

## XII. Reinterpretación de los derechos nacionales<sup>1</sup>

### 1. Antecedentes

En Roma y en las Edades Media y Moderna se contaba con un *ius gentium* y – más adelante– *ius commune* que servían como marco para criterios interpretativos universales. La codificación napoleónica intentó simplificar el *ius commune* de las Edades Media y Moderna, o derecho de doctrina y, como tal, rico en controversias. Es decir, persiguió propósitos nobles. Pero derivó en consecuencias perniciosas, al propiciar el “positivismo legislativo”<sup>2</sup> miope que hasta hoy ata al jurista común del mundo del derecho civil.

Las consecuencias desastrosas de la codificación –resalta David– competen en gran parte a los juristas-académicos y su actitud en pro del positivismo legislativo, agravada por nacionalismo<sup>3</sup>. El drama europeo no fue la codificación, sino la actitud de las universidades en la alborada de la codificación<sup>4</sup>, de cuyas consecuencias perniciosas no nos liberamos hasta hoy.

Me concentro a continuación en los dos grandes sistemas del derecho civil, que influyen en gran parte en los demás: el francés y el alemán.

### 2. Evolución en Francia

Los primeros comentaristas del *Code* francés, quienes se hallaban adscriptos al método de *interpretación restrictiva* por medio de la exégesis, centrado fundamentalmente en el análisis gramatical y lógico de los textos legales, tenían un pensamiento que podría resumirse en estas palabras de Demolombe: “Mi compromiso de fe, mi pensamiento es este: los textos antes que nada. Publico un tratado del Código Napoleón; mi meta es, consecuentemente, interpretar y explicar el Código Napoleón en sí, considerado como ley viviente, como ley aplicable y obligatoria”<sup>5</sup>.

Sin embargo, en la propia Francia la técnica jurídica adopta un giro fundamental a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Como lo apunta Meynial, hasta 1852 todo estaba basado en los textos, o en todo caso en la ciencia que se fue formando alrededor de ellos; desde entonces se empieza a tomar en consideración la práctica,

---

<sup>1</sup> Sobre la interpretación “transnacionalizada” de los derechos internos, puede ampliarse en: J. A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 64).

<sup>2</sup> Se advierte que este tema plantea múltiples interrogantes de orden teórico, y requeriría a su vez importantes matizaciones, lo cual excede el propósito de esta contribución.

<sup>3</sup> El espíritu del *Code* lo trasuntan sus redactores Portalis, Tronchet, Bigot Prémeneu y Maleville, en el *Discours Préliminaire*, al señalar que se ha intentado simplificar la legislación, pero de ninguna forma prever todo, lo cual sería imposible ante los cambios del tiempo, de las costumbres, el avance de la experiencia, la evaluación de los jueces. Por ello, reconocen los redactores que el Código Francés tiene lagunas y que será tarea de los jueces y de la experiencia ir llenándolas. La labor de llenar los vacíos, lagunas o contradicciones corresponderá de allí en más al juez, y, como lo dijo expresamente Portalis, este recurre a los principios, a la doctrina, a la ciencia del derecho, que es por tanto la que debe dominar, según lo dicho por Locré (ver textos transcriptos en A. VON MEHREN (nota 39), pp. 54-56

<sup>4</sup> R. DAVID, *English Law and French Law*, London, Ed. Stevens, 1980, pp. 68-69. Dice Constantinesco que una vez asegurado el monopolio de la creación del derecho, el poder político terminará estatizándolo, L- J. CONSTANTINESCO (nota 3), p. 50.

<sup>5</sup> Citado por A. VON MEHREN, *The Civil Law System*, second edition, Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1977, p. 58.

y la doctrina empieza a tomar el rol de organizador del derecho jurisprudencial, como antes fue organizador de la ley<sup>6</sup>.

A la par, de allí en más la doctrina fue acentuando paulatinamente una *interpretación extensiva* de los textos legales. El pensamiento extensivo hace que juristas de albores del siglo XX, como Planiol, invoquen el auxilio de la *economía política*. Otros, como Ripert, hablarán de *la regla moral*. La tendencia subsiste hasta nuestros días, en que, por ejemplo Carbonnier, en la edición francesa de su obra en el año 1992, realza la importancia de los adelantos de la escuela de *law and economics* de origen norteamericano<sup>7</sup>.

