

VEINTIUNA TESIS SOBRE EL LEGADO JURÍDICO DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA EN LATINOAMÉRICA*

*Twenty - one Theses on the Legal
Legacy of the French Revolution in
Latin America*

DANTE FIGUEROA**

“El Terror no es sino la justicia pronta, severa, inflexible; es, por lo tanto, una emanación de la virtud; es menos un principio particular que una consecuencia del principio general de la democracia aplicada a las necesidades más apremiantes de la patria”.

MAXIMILLIEN MARIE ISIDORE DE ROBESPIERRE
Discurso, Convención Nacional (1794)

* Traducción efectuada por el autor del art. original denominado, *Twenty-one Theses on the Legal Legacy of the French Revolution in Latin America*, publicado en *Georgia Journal of International & Comparative Law* (vol. 39 n° 1, otoño 2010). La traducción de este art. al castellano y su consiguiente publicación por la Revista *Ars Boni et Aequi* se encuentran debidamente autorizadas por los editores de *Georgia Journal of International & Comparative Law*. Algunas citas del artículo original en inglés, o partes de ellas, han sido omitidas en esta versión en castellano.

** Abogado. Magíster, American University y Universidad de Chile. Profesor Adjunto Georgetown Law Center, y Washington College of Law en Washington, D.C. <df257@georgetown.edu>.

Artículo recibido el 2 de marzo y aprobado el 4 de abril de 2011.

RESUMEN: Este artículo presenta veintiuna tesis que exponen la influencia —negativa, a juicio del autor— de la Revolución Francesa sobre los sistemas legales latinoamericanos desde su independencia. Las propuestas no agotan los tópicos respectivos. De hecho, cada tópico podría ser objeto de un *tractatus* individual. Por el contrario, estas propuestas se dirigen a motivar una discusión académica posterior sobre las propuestas que se plantean. Las tesis giran en torno a cinco áreas de impacto: sobre el *substratum* ético y filosófico del sistema político - constitucional, sobre los elementos fundamentales del régimen democrático, sobre la organización de las ramas de gobierno, sobre los paradigmas de ecuanimidad, justicia, y axiológicos, sobre la formación de la vida familiar, la moral pública y la profesión legal.

PALABRAS CLAVE: Revolución Francesa - Derecho Latinoamericano - Teoría Política Latinoamericana - Derecho Constitucional Latinoamericano – Código Civil Francés

ABSTRACT: This Article presents twenty-one theses involving the —negative, in the view of the author— influences that the French Revolution has had on Latin American legal systems since their independence. The propositions do not exhaust the respective topics, since each of them could be the object of a standalone *tractatus*. Instead, these propositions aim at motivating further academic discussion on the positions presented. The theses revolve around five areas of impact: the ethical and philosophical substratum of the political system, the fundamentals of the democratic regime, the organization of the branches of government, the paradigms of fairness, justice, and axiology, and the shaping of family life, public morals and the legal profession.

KEY WORDS: French Revolution - Latin American Law - Latin American Political Theory – Latin American Constitutional law - Civil French Code

INTRODUCCIÓN

Cada una de las veintiuna tesis presenta un diagnóstico negativo de los efectos generados por la Revolución Francesa (en adelante RF) en la vida, organización y elementos esenciales de los sistemas legales latinoamericanos.

La Iluminación y la RF de 1789 fueron fenómenos históricos y políticos cruciales que han impactado significativamente la vida europea desde el siglo

XIX en adelante.¹ Sirvieron como movimientos poderosos que encarnaron ideas filosóficas que formaron las sociedades y sistemas legales alrededor del mundo. Incluso la Revolución Americana ha sido contada dentro de la progenie de la RF.² Esta influencia tuvo un impacto particularmente fuerte en el diseño, organización, implementación y estatus actual de los sistemas legales latinoamericanos³ desde las guerras de independencia.⁴ Es ampliamente reconocido que la RF literalmente cambió el mundo, y aún vivimos bajo su masiva influencia filosófica, intelectual, y legal. El caso es que las ideas revolucionarias francesas son aún ampliamente citadas en decisiones judiciales a lo largo de la región.⁵

En efecto, cuando las nuevas repúblicas latinoamericanas obtuvieron su independencia, necesitaron modelos nuevos sobre los cuales construir sus sociedades. Los padres de las naciones latinoamericanas estuvieron muy conscientes de que construían sobre las ruinas de 300 años de influencia ibérica. Los liberadores latinoamericanos rechazaron fuertemente el legado ibérico, aunque la mayoría se había educado y capacitado en el continente. Rápidamente abrazaron las ideas revolucionarias francesas.⁶ La RF tuvo un gran impacto no sólo en el derecho civil, sino q también en el derecho público, en cuanto devino en la madre intelectual del movimiento independentista latinoamericano.

Más de 200 años desde la RF han ayudado a evaluar su alcance real en el campo legal latinoamericano. Las pretensiones de que constituyó un movimiento de base dirigido por y para el beneficio de la gente, han retrocedido

¹ Ver KOENIGSBERGER y BRIGGS (1987) p. 331, para revisar los eventos históricos inmediatos a la RF.

² Comparar parecido de muchos arts. de la Constitución (en adelante Const.) Revolucionaria de 1791 con la Const. de los Estados Unidos (v.g. la Const. de 1791, Tít. III, Cap. V, § 9 con la de los EE.UU., art. III, § 2; Const. de 1791, Tít. III, Cap. III, §1.10 con la de los EE.UU., art. I, § 3; Const. de 1791, Tít. III con la de los EE.UU, art. I).

³ Cfr. BARKER (2000) p. 269.

⁴ JAKSIC (2001) p. 156, recuerda que el Libertador Bernardo O'Higgins propuso al Congreso en 1822 adoptar *in toto* el Code de Napoléon, y acompaña su propuesta con la siguiente exhortación: “[E]liminemos para siempre las instituciones construidas bajo el colonialismo y erradiquemos la ignorancia”.

⁵ Corte Suprema de Nicaragua. *Ortega contra Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua* (2009).

⁶ MIROW (2005) p. 183 señala que “*aparte del atractivo intrínseco del Código y de su amplia aceptación dentro de los círculos legales mundiales, su francedad lo hizo particularmente atractivo para los latinoamericanos...*”.

ampliamente. Una rápida vista de la pintura de DELACROIX *Liberté Guidant le Peuple* (1833, Libertad Guiando al Pueblo), aún cuando fue pintada 40 años después de la RF, revela claramente la verdad detrás del cataclismo de julio: caras burgueses feroces con sus vestimentas burgueses pisoteando los cadáveres frescos de gente humilde escasamente vestida.⁷ Los líderes de la aristocracia y de la nobleza fueron los verdaderos dueños y segadores de los horrores revolucionarios. Ningún observador independiente y culto puede, en su *compos mentis* denegar la conexión indiscutible entre la RF, el Régimen del Terror, y el experimento napoleónico imperial. Las fuerzas reales detrás de la RF simplemente la vistieron con un manto de legitimidad apelando a la idea liberal de la democracia representativa. Sin embargo, el gobierno monárquico fue en verdad reemplazado por el gobierno iluminado y despótico de la burguesía.

En este contexto, este artículo argumenta que las ideas legales propagadas por la Iluminación y la RF, que tuvieron una influencia tan sorprendente sobre las nuevas naciones latinoamericanas durante el siglo XIX, no fueron azarosas, asistemáticas o aleatorias. Por el contrario, la premisa es que tales ideas fueron materializadas y, a su turno, coherentemente avanzadas mediante un pensamiento filosófico cabalmente coordinado que fue (y es) consistente y compacto. El degollamiento del rey a manos de la Asamblea Nacional en 1793 marcó el tono para el guillotinado de cerca de 40 mil personas bajo el Régimen del Terror.⁸ Como consecuencia de la influencia de la RF, muchos más perecieron durante los siguientes experimentos políticos latinoamericanos. Considerando todas las cosas, la RF fue coherente consigo misma: sangre es lo que buscó, y sangre es lo que obtuvo: "*A las armas, ciudadanos, / Formen sus batallones, / ¡Marchemos, Marchemos! / ¡Que una sangre impura /Empape nuestros surcos!*" (*La Marsellesa*).

Las nociones legales claves que trajo la RF incluyen la separación absoluta y el antagonismo entre la religión y el Estado⁹; la soberanía absoluta del

⁷ BAUDELAIRE (1979) p. 30, menciona que DELACROIX se llamó a sí mismo "*un realista*" en la presentación de su propio arte: "*Deseo representar las cosas tal cual son*".

⁸ MCCARTHY (2005) p. 18: "*Dieciocho mil personas fueron ejecutadas en la guillotina, y más de 20.000 fueron asesinados por otros medios*". DUPORT (1987) pp. 285 a 287 contienen bibliografía sobre el tema.

⁹ Const. de 1791, Preámbulo: "*[L]a ley ya no reconoce los votos religiosos o ninguna otra obligación contraria a... la Const.*"; Tít. I, Secc. 3 § 9 provee la elección de ministros religiosos, contraria al proceso de designación del clero de la Iglesia Católica.

Estado¹⁰; los poderes legislativos privilegiados y virtualmente carentes de control del gobierno¹¹; la supremacía irrestricta de la ley escrita¹²; el papel restrictivo asignado a las fuentes del derecho (costumbre, principios generales del derecho, equidad) que no sean de derecho escrito (positivo)¹³; la unificación de las leyes civiles en un cuerpo legal aplicables universalmente a toda la nación¹⁴; un poder judicial disminuido¹⁵; la abolición de los cuerpos intermedios de la sociedad representados por las gildas¹⁶; la imposición de instrucción gubernamental como mandato universal¹⁷; la abolición de la institución fundamental del derecho de familia occidental¹⁸; y la consagración de un sistema legal que garantiza privilegios a pocos en detrimento de muchos.¹⁹

A la luz de estas nociones legales, este estudio propone que la noción torcida del derecho natural esgrimido como baluarte por la RF, aparejado con sus ideas de democracia autoritaria, un estado paternalista, monopolio y supremacía legislativa²⁰, y la falta de un sistema efectivo de contrapesos y balances, todos han contribuido a la degradación sistemática y a la muerte lenta de los sistemas democráticos latinoamericanos. Estos fenómenos, a su vez, han facilitado un récord pobre de derechos humanos en la región durante los dos últimos siglos.

¹⁰ Const. de 1791, Tít. III, § 1: “[L]a soberanía es una, indivisible, inalienable, e imprescriptible. Pertenecer a la nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede asumir su ejercicio”.

¹¹ El Preámbulo de la Const. de 1791 destaca que todos los ciudadanos son iguales, y que no existe ninguna “superioridad aparte de aquella de los funcionarios públicos”.

¹² Const. de 1791, Título III § 3: “[N]o existe otra autoridad en Francia superior a aquella de la ley”.

¹³ Const. de 1791, Tít. III § 6 implica que los ciudadanos disfrutaban únicamente aquellos derechos expresamente declarados en la Const. y por la legislatura.

¹⁴ Const. de 1791, Título I, Secc. 3 § 13: “[S]e redactará un código de derecho civil común para todo el reino”.

¹⁵ Const. de 1791, Tít. III, Cap. V § 3: “[L]os tribunales no pueden interferir en el ejercicio del poder legislativo, suspender la ejecución de las leyes o usurpar funciones administrativas”.

¹⁶ Const. de 1791, Preámbulo: “[Y]a no existen ni los jurandes ni las corporaciones de profesionales, artistas, o artesanos”.

¹⁷ Const. de 1791, Título I, Secc. 3 § 11 ordena la instrucción pública para todos los ciudadanos.

¹⁸ Const. de 1791, Título II § 7: “[L]a ley considera al matrimonio sólo como un contrato civil”.

¹⁹ Const. de 1791, Tít. III, Cap. I §2.2 establece requisitos relativos a la propiedad y la posición social para el ejercicio de los derechos civiles, tales como el derecho a voto.

²⁰ FARER (1995) p. 1315, observa el origen francés de la “idea de supremacía legislativa”.

En el área de la organización del gobierno, por ejemplo, se sostiene que los conceptos revolucionarios de una separación fuerte entre la religión y el Estado, soberanía absoluta del Estado, y un nacionalismo irrestricto, son todos los factores que contribuyeron a la formación de sistemas constitucionales endémicamente débiles y conflictuados en Latinoamérica (en adelante LA) desde el comienzo mismo. Adicionalmente, se sostiene que las reformas latinoamericanas recientes en el área de la revisión judicial no han removido la mancha original de incongruencia e insuficiencia presentes en la imitación inicial del derecho francés revolucionario.

Se ha sostenido que la obra maestra de la RF, esto es, el Código Civil (en adelante CC) de 1804, "*representa los principios de la RF*".²¹ Este artículo explica que las nociones políticas y legales que generaron el CC son esencialmente autoritarias. En consecuencia, estas ideas legales produjeron un instrumento legal altanero en sus pretensiones de universalidad, defectuoso en su combinación de diversas aproximaciones filosóficas, y con promesas no sustanciadas. Estas características dieron nacimiento a un CC plagado de inconsistencias y completamente carente de integralidad. Estos defectos han contribuido profundamente a una situación de confusión legal y a una motivación no declarada de alejarse del derecho y la justicia en amplios sectores de las sociedades latinoamericanas.

Este artículo, además, sostiene que los méritos del CC francés se encuentran en las secciones que recogió del derecho romano y del *ius commune* europeo según existió hasta 1789.²² Casi todo lo demás que fue novedoso después de 1789, según propone el artículo, no resistirá el paso del tiempo.

Finalmente, el artículo argumenta que los procedimientos civiles y criminales tradicionales en LA tanto en cuanto se han basado en el derecho francés revolucionario, estuvieron inspirados por las mismas ideas defectuosas que inspiraron el CC. Por lo mismo, estas nociones han contribuido a promover la vasta percepción de que tales procedimientos son completamente disfuncionales.

²¹ GORDLEY (1994) p. 459.

²² Para una revisión de la influencia del Derecho Romano en Europa y el surgimiento del *ius commune*, cuya abolición fue uno de los objetivos de la RF, ver BELLOMO (1995), CORTESE (2000), KOENIGSBERGER (1987), MULDOON (1979), VAN CAENEGEM (1992).

I. UNA NOCIÓN TORCIDA DEL DERECHO NATURAL

El concepto de derecho natural²³ fue primero propuesto en el mundo occidental por Santo Tomás DE AQUINO en el siglo XIII.²⁴ Sólo pueden entenderse los fundamentos intelectuales de Occidente cuando se hace referencia a los trabajos de dicho filósofo y teólogo católico. Él fue el primero en explicar la tríada que constituía la fundación de todos los sistemas legales, en la forma del derecho divino, el derecho natural, y el derecho positivo (o humano).²⁵ El Doctor Angélico enseñó que el derecho divino es el conjunto de reglas permanentes que emanan de Dios mismo a través de la Revelación, principalmente en la *Sagradas Escrituras*.²⁶ El derecho divino es, por lo tanto, eterno, sabio, incorruptible, y posee todos los atributos de Dios Eterno.

El derecho natural, como consecuencia, según lo explicó AQUINO, es el reflejo del derecho divino en la conciencia humana.²⁷ Cuando se discierne de manera apropiada, el derecho natural abarca las características del derecho divino, esto es, su aplicación universal, y triunfa sobre cualesquiera otros factores que influyen en el ámbito temporal. Surgen dos consecuencias principales desde esta premisa. La primera es que el derecho natural encarna lo que es justo, bueno y deseable en toda sociedad humana. En segundo lugar, el derecho natural no puede cambiar en consideración al tiempo, lugar o las reglas que constituyen expresiones temporales de la mayoría.

El tercer nivel de la pirámide legal de AQUINO es el derecho humano, el derecho de la *polis*. Este puede estar escrito en los libros (derecho positivo) o ser practicado por la comunidad (derecho consuetudinario). AQUINO enseñó que el derecho humano es un producto legal derivativo. Por lo tanto, debe necesariamente estar subordinado al derecho natural para alcanzar legitimidad. Para ser válido y para servir como fundamento de la soberanía reclamada por aquellos que ejercen *auctoritas*, el derecho natural debe conformarse al derecho divino.

Esta estructura piramidal implica una jerarquía, en la cual un nivel está sujeto al otro. El derecho humano está sujeto al derecho natural, lo que

²³ VAN CAENEGEM (1992) pp. 113 y 114, discute los orígenes históricos de la idea de "derecho natural".

²⁴ GORDLEY (1994) pp. 463 y 464.

²⁵ AQUINO (1927).

²⁶ Cfr. DAWSON (1950) p. 205.

²⁷ DE AQUINO (1927).

conduce a lo que es bueno y justo en sociedad. El derecho natural, por su parte, está sujeto al derecho divino.

Esta estructura de legitimidad y organización impregnó la estructura de los sistemas legales en el mundo occidental desde el siglo XIII, basado en los grandes esfuerzos intelectuales desplegados por los exponentes del derecho natural. Sin embargo, en los años anteriores a la RF, muchas ideologías propusieron una suerte de discurso filosófico coordinado que fue utilizado luego por el movimiento político que iba a emerger. En tal contexto, los ideólogos revolucionarios presentaron una distorsión colosal, esquemática y sistemática, en verdad, una *suppressio veri* (supresión de la verdad) de las certezas centrales presentadas por la escuela de derecho natural.

1. Eliminación del Derecho Divino desde la Pirámide Jerárquica Presentada por Tomás de Aquino

Los ideólogos de la RF mantuvieron el concepto de derecho natural, pero eliminaron la creencia de su fundación en el derecho divino eterno. Dijeron que el derecho natural ya no se basaba en el derecho divino, sino únicamente en el derecho humano, en la razón humana.²⁸ De esta manera nació el dogma del compacto social (sociedad política).²⁹ La ideología del compacto social fue, a su turno, sucedido por la noción moderna de mayoritarismo democrático, que fundó su apoyo ontológico en la noción secular del derecho natural. En última instancia, la *polis* llegó a no estar sujeta a ningún tipo de poder divino, sino a sí misma, al acuerdo de la mayoría.

La RF se alejó de una concepción de derecho natural válido en todo tiempo y lugar. Al hacerlo, necesariamente abrazó el pensamiento de un derecho natural que depende de las costumbres de mayorías transitorias y circunstanciales. El derecho natural fue así despojado de su demanda de universalidad y uniformidad. Se transformó en una idea alimentada y abrazada por el relativismo. Este artículo adscribe a la idea de que la combinación de concepto secularizado del derecho natural y las fuerzas desordenadas existentes al tiempo de la independencia latinoamericana, gatillaron un *malum praecessi* (un resultado malvado), cuyas consecuencias legales, constitucionales y morales están aún presentes en la región.

²⁸ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 323.

²⁹ NEUHAUS (1984) p. 38 para una discusión de las ramificaciones espirituales y religiosas impregnadas de la RF.

El efecto de un concepto de derecho natural determinado exclusivamente por el compacto social implica que no es necesaria una búsqueda posterior de los fundamentos metafísicos del derecho. Conforme al principio democrático revolucionario, son las mayorías las que deciden su propio destino, y las mayorías igualmente deciden el contenido del derecho natural. En suma, la idea revolucionaria final sobre el derecho natural es que una vez que la sociedad se deshace de los grilletes del derecho natural, únicamente el derecho positivo subsiste como la fuente de toda legitimidad democrática.

Pero incluso los ideólogos de la RF entendieron que dejando que las mayorías actuaran sin restricción acarrearía fatales consecuencias a su nueva sociedad. Por lo mismo, hicieron emerger la noción de *orden público* como un conjunto de principios éticos que actuarían como un elemento disuasivo frente al derecho positivo contrarrestando los caprichos de las mayorías. Pero ellos no pudieron obviar el hecho de que al degradar la pirámide de AQUINO, necesariamente tuvieron que remitirse a la mayoría como una regla política. Esta visión tuvo que aceptar que, como ya no existe una noción divina última de lo que es correcto e incorrecto en su credo, depende de las mayorías y, del gobierno, el decidir cuáles son sus propias restricciones en el ejercicio del poder.

Otro defecto de la laicización del concepto de derecho natural es que cualesquiera aspiración o intento para separar los fundamentos del derecho natural de la voluntad de la mayoría, bien sean permanente o temporal, deben ser considerados como una violación del principio de separación de la religión y el Estado. El derecho de Dios, en consecuencia, no tiene nada que ver con la sociedad civil. El hombre se basta a sí mismo. Así, se supone que el hombre emergió de la Ilustración como el último dueño y gobernante de su propio destino.

