la visual de lo cronológico. En verdad, no debería concebirse jurista alguno que en nuestro tiempo no supiese localizar en un mapa de nuestro planeta a grandes rasgos cuando menos, los grandes sistemas jurídicos en los que se distribuye el mundo.

La obra que comentamos, es una buena introducción en el apuntado sentido cuando menos, en el campo de esos dos sistemas jurídicos, mismos que al fin y al cabo son los predominantes en el mundo de occidente.

Es verdad que el libro carece de referencias bibliográficas y explicativas a pesar de contener a manera de apéndice un elenco de obras cuya lectura recomienda el autor en torno a diversos tópicos de lo tratado, es verdad también que el nivel de la disertación y de las comparaciones solo pocas veces alcanzan profundidad, más es preciso aceptar que a menudo estas características corresponden más a un mérito que a una omisión, específicamente, dadas las carencias y necesidades que un libro de verdadera divulgación puede contribuir a satisfacer en un medio determinados.

En el primer capítulo se explica que las tres tradiciones jurídicas que han conformando al mundo contemporáneo son Derecho civil en tanto sistema; Derecho anglo-

sajón y Derecho socialista. Afirma el autor que el libro versará del más antiguo, del más difundido y del que mayor influencia ha tenido entre todos ellos: de la tradición del Derecho civil o escrito.

Hemos de considerar que si se han dejado a un lado los Derechos orientales y el Derecho de tradición islámica o musulmana, ha de entenderse que el autor consideró que su influencia ha sido y es en realidad poco operante y poco definitiva sobre nuestra realidad occidental entendida de un modo actual.

Continúa el autor señalando que una tradición jurídica, como el término lo indica, ha de verse como "...un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del Derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el Derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse..."

Se concluye el capítulo con esta clara indicación "...El propósito de este libro es decir algo inteligible para el lector general culto acerca de la más antigua, más difundida y más incluyente tradición de todas, la del Derecho civil".

En este capítulo siguiente —el II— sostiene el autor que el sistema por él llamado de Derecho civil se ha formado a través de tres importantes factores que son el Derecho civil romano, el Derecho canónico y el Derecho mercantil. Por más que tal postura se acerca en mucho a la realidad histórica, no debemos pasar por alto la importancia de los Derechos germanos que no solo a través del canónico y del mercantil, sino a través de un campo mucho más vasto, comienzan a incidir en los nuevos Derechos europeos desde la más temprana edad media. A este propósito recuérdese solo a manera de ilustración como el Derecho del centro y especialmente del norte de Francia fue llamado de "les coutumes" para diferenciarlo de aquel otro que surgió en el medio — día de la misma Francia, descendía mucho más del romano. En el sistema de "les coutumes" en el Derecho suizo e incluso, aunque en menor medida, en el que ya podemos conocer en el Fuero Juzgo de los primeros visigodos e hispano-romanos; la presencia de las costumbres germanas es por demás patente y no solo en el terreno del Derecho procesal sino en el de la familia y en el Derecho público mismo.

Sostiene Merryman —pág 23— "El Derecho civil sigue siendo el Derecho fundamental para la mayoría de los civilistas. De allí se deriva un problema de terminología. Los abogados del derecho común anglosajón usan el término derecho civil para referirse al sistema jurídico total de las naciones que caen dentro de la tradición del Derecho escrito (civil). Pero la terminología legal de los abogados que caen dentro de esta jurisdicción usa el término Derecho civil, para referirse a la parte civil del sistema legal ya descrito. El problema lo resolveremos en este libro usando el término "Derecho civil romano para referirnos a esta parte del Derecho".

Ya en otra ocasión, pero en esta misma "Revista de la Facultad de Derecho". Ver el número dedicado al Congreso Interamericano de Derecho romano o sea el 89-90 en la ponencia que hemos sostenido "Contribución de Roma a la formación de los conceptos jurídicos fundamentales —hemos sostenido que en el fondo de la expresión "Derecho civil" se agita un problema de carácter semántico, pues mientras que para los romanos da voz "ius civile", cargada por cierto de emotividad— se refería al Derecho interno, es decir al Derecho propio de la "civitas" y por tanto de los "cives", nuestra actual manera de significar o entender a toda esa porción del Derecho que sólo excluye el externo, es empleado el término de Derecho interno. No deja de ser interesante volver a encontrar el mismo asunto ahora bajo otro

punto de vista que es por cierto el de los juristas del sistema inglés que proceden a este respecto repitiendo en buena medida la actitud de los romanos cuando se refieren a nosotros.

Sólo incidentalmente se refiere el autor al Derecho canónico, pues si en este capítulo lo toma muy en consideración como componente indiscutido nuestro sistema de Derecho, casi no vuelve a ocuparse de él. No deja de ser un tanto desconsolador este olvido, pues al menos en algunos aspectos —proceso, familia posesión herencias—, la presencia de ese Derecho ilumina más el sentido de nuestra tradición jurídica.