En materia de derecho de daños, el método de interpretación extensiva llevó a varias figuras del *Code* a aplicaciones insospechadas, como por ejemplo con respecto a la evolución de las cinco normas de responsabilidad civil (arts. 1382-1386), a las que se asignaron aplicaciones fecundísimas, algunas incluso contrariando el sentido originario, como ocurrió, por citar un ejemplo, con el giro de la responsabilidad subjetiva hacia la responsabilidad objetiva<sup>8</sup>.

Una parte importante del derecho privado francés resulta entonces, hoy día, producto de precedentes jurisprudenciales, del reconocimiento a los usos y de construcción doctrinaria, aunque existan todavía muchos que sigan teniendo una concepción legalista del derecho. Lo mismo podría decirse de varios otros países de Europa y Latinoamérica donde existen Códigos de derecho privado<sup>9</sup>.

### 3. Alemania

El modelo de codificación fue el francés, pero –como bien lo refiere López Medina–, en cuanto al modelo de ciencia jurídica, reina la escuela alemana. Así como los estudiantes habían acudido a Italia en el siglo XII, a Francia en el siglo XVI y a Holanda en el siglo XVII<sup>10</sup>, lo propio ocurrió con Alemania en el siglo XIX. Sin embargo, por sobre ello, el factor decisivo para la incidencia germana ha sido la particular influencia de Savigny<sup>11</sup>. En Francia, sus trabajos entran con mucha fuerza a partir de la obra de Zacharie, introducida al país por medio de los grandes juristas galos Aubry y Rau, quienes –continuando la labor de aquel– terminan escribiendo quizás el tratado más influyente del derecho privado francés del siglo XIX. Estas enseñanzas se extienden luego, en general, al mundo civilista.

<sup>6</sup> Citado por A. VON MEHREN (nota 325), pp. 87-88.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, *Derecho Civil, El Derecho de las Obligaciones y la Situación Contractual*, t. I, 1992.

<sup>8</sup> Otro desarrollo peculiar y de fecundísimas consecuencias es el de la teoría de la causa. Una exposición detallada del tema se encuentra en los libros: J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Dos Tesis sobre Contratos*, Asunción, Ed. Intercontinental, 2008; y J. A. MORENO RODRÍGUEZ, *Teoría de la Causa*, Asunción, Ed. Intercontinental, 1996; y un resumen actualizado en la monografía: "Causa" y "Consideration" en la *Formación del Contrato: Estado actual en el Derecho Comparado, en El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, que aparece en el libro: J.A. MORENO RODRÍGUEZ (nota 64).

<sup>9</sup> Nada más apropiado aquí que las palabras de Merryman: "Existe la masa de los abogados, y por otro lado el jurista refinado, crítico, en el horizonte creciente del pensamiento legal. Los juristas refinados constituyen siempre el grupo más pequeño y menos representativo, pero incluso en la nación más atrasada podemos encontrar algunos abogados que dicen honestamente: 'eso no me parece justo'". Señala Merryman que su libro sobre la tradición jurídica romano-canónica se ocupa de lo que cree la masa de abogados del mundo de derecho civil, aunque la vanguardia del pensamiento legal le diga que está errada MERRYMAN (nota 16), p. 13.

<sup>10</sup> D. E. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Editorial Legis, 2004, p. 134, nota al pie.

<sup>11</sup> Ver sobre esto D.E. LÓPEZ MEDINA (nota 330), p. 127.

Queda así la doctrina alemana en un pedestal de singular preponderancia en los sistemas del derecho civil, que –podría decirse, aunque aquí también podrían efectuarse matizaciones– aún retiene. De ese modo, siguen incidiendo en varios países del mundo civilista los cambios metodológicos registrados en la Alemania post-Savigny, sobre todo cuando se recurre, para moldear el derecho privado, a derechos fundamentales reconocidos en el orden constitucional o “principios”.

Para la elaboración del Código Civil Alemán (B.G.B.), vigente a partir de 1900, prevaleció ampliamente el pensamiento pandectista, inspirado en Savigny, que atiende al orden formal-abstracto-lógico<sup>12</sup>, lo cual se refleja en la misma estructura y técnica legislativa del B.G.B. Se pretendía que a partir de entonces el juez tendría ante sí un sistema herméticamente pleno de normas jurídicas, que se ocuparía expresa o implícitamente de cada cuestión que pudiera presentarse, a cuya solución se llegaría por medio de operaciones puramente lógicas.