2. *El Derecho Natural ya no es Inmutable, Universal o Permanente*

Como las costumbres del momento cambian, el nuevo ideal del derecho natural igualmente está sujeto a cambio. Conforme a esta visión, no se debería percibir nada inadecuado en este nuevo arreglo de cosas. La razón humana actúa como el elemento correctivo insuperable de interpretaciones o aplicaciones indeseables del nuevo concepto de derecho natural. Si los seres humanos son seres razonables, sostiene el credo ilustrado, entonces no existe nada que temer de parte de una exposición y moldura racionales del derecho natural así explicado.

La sustitución revolucionaria de la voluntad de la gente por el concepto milenarista del derecho divino como fundamento de la legitimidad democrática

se basó en la idea de que las expresiones de la mayoría actuarían como un contrapeso supremo sobre ideas y elementos irracionales. Sin embargo, esta expectativa ha chocado duramente en contra de la realidad durante los últimos dos centenios. De hecho, sólo el último siglo vio marchar a millones a su muerte forzados por la voluntad de regímenes *legales* basados en el concepto mayoritario. Como se presenta hoy, la distorsión del derecho natural de la Francia revolucionaria está moralmente en bancarota, es ontológicamente vacía y carece de base política.

3. *Un Etos Moralístico y Moralizante Tiñó el Concepto Central del Derecho Natural*

La proposición de que una mayoría transitoria puede proveer legitimidad legal y moral universal al orden legal en un tiempo determinado yace sobre un terreno débil. La verdad y la experiencia demuestran que sin el recurso a una fuerza superior y permanente de la cual todo lo demás dependa, los frágiles, volátiles e incompletos conceptos de orden público y buenas morales propagados por los codificadores revolucionarios como poderes para anular la ley escrita siempre serán definidos por la mayoría. Un trasfondo moralista curioso y vacío reemplazó los fundamentos religiosos previos del derecho natural. La idea de restauración moral de la sociedad con posterior a la RF estuvo inevitablemente acoplada con el elitismo político generado por el movimiento. En otras palabras, los pocos hombres ilustrados de la RF se consideraron a sí mismos como los bastiones morales de los nuevos esquemas políticos que se implementaron. La historia reciente demuestra que muchos experimentos políticos que se vistieron de un aura moralizante, devinieron únicamente en un pretexto para la represión y eliminación masivas de disidentes políticos.

4. *El Pueblo no Reserva ningún Poder: Todos son Transferidos a la Mayoría, representada esta por la Legislatura*

La noción torcida del derecho natural secular predicada por la RF implicó el principio legal de que ya no existe un límite a las áreas de la vida donde la mayoría puede gobernar. El fundamento de esta propuesta se apoya en que todo el poder y la soberanía son transferidas desde la mayoría de los ciudadanos a la legislatura. Pero esta idea de transferencia total de soberanía solemnizada por la Const. revolucionaria de 1791 (Tít. III § 2), va en contra de la noción misma de democracia contemporánea, y ha alimentado muchos debates importantes, por ejemplo, en los Estados Unidos desde el comienzo de este país.

Toda revolución política necesita una ideología. La RF burguesa no fue la excepción y, en tal sentido, eligió al nacionalismo como la piedra angular

de su filosofía. La soberanía, entonces, llega a ser la expresión legal del nacionalismo, tanto internamente con respecto a sus sujetos, como externamente con referencia a otros estados. Es precisamente aquí donde la explicación de la expansión de los poderes coloniales en la época con posterioridad a la RF encuentra su fundamento.³⁰

II. SEPARACIÓN RÍGIDA Y TOTAL ENTRE RELIGIÓN Y ESTADO

En ningún otro campo fue la RF más evidente que en sus intentos para obliterar la religión católica. Para alcanzar este objetivo, el pretexto usado por los ideólogos revolucionarios era el concepto de *separación* entre la religión y el Estado.³¹

1. *La Religión ya no tiene un Rol en la Esfera Pública*

MONTESQUIEU, el sumo sacerdote del avance filosófico revolucionario, señaló que *“tan venerable como son aquellas ideas que surgen inmediatamente de la religión, ellas no siempre deberían servir como un primer principio a las leyes civiles; por cuanto estas tienen otro principio, cual es el beneficio general de la sociedad”*.³²

Desde el *“no siempre”*³³ hasta el *“no, nunca”* había un camino simple y corto. La denegación del rol de la religión en la esfera pública posteriormente condujo a su reclusión al ámbito privado. La creencia fue que al ser la acción del gobierno una expresión de la mayoría, prevalece por sobre la religión. Sin embargo, esta creencia deniega el rol original de la religión, pues su ejercicio se transforma en un acto de tolerancia gubernativa. En ese sentido, la religión, que es la máxima expresión de la razón humana y la fe en la búsqueda de lo infinito, y los códigos morales consiguientes que emergen de ella, están privados de su elemento central de ligar (*re-ligare*)³⁴ obligatoriamente la comunidad en su totalidad.

Pero la verdad es que el papel público de la religión en Occidente fue durante muchos milenios aceptado como una fuerza necesaria para el bien

³⁰ Cfr. SUK (2007) p. 300, MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 20.

³¹ Cfr. WESTERFIELD (2006) pp. 646 y 647.

³² MONTESQUIEU (1748) p. 1.

³³ *Ídem*.

³⁴ SOMMERVILLE (1994) p. 172: *“[L]a voz ‘religión’ proviene del latín religare, que significa ‘aferrarse a’, o ‘apegarse fuertemente a’”*.

en la sociedad³⁵. Existió la tensión entre la religión y el Estado, y mucho se ha escrito sobre ello. Pero la discusión se ha enfocado más en las jurisdicciones de cada campo; lo espiritual versus lo temporal ha sido examinado en lugar de la participación de la religión en la formación de las sociedades temporales. La historia muestra que fue la religión la que construyó la cultura legal de la Europa Occidental.³⁶

Al denegar el papel de la religión en la arena pública, la RF intentó demoler exactamente esa cultura legal.

2. *Justicia Social es un Concepto Enteramente Secular Separado de las Perspectivas Religiosas*

La secularización del derecho trajo consigo otro daño *colateral*. La idea de *justicia social* se transformó en un concepto enteramente secular desprovisto de su competencia religiosa. La RF afirmó que es el deber del Estado (como representante de las mayorías) el determinar qué es *aequo et bono* en una sociedad. Pero debido a que la voluntad y las promesas del Estado cambian en cada lugar y circunstancia, la relativización de la bondad y la justicia, implica una denegación de las verdades universales.³⁷

Como resultado, la verdad devino en un concepto relativo totalmente dependiente de los corazones o las mentes de los miembros de la sociedad en un tiempo determinado. En esta perspectiva, la mayoría de los miembros de una sociedad definen la naturaleza, el contenido y las consecuencias de la justicia social. Nada impide a los miembros de la colectividad profesar una definición específica de la justicia social basada en la creencia religiosa, bajo la condición de que sus perspectivas no entren en conflicto con lo que el enfoque de la mayoría dicta en un tiempo determinado. En resumen, el mensaje que la RF trajo consigo, relativo al rol de la religión en la vida pública, es: si tú tienes ideas religiosas, puedes mantenerlas, pero no las traigas a la sociedad.

III. EL POSITIVISMO COMO SISTEMA LEGISLATIVO MORALMENTE NEUTRO

En el paradigma jurídico revolucionario el derecho deviene en la norma superior y suprema³⁸, la voz del *status quo*. El derecho positivo sólo reconoce

³⁵ Cfr. RASOR (1993/1994) p. 192.

³⁶ Cfr. DAWSON (1950) p. 14, BELLOC (1937) p. 1.

³⁷ Ver Encíclica *Caritas in Veritate*, Seccs. 2, 4, 26, 32 y 61.

³⁸ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) pp. 393 y 425.

como sus delimitaciones externas aquellas impuestas por el concepto secular de derecho natural. Dado que el derecho natural cambia de acuerdo al tiempo y lugar, lógicamente se sigue que el derecho positivo no debe ninguna lealtad a ningún otro valor superior que sí mismo.³⁹ En otras palabras, si las supuestas mayorías democráticas determinan la sustancia tanto del derecho positivo como del derecho natural, también les corresponde a ellos romper un dique o suavizar las vías entre ellos. Así surgió entonces el positivismo legal en la Francia revolucionaria.⁴⁰

1. Denegación de un Rol al Precedente Judicial

Fue tal el sectarismo revolucionario que hubo intentos para eliminar completamente a la jurisprudencia como una fuente del derecho.⁴¹ Sin embargo, y afortunadamente, los revolucionarios no tomaron tal paso, pues en el credo revolucionario el derecho natural ya no toma sus fundamentos del derecho divino, únicamente el derecho positivo puede establecer lo que es bueno y justo en sociedad. La consecuencia principal es que no existe *stare decisis*, esto es, no hay *lealtad* al derecho positivo pasado, y ni siquiera a la jurisprudencia presente.

Como en un caso dado el procedimiento de adjudicación debe comenzar nuevamente sin hacer ninguna referencia a lo que ha sido ya decidido en el pasado, la regla de *stare decisis* ya no fue necesaria en Francia, en LA o en otros lugares. *Stare decisis*, por otra parte, involucra una cierta dosis de certeza y previsibilidad: que casos similares deberían ser tratados de manera similar, y que “no sólo la justicia debería hacerse sino que también aparecer que ha sido hecha”.⁴²

La adjudicación judicial se transformó en una actividad ejecutada *ex tabula rasa*: todo comienza nuevamente en cada nuevo caso. Esta perspectiva nació del profundo desprecio que la RF tenía hacia el derecho canónico, por ser el derecho de la Iglesia; y hacia el derecho consuetudinario, que consideró como la ley de los bárbaros.⁴³

³⁹ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 118.

⁴⁰ BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 330, menciona el “triumfo del legalismo”.

⁴¹ Cfr. *Ídem.*, p. 425; VAN CAENEGEM (1992) p. 130.

⁴² MERRYMAN *et al.* (1994) p. 208. Ver p. 17 del documento titulado *Merryman, Sources of Law*, § 3, líneas 6 y 7.

⁴³ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 125.

Los efectos duraderos de la abolición revolucionaria de la regla del *stare decisis* fue ilustrada en un estudio comparativo reciente efectuado por un académico suizo.⁴⁴ Su estudio demostró que los sistemas de derecho civil experimentaron una dificultad considerable en desarrollar teorías y técnicas para tratar la jurisprudencia. Las jurisdicciones de derecho civil han pasado por grandes esfuerzos al intentar cambiar el paradigma revolucionario, que denegó todo valor como precedente a decisiones judiciales previas. El derecho escrito se transformó en la voz del *status quo* y se extendió para incluir un desprecio de cualquier precedente *alter ego* pasado.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (en adelante SGM), Francia instituyó un *Consejo Constitucional* cuyas decisiones estuvieron designadas para ser finales y con un valor de precedente. También es cierto que otros países europeos y latinoamericanos han seguido esta tendencia durante las últimas décadas, bien sea creando sus propios tribunales constitucionales, u otorgando a las salas constitucionales de sus tribunales superiores (usualmente la corte suprema), con el poder de aprobar decisiones que posean un valor de precedente cuando afectan leyes escritas que se consideran ser contrarias a la Const.⁴⁵ Pero estas innovaciones, cualesquiera que sean sus méritos, denominadas la *Desviación Francesa* no son sino una digresión más desde la desviación original.

2. El Rol Truncado de la Costumbre

En este sentido, es fácilmente entendible cómo un profundo desprecio por el derecho canónico y el derecho consuetudinario⁴⁶ sirvió de base a los principios legales que guiaron la RF.⁴⁷ Consiguientemente, como el Estado se transformó en la única base del derecho, logró así un monopolio legislativo sagrado, la costumbre ya no pudo ser una fuente de derecho.⁴⁸ La costumbre emergió como una fuente del derecho subordinada, secundaria, basada en el predicamento de que el pueblo tenía que ser gobernado sólo por un derecho uniforme. El nuevo entendimiento del derecho consuetudinario, en su debido curso, eliminó las libres expresiones del pueblo.⁴⁹ Con anterioridad a la RF existía una activa interacción entre el *ius commune* y el derecho

⁴⁴ Thomas PROBST, *Die Anderung der Rechtsprechung* (1993), citado en MERRYMAN *et al.* (1994) p. 209. Ver p. 18 del documento titulado *Merryman, Sources of Law*, § 2, línea 4.

⁴⁵ Cfr. SCHOR (2009) pp. 187 y 188, DE GUILLENCHMIDT (2005) pp. 382 a 385.

⁴⁶ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 114.

⁴⁷ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 117.

⁴⁸ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 430.

⁴⁹ Cfr. GRANIER DE CASSAGNAC (1850) p. 189.

consuetudinario europeos. Este último era, efectivamente, algo desorganizado y altamente local, y fue ese estado de cosas el que los revolucionarios juraron abolir.⁵⁰

El fenómeno de la falta de uniformidad no iba a pasar el test revolucionario. La homogeneidad legal se transformó en una meta en sí misma. Si existió alguna clase de balance previamente bajo el *ius commune* europeo⁵¹, este fue considerado por la RF como indulgente y tolerante con respecto a costumbres locales. Así, la uniformidad legal llegó a ser uno de los principales objetivos del experimento revolucionario, pero esta vez dicha uniformidad sería lograda total e irrevocablemente a través del poder del Estado. Pero el derecho consuetudinario, que emanaba de la libre expresión de la gente, desde los primeros días de la RF fue “rutinariamente desestimado como de leve importancia práctica”.⁵²

Se permitió al derecho consuetudinario, entonces, retener un rol suplementario subordinado, como una fuente del derecho que nunca podía abrogar el derecho escrito. La única excepción al rebajado papel del derecho consuetudinario que se retuvo en los países de derecho civil fue en el área de derecho comercial. La razón puede ser que es el derecho de los comerciantes (*lex mercatoria*), de las clases propietarias de la tierra y de negocios, en una palabra, de la burguesía; y son ellos quienes proveyeron el corazón, el alma, las manos, y la guillotina, a la Revolución. Los usos, hábitos, y prácticas que constituían la *lex mercatoria* fueron mantenidos como un elemento crucial para la concreción de sus negocios.

Entonces, se tuvo que encontrar una buena excepción para mantener un papel en el derecho comercial existente con anterioridad a la RF. Los usos del bajo pueblo, sin embargo, no recibieron el beneficio de un lugar superior en la pirámide revolucionaria de las fuentes legales.

Ahora bien, incluso en situaciones en las que se reconoce a la costumbre comercial un papel en las jurisdicciones de derecho civil, ella está sujeta a restricciones significativas. Se reconoce a la costumbre exclusivamente *secundum legem*⁵³, esto es, si coincide con el derecho positivo.

⁵⁰ WATKIN (1999) pp. 100 a 102.

⁵¹ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (1992) p. 408.

⁵² MERRYMAN *et al.* (1994) p. 203.

⁵³ Ver CC de Chile, art. 2, copiado textualmente en los arts. 2 de los códigos civiles de Ecuador, El Salvador, y Honduras. El CC de Argentina, art. 17; de Colombia, art. 8;

3. Principios Generales del Derecho

Un destino similar aguardaba a los principios generales del derecho en la Francia postrevolucionaria, los que no poseen ningún lugar en el sistema legal, salvo que sean expresamente aceptados por el derecho positivo. Ha llegado a ser un lugar común señalar que "*enteros cuerpos legales en los sistemas de derecho civil han sido construidos mediante decisiones judiciales en una manera que se parece mucho al crecimiento del derecho común angloamericano*".⁵⁴ El supuesto es que la jurisprudencia ha sido construida a partir de los principios generales del derecho.

Un ejemplo que usualmente se da para explicar esta tendencia es la situación de los *principes généraux du droit administrative* (principios generales de derecho administrativo) desarrollados por el *Consejo de Estado* francés. Se menciona estos principios como una excepción a la falta de poder persuasivo de los principios generales del derecho, por cuanto el Consejo creó nuevas instituciones legales en su totalidad sin recurrir al derecho escrito. Otra instancia es la creación de ciertas teorías de responsabilidad extracontractual, tales como la doctrina del abuso del derecho, y la doctrina administrativa de la *imprevisión*.⁵⁵ Por otra parte, Alemania, dudosamente un país puramente de derecho civil, aún acepta "*ciertos principios generales que los legisladores no han proveído en la forma de reglas positivas*".⁵⁶

A pesar de estos ejemplos, los principios generales del derecho articulados en jurisprudencia reciente en Francia, al menos, están dotados del mismo viejo sabor moral que poseía el concepto de derecho natural con anterioridad a la RF.⁵⁷ Como resultado, la jurisprudencia que se refiere a ellos está únicamente y de manera parcial resucitando la herencia legal anterior a la RF.⁵⁸ Otros ejemplos de estos principios incluyen las teorías de *fraus omnia corrumpit* (el fraude todo lo corrompe), o *nemo contra factum proprium venire potest* (doctrina de las manos sucias), o *enrichissement san cause* (enriquecimiento sin causa o injusto).⁵⁹

de Costa Rica, art. 3; de México, art. 10; de Paraguay, art. 7 § 2; de Uruguay, art. 9; de Venezuela, art. 7.

⁵⁴ MERRYMAN *et al.* (1994) p. 208.

⁵⁵ *Ídem.*, p. 209.

⁵⁶ *Ídem.*, p. 206.

⁵⁷ *Cfr.* STANLIS *et al.* (2003) p. 80.

⁵⁸ *Cfr.* SCHWARTZ (2006) p. 270.

⁵⁹ Ver BELL *et al.* (2008) pp. 417 a 440.

La RF observó a los principios generales del derecho con sospecha. Dicho de otro modo, ellos representaban sólo otra manifestación del orden legal que se buscaba abolir. Como existía el gran peligro de que las instituciones legales anteriores a la RF pudieran ver su lento retorno a través de los principios generales del derecho, la RF pensó que era necesario subordinarlos totalmente al derecho escrito. Esto es lo que el derecho civil revolucionario hizo.

En este orden de cosas, por ejemplo, el CC Español de 1889 incluye a los principios generales del derecho conjuntamente con el derecho escrito y consuetudinario como fuentes legales, pero lo hace en términos que indican claramente que los principios generales están subordinados a las otras dos fuentes, a saber, el derecho escrito y el derecho consuetudinario.⁶⁰

En general, los CC latinoamericanos siguen esta misma perspectiva hacia los principios generales de derecho, i.e., que son una fuente subsidiaria del derecho.⁶¹

4. Rol de la Equidad

Ha sido mencionado a través de los siglos, casi *ad nauseam*, que mientras la equidad es una fuente del derecho en los sistemas de derecho común⁶², carece de autoridad en las jurisdicciones de derecho civil. Desde un punto de vista filosófico, al menos, la función judicial tiene necesidad de la equidad como herramienta *par excellence* para corregir abusos. El nuevo régimen revolucionario infligió un golpe de *capitis diminutio* sin precedentes a la función judicial en Occidente.⁶³ De hecho, la RF adopta una aproximación crucial para obtener este objetivo, el cual fue denegar poderes de equidad a los jueces en la postrevolución.⁶⁴ Se estimó que los poderes de equidad fueron incompatibles con el nuevo rol de los jueces y de los deberes que surgen de la función judicial.

⁶⁰ Ver CC de España (1889), art. 1, §4.

⁶¹ Ver v.g., el CC de Argentina (art. 16), Costa Rica (art. 1), México (art. 19), Nicaragua (art. 17), Paraguay (art. 6), Perú (art. 8), Uruguay (art. 16), Venezuela (art. 4).

⁶² ver GORLA (1990) pp. 121 a 137.

⁶³ SCHWARTZ (2006) p. 14: “[L]a función judicial una labor mucho más limitada”.

⁶⁴ Un Decreto de 5 de marzo de 1803 estableció que: “§5. Se prohíbe a los jueces el pronunciarse, a través de determinaciones generales y legislativas, en las causas sometidas a su conocimiento”.

Los revolucionarios establecieron que la legislatura proveería ahora las soluciones legales a situaciones que previamente habían sido resueltas mediante el uso judicial de la equidad. Por lo que la creatividad o excentricidad judicial carecerían de todo rol que cumplir.