La principal tesis de Merryman en el capítulo III es en el sentido de que "... el Derecho público en las naciones de Derecho civil contemporáneo es en gran parte el producto de una revolución que tuvo lugar en Occidente... en 1776." La aseveración es exacta, no obstante, es conveniente no exagerar por inercia como desde el pasado suele hacerse, respecto a ciertos movimientos que suelen deslumbrarnos. Es recomendable de vez en vez someter nuestras afirmaciones a cierto examen crítico. En el caso que nos ocupa, no ha de olvidarse que nociones como la de soberanía, república —especialmente en Italia— libertades ciudadanas, limitaciones al poder político, etcétera, se venían elaborando de siglos anteriores.

Uno de los temas que de modo más interesante aborda el autor es el que desarrolla en el Capítulo V que titula Códigos y Codificación. Con muy buen tino explícase que el volumen de la legislación y de autoridad legislativa no son criterios útiles para distinguir los sistemas de Derecho civil de los sistemas de Derecho común anglosajón.

Se agrega después que tampoco es un criterio válido para distinguirlos, la existencia de eso que se llama código. En efecto California tiene abundantes códigos, más que otras naciones que pertenecen al sistema de derecho civil, sin embargo, no pertenece a este grupo.

Trata en seguida el autor de explicar el sentido con el que el emperador Justiniano expidió su compilación en el siglo VI de nuestra era a fin de entender la verdadera ideología que se encuentra presente en el sistema de Derecho escrito, esta ideología se comprende gracias también a la abundante exposición que del mismo tópico se presenta en el Capítulo X bajo la especial visual de la "Ciencia Jurídica", enseñando cuán diversa es la fuerza de la doctrina en el sistema de Derecho escrito en el que a menudo como ocurría en Roma es menester que el tribunal recurra a la Ciencia del Derecho y a los eruditos —Cap. IX— en tanto que en tratándose del Common Law se presenta como de mucho menor peso e importancia la colaboración de la susodicha Doctrina.

Es ilustrativo para nosotros que formamos parte del sistema que con evidente acierto llama René David Romano-Germánico, apreciar como un jurista del sistema de "common law" considera la doctrina jurídica de occidente. Afirma el autor —pág. 111— "La ciencia jurídica es en primer lugar una creación de los jurisconsultos alemanes de mediados y fines del siglo XIX y naturalmente nació y evolucionó partiendo de las ideas de Savigny".

Ciertamente no podemos estar de acuerdo con Merryman en sostener que antes de la escuela de Savigny no haya existido en occidente verdadera ciencia jurídica. El autor mismo se refiere en las primeras líneas del capítulo en el que se contiene la afirmación que hemos transcrito, a esas dos orientaciones que en lo académico

y en lo judicial se han disputado desde fines de la Edad Media la preferencia de los científicos: *Mos Italicus* y *Mos Gallicus*. No puede asentarse con sensatez que ya en tiempos de la Gran Glosa no se estuviera desarrollando en Europa una verdadera Ciencia del Derecho que a través de múltiples corrientes y subcorrientes habría de multiplicarse prolíficamente. Uno de los más importantes frutos de esta tradición occidental es el Código francés que a través de Domat, Pothier, Portalis y otros hombres por demás ilustres conecta la realidad de ese tiempo a la añeja tradición de Derecho romano. Por ello, es acertada la pluma del autor cuando en capítulos anteriores encuentra una semejanza visible entre Justiniano y Napoleón.

Es posible conjeturar que a la base de esta concepción de Merryman se encuentre una especial manera de entender el proceso científico del Derecho pues afirma —pág. 112— “Como lo expresó Rudolph Sohm, prócer de los juriconsultos de su tiempo: El proceso científico, mediante el cual se descubren los principios que no están contenidos de manera inmediata en las fuentes del Derecho, pueden ser comparados a los métodos analíticos de la química”. Obviamente no compartimos la especial manera de entender al proceso científico jurídico como el que realizan las ciencias cuyos resultados están provistos de la característica de la verificabilidad en el mundo de la ciencia misma. En el universo de lo jurídico, pueden verificarse, de hecho así se procede, los resultados que en lo social puedan presentar las transformaciones normativas, más el contenido valioso de la norma de Derecho, no requiere de la verificabilidad científica, ya que el hombre a través de su conciencia e inteligencia, conoce de antemano los contenidos valiosos y sabe y puede distinguirlos de todos aquellos que no lo son. Cosa diversa es ciertamente, la que acaece en el campo de la técnica del Derecho cuando el abogado o el científico verifican la adecuación de una conducta a un modelo normativo determinado o examinan el ajustamiento jerárquico que debe darse en un ordenamiento dado, pues en estos casos no se está en presencia de descubrimientos, de nuevos principios, como ocurre en el caso de la química o de la física, sino que sencillamente se corrobora un dato sociológico con un modelo previamente prescrito.

