

Presentación de la edición mexicana

LOS SISTEMAS DE DERECHO DE TRADICIÓN CIVILISTA EN PREDICAMENTO

La respuesta francesa a los informes *doing business*
del Banco Mundial

Jorge SÁNCHEZ CORDERO¹

"...La creación de la ley no proviene
de la lógica, sino la experiencia..."

Oliver Wendell Holmes Jr²
en *The Common Law*

1. Para el Grupo Mexicano de la Asociación Henri Capitant es una gran distinción publicar este libro de alto contenido académico por muy diferentes razones. La primera de ellas por tratarse de una obra que contiene importantes reflexiones en torno al sistema de derecho romano germánico, que es a la que nuestro país pertenece. En segundo término resalta el hecho que el Grupo Mexicano participa de la convicción que solamente a través de la discusión científica puede crearse nuevos paradigmas jurídicos de los que la sociedad mexicana puede beneficiarse. Finalmente el Grupo Mexicano no podía permanecer al margen de uno de los debates más importantes que actualmente ocupan la atención de los científicos sociales. Con ello busca reafirmar su vocación de continuar

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Paris Panteón-Assas y Presidente del grupo Mexicano de la Asociación Henri Capitant. Miembro del Consejo de Dirección del Instituto Internacional de la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).

² Traducción libre del autor

siendo un foro que propicia el debate de los problemas jurídicos de nuestro tiempo. Por ello asumió la responsabilidad de traducir y editar la respuesta francesa a la publicación *Doing Business* del Banco Mundial.³

2. La publicación *Doing Business* del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, conocido como Banco Mundial ha causado legítimamente una gran perturbación en los círculos jurídicos de América Latina. Por ello la respuesta francesa constituye un referente de alto significado para nuestro foro. Se publican junto con la respuesta francesa, varios pronunciamientos de los grupos latinoamericanos de la Asociación Henri Capitant.

3. Es igualmente importante destacar que los estudios que subyacen en la publicación *Doing Business* del Banco Mundial son extremadamente seductores y han aportado elementos muy valiosos a la metodología del derecho comparado. Podría incluso sostenerse que es una de las grandes aportaciones hechas en los tiempos modernos. Las ideas del Prof. Vagts son en este contexto especialmente sugerentes:

“...The LLSV study is a ground-breaking endeavor. Orthodox comparative lawyers would have shrunk back from such an ambitious endeavor and if they had attempted, it would have wound up with a tome of 2000 pages and 6000 footnotes filled with caveats and qualifications that would have rendered it unreadable...⁴”.

Lo que resulta contundente es que a partir de la nueva metodología empleada en la exposición de los sistemas de derecho, la metodología del derecho comparado tendrá en lo sucesivo una nueva orientación. Debe igualmente destacarse la influencia sin precedentes que

³ La traducción de las ponencias francesas y la edición de esta obra fueron realizadas por el Dr. Jorge Sánchez Cordero.

⁴ D. VAGTS, « Comparative company law - The new wave » en Jean-Nicolas Festschrift Druey, 2002, p. 596 y 604: “El estudio del grupo LLSV constituye una empresa revolucionaria. Los comparatistas tradicionales hubiesen titubeado ante un proyecto tan ambicioso y de haberlo llevado a cabo, lo hubiesen condensado en un volumen de más de 2000 páginas y 6000 notas al pie de páginas, todas ellas llenas de reservas y matices por precisar que hubieran vuelto el conjunto del trabajo incomprensible” TRADUCCION LIBRE DEL AUTOR.

las publicaciones *Doing Business* ha tenido en la modificación de los sistemas de derecho, de los Estados nacionales. Para ser más preciso, el sistema de derecho mexicano, ha sufrido importantes metamorfosis a partir de estas publicaciones y en el foro mexicano se debaten con intensidad los planteamientos que provienen de esa publicación. Ello no hace más que evidenciar en que forma los procesos y las nuevas corrientes inherentes al fenómeno de la globalización han permeado en los sistemas de derecho; queda igualmente claro que nadie puede sustraerse a ellos. No obstante lo anterior, cómo bien puede constatare en la misma respuesta francesa, existen otras perspectivas que no pueden, ni deben soslayarse.

4. Nada más oportuno en esta breve presentación que recordar a un gran jurista norteamericano Oliver Wendell Holmes Jr. quien estaba llamado a ser Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos y uno de los pensadores en materia jurídica más influyentes en su época. El Justice Holmes impartió una serie de conferencias en Boston, Massachusetts, en uno de los más prestigiados institutos de derecho de su época, el Lowell Institute. Estas disertaciones fueron posteriormente publicadas en la forma de un libro bajo el título "*The Common Law*" que al paso del tiempo se convirtió en uno de las obras clásicas en la literatura del sistema de derecho del *common law*. Si ha de darse crédito a la crónica que acompañó la disertación de estas conferencias, y tal cómo ha sucedido con otras tantas obras de relevancia científica, el foro americano percibió desde el inicio que la presentación de una obra científica de gran relevancia iba a ser discutida y no se equivocó.