Sin embargo, para disgusto de la RF, la realidad incontestable de que el derecho escrito no puede proveer una respuesta para cada una de las nuevas situaciones o hechos de la vida fue un tema mayor que tenía que ser resuelto.⁶⁵ La única salida a este desafío era permitir a los jueces utilizar la equidad, pero con una calificación decisiva: única y exclusivamente cuando no exista una solución de derecho escrito para un caso determinado. Esta solución lleva a preguntarse sobre qué alternativas tenían las mentes legales revolucionarias para esta situación. ¿Fue posible pedir a la legislatura legislar frente a cada nueva situación que requiriera una solución legal? ¿No implicaría tal aproximación transformar la verdadera esencia de la función legislativa en una función propia de la rama judicial? Obviamente, esta no era una alternativa viable basados en el sagrado principio montesquiano de separación de poderes, tan aclamado por la RF. Entonces, había que encontrar una solución creativa.

De esta manera, se generó la idea de que el poder judicial podría, en casos extremadamente excepcionales, *hacer derecho*, mediante el uso de poderes de equidad a fin de dar una solución legal a casos de lagunas legales. Sin embargo, se adjuntaron restricciones sustanciales a este compromiso, en el sentido de que los poderes judiciales de equidad quedarán exclusivamente limitados a los casos *no proveídos por la legislación*, y siempre en subsidio del derecho escrito.⁶⁶

Este concepto revolucionario amorfo de la equidad se hizo camino en el CC de BELLO, que es la fuente de la mayoría de los CC latinoamericanos. La equidad adquirió una posición debilitada en las jurisdicciones civiles latinoamericanas en cuanto la adopción de las ideas revolucionarias la privó de la riqueza que el derecho angloamericano tenía para ofrecerle en la forma de medidas precautorias y otros remedios procesales fundados en la equidad. En suma, hay una comunicación compleja y cercana entre la noción del rol de la judicatura en una sociedad y el reconocimiento de facultades judiciales enraizadas en la equidad. Como la RF restringió dicho rol, necesariamente tuvo que cercenar tales poderes de equidad. El resultado ha sido una magnífica

⁶⁵ Cfr. SCHWARTZ (2006) p. 157.

⁶⁶ Cfr. MURILLO (2000) pp. 15 y 17.

caída desde la gracia para el concepto milenario de equidad en LA⁶⁷, donde la ineficiencia judicial y la baja autoestima van igual e inextricablemente de la mano.

IV. PROMOCIÓN DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO DE GOBIERNO COMO FORMA SUPREMA DE GOBIERNO

El sistema democrático, basado en la regla de la mayoría, fue propuesto por la RF como el sistema más alto de gobierno humano. Este esquema político fue revestido de un aura de sacralidad tal que cualquier intento de proponer formas organizativas alternativas para las sociedades políticas, por lo menos en Occidente, ha sido considerado como algo odioso con posterioridad a la RF.

En la base de la proposición democrática está el pensamiento de que la voluntad de la mayoría define, indiscutiblemente, lo que es verdadero justo y bueno en una sociedad.⁶⁸ Por lo tanto, se supone que las democracias son el mejor sistema de gobierno por cuanto encarnan el principio de la representación popular y el voto universal.

Sin embargo, una mirada más cercana al principio democrático avanza por la RF revela claramente sus muchos defectos ocultos. Específicamente, y contrario a la intuición, se ha encontrado una conexión directa entre el ideal democrático y una noción de democracia autoritaria en LA. Una vez que la voluntad de la mayoría ha sido establecida, se asume que expresa la voluntad de un pueblo determinado, y que está basada en una noción secular del derecho natural y, por lo tanto, no puede ser desafiada sin privar a sus críticos de toda legitimidad.⁶⁹ Existe, a partir de esta premisa, una línea directa hacia el fenómeno de exclusión de las minorías, bien sean políticas o no, que carecen de todo derecho o voz en el sistema político, en concordancia con el ideal original revolucionario de la democracia.

Estas ideas constitucionales revolucionarias francesas han tenido un gran impacto en LA desde la vuelta del siglo XIX⁷⁰. Los desarrollos constitucionales posteriores en LA muestran un movimiento hacia la inclusión de las minorías apartándose así de los ideales revolucionarios. Sin embargo, estas reformas están teñidas por el carácter distintivo revolucionario. Dicho de otro

⁶⁷ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 116, BERMUDEZ (1999) p. 352, artículo 24 del CC chileno.

⁶⁸ Cfr. STANLIS *et al.* (2003) p. 239.

⁶⁹ Cfr. STANLIS *et al.* (2003) p. 66.

⁷⁰ Cfr. MIROW (2005) p. 181.

modo, ha sido necesario perturbar el *status quo* conformado por las ideas revolucionarias francesas para alcanzar el propósito doble de reconocer a las minorías y a la vez mantener la meta democrática. En realidad, una revolución en contra de la RF ha levantado el estandarte de los derechos de las minorías largamente excluidas bajo la égida del movimiento cataclísmico de 1789.

El establecimiento del Estado paternalista ha sido otra consecuencia lógica de las ideas constitucionales revolucionarias sobre la legitimidad democrática.⁷¹ Se entiende dicho Estado paternalista como una entidad que es omnisciente y no reconoce ningún límite a su poder, simplemente porque es una expresión de la mayoría. Como era de esperar, MONTESQUIEU sostuvo que "*la democracia tiene dos límites que debe evitar: uno es el espíritu de falta de igualdad, que dirige hacia la aristocracia o la monarquía, y el otro es el espíritu de extrema igualdad, que dirige hacia el poder despótico*".⁷² Efectivamente, luego de la caída de la regla colonial, los experimentos democráticos han conducido precisamente a este tipo de poder dictatorial. MONTESQUIEU nunca explicó el significado exacto de su término *espíritu de extrema igualdad*.⁷³ De esta manera, como las sociedades latinoamericanas emergieron desde los tiempos coloniales basadas en el concepto de clase y estatus, los poderosos encontraron en la Iluminación la doctrina política *perfecta* para mantener a las masas a corta distancia. El iluminado MONTESQUIEU, cuyas filosofías legales literalmente formaron el Occidente, dio a los líderes de las repúblicas nacientes exactamente lo que ellos estaban buscando.

Lo que está en el centro mismo de la concepción montesquiana del orden legal es una profunda desconfianza hacia el pueblo. Estos recelos fueron ampliamente compartidos por ROUSSEAU.⁷⁴ Desde la mitad del siglo XVIII, probablemente, no ha pasado un día en que una decisión constitucional latinoamericana no hubiera citado las teorías legales de los ideólogos revolucionarios franceses. ROUSSEAU es uno de los principales portaestandartes entre ellos.

Otra consecuencia del modelo democrático revolucionario fundado en la idea de una voluntad infalible de la mayoría ha sido el amplio sacrificio de los derechos individuales en el nombre de la colectividad. Los revolucionarios franceses abrazaron profundamente la noción de que los representantes

⁷¹ FARER (1995) p. 4 comenta sobre la "*regla paternalista*" que afecta a los sistemas políticos latinoamericanos.

⁷² MONTESQUIEU (1748) p. 110.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Cfr.* ROUSSEAU (2005) p. 73.

democráticos del pueblo poseen un mandato libre, y que el derecho a sufragio puede ser restringido sobre alguna base. El razonamiento empleado por los ideólogos franceses parece haber sido que la nación, a quien pertenece todo el poder político en virtud de la soberanía absoluta, es más bien una entidad abstracta, y que los representantes legítimos de la nación asumen todo ese poder absoluto en conformidad a su mandato.⁷⁵

Otra aberración que fue incluida en la leva del legado constitucional de la RF en LA fue la institución del referendo y la iniciativa concebidos como *transferencias* de poder legislativo desde el gobierno al pueblo. Esta transferencia “*de regreso*” puede ser únicamente explicada a través de la existencia de un “*despojo*” previo de la soberanía del pueblo y su depósito en los cofres de la legislatura.⁷⁶ ¿Qué otra indecorosa teoría —no democrática en su naturaleza— podría haber gatillado más consecuencias dañinas para el experimento democrático latinoamericano que el concepto revolucionario *elitista e iluminado* de la supremacía democrática?

A menudo se menciona que Francia es un buen ejemplo de un sistema constitucional que funciona bien, y su sistema de gobierno es exaltado como un modelo para LA. A este punto es posible únicamente preguntarse si los aduladores institucionales pestañearon ante el hecho de que Francia ha tenido por lo menos 11 constituciones desde 1791, y que tomó algo más que simplemente buenos deseos para liberar a *la France* de las garras de la Alemania Nazi y su títere el régimen de Vichy durante la SGM, y sus menos que felices experiencias colonialistas.

Las modificaciones contemporáneas del modelo de democracia constitucional incluyen el postulado de que todos los ciudadanos son políticamente iguales, y ejercen sus derechos a través del sufragio universal; de que los representantes políticos llevan a cabo la voluntad del pueblo; que los ciudadanos disfrutan de un largo marco de derechos de segunda y tercera generación a nivel constitucional; que es el deber del gobierno el promover el bienestar social; y que la sociedad civil demanda un rol crecientemente mayor en la *civitas*.⁷⁷ Aún así, estos desarrollos no han sino correcciones tardías de un diseño original defectuoso.

⁷⁵ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 328, GOLBERT y NUN (1982) pp. 42 y 43.

⁷⁶ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 25.

⁷⁷ GOLBERT y NUN (1982) p. 43.

V. CONCEPTO DE ESTADO SOBERANO ABSOLUTO Y EXALTACIÓN DEL NACIONALISMO

El concepto moderno del Estado - Nación sólo surgió en Europa después de la Reforma⁷⁸. Este movimiento rechazó a la Iglesia Católica como la autoridad moral universal, y estableció el Estado como la "*autoridad y realidad espiritual y moral, como también política suprema*".⁷⁹ La denegación de una autoridad moral central en la cristiandad dio paso a la afirmación de las esferas locales y nacionales. Esta divergencia desde el historial espiritual europeo surgió en paralelo con la afirmación de que la autoridad temporal pertenece al Estado - Nación moderno. Eventualmente, esta visión altamente politizada de la soberanía nacional se fundió con la visión estatista de la sociedad proclamada por ROUSSEAU. Esta interpretación rousseauiana estatista de la sociedad propone que no existe ningún poder de contrapeso frente al soberano. Dicho de otro modo, la negación de una autoridad moral universal implica la afirmación de autoridades parciales, cada una de las cuales posee su propia fuente de legitimidad y fortaleza.⁸⁰

Esta perspectiva ha generado numerosas víctimas alrededor del mundo únicamente durante el siglo XX. Muchas, si no todas, las devastadoras guerras acaecidas en Europa durante los últimos 200 años tuvieron un trasfondo nacionalista en su raíz. Desde el comienzo, el Estado - Nación moderno no reconoció ningún límite o restricción exterior para sus actividades, más allá de si éstas se originaron en el derecho internacional o en el derecho consuetudinario o en principios legales internacionales. Ninguna decisión, compromiso o influencia externa puede ser ejercida de manera legítima sobre la nación sin su consentimiento.

Al afirmar su soberanía absoluta, los Estados han justificado violaciones masivas a los derechos humanos e incluso genocidios. De hecho, los gobiernos frecuentemente han sostenido su derecho *soberano* a determinar qué sucede dentro de sus fronteras y han denegado el derecho de cualquier otro Estado u organización internacional a influir en su conducta. El concepto extremo de soberanía nacional nacido al tiempo de la RF dio paso, eventualmente, a nacionalismos extremos en Europa. El Estado emergió como la única fuente del derecho, sin reconocer ninguna restricción basada ya sea en el derecho natural o en el derecho internacional.

⁷⁸ Cfr. BELLOC (1931) p. 65, BELLOC (1937) p. 109.

⁷⁹ NEUHAUS (1984) p. 85, citando a John C. MURRAY, "The Church and Totalitarian Democracy", *Theological Studies* (1952 n° 531) p. 14.

⁸⁰ Cfr. COLLINSON (2003) p. 210.

Las naciones latinoamericanas siguieron este paso y también durante los últimos dos centenios han librado guerras entre ellas basadas, en gran medida, en el concepto revolucionario francés de la soberanía absoluta del Estado.

VI. DOCTRINA DE UNA FUERTE SEPARACIÓN DE PODERES

Una de las principales protestas de los revolucionarios franceses en contra del *ancien régime* fue la consolidación de todos los poderes del gobierno en la persona del soberano (el rey). Por tanto, la RF abogó desde el comienzo por una separación total de los poderes gubernamentales, pero los tres poderes no emergieron con la misma fortaleza. De hecho, la RF nunca abogó por lo que se conoce en el experimento constitucional estadounidense como un sistema de *contrapesos y balances*. Esta es una idea estadounidense. Nada parecido a *Marbury v. Madison* existió en la Francia revolucionaria.

Como se conoce bien, las guerras de independencia latinoamericanas dieron paso a sistemas legales y políticos basados en un poder ejecutivo absoluto y personalista. Como los nuevos regímenes buscaron consolidar su poder, ellos encontraron en las ideas revolucionarias francesas el substrato filosófico y legal para sus objetivos. Los latinoamericanos necesitaban de un sistema constitucional de contrapesos y balances que la RF no había proveído. A su turno, los gobernantes invocaron el principio de la fuerte separación de los poderes y rechazaron toda usurpación de parte de las otras dos ramas de gobierno.

Los hombres fuertes de gobierno han reprimido la oposición a través de decretos *legislativos* dictados unilateralmente imponiendo restricciones a las libertades individuales, dirigidos en contra de opositores políticos. Igualmente, gobernantes opresivos han escudado sus regulaciones frente a la influencia e interferencia de las ramas legislativa y judicial. La pretensión de legitimidad ha sido fundamentada en la doctrina de la fuerte separación de los poderes del Estado, promovida por la falta del sistema de contrapesos y balances.

La tragedia griega que representa la doctrina de la separación absoluta de poderes que fue aplicada en LA desde su independencia del poder colonial puede ser ilustrada de la mejor manera en las particularidades relacionadas con la generación, implementación y ejecución de la legislación. Han existido enormes disputas entre las ramas del gobierno. Estas luchas intestinas por el poder en LA han tomado la forma de dictaduras parlamentarias, e

igualmente con el caso de cortes supremas que han removido de la cabeza al poder ejecutivo.⁸¹

En suma, el principio de la fuerte separación de poderes no ha permitido una cooperación activa entre las divisiones iguales del gobierno. Las nuevas naciones de LA vieron a sus ramas de gobierno en luchas constantes para ganar la supremacía una por sobre la otra. Esta es una situación que perdura hasta el día de hoy. De manera interesante, el concepto francés del *coup d'état*, que nació precisamente durante los primeros años de la RF, no posee una traducción a otros idiomas y ha sido preservado en el idioma francés.

VIII. SUPREMACÍA Y MONOPOLIO ESTATAL ABSOLUTOS EN LO CONCERNIENE A LA LEGISLACIÓN

La doctrina revolucionaria (*id est*, un set de principios, ideología, y valores) manteniendo una muralla total de separación entre las ramas del gobierno, vino a fundirse con la novedosa noción que justifica la legitimidad de la acción estatal fundada en el derecho natural secular. Tanto el principio de la separación absoluta de poderes como el principio de supremacía legislativa generaron la teoría de que lo que es legal, al ser una emanación del soberano, es legítimo y justo. Como el derecho emana de la legislatura, que es el órgano predominante del gobierno, cada acción del soberano, esto es, de la rama legislativa, está revestida de un manto de legitimidad. Como indica un connotado comparatista, "*un principio cardenal de Francia fue que todo el poder para legislar iba a recaer en una asamblea legislativa*".⁸² Se llegó a aceptar la presunción de que la ley es justa, equitativa y legítima.⁸³ Todos los poderes de gobierno están concebidos para respaldar dicha noción con la fuerza de la razón y, si fuera necesario, de la espada. Los habitantes del Estado, según proclamó la RF, se transformaron en ciudadanos *qua* miembros del Estado, esto es, su identidad y membresía en la comunidad quedó determinada por, y vino a depender de, su participación en el Estado.⁸⁴

⁸¹ Para un análisis de la constitucionalidad de la remoción del Presidente de Honduras por la Corte Suprema de Justicia y el Congreso de ese país en el año 2009, ver Honduras: Constitutional Issues and Theories, Law Library of Congreso. Disponible en <<http://www.loc.gov/law/help/honduras/index.php>>, fecha consulta: marzo 2011.

⁸² MERRYMAN *et al.* (1994) p. 193.

⁸³ *Cfr.* MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) p. 21.

⁸⁴ *Cfr.* NEUHAUS (1984) p. 128.

Estas ideas se propagaron rápidamente alrededor de Europa a principios del siglo XIX⁸⁵ dando fuerza a la “fuerte influencia del Estado europeo absoluto y no al modelo parlamentario británico”.⁸⁶ Desde Europa estas teorías se esparcieron hacia LA, en donde la teoría de la separación de poderes nunca llegó a ser una realidad.

La doctrina del poder absoluto del Estado fundado en el concepto de soberanía no reconoce ningún límite en cuanto a las áreas y la extensión en las cuales el gobierno puede legislar. Al dar la mayoría política su fundamento a la legislatura, la rama legislativa adquiere el poder de regular la vida de los ciudadanos en sus dormitorios, cocinas, salones, cuentas bancarias y para regular todas las organizaciones intermedias de la sociedad, sean sociales, religiosas u otras, con ninguna restricción.

Nada en la sociedad escapa el alcance del Estado, y toda la comunidad llega a estar sujeta a su poder supremo bajo esta doctrina. El gobierno igualmente goza del monopolio total sobre la vida comunitaria.

La doctrina tradicional de la supremacía legislativa ha sido erosionada y de alguna manera incluso repudiada en su cuna, Francia, durante los últimos 50 años después de la SGM. Un académico identifica dos de los elementos principales en este fenómeno, particularmente con posterioridad a la Const. de 1958.⁸⁷ El primero es el caso del poder legislativo autónomo del poder ejecutivo en virtud del art. 27 de dicha Const., conforme al cual materias que no están reservadas al dominio legislativo poseen un carácter ejecutivo. Y en segundo lugar, un ejemplo del lento abandono de la ortodoxia constitucional revolucionaria es la delegación de poder para legislar en el poder ejecutivo para aprobar reglamentos legislativos, la denominada *potestad reglamentaria*.⁸⁸ Sin embargo, los académicos constitucionalistas franceses que representan la corriente principal piensan que el estricto principio de la separación de poderes no ha sido derogado por estos desarrollos recientes. A pesar del hecho de que la evolución no ha alterado el patrón tradicional de la supremacía estatal, ellos argumentan que en realidad la primacía de la rama ejecutiva ha sido ampliamente reafirmada con estas innovaciones. Cualquiera sea el caso, el diseño original de los revolucionarios es aún un *malum consilium quod mutari non potest* (Un mal plan que no puede ser cambiado). Y desde el tiempo de su independencia, las naciones latinoamericanas han seguido el

⁸⁵ Cfr. PERIÑÁN – GÓMEZ (2002) p. 107.

⁸⁶ JORDAN (1991) p. 34.

⁸⁷ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) p. 3.

⁸⁸ MERRYMAN *et al.* (1994) p. 194.

mismo curso en el sentido que la legislación se ha transformado en "*el trabajo del Ministerio de Justicia y de otros departamentos*".⁸⁹

Como el poder genera poder, y el soberano no toma bien la crítica, la verdad se transforma siempre en la primera víctima del poder absoluto. Si la verdad en la sociedad es aún un valor, entonces la prensa tiene un rol que cumplir en la *polis*. Por lo mismo, el soberano ha impuesto restricciones a la libertad de la prensa y otras libertades relacionadas en nombre de la legitimidad democrática.

En resumen, la historia, al menos en LA, ha demostrado que existe una línea directa entre la doctrina revolucionaria francesa de la separación absoluta de los poderes del Estado y las amplias limitaciones a las libertades individuales de la supremacía y soberanía del Estado.

VIII. FALTA DE PODERES CONSTITUCIONALES DE EMERGENCIA

La independencia de los países de LA fue muy violenta debido al hecho, en parte, de que los españoles eran muy fuertes militarmente. A diferencia de los inexpertos ejércitos revolucionarios criollos, los españoles habían conocido victoria tras victoria luego de haber derrotado a los turcos en Lepanto y ganado control sobre el Mediterráneo en la Edad Media.⁹⁰ Ellos eran guerreros muy fuertes y experimentados. Las guerras de independencia en LA fueron combatidas en enormes fortalezas y fortificaciones, y mucha sangre fue derramada durante esos años.