La evolución jurisprudencial, doctrinaria, y ciertos acontecimientos trascendentes dentro de la vida alemana, como lo fue, en particular, el advenimiento de la Primera Guerra Mundial, hicieron sentir la necesidad de un sistema interpretativo más elástico, de acuerdo a las nuevas necesidades que fueron surgiendo, como ocurrió, por ejemplo, con la excesiva onerosidad sobreviniente (imprevisión) a la terrible inflación que azotó Alemania luego de la contienda. Así, la llamada *jurisprudencia de intereses* vino a confrontarse con la denominada *jurisprudencia de conceptos* que había prevalecido hasta entonces.

A diferencia de esta última, la jurisprudencia de intereses pretende ir más allá de meras operaciones lógicas, para lo cual se propugna el análisis de los intereses en juego y de las consecuencias sociológicas de la decisión en uno u otro sentido. El juez adquiere un rol más activo y el método lógico estricto se ve fuertemente atenuado. Consecuentemente, ante la aparición de nuevos problemas que evidentemente no fueron previstos en el Código (como la imprevisión), antes que intentar reconstruir el pensamiento del legislador, sobre bases totalmente desactualizadas, cabría evaluar los intereses en conflicto. Desde el punto de vista teórico, resaltan aquí los trabajos de Zitelmann, Heck, Rümelin y Esser<sup>13</sup>.

El Tribunal Supremo germánico ha invocado en reiteradas ocasiones la jurisprudencia de intereses<sup>14</sup>, y ha venido valiéndose, además, de diversas técnicas para romper con el conceptualismo positivista. Recientemente, ha adquirido particular fuerza la *jurisprudencia de valores*, encarnada en las posiciones teóricas de Larenz y Canaris, entre otros<sup>15</sup>. El sistema jurídico no es simplemente el resultado de luchas de poder contingentes, sino refleja una coherencia interna dentro de una jerarquía de principios y subprincipios a través de los cuales se conectan sus diferentes niveles. La resolución de un caso requiere la reconstrucción del complejo esquema de principios y la apelación a sus contextos cuando se necesita balancearlos conforme a los valores en juego.

Se entiende, pues, que Alemania haya estado preparada para recibir las ideas del norteamericano Dworkin–elaboradas en torno a los “principios” jurídicos– con los trabajos del germano Alexy a partir de los años setenta, quien introdujo la teoría de Habermas del discurso racional al mundo jurídico, transformándola en una teoría de

---

<sup>12</sup> A. T. VON MEHREN (nota 39), pp. 75-81.

<sup>13</sup> Varios de cuyos pasajes se encuentran transcritos en A. T. VON MEHREN (nota 39), pp. 91-95.

<sup>14</sup> RÜMELIN, citado por A. T. VON MEHREN (nota 39), p. 94.

<sup>15</sup> Ver al respecto K. LARENZ, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, pp. 32-36; también H. COING (nota 2), pp. 57-58.

la argumentación jurídica<sup>16</sup>. Se recurre así frecuentemente a la invocación de “principios”, sobre todo aquellos consagrados en la Ley Básica Fundamental Alemana y la doctrina desarrollada en torno a ellos<sup>17</sup>.

De hecho, como bien lo destaca López Medina, ya en la Alemania del siglo XIX se encontraba claramente en proceso de gestación la reinterpretación del derecho privado por fundamentos filosófico-políticos con el desarrollo del ideal del Estado social. Ella constituye una forma de filosofía jurídico-política inspirada originalmente por Herder, luego Gierke, más adelante por el iussocialista Heller, para luego terminar formalizada en la cláusula de Estado social, primero presunta en la Constitución de Weimar en 1919, y finalmente en forma explícita en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Prevalece así una comprensión orgánica y finalista de la sociedad, originada en Herder y en el desarrollo de las ideas románticas, por sobre una tradición positivista e individualista proveniente fundamentalmente de las ideas de Kant<sup>18</sup>.