Mucho tiempo después de la presentación de este libro, el foro norteamericano al volver a leer esta obra clásica, que resulta ser una lectura obligada para todo jurista perteneciente al sistema de derecho del *common law*, llega a la misma conclusión. Pocas veces en la historia reciente se había presentado una obra científica en materia de derecho de esta envergadura, con el rigor con el que lo hizo el Justice Holmes.

La referencia no solamente tiene un valor anecdótico; la vigencia de los postulados de Holmes tiene una gran actualidad. La metodología del sistema de derecho del *common law* desarrollada por Holmes no ha sido superada a la fecha. El veredicto del tiempo ha sido favorable a la obra de Holmes.

5. La obra de Holmes, es incuestionablemente la primera gran obra en la literatura jurídica norteamericana que analiza las directrices de

orden público que deben reflejar⁵ los principios generales que gobiernan todo orden normativo, con especial referencia al derecho norteamericano. Holmes fue un visionario; anticipó en su obra el balance precario que se observa entre los intereses de la política pública del Estado, con la necesidad de contrarrestar los excesos de los Poderes Ejecutivo y Judicial.

Holmes en sus disertaciones llegó a la conclusión que el sistema de derecho del *common law* es una compleja combinación difusa de historia, hipótesis, precedentes actuales, análisis, interpretaciones, crítica y filosofía, todas ellas entreveradas que posibilitan la creación de reglas de derecho en el sistema norteamericano.⁶ En su exposición inicial el *Justice Holmes*⁷ sostuvo que para tener una visión más clara del sistema de derecho del *common law* se requerían de *otros* medios adicionalmente a los empleados por la *lógica*. Si bien la consistencia de un sistema legal requiere de un resultado particular, ello no significa todo en la consecución de los objetivos de todo sistema legal.

"Las necesidades más sentidas de la época, la moral prevaleciente así cómo las teorías políticas prevalecientes, las instituciones que implementan las políticas públicas, consciente o inconscientemente, y aún los prejuicios de los jueces que comparten sus conciudadanos" -- sostenía el sabio *Justice* norteamericano⁸— "cobran una mayor relevancia que el simple silogismo que determinan las leyes a las que los gobernados deberán someterse".

6. Holmes afirmaba que la ley personifica la historia del desarrollo de una nación a través del tiempo y no se puede tratar con ella cómo si sólo contuviera *axiomas y corolarios de un libro de matemáticas*. Para comprender lo que es una sociedad se tiene que comprender lo que éste ha sido, y en lo que ésta pretende convertirse. La sustancia de la ley en un periodo de tiempo determinado, corresponde, tan lejos cómo pueda percibirse, en lo que se entienda cómo lo más conveniente: pero su forma y su mecanismo "...y el alcance hasta donde puede llegarse, depende en

⁵ Holmes Jr Oliver Wendell . *The Common Law*. con una introducción de Thomas A. Schweich. Barnes and Noble Books. New York. 2004. ISBN 0-7607-5498-5 p. XXIII

⁶ *Ibid* p. XVII

⁷ *Ibid* p. 1

⁸ *Ibidem*.

mayor grado del pasado de cada sociedad...". Con una gran frecuencia en la aplicación de la ley, se sacrifica el silogismo jurídico por el sentido común; la evolución jurídica ha demostrado que ante los cambios de la realidad a la ley se le interpreta de diferente manera que cuándo fue promulgada. El progreso humano puede avanzar gracias a que "la verdad se sugiere a través de los errores"⁹ y a que las implementaciones en desuso pueden ajustarse. "La historia reciente", concluía Holmes,¹⁰ "demuestra la gran dificultad de transponer reglas de derecho, ante la imposibilidad de transponer junto con ellas, las situaciones fácticas".

7. Estos postulados han motivado grandes e importantes reflexiones en la literatura jurídica norteamericana, incluso en la actualidad. La intemporalidad de su pensamiento continua motivando serias reflexiones. Estas reflexiones propias de los juristas del sistema de derecho del *common law* proporcionan una clara perspectiva cuándo se da lectura a estos Informes de *Doing business* publicados recientemente por el Banco Mundial. Participo de la convicción que los autores de los Informes de *Doing business*, que han suscitado una gran perturbación en los países de sistema de derecho del *civil law* y no deberían de haber soslayado este punto de referencia, por la claridad que aporta a los análisis, como son tan importantes en su propia literatura jurídica.

8- Sería oportuno tener presente en donde radica el debate de estos dos sistemas jurídicos el del *comom law* y el romano germánico, ambos tributarios de la cultura occidental. Mucho se ha escrito en torno a las diferencias irreconciliables entre los sistemas de derecho del *common law* y del romano germánico. Sin embargo muchos de ellos han adolecido de un contagio dogmático que ha enturbiado lamentablemente los análisis. Así se ha postulado que las notas distintivas de esta diferencia radican fundamentalmente en la autoridad de la ley que prevalece sobre las resoluciones judiciales. El volumen de legislación y el grado de autoridad de la ley, empero, es un criterio insuficiente para explicar estas diferencias.