Luego que los españoles fueron expulsados de LA, algunas facciones permanecieron entre los independentistas. Por un lado, aquellos nutridos en la RF despreciaron todo lo que era romano⁹¹ o católico.⁹² Para ellos, el nuevo mundo debía emerger con ninguna referencia al pasado. Ellos pretendieron crear un nuevo orden y, en tal sentido, todo lo que era romano, o basado en la herencia romana, debía ser desechado.⁹³ La otra facción estaba formada por aquellos que rechazaron el dominio político del Continente, pero deseaban preservar las antiguas instituciones culturales e inspiradas por la religión bajo las cuales habían vivido y prosperado durante generaciones.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ KONSTAM (2005) p. 38, describe el papel militar central del Imperio Español en la Santa Alianza.

⁹¹ *Cfr.* HERMAN (1981) p. 672.

⁹² Ver GEFFRÉ y JOSSUA (1989), STANLIS *et al.* (2003) p. 175.

⁹³ *Cfr.* PERIÑÁN – GÓMEZ (2002) p. 111.

Luego de su independencia, las facciones triunfadoras en las excolonias españolas rechazaron la influencia de España, el extinto Imperio colonialista. Al hacerlo, tuvieron que recurrir a alguna clase de otro modelo para configurar sus nacientes sistemas constitucionales y legales. Ellos miraron a los Estados Unidos, pero dicho modelo era demasiado nuevo, aún no probado, y todavía intranquilo pues estaba inmerso en una lucha entre los federalistas y los republicanos. Las ideas francesas provinieron de Europa junto con muchos de los libertadores latinoamericanos, quienes poseían fuertes conexiones con el continente. BOLÍVAR y la mayoría de los líderes de la Independencia, por ejemplo, fueron educados en Europa, principalmente en Francia. BOLÍVAR mismo asistió a la coronación de NAPOLEÓN, y poseía la mayor biblioteca napoleónica fuera de Francia. El libertador chileno, Bernardo O'HIGGINS, incluso intentó copiar literalmente el CC francés de 1804 en Chile. BOLÍVAR, cuyo tutor fue BELLO -autor del CC más influyente en LA-, admiró profundamente el Código de Napoleón.⁹⁴

En suma, la RF tuvo un gran impacto en la formación de los sistemas legales no sólo a la fecha del movimiento de independencia de LA, sino que también esta influencia aún se hace sentir a través de la región. Después de todo, fue Francia la que ha proveído a LA con el modelo para el derecho privado, en la forma del CC, el cual Napoleón dijo que duraría para siempre.⁹⁵

Tal como lo habían hecho con el CC, los latinoamericanos tomaron prestado el modelo constitucional revolucionario francés. En consecuencia, cuando las nuevas naciones de LA obtuvieron su independencia, miraron a Francia como modelo en el ámbito del derecho privado, pero también buscaron imitar su paradigma constitucional.

Sin embargo, al formular pautas relativas a los poderes de emergencia constitucional, encontraron que Francia no había proveído de ningún modelo. En efecto, esta omisión fue deliberada. La RF denegó a las ramas de gobierno poderes de emergencia o discrecionales en su totalidad. MONTESQUIEU había rechazado expresamente que se podía otorgar poderes discrecionales a las ramas de gobierno, por cuanto ello habría involucrado la destrucción, o al menos, la sujeción a enormes amenazas, a la doctrina de la estricta separación de poderes.⁹⁶

⁹⁴ Cfr. MIROW (2005) p. 179, MURILLO (2000) p. 9, MIROW (2005) p. 183.

⁹⁵ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 133.

⁹⁶ Ver MAINWARING y SHUGART (1997).

El vacío dejado por el modelo revolucionario francés fue claramente en contra de la tradición legal occidental, en la cual el derecho romano presentó un modelo relativo a las emergencias constitucionales. La importancia de hacer una referencia al modelo romano reside en que fue el único procedimiento para hacer frente a emergencias constitucionales en Occidente hasta el período de la RF. En efecto, los romanos tenían el modelo de la *dictadura constitucional*. Conforme a este sistema constitucional, en casos de emergencia era nombrado un dictador. El procedimiento de designación involucraba complejas etapas comenzando con la declaración de un período de emergencia por el Senado, y la designación de dos cónsules. Los cónsules, a su turno, designaban al dictador, que no podía ser un senador o un cónsul. El dictador usualmente sería un magistrado, alejado del proceso político, que podía suspender garantías constitucionales como parte de sus poderes de emergencia sólo por un lapso de seis meses. Él no podía adoptar medidas permanentes o declarar la prisión de ningún otro de los miembros de los demás poderes del Estado. Una vez que el período de emergencia concluía, el orden constitucional era restablecido a la normalidad.⁹⁷

Por lo tanto, la teoría constitucional revolucionaria francesa pasó a LA sin un modelo para el ejercicio de poderes de emergencia. En otras palabras, el modelo francés rechazó tales poderes, y se pensó que tal vacío encarnaba un principio constitucional clave de dicho modelo.

Esto explica que cuando ocurrieron sobresaltos políticos tempranamente durante el movimiento de independencia no existía ningún modelo para seguir. Los gobernantes se apropiaron del poder de las ramas legislativa y judicial, y éstas, a su turno, consintieron a las pretensiones del poder ejecutivo para declarar y mantener extensos períodos de emergencias constitucionales. La legislatura no presentó virtualmente ninguna oposición a tales medidas. La judicatura, a su vez, declaró que los poderes de emergencia constitucional eran una cuestión política no sujeta a revisión judicial y, por lo tanto, el decidir de otra manera habría significado una seria violación del principio de fuerte separación de poderes.

Así las cosas, las consecuencias lógicas de la asunción de ideas constitucionales revolucionarias francesas en LA ha permitido la actitud injustificada del ejecutivo, la subyugación sistemática de los poderes legislativo y judicial al presidente, y abusos masivos de derechos humanos durante períodos de emergencias constitucionales. De hecho, LA ha sido gobernada mediante

⁹⁷ Cfr. McCARTHY (2005) p. 8.

decretos de emergencia y otros tipos de legislación transitoria y de emergencia durante largos períodos en el transcurso de casi 200 años.⁹⁸

Sólo 179 años después de la RF, Francia creó un sistema de emergencias constitucionales con la Const. de 1958.⁹⁹ Este es sólo otro aspecto de la así llamada *Desviación Francesa*¹⁰⁰, esto es, un desvío desde los principios de la RF, que no cambian nada en la ideología revolucionaria original relativa a la falta de poderes constitucionales de emergencia.

IX. EL ROL DISMINUIDO DE LA JUDICATURA

MONTESQUIEU, que es el verdadero autor de la miseria que iba a caer sobre la judicatura francesa y toda su progenie con posterioridad a 1789, describió el rol del poder judicial en el nuevo modelo en los siguientes términos: “*En las repúblicas, la verdadera naturaleza de la Const. requiere que los jueces sigan la letra de la ley; de otra manera la ley podría ser explicada en perjuicio de cada ciudadano, en casos en los cuales su honor, propiedad, o vida están involucrados*”.¹⁰¹

Se pensó que la judicatura era servil a la monarquía a la época de la RF. Como no era posible para la RF eliminar esta *multitud de tiranos* de una vez, el CC de 1804, que fue un resultado mismo de la RF, incluyó normas particularmente rigurosas al delimitar el papel de los jueces.¹⁰² A saber, el art. 5 estableció la prohibición a los jueces de decretar disposiciones generales en los casos que adjudican. La herramienta técnica de la referencia legislativa (*référé législatif*)¹⁰³ fue concebida para aquellos casos repetidamente decididos por los tribunales en los que no existía una solución legislativa.¹⁰⁴ Ni siquiera en aquellos casos se reconoció valor de precedente a las decisiones judiciales. En la ideología de MONTESQUIEU, los jueces iban a transformarse en *el portavoz de la ley*.¹⁰⁵ El papel extremadamente mecánico asignado a los

⁹⁸ *Ídem.*, p. 352.

⁹⁹ GUILLENCHMIDT (2005) pp. 334 a 338.

¹⁰⁰ MERRYMAN (1996) p. 111.

¹⁰¹ MONTESQUIEU (1748) p. 75.

¹⁰² *Cfr.* MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) p. 133.

¹⁰³ Ver Const. de 1791, Tít. III, Cap. 5 § 2. *Cfr.* BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 427.

¹⁰⁴ *Cfr.* VAN CAENEGEM (1992) p. 131.

¹⁰⁵ De acuerdo a VAN CAENEGEM (1992) p. 123 n.16, MONTESQUIEU (1748) llamó a los jueces: “*seres inanimados que no pueden moderar ya sea su fuerza o su rigor*”.

jueces fue instrumental para la generación de una adjudicación judicial débil y, en muchos casos, corrupta.

La historia y realidad de LA demuestran que los jueces han sido tradicionalmente *extremadamente deferentes* a las otras dos ramas del gobierno y, por lo mismo, sujetos a manipulación judicial.¹⁰⁶ Luego de la RF la judicatura emergió como una rama lisiada del gobierno, y este legado pasó a LA, en donde la judicatura ha sido acertadamente llamada la *Cenicienta del sistema público*.¹⁰⁷

Otra consecuencia de la demolición de la judicatura a manos de la RF ha sido que el papel de interpretar la ley fue transferido desde los jueces hacia los expertos legales. Estos últimos adquirieron una influencia sin precedentes en los procesos de adjudicación judicial en la región. Así, los escritos de los expertos llegaron a "*indirectamente controlar, en gran parte, el entendimiento que los jueces tienen de la jurisprudencia*".¹⁰⁸ La lógica detrás de este esquema es que como no se permite a los jueces el crear derecho o apoyarse en sus propias decisiones o en las decisiones de tribunales superiores, los tratados jurídicos llenan los vacíos a través de la colección y el análisis de los casos más importantes, en los cuales a su vez confían los jueces.¹⁰⁹ Esta influencia es predominantemente importante "*cuando el derecho no está establecido, o cuando no existe derecho establecido en una materia determinada*".¹¹⁰

Nuevamente, actores ajenos y sin responsabilidad han agregado una nueva capa de ilegitimidad a un proceso de adjudicación ya incapacitado, y todo esto gracias a la RF de 1789.

X. SISTEMA DE REVISIÓN JUDICIAL DÉBIL Y ENGORROSO

El control legal de las actividades de otras ramas de gobierno por la judicatura difícilmente fue una preocupación de los revolucionarios. Una judicatura ya disminuida¹¹¹ tuvo que enfrentar la realidad prontamente luego que los códigos revolucionarios fueron dictados. La realidad muestra que tanto el poder ejecutivo como el legislativo frecuentemente violan la Const. o la ley o quebrantan los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, fue necesario

¹⁰⁶ TAYLOR (2006) p. 279.

¹⁰⁷ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 20.

¹⁰⁸ MERRYMAN *et al.* (1994) p. 209.

¹⁰⁹ *Ídem.*, p. 710.

¹¹⁰ *Ídem.*, p. 209.

¹¹¹ DOMINGO (2000) p. 718, analiza la falta de independencia de la judicatura mexicana.

crear un control sobre las otras ramas de gobierno a fin de contrarrestar su influencia indebida sobre los jueces, como también para asegurar la interpretación y aplicación correctas del derecho según este es emitido por la legislatura. Las alternativas fueron otorgar poderes adicionales a los tribunales existentes o crear nuevos tribunales.

Nuevamente, en concordancia con la *Desviación Francesa*, la *Cour de Cassation*, creada por la Const. de 1791, ha recibido más y más poderes. La *Cour* fue concebida como dependiente y subordinada a la rama legislativa, para así mantener la apariencia de fidelidad al manifiesto revolucionario, para evitar la creatividad judicial, y los descarrilamientos desde el derecho escrito, y para asegurar la correcta aplicación de la ley. De este modo, este organismo “sólo hace alusiones a los hechos” de un caso. Los procedimientos de casación llegaron eventualmente a LA durante el siglo XX.¹¹²

En consonancia con el espíritu revolucionario de mantener a una judicatura encadenada, y a fin de aplacar todo ánimo potencialmente activista en la *Cour*, la Const. de 1791 también creó la institución del *référé législatif*. Este mecanismo fue establecido para casos en que la actividad judicial llevaría a una interpretación del derecho escrito.¹¹³

Además de la *Cour de Cassation* se creó un nuevo tribunal llamado *Consejo Constitucional* en 1958. Este organismo fue diseñado para efectuar el control de la constitucionalidad de la actividad legislativa. Supuestamente, y para mantener consistencia con los ideales proclamados por la RF, la revisión constitucional fue llamada entonces *política* en lugar de *judicial*.¹¹⁴

La legalidad de la acción administrativa, por su parte, fue confiada al *Consejo de Estado*, como un organismo no judicial.¹¹⁵ La Ley de la Asamblea Constitutiva del 16–24 agosto 1790, que reorganizó el sistema judicial, proveyó en el art. 13 que, “[l]a función judicial es distinta y estará siempre separada de la función administrativa. Los jueces no... interferirán de ninguna manera en las acciones de las agencias administrativas o ejercerán su jurisdicción sobre los administradores”.¹¹⁶

¹¹² Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 345, OQUENDO (2006) p. 272.

¹¹³ Cfr. MERRYMAN et al. (1994) pp. 706 y 709, ROSENN (1974) pp. 785-819, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 345.

¹¹⁴ MERRYMAN et al. (1994) p. 758.

¹¹⁵ *Ídem.*, pp. 706 y 729.

¹¹⁶ *Ídem.*, p. 705.

Bajo la influencia de la RF, la Francia del siglo XX también creó otro tribunal, el *Tribunal de Conflictos*, para resolver conflictos de jurisdicción entre los tribunales ordinarios y el *Consejo de Estado*. Adicionalmente, durante la mitad del siglo XX, Francia creó cuerpos judiciales especiales en un intento de garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces designados.¹¹⁷

Como podía esperarse, estas tendencias creacionistas fueron imitadas en las naciones de LA a comienzos de la segunda mitad del siglo XX. Estas naciones crearon sistemas mixtos de revisión constitucional, a manos de las cortes supremas o mediante tribunales constitucionales especialmente creados. Los tribunales de LA, a su vez, siguieron esta tendencia y comenzaron a liberarse de la camisa de fuerza doctrinaria impuesta por las ideas revolucionarias francesas. Las principales innovaciones procedimentales judicialmente creadas incluyen el diseño de recursos constitucionales para contrarrestar los abusos originados por el absolutismo ejecutivo. Estas novedades, sin embargo, han encontrado contrarreacciones fuertes y decisivas de parte de las otras dos ramas de gobierno, que en algunas ocasiones han creado inestabilidad constitucional y caos.¹¹⁸

Los peligros de la autoafirmación y supremacía aún permanecen ocultos en las relaciones entre las ramas de gobierno en LA. Esta situación ha sido causada, en gran medida, por el legado constitucional de la RF, y sus desbalanceados principios constitucionales.

XI. PROCESO LEGISLATIVO CONCEBIDO COMO UN ESFUERZO RACIONAL Y CIENTÍFICO SEPARADO DE CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

Dentro del contexto de la Ilustración, los revolucionarios franceses previeron un proceso legislativo modelado como una labor racional y científica desconectada de la realidad. Al centro del nuevo movimiento estaba la creencia de que unos pocos *illuminati* pueden producir legislación basada puramente en la razón que duraría por muchos años con ni siquiera alguna enmienda. BELLO, el gran codificador latinoamericano, repitió esta idea en el diseño del CC chileno de 1855¹¹⁹, que es "*quizás el código más influyente en el desarrollo del derecho privado latinoamericano*".¹²⁰ Es patente al observar los principios del CC que sus redactores pensaron que la solución para cada

¹¹⁷ Cfr. HALEY (2006) p. 81, MERRYMAN *et al.* (1994) p. 705.

¹¹⁸ Cfr. MERRYMAN *et al.* (1994) p. 810, SOIBELMAN (2005) p. 9, OQUENDO (2006) p. 290. PÉREZ - PERDOMO y MERRYMAN (2007) p. 25.

¹¹⁹ JAKSIC (2001) p. 154.

¹²⁰ MIROW (2005) p. 183.

problema legal podría ser derivada con casi una certeza matemática a través de un proceso de deducción lógica.¹²¹

Mientras que es verdad que NAPOLEÓN promulgó el CC y no los revolucionarios, el CC, ese instrumento *magnum* de uniformidad y dominación legal, sirvió como una herramienta formidable para la consolidación de victorias políticas a la luz de la ideología revolucionaria totalizante previa. Aquí yace la conexión íntima entre el CC y la RF.

El autoritarismo interior del CC se refleja también en su meta declarada de exhaustividad. NAPOLEÓN mismo aborreció la posibilidad de aceptar que su Código fuera objeto de comentarios de expertos.¹²² La pretensión de universalidad inherente en la idea del CC se estrelló desde su inicio. De hecho, la primera ley promulgada conjuntamente con el CC se titula, *Ley sobre la Reunión de las Leyes Civiles en un Cuerpo Legal, Bajo el Título "Code Civil des Français"*. La inconsistencia en la aspiración legislativa del Código es evidente. Si el CC iba a abarcar todas las situaciones posibles en que el derecho positivo fuera necesario, qué consistencia existe si la misma ley antes mencionada listó 36 leyes que fueron *entendidas* como parte del CC. La técnica legislativa fue defectuosa o el principio sobre el cual estuvo fundada fue inalcanzable. Todos los elementos de juicio y la historia subsecuente conllevan a concluir lo último. En verdad, el CC de 1804 ha atravesado innumerables correcciones, adiciones y enmiendas durante los siglos. El enorme desorden legislativo presente en LA es una consecuencia directa de la adopción del CC y sus pretensiones de totalidad.

Otro ideal de los revolucionarios fue crear legislación escrita e implementada en una manera que fuera accesible al hombre común. La Iluminación fue el primer fruto de filósofos y abogados que pensaron altamente de sí mismos, y que tomaron cada paso para diferenciarse de los hombres comunes. Al final resultó que, debido a la amplia derivación del CC desde el derecho romano¹²³, la pretensión de simplicidad, accesibilidad, y facilidad de lectura, comprensión e implementación quedó en gran medida sin cumplirse, debido principalmente a la RF.

¹²¹ Cfr. JAKSIC (2001) p. 154.

¹²² BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 410 n.7, citan las palabras de Napoleón cuando supo sobre la publicación de un análisis legal del Código por Maleville en 1805: "[U]n comentario, y mi Código está perdido".

¹²³ Cfr. JAKSIC (2001) p. 156, LOBINGIER (1918) p. 114.

XII. LA CODIFICACIÓN COMO UN INSTRUMENTO PARA AMPLIO CONTROL GUBERNAMENTAL DE LA SOCIEDAD

La idea de codificación es un antiguo concepto cuyo origen data, por lo menos, a la fecha de promulgación del Código de Justiniano en 534 A.D.¹²⁴ Existieron experimentos de codificación en Europa antes de la RF, pero sólo el CC francés logró el estrellato deseado por otros esfuerzos. Luego de su aprobación, el CC gatilló un movimiento de codificación casi universal. El CC vino a recoger las principales normas legales aplicables a un área determinada de la vida, y de esta manera a proveer de certeza y estabilidad legal¹²⁵, y facilidad de consulta a través de la coherencia legislativa. El CC se transformó en *lege ferenda*, el nuevo derecho que gobernaría la *polis* desde ese tiempo para la posteridad, de una manera centralizada.¹²⁶

El hecho de que el CC fue diseñado para ser un medio para expandir ampliamente el control gubernamental de la sociedad es difícilmente disputado.¹²⁷ El CC llegó a ser el primer medio para implementar los principios de la codificación y unificación del derecho, proclamados en el Tít. I de la Const. de 1791. Además, La *Ley sobre la Reunión de las Leyes Civiles en un Cuerpo Legal, Bajo el Título "Code Civil des Français"*, prescribió en su art. 7 que: "*comenzando en el día en que estas leyes entran en efecto, las leyes romanas, ordenanzas, generales o costumbres locales, estatutos [y] reglamentos cesan de tener la fuerza de una ley general o particular en las materias que son sujeto de dichas leyes que componen el presente Código*". Con NAPOLEÓN como portaestandarte, los autores del CC creyeron que estaban siguiendo los pasos de JUSTINIANO, y que el reemplazo de todas las leyes preexistentes antes del Código "*era adecuado para gobernar todas las materias legales de todas las naciones en todas las épocas a fuerza de su contenido racional*".¹²⁸ Así, la pretensión de universalidad, de amplio control gubernamental y de autoritarismo estatal fueron claramente declarados al comienzo mismo de los esfuerzos legales revolucionarios.