El positivismo legalista había llevado a resultados aberrantes, cuyos extremos pudieron percibirse con la Alemania Nazi y el sinnúmero de situaciones de injusticia generadas por la estricta sumisión a reglas legales. De allí que después de la Segunda Guerra Mundial y el proceso de Nuremberg, los tribunales hayan recurrido con frecuencia cada vez mayor y más abiertamente, a los principios generales del derecho, comunes a todos los pueblos civilizados. ¿Es una vuelta al derecho natural clásico? Perelman diría que es un retorno a la concepción de Aristóteles que, al lado de las leyes especiales escritas, afirma la existencia de un derecho general: “todos esos principios no escritos que se suponen ser reconocidos en toda parte”<sup>19</sup>.

#### **4. El rol del constitucionalismo moderno y los tribunales supranacionales en la reinterpretación de los derechos privados**

Como bien lo resalta Tushnet, muchos sistemas constitucionales hoy están sujetos a la supervisión de instituciones internacionales que aplican derechos humanos internacionales, a saber: la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y muchos más. En tanto las cuestiones constitucionales finalizarán en tribunales domésticos, ellas pueden, en principio, dirimirse con criterios autóctonos. En las últimas décadas, sin embargo, los derechos internacionales –y particularmente los derechos humanos– entraron al ruedo, con tribunales supranacionales que se erigen en sus guardianes, por encima de los tribunales supremos locales<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> A. SOMEK, “German legal philosophy and theory in the nineteenth and twentieth centuries”, en D. PATTERSON (ed.), *A Companion to Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell, 1996, pp. 351-352.

<sup>17</sup> La nueva Ley Básica Alemana derivó en la constitucionalización del derecho privado en lo que respecta a derechos, dignidad, libertad personal. La jurisprudencia también fue sistematizada, para lo que contribuyó mucho también la doctrina y lo que se consideró “hipertrofia del comentario jurídico” (R. ZIMMERMANN / S. WHITTAKER (editores), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 22-23). La distinción entre reglas y principios –refiere Alexy– se propagó en Alemania sobre todo a partir de los años 50 gracias a los trabajos de Esser. Dworkin popularizó el debate a nivel internacional luego de un artículo de 1967 contra el positivismo de H.L.A. Hart (R. ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93-94).

<sup>18</sup> D. E. LÓPEZ MEDINA (nota 330), p. 81, y cita a Ewald.

<sup>19</sup> C. PERELMAN, *Lógica Jurídica*, Traducción al portugués de la Edición de 1979, S\_o Paulo, Editorial Martins Fontes, 2000, pp. 102-103.

<sup>20</sup> M. TUSHNET, “Comparative Constitutional Law”, en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2006, p. 1233.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, por ejemplo, invocó a ese efecto repetidamente el tratado de la Unión, especialmente las cuatro libertades (movimiento de bienes, personas, servicios y capital) y el principio de no discriminación. Así, resolvió que la regla tradicional prevaleciente por mucho tiempo en países europeos, de que las corporaciones se encuentran sujetas a lugar de su asiento, no puede ser invocada para denegar su establecimiento y reconocimiento en otro Estado miembro (*Centros v Erhvervsog Selskabsstryrelsen*)<sup>21</sup>. También ha juzgado este máximo tribunal que el orden público comunitario debe ser interpretado a la luz de la Convención Europea de Derechos Humanos (*Krombach v Bambersk*)<sup>22</sup>.

A la par, los tribunales nacionales vienen invocando los derechos humanos para "limitar" lo que los Estados pueden hacer en materia de derecho internacional privado. Marcó todo un hito en este sentido la famosa decisión de la Corte Constitucional alemana de 1971, seguida por otras, como la italiana de 1987<sup>23</sup>.

Como lo destaca Whittaker, con ello los tribunales domésticos permiten que las normas o derechos contenidos en sus instrumentos constitucionales (especialmente en materia de derechos humanos) puedan servir de motor para una transformación o modernización de sus derechos internos. De este modo, las viejas leyes vienen siendo reconsideradas y reinterpretadas a la luz del más nuevo pensamiento constitucional. Esto es lo que ocurrió, por ejemplo, en Alemania, donde el principio de la buena fe, previsto en el Código Civil, resultó un vehículo particularmente útil para introducir normas constitucionales al derecho privado<sup>24</sup>.