Es en especial sugestivo el capítulo VI que Merryman consagra a la comparación de la figura del juez en los dos sistemas jurídicos. Inicia el autor por exaltar con merecida razón la importancia y papel que desempeña el juez en el mundo del sistema del precedente judicial, señalando como “ahí el Derecho ha nacido y se ha desarrollado por obra de los jueces los cuales razonan en forma similar de caso en caso construyendo a partir de la experiencia en cuerpo de leyes que obligan a los jueces de generaciones posteriores mediante la doctrina de “*stare decisis*”: decidir en casos semejantes de una manera semejante.”

Se muestran a continuación las dificultades que debe superar todo el que quiera alcanzar la judicatura en el sistema de origen inglés A renglón seguido se refiere Merryman a los orígenes históricos de nuestra concepción del juez, explicando que una de las razones del rango tan diferente que tienen los jueces en el sistema de Derecho romano, El “*iudex romanus*” no era un hombre preclaro en materia de Derecho... “sino un lego que desempeñaba una función de arbitraje presidiendo el arreglo de querellas de acuerdo con fórmulas proporcionadas por otro funcionario que era el *practor*.”

A pesar de que el autor reconoce después que la situación se transformó en la época del imperio, no compartimos su opinión, ya que a través de las últimas concepciones romanas, del Derecho canónico y de los Derechos germanos, no pasó a la

edad media, y por ende menos a las ulteriores, el concepto del "iudex" romano clásico por el contrario es precisamente en el "jurado" que impera en el sistema consuetudinario, jurado colegiado y compuesto a menudo de verdaderos legos en la materia, en donde puede apreciarse, en cierta medida en verdad, la recepción de esa actitud romana.

Por lo anterior, tampoco suscribimos la opinión que a manera de conclusión infiere después el autor en el sentido de que en el sistema de Derecho de la familia romano-germana existe un verdadero abismo de alejamiento entre la casta de los jueces y la de los científicos. A todas luces, esta afirmación es inexacta, ya que de acuerdo con la gran mayoría de las orientaciones y principios constitucionales de esos estados, se establecen profundos nexos entre judicatura y doctrina, no sólo por la calificación que se precisa para alcanzar la judicatura, sino de manera por demás especial, por la estructura y función de la jurisprudencia y por el carácter que tiene entre nosotros la doctrina que responde a una necesidad de complementariedad al lado de la ley.

Ocupase el estudio que comentados de la certeza y equidad en el capítulo marcado con el número VIII. Notable es verdaderamente el empleo que aquí se presenta de estos dos criterios, para abondar con profundidad en el estudio de las diferencias que se acusan entre los sistemas estudiados. Se dice —pág. 91— "... Así el Derecho civil ha sacrificado la flexibilidad en aras de la certeza. Al contrario el Derecho común anglosajón tiende a mantener entre ellas un equilibrio más parejo". Y más adelante —pág. 93— "Un erudito del Derecho comparado ha hecho notar que el Derecho civil actual es lo que el Derecho común anglosajón parecería ahora si nunca hubiera existido un tribunal de equidad en Inglaterra..." Refiriéndose a Las mismas nociones agrega Merryman "...Revelan en qué medida el juez de Derecho civil está aún limitado por una variedad de influencias históricas y muy principalmente por la imagen del proceso judicial que nació en el período de la Revolución Francesa y por el refinamiento que de esa imagen se efectuó por obra de la ciencia jurídica..."

A pesar de que la tradición histórica anglosajona da un preponderante sitio a la equidad, tal como Buckland lo ha revelado, esta actividad asemeja bastante al Derecho inglés hacia el romano. No puede siquiera cuestionarse que en el sistema de Derecho escrito no existan una serie de normas de "ius singulare" o normas de excepción, que se aplican solamente a los casos por ellas previstos atemperando de un modo verdaderamente legislativo, el rigor de la norma abstracta. Todo lo anterior denota que nuestro sistema jurídico ha encontrado un camino satisfactorio para llegar al mismo resultado que el sistema de origen inglés.

También los capítulos XIII, XIV, XV y XVIII a los cuales no nos hablamos aún referido, presentan a la consideración del lector innumerables cuestiones por demás sugestivas. Trátase ahí, respectivamente de la división de la jurisdicción, categorías jurídicas, las profesiones jurídicas y Derecho público.

El libro del profesor Merryman posee además la rara virtud de provocar polémica y estimular sobremedida al estudioso a conocer más ese otro mundo jurídico que se encierra en el sistema de origen inglés del cual aún nos queda tanto por aprender.