El CC de 1804 fue seguido por el Código de Procedimiento Civil de 1806, reemplazado en 1976; el Código de Comercio de 1807; el Código de Procedimiento Penal de 1808, reemplazado en 1958; y el Código Penal de 1810, reemplazado en 1994.

¹²⁴ BERRY (2006) p. 358: "[E]l Código de Justiniano fue promulgado en 534".

¹²⁵ *Ídem.*, pp. 367, 398, 419 a 423.

¹²⁶ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 115, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 359.

¹²⁷ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 125.

¹²⁸ WATKIN (1999) p. 450.

La Const. francesa revolucionaria de 1791 claramente concibió al CC como una herramienta para el control hermético de la sociedad. LA, en conformidad con la meta establecida, siguió a la RF en su debido curso y por doscientos años ha vivido bajo el baldaquín del CC francés de 1804.

XIII. PROMOCIÓN DE UN SISTEMA DE DERECHO PENAL SUSTANTIVO Y PROCESAL DISFUNCIONALES

La disfuncionalidad de los sistemas de derecho penal sustantivo y procesal ha sido largamente atribuida a su carácter inquisitorio. Se dice que más de 300 años de derecho y procedimientos ibéricos inquisitorios en las colonias de LA pavimentaron el camino para un sistema penal profundamente inhumano.

Extrañamente, sin embargo, los procedimientos coloniales inquisitorios no fueron diferentes *qua processus* de los procedimientos penales instituidos en contra de personas acusadas de crímenes no religiosos. De hecho, los procedimientos inquisitorios representaron un gran avance en la búsqueda humana temporal de una justicia penal humanizante. En efecto, en el sistema romano exclusivamente acusatorio el denunciante o querellante tenía que asumir las penas que conllevaba el delito denunciado en caso que fuera incapaz de probar su acusación. El derecho canónico añadió otras dos clases de procedimiento penal: la denuncia y la inquisición, que tuvieron el significado de actuar como *sustitutos de la acusación*. Los procedimientos penales y civiles tradicionales en Occidente fueron acusatorios¹²⁹, hasta la fecha de la RF. Los procesos consistieron en una “*contienda entre un demandante o querellante y un demandado, con el juez actuando como moderador*”.¹³⁰

El procedimiento inquisitorio representó una verdadera humanización del antiguo procedimiento penal romano desde el sistema de venganza privada. Estos desarrollos incluyeron que el querellante citaba al acusado y explicaba los cargos presentados en su contra; que el acusado disfrutaba del derecho a permanecer callado; que su culpa o inocencia iba a ser determinada en una decisión basada en evidencia legalmente proferida ante el tribunal; y que el acusado poseía un amplio derecho de apelación en contra de decisiones no favorables en cualquier etapa del proceso.¹³¹

¹²⁹ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ- PERDOMO (2007) p. 128, KELLY (2001) pp. 443, 480, 995.

¹³⁰ KELLY (2001) p. 409.

¹³¹ Cfr. KELLY (2001) Cap. “Trial Procedures against Wyclif and Wycliffites in England and at the Council of Constance”, MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) p. 128.

Muchas de las garantías penales procedimentales actuales fueron creadas por el derecho canónico y tomadas expresa y directamente desde fuentes bíblicas.¹³² Por ejemplo, el derecho a permanecer callado al enfrentar un arresto traza su origen al derecho medieval inquisitorio al silencio, específicamente "*deducido de las reglas canónicas del debido proceso*".¹³³ Lo mismo ocurre con el derecho del demandado a recibir una explicación detallada de los cargos presentados en su contra por un juez en un proceso legalmente ordenado. No se puede negar que existieron abusos humanos acaecidos en la forma de salidas flagrantes de los procedimientos inquisitorios, pero incluso en aquellos casos inquisidores prominentes hicieron lo mejor que pudieron para corregir tales abusos.¹³⁴

La RF parece haber mirado a todos los procedimientos disponibles bajo el *ancien régime* (*accusatio* - acusación; *denunciatio* - denuncia; e *inquisitio* - inquisición), y concluyó que el último calzaba medio a medio con el concepto revolucionario de un Estado omnipotente, que no reconocía ninguna otra autoridad o soberano superior que él mismo.

Existe una serie de conexiones, por tanto, entre las ideas revolucionarias francesas y el lamentable estado del derecho penal en LA comenzado desde inicios del siglo XIX. Es necesaria una amplia revisión de las reformas de derecho penal acaecidas después de 1789 para realizar un seguimiento a la influencia monumental de la agenda revolucionaria sobre los sistemas penales de LA.¹³⁵

Una de las prioridades del programa revolucionario fue la reestructuración total del sistema penal.¹³⁶ Este programa comprendió los principales aspectos que se revisan más abajo.

Primero, el derecho penal sustantivo y procesal revolucionario se basó ampliamente en los escritos de BECCARIA, que es hasta la fecha el autor en derecho criminal más influyente en Occidente.¹³⁷ En su obra principal, *De los Delitos y las Penas*, de 1764, señala: "*los jueces en casos penales no tienen derecho a interpretar las leyes penales, por cuanto ellos no son legisladores. Una vez que los códigos de leyes han sido establecidos, éstos deberían*

¹³² KELLY (2001) p. 995.

¹³³ *Ídem.*, p. 992.

¹³⁴ *Ídem.*, pp. 995 y 999.

¹³⁵ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 125, KARST et al. (1975) p. 55.

¹³⁶ BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 331.

¹³⁷ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 125, MERRYMAN et al. (1994) p. 1063.

ser observados en el sentido literal y no queda nada otra cosa al juez que determinar si una conducta se conforma o no al derecho escrito".¹³⁸

Los revolucionarios se pusieron del lado de la visión iluminada de BECCARIA sobre la función judicial y, en consecuencia, institucionalizaron el estatus degradado de los jueces; rol de sirvientes menores de la maquinaria de justicia revolucionaria.¹³⁹ Sin embargo, como no fue posible para la RF deshacerse de los jueces penales de una vez, los mantuvo en el nivel más bajo del gobierno, sujetos a la voluntad de la mayoría según esta sea representada por la legislatura.

Existe abundante información y trabajo académico en LA a través de las generaciones que demuestran que el engrillamiento de los jueces en LA ha cooperado extensamente a la ruina de los procedimientos penales en la región, y a la perpetuación del lamentable estado de las cosas.¹⁴⁰ En contraste con el ideal revolucionario, un razonamiento legal y código mínimos son suficientes para entender que los jueces en realidad interpretan las leyes penales.

Segundo, la RF eliminó la presunción de inocencia. La meta general inicial de liberar a la sociedad de los grilletes de la religión¹⁴¹, incluyó un desprecio activo hacia todas las cosas que emanaban del concepto judeocristiano de justicia y culpabilidad.¹⁴² En particular, la Ilustración rechazó aquellos conceptos de justicia y culpabilidad desarrollados en el derecho canónico. El rechazo del derecho religioso por la RF incluyó la presunción de inocencia, que fue una noción ampliamente presente en, y en gran medida familiar, al *ius commune* de Europa anterior a la RF.¹⁴³

Tercero, la imposición de severas leyes penales para disuadir el delito calzó perfectamente con el apego de ROBESPIERRE a la *justicia de la guillotina* y con la exhortación de BECCARIA para aplicar severas penas a los delincuentes. Los revolucionarios aristócratas buscaron protegerse a sí mismos de los indeseables, y se pensó que el castigo penal severo era conducente a tal efecto.

¹³⁸ BECCARIA (1764) p. 12, MERRYMAN *et al.* (1994) p. 1061.

¹³⁹ FARER (1995) p. 1315, describe a los jueces como "*sólo una cierta clase de burócrata*".

¹⁴⁰ KARST *et al.* (1975) p. 91, describe al juez latinoamericano como "*un tipo de funcionario experto*".

¹⁴¹ *Cfr.* NEUHAUS (1984) p. 86.

¹⁴² Ver el *Libro de la Sabiduría (Sirach)*, 11, 7: "[A]ntes de investigar no culpes. Examina primero y luego critica".

¹⁴³ *Cfr.* KELLY (2001) p. 445.

Como una materia de política criminal, la RF estaba más preocupada de la preservación del orden público que de la rehabilitación de los delincuentes.¹⁴⁴ El hacinamiento de las cárceles de LA es testigo de los severos castigos impuestos sobre el delito causado por la pobreza.

Cuarto, la RF eliminó la obligación del demandado o acusado de testificar bajo juramento a nombre de su propia persona. Esto es ciertamente una materia muy controvertible en donde la religión y el derecho, en sus expresiones más básicas, chocan o colaboran. Dicho de otro modo, el origen mismo del concepto de juramento es religioso, y se traza en los *Diez Mandamientos*. Los sistemas legales en Occidente construyeron la noción procedimental de juramento basado en la sacralidad del concepto judeocristiano. Un juramento es la invocación de lo sagrado para respaldar, o citar como testigo, el propio testimonio de una persona. Y así puede ser únicamente entendido en el campo de lo espiritual. El mandamiento de no invocar el nombre del Señor en vano conlleva la consecuencia implícita de castigo en la vida próxima para el caso de perjurio.¹⁴⁵ Como casi todos los europeos eran creyentes cuando se formaron los sistemas legales de Occidente, ya sea en el derecho romano cristianizado, o en el subsiguiente *ius commune*¹⁴⁶, fue un paso natural para aquellos sistemas legales el incorporar un juramento obligatorio en sus procedimientos civiles y penales. Si el deponente estaba dispuesto a tomar un juramento en la Iglesia, entonces él estaba aún más dispuesto a tomar tal juramento en procedimientos seculares, en donde los castigos disponibles afectaban el cuerpo y no el alma.

Según se indicó, la RF, fiel a su espíritu secular, eliminó la sacralidad del juramento.¹⁴⁷ Lo que hizo fue *laicizar* el juramento en el sentido de que aún forzó al demandado a testificar, pero sólo se requirió una simple promesa de decir la verdad, y la violación de la misma ya no fue una razón para el procesamiento por perjurio del acusado en el caso.

El derecho común fue incluso un paso más adelante en esta evolución y eliminó la obligación del acusado o demandado de testificar bajo juramento en su totalidad, con el *addendum* de que no está permitido efectuar ninguna

¹⁴⁴ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 397, BECCARIA (1764) p. 40.

¹⁴⁵ Éxodo 20, 7: "No tomarás el nombre del SEÑOR, tu Dios, en vano... porque el SEÑOR no dejará sin castigo a aquél que toma su nombre en vano".

¹⁴⁶ Cfr. JAKSIC (2001) pp. 172 a 176.

¹⁴⁷ Ver Const. de 1791, Título II, § 2 a 5.

inferencia del rechazo a testificar.¹⁴⁸ Esta elección ha privado al juzgador de los hechos de un medio de prueba muy importante para establecer la verdad. Esta garantía “negativa” abre las posibilidades para que el acusado culpable siga en pie sin castigo, y de esta manera pavimenta el camino para la burla del sistema judicial penal. En tal sentido, el sistema de derecho civil de requerir que los acusados testifiquen bajo promesa de decir verdad, frena los riesgos extremos existentes en el derecho común. Tal compulsión está ligeramente más de acuerdo con la razón humana, y la meta ontológica de todos los procedimientos penales, la cual es el establecimiento de la verdad.

Ahora volviendo a la influencia revolucionaria sobre los procedimientos penales de LA, éstos hicieron lo mismo y eliminaron la obligación del acusado o demandado de testificar obligatoriamente bajo juramento. Sin embargo, la aproximación revolucionaria pasó por alto los aspectos racionales esenciales del juramento obligatorio. Si el acusado es inocente, su testimonio ayudará a establecer la verdad.¹⁴⁹ No existe ninguna exposición al perjurio y se sirve a la justicia. Y como la justicia es, supuestamente, la meta última de todo el aparato legal, puede decirse con confianza que *malum quidem nullum esse sine aliquo bono* (Estamos seguros de que no existe ningún mal sin algo bueno). Por otra parte, si el acusado es culpable, y teniendo en cuenta que él ya cometió un delito (la falta subyacente por la cual ha sido acusado), el razonamiento fue que él no tendría ningún obstáculo en cometer otro delito (perjurio) para evitar el castigo secular. Este razonamiento, sin embargo, es insuficiente en el sentido de que cuando el acusado culpable es forzado a testificar bajo juramento y comete perjurio, ese no es el fin de la historia. Su confesión debe ser contrastada con otros medios de prueba para cumplir con el estándar de culpa de ser hallado culpable más allá de toda duda razonable, como lo exige el derecho común ciertamente.

En resumen, el testimonio del acusado en un procedimiento penal no basta, en sí mismo, para efectos de la determinación procesal de la culpa o inocencia. Es necesaria prueba adicional para efectuar tal determinación. El testimonio del acusado es relevante para determinar los hechos de un caso y, consecuentemente, la verdad de los hechos subyacentes, a fin de lograr la justicia, sea esta civil o penal. Nunca se concibió este sistema para servir como, y nunca fue, un medio para provocar un juramento de autoincriminación.¹⁵⁰ La eliminación revolucionaria del juramento forzado en proce-

¹⁴⁸ MERRYMAN *et al.* (2010) pp. 27-50, discuten las diferencias generales entre el derecho común y el derecho civil.

¹⁴⁹ *Cfr.* GRANDE (2009) p. 8.

¹⁵⁰ *Cfr.* KELLY (2001) p. 1005, GRANDE (2009) p. 2.

sos penales no ayudó a apoyar la búsqueda de la justicia en tales procesos. Conforme a estos argumentos, no hay razón para no obtener que el acusado o demandado testifique sin requerirle que tome un juramento.

Lo que los ideólogos revolucionarios buscaron aparentemente fue lenidad, especialmente hacia los acusados en procesos penales, a través de evitar que ellos cometieran perjurio al testificar bajo juramento. La idea implícita fue que el acusado podía testificar en cualquier momento de manera voluntaria. Además, las ideas del derecho penal revolucionarios nunca distinguieron entre el ocultamiento de la verdad de la realización directa de declaraciones falsas. El nuevo concepto de justicia procesal falló en hacer esta distinción, lo que fue instrumental para la formación de los códigos de derecho penal también en LA.¹⁵¹

Todavía persiste el argumento de que al no exigirse que los acusados testifiquen bajo juramento, la lenidad revolucionaria mostró más humanidad hacia la tendencia natural del alma humana a mentir en autodefensa. Incluso para el caso en que, *arguendo*, se diera el beneficio de la duda a estos *ideales* revolucionarios, la *laicización* revolucionaria del juramento obligatorio trae muchos más males. Por lo tanto, debido a que la RF eliminó el juramento obligatorio milenario en los procesos penales de los sistemas legales occidentales, muchas personas culpables han marchado de la justicia sin recibir un castigo, muchos inocentes han sido castigados sin tener culpa, y muchas víctimas han sido privadas de su día en la corte.

Por último, mediante la *Ley Chapelier* de 1791 la RF eliminó el derecho a la autodefensa judicial, esto es, el derecho del acusado a defenderse mediante abogado. La creencia fue que el hombre moderno era autosuficiente y capaz de defenderse a sí mismo sin necesidad de recurrir a la asistencia de una profesión desacreditada: los abogados. De esta manera la RF eliminó una institución romano canónica por excelencia, a saber, el derecho ser representado por un a abogado, que incluso los procedimientos inquisitorios respetaron y promovieron. En suma, la denegación del derecho a un abogado, tan a menudo incluida en las acusaciones académicas que los comentaristas del derecho común esgrimen en contra de los procedimientos penales de LA, es en verdad un legado de la RF a LA, y no una progenie del sistema legal legado por España.¹⁵²

¹⁵¹ Cfr. KARST *et al.* (1975) p. 55.

¹⁵² Cfr. BLANCO *et al.* (2005) p. 253, MERRYMAN *et al.* (1994) p. 1063, KELLY (2001) p. 445.

XIV. PROCEDIMIENTO CIVIL RÍGIDO E INCONSISTENTE

El autoritarismo revolucionario también hizo sentir su influencia en el ámbito del procedimiento civil. Se puso el énfasis en el control gubernamental de las diversas fases del procedimiento: la etapa de la discusión, la compilación y producción de prueba, el peso de la prueba por el juzgador de los hechos y múltiples otras coyunturas procesales.¹⁵³ Se impusieron estándares legales rígidos sobre los jueces para la revisión de la prueba. Se restringió grandemente la discreción judicial; en efecto, los poderes de desacato, los poderes de equidad y otras medidas relacionadas fueron visiblemente dene- gadas a la judicatura.

Usualmente se traza una comparación entre el rol activo de las partes en los procedimientos del derecho común y su rol pasivo en los sistemas de derecho civil.¹⁵⁴ En cuanto existe un grado de verdad en esta observación, la advertencia es que el rol activo del juez en los procedimientos civiles de LA es, en general, de naturaleza subordinada. La latitud otorgada al juez para intervenir en el procedimiento civil ha sido ya predeterminada en la ley. Por lo tanto, el control del procedimiento civil resta en la legislatura y no en los jueces. Si a primera vista aparece que el control judicial del procedimiento civil conduce al establecimiento de la verdad, el control mediato verdadero recae en las manos del legislador.

Ciertos aspectos específicos del legado legal revolucionario a los procedimientos civiles de LA merecen una revisión más detallada.

Primero, la RF rechazó el uso de testimonio jurado obligatorio en procedimientos civiles y penales, conformando en su lugar la institución del juramento decisorio. El juramento decisorio, típico en los procedimientos civiles de LA, consiste en que una parte es citada a una audiencia especial en la que se abre un sobre sellado que contiene una serie de preguntas planteadas en sentido interrogativo o afirmativo preparado por la otra parte, y que la parte citada debe responder bajo juramento. Si la parte citada asiste a la audiencia y admite los hechos presentados en el listado de preguntas preestablecidas, los hechos son tomados como probados de manera conclusiva en contra de dicha parte. Lo mismo ocurre si la parte citada rechaza asistir a la audiencia

¹⁵³ MERRYMAN y PÉREZ - PERDOMO (2007) p. 118.

¹⁵⁴ Para una comparación de los sistemas de derecho civil y derecho común, ver DAINOW (1966–1967), DAVID y BRIERLY (1985), DAWSON (1968), DERRETT (1968), MERRYMAN (1985), SHAPIRO (1981), VON MEHREN (1988), y, VON MEHREN y GORDLEY (1977).

con respecto a las preguntas señaladas en sentido afirmativo.¹⁵⁵ Así, el rigor aparejado al rechazo a comparecer para responder a estas preguntas es una consecuencia de la remoción del juramento obligatorio en el procedimiento civil por la RF.

Segundo, la descalificación de ciertas personas de proveer testimonio ha privado a los procedimientos civiles de una herramienta importante en la determinación de los hechos durante las etapas de obtención de la prueba. Estas descalificaciones existieron con anterioridad a 1789, pero la RF no hizo nada para revisarlas.¹⁵⁶

Tercero, la evaluación de la prueba por el juzgador de los hechos está sujeta a reglas legales escritas rígidas. Estas pautas proveen poca latitud para la apreciación de la prueba. El así denominado sistema de *prueba legal* consiste en un conjunto de reglas mecánicas que predeterminan el valor que el juez está obligado a asignar a la evidencia a mano.¹⁵⁷

Cuarto, el derecho sin límite de las partes para deducir apelaciones directas e interlocutorias en todas las etapas del proceso judicial de LA ha causado una parálisis de las actividades de adjudicación judicial. De hecho, como el modelo revolucionario estaba basado en una profunda desconfianza hacia el rol judicial, se concedieron a los litigantes amplios derechos para proseguir instancias ante los tribunales superiores. Así surgieron interminables litigios.

Quinto, la falta de *stare decisis* ha causado gran congestión judicial en los tribunales de LA. Vale considerar, por ejemplo, que miles de casos son iniciados cada año ante el tribunal supremo de Brasil sobre tópicos que ya han sido decididos por dicho tribunal. Estas cifras se pueden contrastar con el número de casos que la Corte Suprema de los EE.UU. acepta revisar en un período determinado vía *certiorari*. Estos enormes retrasos judiciales han generado un gran grado de desconfianza de parte del ciudadano común hacia los procedimientos de adjudicación civil en LA.