## 5. Panorama actual

Es irreversible la vuelta al universalismo en materia interpretativa del derecho privado. Los embates contra el particularismo nacionalista se registraron con fuerza en el plano teórico ya a partir del mismo siglo XIX. Decía por entonces el insigne germanista Ihering que reducir la teoría jurídica al derecho local constituye una condición humillante no digna de una ciencia. La teoría jurídica se sofoca cuando se cierra en las fronteras del Estado. Su prosperidad requiere una "atmósfera cosmopolita". Solo escuelas de bajo nivel intelectual pueden existir en un país con fronteras cerradas, entrenando abogados con mentes estrechas<sup>25</sup>. Por su parte, ya hacia mediados del siglo XX, Rabel abogaba con insistencia por un cambio radical de un pensamiento provincial hacia una concepción jurídica universal o global (*World-wide*)<sup>26</sup>. Dato no menor si se considera que Rabel, reconocidamente, influenció el derecho comparado más que cualquier otro jurista del siglo XX. Ante el irresistible torrente universalista, otro gran comparatista, ya de nuestros días, el inglés lord Goff de Chieveley, ha sentenciado de manera elocuente: "El derecho comparado puede

---

<sup>21</sup> Caso C-212/97, (1999) ECR-I, 1459.

<sup>22</sup> Caso C-7/98, (2000) ECR I-1935.

<sup>23</sup> Ver M. REIMANN, "Comparative Law and Private International Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, pp. 1392-1393.

<sup>24</sup> S. WHITTAKER (nota 47), pp. 67-68.

<sup>25</sup> R. DAVID, *Los Grandes Sistemas del Derecho Contemporáneo*, tr. al portugués Hermínio A. Carvalho, 4.ª edición, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2002, p. 16.

<sup>26</sup> H. J. BERMAN / F. J. DASSER, "The "new" law merchant and the "old": sources, content, and legitimacy", en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Revised Edition, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 69.

haber sido el hobby del ayer pero está destinado a convertirse en la ciencia del mañana”<sup>27</sup>.

Como dato no menor, cabe agregar que el divorcio entre el derecho y la justicia, nefasto legado nominalista, se consolidó a través de los siglos con ayuda también de un deficiente manejo de la lógica. Como lo explica Villey, desde Descartes adquirimos una idea muy empobrecida de esta disciplina, copiada más del modelo de las matemáticas o de las ciencias físicas modernas que de la experiencia del derecho. Nuestra lógica es principalmente deductiva, procede sobre todo de arriba para abajo, de los principios a sus consecuencias. Hoy los tratados de lógica jurídica o métodos de interpretación del derecho tratan fundamentalmente de deducciones a partir de las normas, aunque se reconozca que esas derivaciones son, con frecuencia, irregulares. Esto combina con los preconceptos del positivismo legalista o el normativismo de nuestro tiempo: el derecho consiste en reglas, o lo que se extrae o deduce a partir de las mismas<sup>28</sup>.

La antigua retórica aristotélica, caída en descrédito y tratada de manera peyorativa, con mucha fuerza, por los racionalistas de la Ilustración, renace bajo rótulos como los de “nueva retórica”, “tópica” o “teoría de la argumentación”, con un frontal ataque a las derivaciones de la lógica cartesiana trasladada al ámbito jurídico –gran soporte teórico para el nacionalismo legalista–, hoy bajo severas escaramuzas.

Debe tenerse presente, además, que la lógica bivalente de la que se valieron los juristas para la consolidación de este legalismo, tiene –según se reconoce cada vez con mayor fuerza– severos problemas. La lógica bivalente se asienta en el principio de la no contradicción, es decir, que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. La tajante regla no resuelve el problema de la paradoja, término acuñado por los antiguos griegos en lógica en alusión a cuando no se puede explicar algo importante, situación no infrecuente en aplicación del principio antedicho<sup>29</sup>.