Sexto, la falta de control de parte de los litigantes sobre los procedimientos y el autoritarismo resultante de ellos, ha promovido una cultura de secreto en los procedimientos civiles de LA. La eliminación de la sala de justicia

¹⁵⁵ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO (2007) p. 119, GOLBERT y NUN (1982) p. 24.

¹⁵⁶ Ver Código de Procedimiento Civil francés de 1806, art. 283 sobre la descalificación de ciertas personas para servir como testigo.

¹⁵⁷ Cfr. PÉREZ - PERDOMO y MERRYMAN (2007) pp. 118 y 120.

existente con anterioridad a 1789 y su reemplazo por las salas cerradas es donde recae la responsabilidad, en una gran medida, de esta situación.

Séptimo, la falta de poderes de desacato significativos de parte de los jueces para forzar a las partes a cumplir con sus decisiones ha generado una burla del sistema judicial¹⁵⁸, y una prolongada baja autoestima de parte de la judicatura. A diferencia del derecho común, el juez civil de LA carece de poderes de desacato sustantivos que le permitan imponer penas en el acto a quienes intervienen en los procedimientos. La imposición de estas penas está sujeta en LA a un proceso adjudicatorio diferente.¹⁵⁹ De esta forma, la amenaza de prisión o multas directamente no existe. Entonces, la inmediatez que se obtiene por el uso de amplios poderes de desacato en el despacho de casos se pierde largamente debido a la prolongada *capitis diminutio* a la cual los jueces han estado sujetos.

Este artículo simplemente presenta un ejemplo de los defectos patentes y latentes propios de los procedimientos civiles de LA conformados por las ideas de la RF. Si bien es cierto que el nuevo Código de Procedimiento Civil francés de 1986 elimina muchos de los defectos arraigados¹⁶⁰, los pilares del sistema procesal civil revolucionario aún persisten.

XV. UN CÓDIGO CIVIL ESTROPEADO CON INCONSISTENCIAS E INSTRUMENTAL A UNA NOCIÓN DE SOCIEDAD QUE BENEFICIA A POCOS EN DETRIMENTO DE MUCHOS

El CC es, de muchas maneras, el producto de la Ilustración y, al mismo tiempo, el candado impuesto por la RF sobre el pueblo. El CC es igualmente el producto de un movimiento filosófico que puso a la razón al centro de toda institución social. Por el contrario, las ideas liberales del CC no pudieron eliminar completamente los valores tradicionales, la cultura incrustada y la organización de la sociedad que vino a regir. En tal sentido, el CC es una combinación del positivismo y del derecho natural, representado el primero por el derecho romano, y el segundo por el derecho consuetudinario. De hecho, el CC tomó prestado ampliamente instituciones del derecho romano en numerosas áreas, incluyendo el derecho de los contratos, derecho de propiedad, testamentos y ciertos aspectos patrimoniales del derecho de familia.¹⁶¹

¹⁵⁸ MIROW (2004) pp. 235–238, señala que la falta de acatamiento de la ley es un problema significativo en LA.

¹⁵⁹ Cfr. MERRYMAN y PÉREZ-PERDOMO (2007) pp. 122 y 123.

¹⁶⁰ MERRYMAN *et al.* (1994) pp. 1041 y ss.

¹⁶¹ CC francés, art.s 1540 a 1548.

Pero el CC claramente sigue el derecho consuetudinario, especialmente la *Costumbre de París*, en el derecho de familia, el derecho de herencia (con un fuerte énfasis en la unidad de la familia y el poder doméstico del marido y de los padres), la herencia forzosa de los parientes, el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la administración de los testamentos y la prescripción adquisitiva de buena fe.¹⁶²

El supuesto revolucionario fue que si la soberanía reside en el pueblo y que los representantes elegidos ejercen soberanía a través de la legislación, entonces los trabajos de la legislatura son la expresión suprema del soberano. Esta proclamación está en la raíz de la homilía revolucionaria. Entonces, el CC, con sus pretensiones implícitas de ser la *Tabla XI de la Ley Mosaica*, se transformó en una herramienta crucial del poder político para la dominación total de la sociedad. A la inversa, el CC reconoció ese mismo poder político como su supremo señor. Desde el comienzo del movimiento de independencia, los padres fundadores latinoamericanos entendieron que el CC era el instrumento más utilizable e ingenioso para el dominio político de las nacientes naciones. Es más, existieron serios esfuerzos en Chile en 1822 para adoptar el CC francés *in toto*, una iniciativa que finalmente falló.¹⁶³

En este contexto, vale la pena examinar algunas de las inconsistencias sustantivas del CC francés, que luego pasaron a la mayoría de los países latinoamericanos vía el CC chileno.

Primero, bajo el aura montesquiana, el CC estableció que los jueces no eran sino los *voceros* de la ley y, en cuanto tales, estaban absolutamente impedidos de interpretar la ley. En la así llamada *Desviación Francesa*, la *Cour de Cassation* fue creada en 1791 autorizando a sus jueces a anular decisiones judiciales. La función de casación inevitablemente implica el poder de interpretar leyes escritas, y determinar que ciertas decisiones judiciales son contrarias al sentido literal de un determinado material estatutario, como fundamento para anular tales decisiones. El estratagema de la *Cour de Cassation* como un cuerpo no judicial no es sino una maquinación para ocultar que los jueces interpreten las leyes.

¹⁶² ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 89, menciona el art. 2279 del CC francés.

¹⁶³ JAKSIC (2001) p. 156: "[E]l 23 de julio de 1822, el Director Supremo Bernardo O'Higgins hizo un llamado entusiasta para que el Congreso chileno considerara la adopción del CC francés: "[U]stedes saben cuán necesario es reformar nuestras leyes", declaró, "permítanme esperar que ustedes adoptarán los cinco celebrados códigos [los *grands codes*], incluyendo el CC, que son tan merecedores de la sabiduría de los tiempos, y que han expuesto el barbarismo de toda la legislación previa...".

Segundo, el rechazo de los poderes de equidad a los jueces, forzándolos a atenerse complementamente a los actos de la legislatura, está igualmente teñida con contradicciones. Se suponía que los jueces adjudicarían los casos basados en la ley. Pero si la ley no existía, les estaba prohibido crearla. En tal caso, ellos tenían que recurrir a la institución de la referencia legislativa, esto es, remitir el caso a la *Asamblea Nacional* para que ésta dictara una ley que solucionara el caso. Aquí ocurre una inconsistencia insuperable: el artículo 4 del CC¹⁶⁴, que fuerza a los jueces a decidir los casos sometidos a su decisión bajo severas penas incluso si no existe una ley llamada a solucionar tal caso, es incompatible con la entera etiología de la filosofía judicial revolucionaria.¹⁶⁵

Tercero, la meta de exhaustividad del CC colisionó con la realidad insuperable de que *“el más ingenioso de los legisladores no puede prever y determinar todos los problemas posibles que puedan surgir”*.¹⁶⁶ Esto es, los redactores dejaron sin regular importantes áreas del derecho, siendo el principal ejemplo aquél de la responsabilidad extracontractual, que está cubierta por apenas cinco normas del CC.¹⁶⁷ A pesar de sus pretensiones de universalidad, incontables otras áreas fueron dejadas sin regular por el CC, incluyendo sociedades comerciales, cheques y otros instrumentos comerciales, almaces de depósito, hipoteca marítima, un sistema satisfactorio de hipotecas que permitiera la separación de la transacción subyacente de las acciones derivadas¹⁶⁸, un tratamiento adecuado del derecho de los muebles (propiedad personal mueble), una regulación más detallada de entidades legales, seguros, quiebras, responsabilidad por productos, acciones de clase, una regulación minuciosa de la responsabilidad vicaria, la responsabilidad del trabajador o empleado dependiente, y múltiples otros tipos de contratos modernos¹⁶⁹. Igualmente, teorías clave de derecho corporativo que existen en los sistemas de derecho común han sido ampliamente ignoradas por el CC, a saber, la doctrina de la sociedad equitativa, la doctrina de la remoción del velo corporativo, la doctrina que hace responsables a los promotores corporativos

¹⁶⁴ Ver CC francés, art. 4.

¹⁶⁵ ZWEIGERT y PUTTFARKEN (1996) pp. 259 a 274, discuten la *Regla de la Inexcusabilidad* del CC francés.

¹⁶⁶ ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 92.

¹⁶⁷ CC francés, arts. 1382 a 1386.

¹⁶⁸ Para una revisión de leyes recientes relativas a operaciones de securitización y transacciones con garantía en LA, ver FIGUEROA (2007), HILL (1998).

¹⁶⁹ Ver LOBINGIER (1918) p. 116.

por sus acciones, la teoría de responsabilidad *ultra vires*, y la doctrina de la empresa ficticia¹⁷⁰, para nombrar únicamente algunos casos.

Cuarto, la estructura global del CC mendiga rigor lógico y seguridad. Por ejemplo, el derecho de la propiedad matrimonial está regulado en el Libro I (*De las Personas*), cuando debería estar incluido conjuntamente con la institución del matrimonio. Se cataloga a la responsabilidad extracontractual como un *modo de adquirir la propiedad* en lugar de ser tratada como una institución legal en sí misma. Precisamente esta desorganización llevó al jurista francés PLANIOL a señalar que el *Libro III* es un cajón de sastre de materias heterogéneas.¹⁷¹

Quinto, contrastando con la exactitud terminológica del CC alemán, un autor ha identificado la falta de rigurosidad o precisión en el lenguaje de muchas provisiones claves del CC.¹⁷²

Sexto, el desmantelamiento progresivo del CC durante los últimos dos siglos ha creado un generalizado sentido de falta de certeza legal y la falta de respeto por la ley consecuencial en LA.¹⁷³ La combinación de la pretensión del CC de poseer una universalidad perenne con su consiguiente inhabilidad para prevenir los muchos cambios que surgirían en la sociedad, ha dejado el CC en un vacío muy poco confortable. El prestigio de sabiduría del CC

¹⁷⁰ Ver BAINBRIDGE (2001) p. 479, SUNDER (2002–2003) p. 1399, y OH (2010) p. 81.

¹⁷¹ ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 95.

¹⁷² *Ídem.*, pp. 92 y 93, identifica los siguientes aspectos: (a) Conforme al art. 778 del CC, una herencia puede ser aceptada bien sea mediante un *“acto auténtico o privado”*, o por medio de un *“acto que supone necesariamente su intención de aceptar”*. Aquí, en la misma sentencia la palabra *“acto”* es usada en el sentido de *“escritura”* y en el sentido de *“acción”*. La noción de propiedad está usada en el sentido de *“propiedad de cosas”* (art. 544) y en el sentido de riqueza de todas las clases (Título del Libro III); (b) Art. 1147, una persona debe pagar daños por el incumplimiento de contrato, salvo que demuestre que la *“causa extraña que no lo puede ser inputada”* fue la razón del incumplimiento; (c) Art. 1148 relativo al deber de pagar una compensación en el evento de *“fuerza mayor”* o *“caso fortuito”*, la relación entre estos términos nunca es clarificada; (d) La famosa fórmula: *“en cosa de muebles la posesión vale como título”*. Fueron los tribunales de Francia los que resolvieron las siguientes preguntas: ¿bajo qué condiciones es la posesión un fundamento para una *rei vindicatio*?; ¿Qué quiere decir *posesión*?; ¿Se requiere la buena fe?; ¿En qué momento debe ser establecida?

¹⁷³ MIROW (2005) pp. 186 a 189, reseña los elementos que contribuyen al *“sepultamiento”* del CC en LA.

surgido de su supuesta capacidad para proveer soluciones a los desafíos más imperativos en sociedad, se ha tumbado en vista de su diseño defectuoso.

La lenta y penosa agonía del CC se puede presenciar en cada esquina del mundo en que se ha extendido su influencia durante los últimos dos siglos. Por ejemplo, la *patria potestas* ha sido gradualmente erosionada, la capacidad comercial de la mujer casada ha cambiado profundamente, y su posición frente a la muerte de su marido mejorada¹⁷⁴, y las distinciones entre hijos legítimos y otros ha sido completamente eliminada.¹⁷⁵ Además, uno de los pilares del CC, la libertad contractual, ha sido progresivamente degastado.¹⁷⁶ Este ha sido el caso, por ejemplo, de los contratos de arrendamiento, venta, transporte, derecho del trabajo, o derecho de seguros, entre otros. El campo de la responsabilidad civil objetiva ha sido igualmente expandido. También, como un reconocimiento expreso del abiertamente impropio amordazamiento de los jueces, muchas reformas recientes les han otorgado ciertos limitados poderes de equidad.¹⁷⁷

El efecto global de estos cambios ha sido que los tribunales han venido a llenar las lagunas dejados por el CC. En Francia únicamente, enteras áreas del derecho han sido sujetas de creacionismo legal. Han existido intentos fallidos para reformar el CC francés desde su primer centenario. En 1945 fue designado un comité para redactar reformas al CC.¹⁷⁸ Sólo limitadas reformas parciales han sido aprobadas, causando que el CC actual no sea más que un mosaico inorgánico de actividad legislativa.¹⁷⁹ Por ejemplo, los escasos cinco artículos originales de 1804 relativos a la responsabilidad extracontractual están casi intactos en la versión actual del CC, como si la vida no hubiera cambiado durante los 200 años que han pasado.¹⁸⁰

¹⁷⁴ *Ídem.*, p. 96.

¹⁷⁵ Por ejemplo, la Const. de El Salvador de 1983, art. 36, establece que los hijos nacidos fuera del matrimonio y los hijos adoptivos poseen los mismos derechos frente a sus padres. Esta norma constitucional ha sido ratificada por decisiones de la Corte Suprema de Justicia de ese país de fechas 27 nov. 1991, 3 dic. 1991, y 27 feb. 1992.

¹⁷⁶ Para un crecimiento exponencial del derecho regulatorio en dos jurisdicciones latinoamericanas particulares (Brasil y Chile) durante años recientes, ver McNALLEN (2005-2006) p. 147.

¹⁷⁷ *Cfr.* EDER (1950) pp. 51 a 54, ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 96, MURILLO (2000) p. 15.

¹⁷⁸ Comenta los esfuerzos reformistas llevados a cabo en Francia durante el siglo XX.

¹⁷⁹ *Cfr.* BELL *et al.* (2008) p. 24, MERRYMAN *et al.* (1994) p. 1021, ZWEIGERT y KÖTZ (1987) pp. 97 a 99.

¹⁸⁰ Arts. 1382 a 1386 del CC actual. Sólo el art. 1384, relacionado con la responsabilidad por el hecho de un tercero, fue reformado en 2002.

En suma, el desmantelamiento subsiguiente del CC en vastas áreas de la vida social que han sido dejadas sin regular por sus redactores, ha causado gran falta de certeza e inseguridad legales¹⁸¹, y desconfianza hacia la ley de parte de los pueblos de LA.

XVI. PROMOCIÓN DEL INDIVIDUO COMO LA MEDIDA DE TODAS LAS COSAS

El hombre ilustrado, esto es, el hombre que tenía derecho a votar, con una alta vida intelectual, conocedor de los negocios y del mundo, es el que resultó el vencedor en la RF. Este carácter altamente individualista y, hasta cierto punto, con tintes racistas¹⁸², se transformó en el actor dominante en la sociedad. El individualismo iluminado trajo consecuencias calamitosas en el campo legal según impactó LA en el siglo XIX.

Primeramente, y por sobre todo, es necesario destacar que la reafirmación del CC y, hasta cierto nivel, la sacralización de la propiedad absoluta individual por sobre todas las clases de propiedad, esto es, la exaltación de la propiedad privada como inviolable y sagrada, llevó a la destrucción de la propiedad comunitaria. De hecho, el CC de 1804 prohibió la propiedad común al dar a todos los sujetos el derecho absoluto para disolver toda propiedad indivisa.¹⁸³ Para tal efecto, el CC creó una acción legal estableciendo que toda propiedad en común puede ser disuelta mediante una acción deducida por cualquiera de los copropietarios indivisos en cualquier momento. El resultado fue que la propiedad común devino en prohibida bajo el CC. Es digno de destacarse el contraste entre las normas contrarias a la propiedad indivisa en los primeros CC latinoamericanos con la realidad de LA antes que tales códigos fueran promulgados. En las *Nuevas Indias* los habitantes nativos vivieron desde tiempos inmemoriales manteniendo ciertas tierras, principalmente praderas, pero también otras tierras, en común.¹⁸⁴ Un ejemplo clarificador es el caso de las tierras de ejido en México, que han luchado durante siglos para sobrevivir la severidad de las normas antipropiedad indivisa del CC. Como el Código no pudo deshacer siglos de tradición consuetudinaria en las colonias, se encontraron nuevas formas para esquivar las normas anti-

¹⁸¹ Cfr. JAKSIC (2001) p. 158 a 167.

¹⁸² MONTESQUIEU (1748) p. 238 se refiere a las personas de raza negra como "*criaturas completamente negras, con una nariz tan plana que difícilmente pueden ser compadecidos. Es difícil creer que Dios, que es un Ser sabio, ubicaría un alma buena, en tan repugnante cuerpo negro*".

¹⁸³ GLENDON (1999) pp. 16 a 57, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 348.

¹⁸⁴ Cfr. MIROW (2004) pp. 11-18, 61-69, 84-94, MERRYMAN et al. (1994) pp. 364-373.

propiedad indivisa, bien sea en la forma de redacción sagaz de los contratos, o de abierta corrupción. Existe abundante literatura que argumenta que en LA estas tácticas facilitaron la acumulación de tierra en lugar de su distribución, y que esto sucedió gracias, en gran parte, al legado de la RF.

Segundo, las guildas, aquellas magníficas instituciones del *ancien régime*, en las que la gente se asociaba conforme a su profesión u oficio (mercaderes, campesinos, artesanos, etc.), fueron completamente destruidas por la RF.¹⁸⁵ Estas organizaciones proveyeron una red de seguridad para sus miembros y aseguraron el bienestar de cada miembro. Las cooperativas fueron igualmente arruinadas por la RF.¹⁸⁶ Se pensó que la cooperativa y el espíritu comunitario pertenecían a las clases más bajas de la sociedad y que, en cuanto tales, fueron una amenaza directa al espíritu capitalista individualista, que fue el verdadero triunfador y propietario de la RF. En tal sentido, la RF, junto con inaugurar una nueva etapa de la historia mundial, destruyó una entera forma de vida.¹⁸⁷

Tercero, al centro del espíritu revolucionario existe un sentido de desconfianza hacia las masas profundamente asentado.¹⁸⁸ En el caso de los Estados Unidos de América, por ejemplo, Tomás JEFFERSON mostró un cierto grado de incomodidad luego de su apoyo inicial incondicional a la RF cuando vio los levantamientos esclavos en Haití. Este país había sido la primera nación latinoamericana en pasar su propia versión del CC francés en 1825.

Cuarto, el triunfo del individualismo fue erigido en detrimento de la familia en la forma que ésta había sido organizado por alrededor de 1400 años en Europa con anterioridad a 1789.

¹⁸⁵ Cfr. DAWSON (1950) p. 203 a 207, BELLOC (2008) p. 165, KOENIGSBERGER y BRIGGS (1987) p. 310.

¹⁸⁶ Const. de 1791, Preámbulo: “[Y]a no existen... corporaciones de profesiones, artes, y oficios”.

¹⁸⁷ Cfr. BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 331.

¹⁸⁸ MONTESQUIEU (1748): “[L]a democracia tiene, por lo tanto, dos excesos que evitar –el espíritu de falta de igualdad, que conduce a la aristocracia o la monarquía, y el espíritu de extrema igualdad, que conduce al poder despótico, en la medida que este último es completado por medio de la conquista”.