No es de extrañar, entonces, que se encuentre perdiendo adeptos y se vaya consolidando cada vez con mayor fuerza la llamada lógica multivalente. Para ella, todas las categorías son vagas y los esfuerzos por separarlas resultan arbitrarios y artificiales. Esto se extiende incluso al mundo físico, donde los límites físicos se disuelven, tal cual lo indican los avances de la física cuántica. Así, todo se vuelve materia de grado, contrariamente a lo postulado con el principio de la no contradicción. La lógica bivalente está detrás de mucho de la construcción del derecho occidental, pero la lógica multivalente viene siendo tomada muy seriamente por el pensamiento de nuestros días<sup>30</sup>. A partir del reconocimiento de la real complejidad del mundo, la lógica multivalente no es realmente difusa. Es muy precisa, informada y altamente particular. Hay algo de la casuística en ella, en su insistencia metodológica por el detalle. Sin hablar mucho de ello –concluye el gran comparatista contemporáneo Glenn– el *common law* y el derecho civil vienen siendo en este sentido multivalentes, con un particular énfasis puesto en la casuística<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> A. HARDING / E. ÖRÜCÜ (eds.), *W.G. Hart Legal Workshop Series, Comparative Law in the 21st Century*, Londres, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 7-8.

<sup>28</sup> M. VILLEY, *La formación del pensamiento jurídico moderno*, traducción al portugués, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2005, pp. 429-430.

<sup>29</sup> Si bien Copi le resta interés e importancia en lógica, termina reconociendo que retóricamente es el elemento de persuasión más importante jamás ideado. Ver I. COPPI, *Introducción a la Lógica*, tr. de la 4a ed. inglesa (1972), Buenos Aires, Editorial EUDEBA, 1985, p. 270.

<sup>30</sup> H. P. GLENN (nota 6), p. 351.

<sup>31</sup> H. P. GLENN (nota 6), pp. 352-353.

De hecho, casuístico fue el derecho romano (“triunfo del crecimiento histórico antes que de la lógica” –en palabras de Walton<sup>32</sup>), del que deriva la tradición jurídica occidental, y casuístico sigue siendo hasta hoy, en gran medida, el *common law*. Allí, el “*right reason*” al que ya hacía alusión Coke en el siglo XVII (“*common law is nothing but reason*”) tiene que ver no con una racionalidad lógica, sino con una artificial perfección de la razón, obtenida de un largo estudio, observación y experiencia, derivada de una casuística consolidada en la sucesión de los años, de modo que nadie debería pretender imponer una razón privada<sup>33</sup>, sino la refinada en los siglos por un infinito número de “*grave and learned men*”. Este es un concepto bien diferente al de la razón pregonada por racionalistas. No estamos ante una razón implantada por Dios en la naturaleza humana como tal. Tampoco ante una “razón privada” de los individuos. Nos encontramos ante razón artificial históricamente enraizada en el pensamiento y la experiencia de los *common lawyers* a través de una casuística de siglos<sup>34</sup>.

A su vez, en la tradición de los sistemas del derecho civil “romano-francés-germánico”, derivaciones racionalistas del nominalismo de Ockham intentaron explicar el mundo con arreglo a las leyes matemáticas<sup>35</sup>, y las herramientas lógicas entonces florecientes, con deducciones muchas veces cuestionables, sirvieron de soporte para la simplificación del derecho, proceso que desembocó en la codificación que prolifera con fuerza a partir, sobre todo, del Código Civil Francés de 1804.

Es cierto, la codificación intentó la fijación o simplificación del *ius commune* o derecho de doctrina y, como tal, rico en controversias y hasta sutilezas y muchas veces alejado de su propia época y de la lengua del vulgo<sup>36</sup>. Es decir, persiguió propósitos plausibles. Pero derivó en consecuencias perniciosas, al propiciar la adhesión al texto legislativo que hasta hoy ata al jurista común. Son elocuentes las conocidas palabras del profesor Bugnet: “Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código Napoleón”. Como resultado final, ya no será objetivo del derecho lo justo, el *ius suum cuique tribuere* en la terminología romana, sino el cumplimiento a rajatabla de la autoridad del soberano manifestada en la ley.

Ahora bien, el derecho codificado ha demostrado ser tan inestable, impredecible e incierto –“*quite as mulishly unruly*”– como jamás haya sido el *common law* no codificado<sup>37</sup>. De allí que se busque luz en el derecho comparado, y en el inagotable hontanar casuístico y de fuentes allí encontrados.

El panorama actual, descrito por los grandes comparatistas Zweigert y Kötz, es el siguiente: existen precedentes jurisprudenciales en Alemania, Grecia, Portugal y sobre todo Suiza, repletos de referencias al derecho comparado, como así también en Inglaterra, Australia, Canadá y otros países del sistema anglosajón<sup>38</sup>. En cuanto a los Estados Unidos de América, por más de doscientos años, su Corte Suprema se

---

<sup>32</sup> F. P. WALTON, *Cause and Consideration in Contracts*, CLXIII L. Q. Rev., 1925, p. 312.

<sup>33</sup> H. P. GLENN (nota 6), p. 236.

<sup>34</sup> H. J. BERMAN / F. J. DASSER (nota 346), pp. 242-244.

<sup>35</sup> Al definir Ockham el movimiento natural de los cuerpos como “arbitrario”, esto es, como exento de *telos*, y deducir de ello –sus discípulos Buridan y Nicolas Oresme– el desenvolvimiento de la teoría del ímpetu, se despejó el campo de acción de la explicación del mundo con arreglo a las leyes matemáticas F. WIEACKER (nota 3), p. 211, nota al pie.

<sup>36</sup> H. COING (nota 2), p. 112.

<sup>37</sup> Así lo afirmaba el reconocido jurista de Yale Grant Gilmore, H.J. BERMAN / F.J. DASSER (nota 346), pp. 59-60.

<sup>38</sup> K. ZWIEGERT / H. KÖTZ (nota 317), p. 19.

vio influenciada por sistemas foráneos y a su vez, reconocidamente, ha incidido de manera preponderante en opiniones jurídicas afuera<sup>39</sup>.

Una frase de Berger sintetiza la actitud que viene tomando cuerpo hoy: "interpretación transnacional del derecho" ("*internationally useful construction of domestic laws*")<sup>40</sup>. Su compatriota germano Zimmermann dice, con referencia al derecho teutón, que los recursos del *ius commune* –de clara vocación universal– tienen hoy considerable significado para la evaluación e interpretación de provisiones legislativas germánicas<sup>41</sup>.

Recientemente, en la propia Francia que había dado génesis al impulso codificador-nacionalista, Guy Canivet, presidente de la *Cour de Cassation* y ex Presidente de la *Société de Législation Comparée*, abogó por el rol del juez como guardián de valores sociales a través del uso del derecho comparado. Incluso, para conducir una efectiva investigación comparada, la Corte de Casación puede ordenar un reporte de un nuevo Centro de Derecho Comparado en la Universidad Panteón-Sorbonne (Paris I)<sup>42</sup>. Es más, aun los llamados "internistas" en Francia, aunque rehúsen considerarse "comparatistas", hacen varias formas de comparación. Por ejemplo, todos los textos recientes de doctrina, relativos al derecho de contratos, confrontan el derecho interno francés con convenciones internacionales, "*restatements*", directivas y jurisprudencia europeas, entre otros materiales<sup>43</sup>.

Inglaterra es otro país en que la fuerte corriente "internista" viene cediendo cada vez más terreno. El giro radical hacia el universalismo viene sobre todo a partir de la década de los 90, período descrito por Lord Bingham como "*the time when England... ceased to be a legal island*". Un punto de inflexión en este sentido representa el caso *White v. Jones* de 1995. En tanto que en el caso *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd* (2002) se hace expresa alusión a la búsqueda de soluciones en otros sistemas jurídicos como un "*cross check*" de lo que se adopta como decisiones propias<sup>44</sup>. Dijo allí lord Bingham: "Si una decisión dada en este país ofende el sentido de justicia del juzgador, y si la consideración de fuentes internacionales sugiere que una decisión diferente y más aceptable sería arribada en otras jurisdicciones, cualquiera sea su tradición jurídica, esto debería motivar una ansiosa revisión de la decisión de que se trate"<sup>45</sup>.

La tradición del *common law* anglosajón merece una atención especial, considerando que en 1921, en su apogeo de expansión, el imperio inglés incluía casi un tercio de la tierra del mundo y como un cuarto de su población<sup>46</sup>, y que hoy muchas de sus soluciones, sobre todo en materia mercantil, permean cual "caballo

---

<sup>39</sup> D. CLARK, "*Development of Comparative Law in the United States*", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 179.

<sup>40</sup> Ver en V. RUIZ ABOU-NIGM, "The Lex Mercatoria and Its Current Relevance in International Commercial Arbitration", en A. DREYZIN / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, (dirs.), *Revista DeCITA, derecho del comercio internacional, temas y actualidades*, Arbitraje, p. 111.