XVIII. EL ORDEN BURGUÉS: MUCHO PARA POCOS, POCO PARA MUCHOS

Un autor ha indicado correctamente que *"el CC original fue el libro de derecho de la burguesía"*.¹⁸⁹ La defensa de la propiedad burguesa fue una preocupación central de los revolucionarios. El CC favoreció el dominio irrestricto del capitalismo en el mundo del derecho civil occidental. En tal sentido, tanto las ventajas como los males del capitalismo están íntimamente vinculadas al CC.¹⁹⁰

En LA, la filosofía de la economía liberal que se plasma en el CC es una aliada y promotora decisiva. Cuando la Revolución Industrial golpeó al mundo occidental, golpeó a LA incluso más fuerte. Las nuevas elites se volcaron en los brazos del CC y lo utilizaron como su escudo para proteger su acumulación y dominación. Por ejemplo, el silencio sepulcral del CC hacia prácticas anticompetitivas y monopolísticas ha sido bien documentado en Occidente. La idea del derecho civil de que el precio es determinado en el contrato de compraventa a través del libre juego de la oferta y la demanda se transformó en una gran artimaña después de la RF. El hecho es que la libertad contractual y la libre determinación de los precios mediante el juego de la oferta y la demanda son ilusorias con respecto a la mayoría de los ítemes más elementales en el mercado. El surgimiento del Estado regulatorio en el siglo XX como un fenómeno antinómico frente a la libertad económica irrestricta, se explica largamente por la idea de la libertad económica individual extrema avanzada por el CC.¹⁹¹

Se ha requerido mucho esfuerzo para perforar la muralla jurídica erigida por el CC durante los últimos 200 años a fin de proteger al pequeño empresario frente a aquellos ya establecidos que ejercen un dominio del mercado. Los contratos de adhesión emergieron como la expresión de mercados desequilibrados favoreciendo el poder aplastante de unos pocos en detrimento de muchos. El derecho regulatorio surgió en el siglo XX en LA como una respuesta frente a los abusos del capitalismo a pesar, y en contra de, la filosofía ilustrada del CC.

Sólo décadas después de la promulgación del CC en LA surgieron nuevas doctrinas dirigidas a moderar los duros efectos de la filosofía capitalista desenfrenada del CC. Estas ideas se originaron en la Iglesia Católica y tomaron

¹⁸⁹ ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 95.

¹⁹⁰ Cfr. VAN CAENEGEM (1992) p. 127, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 396.

¹⁹¹ Cfr. ESQUIROL (2008) p. 15, DE LEÓN (2001), BELLOC (2008) pp. 60 y ss, JAKSIC (2001) p. 14.

expresión en la noción de la función social de la propiedad. Surgieron batallas doctrinales colosales con posterioridad a 1893 entre los adoradores del CC y los proponentes de nuevos conceptos legales basados en el principio católico de justicia social, y el deber de ejercer los derechos de cada uno sin afectar los derechos de otros o el bienestar de las masas.¹⁹²

Como una consecuencia del experimento revolucionario, ocasionalmente las masas en LA han puesto su fe en experimentos extremos tales como el comunismo, que es una ideología que ha exterminado más personas que ningún otro sistema político en la historia de la humanidad. Nuevamente, estos fenómenos han sido facilitados en gran medida, por la RF.

XVIII. PROMOCIÓN DE LA IDEA QUE LA CONDUCTA SEXUAL DEL CIUDADANO ES UNA MATERIA PURAMENTE PRIVADA

Si la familia tradicional funciona, y funciona bien, existe poco espacio para la intervención del gobierno. De hecho, cuando la familia nuclear tropieza y se destruye se agranda el papel del gobierno. Muchos males¹⁹³ forman el caldo de cultivo para un incremento en la intrusión del gobierno en el esquema de la familia tradicional, que ha estado basada en el Occidente sobre el concepto judeocristiano de la sexualidad humana. La amplitud de estos tópicos excede largamente el propósito de este artículo, pero estos puntos sirven para ilustrar el enormemente nefasto efecto de las ideas revolucionarias en el derecho de familia a lo largo de LA. Si las plagas antes mencionadas, o una combinación de ellas ocurren, el gobierno surge como el salvador necesario proveyendo servicios de bienestar, y una multiplicidad de beneficios para paliar el sino de las víctimas generadas por la destrucción de la familia.

Pero el gobierno no hace nada gratuitamente. También se arroga para sí mismo el poder de definir las instituciones que son tan naturales para el hombre, como el hombre lo es para la naturaleza. La institución del matrimonio, por ejemplo, que estuvo a la raíz del orden social prerevolucionario, fue redefinido por los ideólogos revolucionarios. El matrimonio evolucionó desde ser un concepto sujeto a muchos vicios en los tiempos paganos, hasta llegar

¹⁹² Ver las Cartas Encíclicas: *Rerum Novarum*, del Papa León XIII (1891); *Quadragesimo Anno*, del Papa Pius XI (1931); *Centesimus Annus*, del Papa Juan Pablo II (1991). Cfr. BRASS (2003) p. 342, KALENSKÝ (1971) pp. 58 y ss.

¹⁹³ Incluyendo el adulterio, el divorcio, el incesto, la sodomía, los hijos nacidos fuera del matrimonio, el abuso sexual, el maltrato infantil, el abandono de menores, el cuidado de los huérfanos, el de los ancianos, los de sin casa, los derechos de alimentos, la pornografía, la homosexualidad, y la violencia doméstica, entre otros.

a ser una institución social indisoluble clave en el 324 d.c. luego de la conversión de Roma a la Iglesia Católica.¹⁹⁴ Al aceptar ampliamente el divorcio, la RF transformó al matrimonio en un contrato disoluble, y de esta manera erosionó las fundaciones mismas del orden legal milenario. Correctamente, el matrimonio ha sido definido desde tiempos inmemoriales¹⁹⁵ como la fundación misma de la familia y de la sociedad. Por lo tanto, si se destruye el matrimonio, se destruye la familia, y la consecuencia lógica es esperar un aumento en la intervención del gobierno para *remediar* los males que de esta manera caen sobre la sociedad.

En verdad, los revolucionarios reemplazaron la institución natural del matrimonio por la noción de consenso, como la regla esencial para la organización basal de la familia. De esta manera, ellos degradaron lo que antes había sido considerado como una unión universalmente obligatoria hasta transformarlo en un simple contrato civil¹⁹⁶, rescindible conforme a la voluntad de las partes.¹⁹⁷ Esta regla permisiva y relativista transformó la importante institución del matrimonio en un contrato al cual se puede entrar o salir independientemente de sus consecuencias. De esta manera, el divorcio se colocó al centro del derecho de familia revolucionario en la medida que se esparció en el Occidente con una fortaleza formidable. En este sentido, la disolubilidad del matrimonio ha arrojado a millones en las manos del Estado de Bienestar, o los ha hecho totalmente dependientes de instituciones de caridad.

Es justo indicar que como el objetivo más importante de la RF fue preservar la propiedad familiar y no la institución del matrimonio¹⁹⁸, el "*derecho revolucionario arruinó las fundaciones mismas de la familia*".¹⁹⁹ En suma, este mundo, como lo conocimos ha cambiado dramáticamente para peor, y esto, en buena parte, gracias a la RF.

¹⁹⁴ Cfr. DESAN (2006), MONTESQUIEU (1748) p. 75, DAWSON (1946) p. 21, BELLOC (1937) p. 25.

¹⁹⁵ Cfr. WATKIN (1999) p. 86, WATSON (1981) p. 85.

¹⁹⁶ Ver CC francés, artículos 229 y 230.

¹⁹⁷ MONTESQUIEU (1748) p. 15, indica que "*el poder de divorcio puede únicamente ser dado a aquellos que sienten las inconveniencias del matrimonio, y que son sensibles al momento en que es de su interés hacerlo cesar*".

¹⁹⁸ ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 96.

¹⁹⁹ BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) pp. 353 y 354.

XIX. ABOLICIÓN DEL ESQUEMA DE HERENCIA HA FACILITADO PROFUNDOS RESENTIMIENTOS EN LOS NIVELES FAMILIAR Y SOCIAL

Uno de los primeros principios y más importantes de la RF fue eliminar los elementos fundamentales del sistema de sucesión del *ancien régime*.²⁰⁰ La abolición del orden hereditario fue *de rigueur* para consolidar el paso de la propiedad burguesa a la próxima generación a través de la institución de la libertad testamentaria.²⁰¹ El orden legal revolucionario se autoarrogó el poder para regular cada aspecto de la vida de los ciudadanos. La RF entregó al gobierno, a la rama política, la determinación de cómo se vería este nuevo sistema sucesorio. Dicho de otro modo, como lo describe MONTESQUIEU, nosotros heredamos no porque la naturaleza y nuestros padres así lo deciden, sino porque el gobierno permite que ello suceda.²⁰²

La clave para el nuevo esquema sucesorio fue la institución de la *legitime*. Esta fue concebida como una porción de la herencia del testador que este era libre para dejar a cualquiera de sus herederos legítimos, que equivale a una cuarta parte del total de la masa hereditaria.²⁰³ Los efectos de la *legitime* fueron agravados por otro instrumento, esto es, el derecho del testador a disponer de una cuarta parte de la masa hereditaria libremente a cualquier persona, bien fuera ésta un heredero legítimo o no. *In toto*, el testador quedó libre para disponer de hasta la mitad de sus bienes a cualquiera de sus hijos legítimos. Bajo el Antiguo Régimen, el testador carecía de tal libertad²⁰⁴, y su carencia de libertad fue considerada como una fuerza vital para asegurar el bienestar y la unidad de la familia.

La idea montesquiana de sucesión basada sobre una casi absoluta libertad para testar impactó fuertemente a LA. La extensión de este impacto es compleja y debatible. Se puede culpar, por una parte, a la institución de la *legitime*, en una proporción significativa, por las peleas generalizadas dentro de las familias. Esto es, aquellos excluidos de las últimas disposiciones del testador usualmente levantan sospechas en contra de los que han sido beneficiados. Como el testador ya no está para clarificar las cosas, las acritudes familiares han persistido entre aquellos que han sido excluidos en virtud de *la main mort*, esto es, la voluntad del testador. Más encima, si no hubiera sido por las restricciones que BELLO encontró en Chile a la promulgación del CC en

²⁰⁰ LOBINGIER (1918) p. 12.

²⁰¹ Ver CC francés, art. 723.

²⁰² MONTESQUIEU (1748) pp. 62 63.

²⁰³ Cfr. ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 96, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 386.

²⁰⁴ Cfr. JAKSIC (2001) p. 169.

1855, poco o nada del antiguo sistema de herencia provenientes del derecho romano y luego castellano hubiera sobrevivido.²⁰⁵

Mientras que es verdad que el CC mantuvo la institución de las porciones forzosas, las limitó a la mitad de la masa hereditaria.²⁰⁶ Ello eliminó el antiguo orden de las familias, bajo el cual el mundo occidental había vivido por aproximadamente 1500 años bajo la Roma pagana y luego cristianizada.

XX. IMPOSICIÓN DE UNA DOCTRINA ESTATAL BASADA EN EL PRINCIPIO DE EDUCACIÓN UNIVERSAL IMPUESTA POR MANDATO GUBERNATIVO

Después de la RF, el Estado absoluto buscó perpetuarse a sí mismo a través del más efectivo de todos los medios para el control de la sociedad: la educación de las mentes.²⁰⁷ La Const. de 1791 estableció que "*será constituida y organizada la instrucción pública para todos los ciudadanos, gratuita, en todas aquellas ramas de la educación que son indispensables para todos los hombres*".²⁰⁸ Las masas debían ser controladas, y la educación fue el mejor antídoto para evitar potenciales desafíos al nuevo orden burgués.

Tan altas como fueron las metas de la educación (o más bien de la *instrucción*²⁰⁹) universal de la gente, es que el mandato estuvo y está íntimamente entrelazado con el contenido. El gobierno hace obligatoria la instrucción, pero única y exclusivamente en los programas sustantivos y temáticos determinados por el gobierno mismo. Según ya se indicó, bien sea una monarquía, o una aristocracia, o una autocracia, o una democracia, el gobierno no hace nada gratuitamente. Últimamente, el gobierno termina aplicando impuestos a los padres e inculcando el contenido que cree apropiado para que los hijos aprendan, conozcan, formen sus vidas, y lo pasen a la próxima generación.

Además del contenido, la educación gubernamental se enfoca en la formación intelectual y la instrucción formal, en detrimento de la educación holística de los hijos basada en los valores, aspiraciones, e ideales que únicamente un entorno de familia o de Iglesia puede brindar. Aún cuando hubiera sido bien intencionada, la educación mandada por el gobierno ha causado un gran abandono de las obligaciones de los padres, por lo menos en la mayoría de LA. A fines del siglo diecinueve las *leyes de instrucción primaria*

²⁰⁵ Cfr. JAKSIC (2001) p. 12, MIROW (2004) pp. 61–69, WALTON (2003) pp. 519–526.

²⁰⁶ Cfr. ZWEIGERT y KÖTZ (1987) p. 96, CC (Chile) arts. 1167, 1181, 1184.

²⁰⁷ BELLOC (1929) p. 139.

²⁰⁸ Const. de 1791, Título I.

²⁰⁹ BELLOC (1937) p. 160, BELLOC (1931) pp. 179–190.

obligatoria y los programas de alfabetización obligatorios barrieron a través de LA.²¹⁰ Como se pensó que la educación beneficiaba a la sociedad, y debido a que era el deber del Estado evitar la ignorancia, el gobierno forzaría a los niños a asistir al colegio.

En este sentido, la RF afirmó el poder totalizante del Estado en el tiempo presente, pero igualmente buscó perpetuarse a sí misma a través del control de las mentes de las futuras generaciones.

XXI. UNA ABOGACÍA CON ESTÁNDARES ÉTICOS Y MECANISMOS DE CONTROL ÉTICO LAXOS

La profesión legal es, literalmente más que figurativamente, un sobreviviente de la RF. De hecho, la *Ley Chapelier* de 1791, en vigencia hasta 1864, razonó que no había necesidad de mediadores entre la ley y los ciudadanos. Conforme a esto, abolió la profesión de abogado. NAPOLEÓN tuvo el mismo disgusto profundo hacia los abogados. En una evidente contradicción con la postura de la RF hacia los abogados y el derecho de representación por abogado, el *ancien régime* había garantizado a cada litigante la oportunidad de utilizar un abogado en juicio.²¹¹

Luego del restablecimiento de la profesión de *avocats*, la profesión legal sobrevivió, pero lisiada, particularmente en LA, bajo la amplia influencia de la RF. En dicha región, los abogados han sido criados bajo el concepto del positivismo legal que enseña que la ley es justa y equitativa *per se*, por el mero hecho de emanar del soberano.²¹² Sin embargo, en las muchas instancias en que el predicamento de adherencia estricta a las nociones de positivismo legal no son realizadas, la mente legal entra en un callejón sin salida. Por una parte, se supone que debe defender el orden jurídico y, por la otra, es testigo presencial de la injusticia causada por la ley que se supone debe defender. Sea o no que la ley es injusta u obsoleta, el sistema legal y juramento profesional aún fuerzan a los jueces y abogados a sostenerla y aplicarla.

Es precisamente esta desconexión entre la ley y la realidad, la que ha causado ampliamente que los abogados desconfíen también de la ley. El camino desde la desconfianza hacia el hacer caso omiso de la ley es de una

²¹⁰ KAMIL *et al* (2000) p. 41, se refiere a la expansión de “movimientos de alfabetización en LA”.

²¹¹ Cfr. LOBINGIER (1918) p. 124, WATKIN (1999) p. 439, BASDEVANT - GAUDEMET y GAUDEMET (2000) p. 391. VAN CAENEGEM (1992) p. 131

²¹² El CC chileno, art. 1, define a la ley como “una manifestación de la voluntad soberana”.

sola vía. En este escenario, considerando que ya no se confía en la judicatura para impartir justicia, los abogados han debido recurrir habitualmente a toda clase de medios, algunos de ellos nublados incluso con ilegalidad o carentes de legitimidad, para obtener justicia en sus casos.²¹³ La doble lealtad de los abogados hacia la ley y hacia sus clientes terminó por generar un gran cinismo hacia el sistema legal o en un desprecio directo hacia la ley debido a su injusticia o ilegitimidad.

Además, la profesión legal entiende muy bien que su existencia depende de las acciones, reacciones e inacciones del poder político. Sus relaciones con el soberano fluctúan, pero el estatus y el bienestar de los abogados en última instancia dependen del gobierno. Más que vivir conforme al Estado de Derecho, la profesión legal ha vivido en los tiempos posteriores a la RF en LA bajo el Estado del legislador. Así se ha generado una profesión legal con una muy baja autoestima.²¹⁴

CONCLUSIÓN

Muchas teorías intentan explicar los males presentes en los sistemas legales de LA. Cualquiera sea la solidez de tales explicaciones, la verdad es que todas las debilidades observadas que aún permanecen en una sociedad por cualquiera razón (guerras, riqueza o raza), necesitan un sustrato filosófico sobre el cual consolidarse. Estos fundamentos filosóficos hacen posible redactar una Const. y también leyes que reflejan el carácter distintivo de un pueblo. Los valores que una sociedad mantiene en alta consideración hacen posible presentar un proyecto político al mundo basado en fundaciones filosóficas y no simplemente en los caprichos dictatoriales de un gobernante. En tal sentido, la RF proveyó el elemento catalizador a las deficiencias endémicas de las nuevas naciones de LA luego de su independencia.

La experiencia y la razón demuestran que no todas las ideas filosóficas son correctas o justas. La ideología revolucionaria no es la excepción, y debe hacérsela responsable por los resultados que ha provocado. Esta tarea ha sido largamente obscurecida o está aún pendiente con respecto a LA. En esta región parece existir un consenso implícito a través de los distintos círculos sociales en cuanto a que únicamente han surgido frutos buenos desde la semilla revolucionaria. Este paradigma necesita enfrentar la historia y la realidad.

²¹³ Cfr. DAKOLIAS (1995) p. 167, DAKOLIAS (1996) p. 62.

²¹⁴ Cfr. JAKSIC (2001) pp. 6-17, MERRYMAN y PÉREZ – PERDOMO (2007) pp. 1-19, PÉREZ – PERDOMO (2006) pp. 42-48.

Ciertamente que existieron *tendencias* poco saludables bajo la regla colonial española, por ejemplo, la frecuentemente pasada por alto obligación legal de los *encomenderos* de convertir y educar a los indios, respetar sus costumbres, darles su pago debido y de protegerlos y tratarlos como seres humanos. De hecho, la Corona española tuvo que establecer la institución del *Protector de Indios* para asegurar su buen trato.²¹⁵ Aún cuando había sido abolida²¹⁶ al tiempo del movimiento de independencia, el viejo sabor de la esclavitud de los indios, que fue ilegal en las colonias, y a menudo tuvo lugar a través de la *encomienda*, todavía impregnó las sociedades de LA.

Cualquiera sea el caso, todos estos males sociales necesitaban una forma filosófica, un *substratum*, para pervivir después de la independencia, y lo encontraron en las ideas legales promovidas por la RF.

La experiencia constitucional de los EE.UU. demuestra que un fuerte sistema de contrapesos y balances contrarresta los abusos de poder.²¹⁷ La RF no sólo avanzó a tal sistema, sino que se opuso a él como un artículo de fe.

Además, existe una aproximación inherentemente discriminatoria a la igualdad en las ideas de la Francia revolucionaria. La igualdad no fue para todos. El autoritarismo corrió en paralelo con el desprecio de la gente de los estratos inferiores. ROUSSEAU, por ejemplo, el gran inspirador de las ideas legales revolucionarias predicó que la propiedad privada era la fuente de todos los males sociales. Sostuvo que los males sociales surgieron cuando el primer hombre cercó un paño de terreno y lo llamó suyo. Sin embargo, si se brinda una mirada más cercana a las cosas, ROUSSEAU no sólo tergiversó la historia, sino que descuidó notar que la propiedad privada no está en la raíz de los males sociales que él describió, sino que por el contrario: el deseo de acumulación de unos pocos en detrimento del derecho de propiedad de todos se encuentra a la raíz de los males sociales. De manera última, fue el orgullo, la codicia de las tierras de otros la que se encuentra a la raíz de todos los males sociales, y no la institución necesaria y fundamental de la propiedad privada.

A pesar de estas contradicciones, el mundo occidental aún vive bajo el eje de la RF, y muchas de sus enfermedades son aún patentes. Incluso EE.UU. no está libre de la influencia de ese movimiento. Tomás JEFFERSON, que fue un defensor y promotor de los revolucionarios franceses exaltó los medios y los

²¹⁵ Cfr. ORTEGA (1774), Libro VI, Título VI, Bula Papal *Sublimus Dei* del Papa Pablo III (1537).

²¹⁶ Una cédula real de 1721 emitida por el Rey Felipe V abolió definitivamente el sistema de encomienda. MIROW (2004) pp. 61–69.