<sup>41</sup> R. ZIMMERMANN (nota 7), texto después de la nota 144.

<sup>42</sup> B. FAUVARQUE-COSSON (nota 66), p. 59.

<sup>43</sup> B. FAUVARQUE-COSSON (nota 66), p. 38.

<sup>44</sup> S. VOGENAUER, "Sources of Law and Legal Method in Comparative Law", en *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford y Nueva York, Oxford University Press, 2006, p. 876.

<sup>45</sup> Véase J. M. SMITS (nota 296), pp. 525-527.

<sup>46</sup> M. GRAZIADEI (nota 43), p. 451.



de Troya<sup>47</sup> en los derechos nacionales, merced también a los acontecimientos mundiales y regionales homogeneizadores, referidos un poco más abajo.

Si bien en el siglo XIX no tuvieron éxito en la praxis inglesa las propuestas codificadoras de Bentham, sí fue consolidándose –allí también– la idea general de un derecho “nacional”, expresado en las decisiones de los jueces y en tratados sistemáticos doctrinales explicando el derecho de los jueces. Se empezó a hablar así del “*legal system*” inglés<sup>48</sup>.

Sin embargo, como lo refiere Merryman, en Inglaterra el positivismo estatal se subrayaba mucho menos, pues no hubo una revolución radical como la francesa que, en aras del nacionalismo, intentara romper abruptamente con el pasado y su tradición universalista<sup>49</sup>.

Debe considerarse que, históricamente, los jueces ingleses han sido receptivos a prácticas mercantiles y equitativas, a través de tribunales especiales como los *Admiralty Courts* o los *Equity Courts*, que fueron finalmente absorbidos por los tribunales del *common law* con su rico bagaje a cuestas. Particularmente los tribunales comerciales y marítimos anglosajones –al igual que el pretor peregrino de la Roma antigua–, recurrían constantemente al derecho comparado para la búsqueda de la mejor solución, en un proceder muy parecido al que enriqueciera en su momento el *ius gentium* romano, según lo hizo notar en su momento el célebre e influyente lord Mansfield (*Chief of the English King's Bench*, de 1756 a 1788) en el caso *Luke v. Lyde*, en el que incluso citó a Cicerón<sup>50</sup>. Lord Mansfield –entre otros– se había valido liberalmente de fuentes romanas y civiles para desarrollar el derecho comercial inglés. E hicieron lo propio, al otro lado del atlántico, por ejemplo, el notable miembro de la Corte Suprema Joseph Story (1779-1845), como así también su compatriota James Kent (1763-1847), ambos de gran influencia en los Estados Unidos<sup>51</sup>.

En definitiva, hoy día existe mucho más claridad sobre las influencias recíprocas y el universalismo subyacente en materia jurídica. Gordley, uno de los más versados comparatistas y teóricos del derecho de nuestro tiempo, luego de años y años de investigación, concluye con énfasis que, claramente, en materia de derecho privado, la idea de sistemas jurídicos como islas de principios y concepciones distintas del derecho debe ceder ante el hecho de que se lidia con problemas similares, de modo que, normalmente, las divergencias en las reglas formales son solo aparentes, en tanto que subyacen problemas comunes que requieren respuestas análogas<sup>52</sup>. Esto claramente incide en la reinterpretación de los derechos nacionales.

---

<sup>47</sup> Así calificó Schlechtriem a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, inspirada fuertemente en el *common law*, y hoy ya adoptada por numerosos países del sistema de Derecho civil, ver P. SCHLECHTRIEM (nota 36).

<sup>48</sup> H. P. GLENN (nota 6), p. 245

<sup>49</sup> J. H. MERRYMAN (nota 16), pp. 50-51.

<sup>50</sup> Esta contribución se encuentra reproducida, con algunas adaptaciones, en el libro: F. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Special Edition, Nueva York, Transnational Publishers, 2005, p. 151. A pesar de que lord Mustill dice que Mansfield se refirió a la *lex mercatoria*, no como se le quiere hacer aparecer, sino para asegurarse de que el derecho inglés estatuido por él fuera útil, actualizado e intelectualmente coherente, ver L. JUSTICE MUSTILL (nota 269), p. 152.

<sup>51</sup> D. CLARK (nota 359), p. 184.

<sup>52</sup> J. GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 3.