²¹⁷ Cfr. BARDES et al. (2008) p. 89.

finés de la RF tempranamente cuando dijo que "*los gloriosos fines de la RF justificaron sus medios apocalípticos*".²¹⁸ JEFFERSON, un impenitente dueño de esclavos, aceptó además el desprecio revolucionario hacia la judicatura, y *Marbury v. Madison* ocurrió a pesar de sus deseos.

Se menciona a menudo que las cosas tomaron un curso de acción en Francia diferente al de LA, que es una región que ha presenciado dictaduras y masivas violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, una mirada más cercana denota lo contrario. Es suficiente recordar las bajas infligidas durante las guerras napoleónicas a través de Europa y en otras partes del globo. La *Grande Armée* de NAPOLEÓN solamente perdió más de 300 mil hombres durante la invasión de Moscú en 1812.²¹⁹ El surgimiento de NAPOLEÓN al poder desde cónsul a dictador ocurrió en el espíritu del y gracias al principio de fuerte separación de poderes predicado por la RF. Si el principio puesto en marcha por la RF hubiera sido otro, también otro destino hubiera aguardado a Francia, y a LA en este caso. Además, muchos fueron masacrados bajo el Régimen de Vichy Regime durante la SGM. En resumen, en sólo alrededor de 200 años, millones de personas perdieron la vida bajo los auspicios de la RF, únicamente en Europa.

Estos eventos probablemente motivaron a Francia después de la SGM a revisar algunos de los principios políticos liberales bajo los cuales había vivido previamente. Pero Francia estaba renuente a reconocer explícitamente que tales principios estaban equivocados. En consecuencia, Francia comenzó a deshacer algunas cosas que antes había considerado como talladas en piedra bajo la RF. De manera significativa, creó una nueva corte, la *Corte Constitucional*, y actualizó el antiguo *Consejo de Estado* real. Sin embargo, denegó el estatus de tribunales a estas cortes porque al haberlo hecho hubiera tenido que renegar el principio de que los jueces carecen de poder para anular legislación, un principio que es central a toda la idea revolucionaria de separación de poderes del Estado. En esta evolución, Francia también creó un poder de veto presidencial parcial para controlar las mayorías. De esta manera, como los franceses estaban haciendo todo esto después de la SGM, los latinoamericanos comenzaron a mirar hacia Francia nuevamente para sacar lecciones de la sabiduría jurídica francesa. Como resultado, los gobiernos latinoamericanos comenzaron a implementar estos otros experimentos franceses sin ponderar la conveniencia de las bases intelectuales mismas de sus propios sistemas constitucionales y legales.

²¹⁸ PETERSON (1984) p. 1004.

²¹⁹ DODGE (2008), GEORGE (1899) y BURTON (1914).

La pregunta que surge ahora es, *¿quo vadis?* (¿Qué sucede ahora?) Según se indicó en la introducción de este artículo, el propósito de este estudio ha estado dirigido a demoler el legado jurídico de un movimiento filosófico y político que, por lo menos en el contexto de LA, ha excedido largamente su vida útil. El próximo capítulo de esta saga será proponer un modelo o marco conceptual alternativo, una fundación intelectual y filosófica diferente que provea de bases legales más saludables para las sociedades latinoamericanas. Dicha tarea debe ser dejada para otro, quizás mejor, día. Es de esperar que no pasen más de otros 200 años antes para que esto suceda.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AQUINO, Santo Tomás de (1927): *Summa Theologica* (Trans. Fathers of the English Dominican Province) Volumen 8, *Prima Secundae Partis*.
- AYERS, Edward L. et al. (2009): *American Passages: A History of the United States* (4th edition, Boston, Wadsworth Cengage Learning) 99 p.
- BAINBRIDGE, Stephen M. (2001): "Abolishing Veil Piercing", *Journal of Corporation Law* (vol. 26 n° 3): pp. 470 - 535.
- BARDES, Barbara A. et al. (2008): *American Government and Politics Today: The Essentials* (Belmont, Wadsworth Cengage Learning) 539 p.
- BARKER, Robert S. (2000): "Judicial Review in Costa Rica: Evolution and Recent Developments", *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* (vol. 267): pp. 7 – ss.
- BASDEVANT - GAUDEMET, Brigitte y GAUDEMET, Jean (2000): *Introduction Historique au Droit XIIIe-XXe siècles* (París, LGD) 468 p.
- BAUDELAIRE Charles (1979): *Eugène Delacroix, His Life and Work* (New York, Lear Publishers) 94 p.
- BECCARIA, Cesare (1764): *De los Delitos y las Penas* (Indianapolis, Hackett Publishing Company) 105 p.
- BELL, John et al. (2008): *Principles of French Law* (2nd edition, Oxford, Oxford University Press) 543 p.
- BELLOC, Hilaire (1929): *Survivals and New Arrivals* (New York, Macmillan Company) 288 p.

- _____ (1931): *Essays of a Catholic* (New York, Macmillan Company) 319 p.
- _____ (1937): *The Crisis of Our Civilization* (Reprinted 2009, Illinois, Tan Books and Publishers) 208 p.
- _____ (2008): *The Servile State* (1st edition 1912, AMZ-Omaha, CreateSpace) 116 p.
- BELLOMO, Manlio (1995): *The Common Legal Past of Europe* (Washington, Catholic University Press) 276 p.
- BERMUDES, Sergio (1999): "Administration of Civil Justice in Brazil", Adrian A.S. ZUCKERMAN (ed.), *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Oxford, Oxford University Press) pp. 347 – 362.
- BERRY, Paul (2006): *Outline History of Rome: From the Earliest Record (753 B.C.) to the Code of Justinian (A.D. 534)* (New York, Edwin Mellen Press) 375 p.
- BLANCO, Rafael et al. (2005): "Reform to the Criminal Justice System in Chile: Evaluation and Challenges", *Loyola University Chicago International Law Review* (vol. 2 n° 2): pp. 253 – 269.
- BRASS, Tom (2003): *Latin American Peasants* (Portland, Frank Cass Publishers) 421 p.
- BULLOCK (1993): *Hitler and Stalin: Parallel Lives* (New York, Vintage Books) 1089 p.
- BURTON, R. G. (1914): *Napoleon's Invasion of Russia* (London, Longman) 245 p.
- COLLINSON, Patrick (2003): *The Reformation: A History* (New York, Modern Library) 238 p.
- CORTESE, Ennio (2000): *Le Grandi Linee Della Storia Giuridica Medievale* (Roma, Il Cigno Edizioni) 540 p.
- DAINOW, Joseph (1966–1967): "The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison", *American Journal of Comparative Law* (vol. 15 n° 3): pp. 419 - 435.

- DAKOLIAS, Maria (1995): "A Strategy for Judicial Reform: The Experience in Latin America", *Virginia Journal of International Law* (vol. 36 n° 1): pp. 167 – 231.
- _____ (1996): *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform* (Washington, World Bank Publications) 79 p.
- DAVID, Rene y BRIERLY, John E.C. (1985): *Major Legal Systems in the World Today* (3rd edition, Londres, Stevens & Sons) 624 p.
- DAWSON, Christopher (1946): *The Making of Europe* (London, Sheed & Ward) 254 p.
- _____ (1950): *Religion and the Rise of Western Culture* (New York, Sheed & Ward) 286 p.
- DAWSON, John P. (1968): *Oracles of the Law* (Michigan, University of Michigan Law) 520 p.
- DE GUILLENCHMIDT, Michel (2005): *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques* (Paris, Economica) 467 p.
- DE LEÓN, Ignacio (2001): *Latin American Competition Law and Policy: A Policy in Search of Identity* (The Hague, Kluwer Law International) 300 p.
- DERRETT, John Duncan M. (1968): *An Introduction to Legal Systems* (London, Sweet and Maxwell) 203 p.
- DESAN, Suzanne (2006): *The Family on Trial in Revolutionary France* (California, University of California Press) 474 p.
- DODGE, Theodore Ayrault (2008): *Napoleon's Invasion of Russia* (Barnsley, Pen & Sword Books Ltd.) 286 p.
- DOMINGO, Pilar (2000): "Judicial Independence: The Politics of the Supreme Court in Mexico", *Journal of Latin American studies* (vol. 32 n° 3): pp. 705 – 735.
- DUPORT, Anne Marie (1987): *Terreur et Revolution: Nimes en l'An II, 1793-1794* (Paris, Jean Touzot) 397 p.
- EDER, Phanor J. (1950): *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin - American Law* (London, Stevens & Sons) 700 p.

ESQUIROL, Jorge L. (2008): "The Failed Law of Latin America", *American Journal of Comparative Law* (vol. 56 n° 1): pp. 75 – 124.

FARER, Tom (1995): "Consolidating Democracy in Latin America: Law, Legal Institutions and Constitutional Structure", *American University Journal of International Law and Policy* (vol. 10 n° 4): pp. 1295 - 1329.

FIGUEROA, Dante (2007): *Civil Law Trusts in Latin America: Is the Lack of Trusts an Impediment for Expanding Business Opportunities in Latin America?*, *Arizona Journal of International and Comparative Law* (vol. 24 n° 3): pp. 701 – 767.

FRENCH, Peter A. (ed.) (1998): *Individual and Collective Responsibility* (Schenkman Books) 297 p.

GEFFRÉ, Claude y JOSSUA, Jean-Pierre (1989): *1789: the French Revolution and the Church* (Albany, State University of New York) 139 p.

GEORGE, Hereford B. (1899): *Napoleon's Invasion of Russia* (London, T.F. Unwin) 451 p.

GLENDON, Mary Ann (1999): *Comparative Legal Traditions in a Nutshell* (2nd edition, St. Paul., West Group) 344 p.

GOLBERT, Albert y NUN, Yenny (1982): *Latin American Laws and Institutions* (New York, Praeger Publishers) 591 p.

GORDLEY, James (1994): "Myths of the French Civil Code", *American Journal of Comparative Law* (vol. 42 n° 3): pp. 459 - 505.

GORLA, Gino (1990): "Samuel Livermore (1786-1833): An American Forerunner to the Modern "Civil Law-Common Law Dialogue", John Henry MERRYMAN & David S. CLARK, (eds.), *Comparative and Private International Law: Essays in honor of John Henry Merryman on his seventieth birthday* (1990) pp. 121 – 137.

GRANDE, Elisabetta (2009): "Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Procedure", *Global Jurist* (vol 9. n° 4) art. 6. Disponible en <<http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art6/>>, fecha consulta: marzo 2011.

GRANIER DE CASSAGNAC, Adolphe (1950): *Histoire des Causes de la Révolution Française* (Bruxelles, Auguste Pagny) 370 p.

- GRUNING, David (2005): "Codifying Civil Law: Principle and Practice", *Loyola of Los Angeles Law Review* (vol. 51): pp. 57 – 71.
- HALEY, John O. (2006): "Judicial Reform: Conflicting Aims and Imperfect Models", *Washington University Global Studies Law Review* (vol. 5 n° 1): pp. 81 – 98.
- HERMAN, Shael (1981): "The Uses and Abuses of Roman Law Texts", *American Journal of Comparative Law* (vol. 29 n° 4): pp. 671 – 690.
- HILL, Claire A. (1998): "Latin American Securitization: the Case of the Disappearing Political Risk", *Virginia Journal of International Law* (vol. 38 n° 3): pp. 293 - 330.
- JAKSIC, Iván (2001): *Andrés Bello Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America* (Cambridge, Cambridge University Press) 278 p.
- JORDAN, David (1991): "Latin American Constitutionalism", Thompson, Kenneth W. (ed.): *The U.S. Constitution and the Constitutions of Latin America* (Lanham - Maryland, University Press of America) pp. 33 – 49.
- KALENSKÝ, Pavel (1971): *Trends of Private International Law* (The Hague, Martinus Nijhoff's) 308 p.
- KAMIL, Michael L. et al. (2000): *Handbook of Reading Research* (London, Psychology Press) Volume 3.
- KARST, Kenneth L et al. (1975): *Law and Development in Latin America: A Case Book* (Berkeley, University of California Press) 343 p.
- KELLY, Henry A. (2001): *Inquisition and Other Trial Procedures in the Medieval West* (Portland, Ashgate Pub Co.) 436 p.
- KOENIGSBERGER, H.G. (1987): *Medieval Europe 400–1500* (London, Longman Pub Group) 416 p.
- KOENIGSBERGER, H.G. y BRIGGS, Asa (1987): *Early Modern Europe 1500–1789* (London, Longman Pub Group) 343 p.
- KONSTAM, Angus (2005): *Lepanto 1571: The Greatest Naval Battle of the Renaissance* (Westport - Connecticut, Greenwood Publishing Group) 96 p.

LOBINGIER, Charles S. (1918): "Napoleon and his Code", *Harvard Law Review* (vol. 32 n° 2): pp. 114 – 134.

MAINWARING, Scott y SHUGART, Matthew S. (eds.) (1997): *Presidentialism and Democracy in Latin America* (Nueva York, Cambridge University Press) 493 p.

MATTHEW M. Taylor (2006): "Beyond Judicial Reform: Courts as Political Actors in Latin America", *Latin American Research Review* (vol. 41): pp. 269 - 280.

McCARTHY, Rose (2005): *Dictatorship: A Primary Source Analysis* (New York, Rosen Publishing Group) 64 p.

MERRYMAN, John H. (1985): *The Civil Law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (2nd edition, Stanford, CA. Stanford University Press) 168 p.

_____ (1996) "The French Deviation", *American Journal of Comparative Law* (vol. 44 n° 1): pp. 109 - 119.

MERRYMAN, John H., CLARK, David S. y HALEY, John O. (1994): *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America, and East Asia* (Virginia, Michie Company) 208 p.

_____ (2010): "Comparison of the Common Law and the Civil Law", *Comparative Law: Historical Development of the Civil Law Tradition in Europe, Latin America, and East Asia* (LexisNexis): pp. 27 - 50.

MERRYMAN, John Henry y PÉREZ - PERDOMO Rogelio (2007): *The civil law Tradition: an Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (3rd edition, Stanford, CA. Stanford University Press) 173 p.

MIROW, M.C. (2004): *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America* (University of Texas Press) 359 p.

_____ (2005): "The Code Napoleón: Buried but Ruling in Latin America", *Denver Journal of International Law and Policy* (vol. 33): pp. 7 – 179.

MONTESQUIEU (1748): *The Spirit of the Laws* (New York, Prometheus Books) 282 p.

- MULDOON, James (1979): *Popes, Lawyers, and Infidels: the Church and the Non-Christian World 1250–1550* (Philadelphia, University of Pennsylvania Press) 212 p.
- MURILLO, Maria (2000): “The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification”, *Journal Transnational Law and Policy* (vol. 11 n° 1): pp. 1 – 20.
- NEUHAUS, Richard John (1984): *The Naked Public Square* (Michigan, W.B. Eerdmans Pub. Co.) 280 p.
- OH, Peter B. (2010): “Veil – Piercing”, *Texas Law Review* (vol. 89 n° 1): pp. 81 – 147.
- OQUENDO, Angel R. (2006): *Latin American Law* (New York, Foundation Press, Thomson) 1248 p.
- ORTEGA, Andrés (ed.) (1774): “De los Protectores de Indios”, *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* (3ª edición, Madrid, Magestad Católica del Rey don Carlos II) Libro VI.
- OVERY, Richard (2004): *The Dictators: Hitler’s Germany and Stalin’s Russia* (New York, W.W. Norton & Company) 848 p.
- PÉREZ - PERDOMO, Rogelio (2006): *Latin American Lawyers: A Historical Introduction* (Stanford, CA: Stanford University Press) 184 p.
- PERIÑÁN - GÓMEZ, Bernardo (2002): “A Romanistic Approach on Unified European Private Law”, *Roman Legal Tradition* (vol. 1): pp. 104 – 111.
- PETERSON, Merrill (1984): *Jefferson Writings* (14th edition, New York, Library of America) 818 p.
- RASOR, Paul B. (1993/1994): “Biblical Roots of Modern Consumer Credit Law”, *Journal of Law and Religion* (vol. 10 n° 1): pp. 157 – 192.
- ROSENN, Keith (1974): “Judicial Review in Latin America”, *OHIO ST. L.JOURNAL* (vol. 35): pp. 785 - 819.
- ROUSSEAU, Jean - Jacques (2005): *The Social Contract* (1762) (Trans. G. D. H. Cole, New York, Barnes & Noble Books) 104 p.

- SCHOR, Miguel (2009): "An Essay on the Emergence of Constitutional Courts: The Cases of Mexico and Colombia", *Indiana Journal of Global Legal Studies* (vol. 16 n° 1): pp. 173 – 194.
- SCHWARTZ, Bernard (2006): *French Administrative Law and the Common Law World* (New York, New York University Press) 367 p.
- SHAPIRO, Martin M. (181): *Courts: A Comparative and Political Analysis* (Chicago, University of Chicago Press) 245 p.
- SOIBELMAN, Félix (2005): "Súmula vinculante na Emenda Constitucional nº45/2004", *Revista Jus Navigandi* (Teresina, año 9, n. 618). Disponible n <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6392>>, fecha consulta: marzo 2011.
- SOMMERVILLE, C. John (1994): "Defining Religion & the Present Supreme Court", *University of Florida Journal of Law and Public Policy* (vol. 6): pp. 167 – 180.
- STANLIS, Peter J. et al. (2003): *Edmund Burke & the Natural Law* (New Brunswick, Transaction Publishers) 348 p.
- SUK, Julie Chi-hye (2007): "Equal by Comparison: Unsettling Assumptions of Antidiscrimination Law", *American Journal of Comparative Law* (vol. 55 n° 2): pp. 295 – 346.
- SUNDER, Madhavi (2002-2003): "Piercing the Veil", *Yale Law Journal* (vol. 112 n° 6): pp. 1399 – 1472.
- TAYLOR, Matthew M. (2006): "Beyond Judicial Reform: Courts as Political Actors in Latin America", *Latin American Research Review* (vol. 41 n° 2): pp. 269 - 280.
- VAN CAENEGEM, R.C. (1992): *An Historical Introduction to Private Law* (Trans. D.E.L. Jonston, Cambridgr, Cambridge University Press) 215 p.
- VON MEHREN, Arthur T. (1988): *Law in the United States: A General and Comparative View* (Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers) 112 p.
- VON MEHREN, Arthur T. y GORDLEY, James R. (1977): *The Civil Law System* (2nd edition, Boston, Little Brown and Company) 1243 p.
- WALTON, Clifford (2003): *The Civil law in Spain and Spanish–America* (Washington, D.C.: W.H. Lowdermilk & Co) 672 p.

WATKIN, Thomas Glyn (1999): *An Historical Introduction to Modern Civil Law* (Aldershot:, Ashgate) 498 p.

WATSON, Alan (1981): *The Making of the Civil Law* (Cambridge, Harvard University Press) 201 p.

WESTERFIELD, Jennifer M. (2006): "Behind the Veil: An American Legal Perspective on the European Headscarf Debate", *American Journal of Comparative Law* (vol. 54 n° 3): pp. 637 – 678.

ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein (1987): *Introduction to Comparative Law* (Trans. Tony WEIR, 2nd edition, Clarendon Press) Volume I.

ZWEIGERT, Konrad y PUTTFARKEN, Hans-Jürgen (1996): "Statutory Interpretation-Civilian Style", ROGOWSKI, Ralf (ed.), *Civil Law*: pp. 259 – 274.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Decreto de 5 de marzo de 1803.

Ley Chapelier de 1791.

Ley de la Asamblea Constitutiva del 16–24 de agosto de 1790.

Ley sobre la Reunión de las Leyes Civiles en un Cuerpo Legal, Bajo el Título "Code Civil des Français".

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema (El Salvador), sentencia, 27 noviembre 1991, en *XCII Revista Judicial Corte Suprema de Justicia*, pp. 832 y ss.

Corte Suprema (El Salvador), sentencia, 3 diciembre 1991, en *XCII Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia*, pp. 836 y ss.

Corte Suprema (El Salvador), sentencia, 27 febrero 1992, en *XCIII Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia*, pp. 934 y ss.

Marbury v. Madison (1803): Corte Suprema de los Estados Unidos, 5 U.S. 137.

Ortega contra Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua (2009): Sentencia n° 504, 19 octubre 2009, recurso de amparo, *Archivos*

de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, pp. 1–23,
Disponible en <<http://www.glin.gov/view.action?glinID=224071>>, fecha consulta: diciembre 2009.