El prof. Merryman,¹¹ de la Universidad de Stanford refiere que el estado de California tiene por si solo un número superior de códigos que

⁹Ibid p. 26

¹⁰ Ibid p. 297

¹¹ MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition. An Introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Second Edition. Stanford University Press. Stanford California. 1969. p.26

algunos de los Estados nacionales que han adoptado el sistema romano germánico. Recíprocamente algunos Estados nacionales que tradicionalmente han adoptado el sistema romano germánico, incorporaron hasta épocas recientes en su sistema de derecho, la codificación. Después de la Segunda Guerra Mundial, Hungría promulgó su primer Código cuándo devino un estado socialista y Grecia promulgó igualmente en esta época su primer Código.¹² Sin embargo sería un despropósito sostener que el estado de California pertenece al sistema romano germánico y que Hungría y Grecia tuvieran incluso alguna inclinación hacia el sistema del *common law*.

9. Participo de la idea que la diferencia fundamental radica en la ideología subyacente de lo que significa un Código y de las funciones que le son atribuidas en un sistema legal. Para ello puede recurrirse al epítome de la codificación cómo lo es el Código Civil francés. La ideología de la codificación refleja claramente la ideología de la Revolución francesa. Para tener en claro cómo se formó el Código Civil francés debe puntualizarse que en Francia, en el periodo previo a la promulgación del Código, se aplicaban diversos sistemas de derecho; específicamente las regiones costumbristas del norte de Francia, que eran hostiles al proyecto codificador. Los redactores del Código Civil francés comprendieron esta problemática, especialmente el gran jurista francés Jean Etienne Portalis, quienes intentaron introducir cierta unidad en la diversidad de los sistemas de derecho prevalecientes; en el Código puede justamente percibirse cierta continuidad en la cultura de legalidad vigente hasta antes de la promulgación del Código Civil.

Ello atemperó algunas de las consecuencias de la Revolución francesa. No obstante ello prevaleció en gran medida el sentimiento que a través de la ley puede ser abolida la historia. Es famosa en este contexto la frase célebre que reza: "no conozco el derecho civil, sólo el Código Civil".¹³ A ello habría que agregar, el rígido postulado de la división de poderes, que le atribuía al legislativo, en forma exclusiva la creación de la regla de derecho y al judicial su aplicación; la función del Código Civil en el sistema de derecho era y es pues clara. En el paroxismo del sentimiento codificador se llegó a estimar que mediante una legislación sistemática la función judicial debería reducirse a la aplicación de la disposición del Código cuya significado los jueces deberían tener por evidente.

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

10. La *opinion dominante* apunta que la característica fundamental entre los dos sistemas de derecho es la doctrina del *stare decisis* postulada en el sistema de derecho del *common law*, que consiste en el poder y la obligación de los tribunales de fundamentar sus resoluciones en resoluciones precedentes, lo que confronta al postulado del sistema de derecho romano germánico de la división de poderes. Para el sistema de derecho del *common law*, si bien no pasa por desapercibida la importancia de la función legislativa, el *common law* significa el derecho creado y moldeado por los jueces y a la legislación se le atribuye una función suplementaria.¹⁴

11. Lo anterior no hace más que resaltar lo que es evidente. Las tradiciones jurídicas de ambos sistemas responden a orígenes diferentes y resultan fundamentales en la comprensión de los sistemas de derecho que abrevan de ellas.¹⁵ La Revolución francesa al postular el dogma de la separación de poderes, fue enfática en acotar la función judicial, que en su sociedad arrastraba resabios feudales. En una frase que se ha vuelto célebre, la caída de la aristocracia, significó igualmente la caída de la aristocracia de la toga. En Reino Unido no se intentó restaurar la ley aplicable en un momento específico de su historia. La evolución de su sociedad no lo requirió así. Reino Unido enfrentó otra clase de dilemas. Para nuestro propósito, el sistema del *common law* careció y carece de una teoría sistemática de fuentes de derecho; paralelamente a la legislación se encontraban las decisiones judiciales.

Ambos sistemas de derecho es necesario enfatizarlo son tributarios de la cultura occidental. Su interacción no proviene de tiempos recientes; se remonta desde hace buen tiempo. Basta contrastar la Declaración americana de Independencia y la Declaración francesa sobre los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; y la intensa comunión de ideas entre Thomas Jefferson y Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, Marqués de Condorcet, político y filósofo francés quien expresó: "No es suficiente que los derechos del hombre queden escritos en los libros de filosofía y esculpidos en el corazón de hombres virtuosos; los débiles y los ignorantes deben ser capaces de leerlos como se hace en una gran nación. Los Estados Unidos nos han dado el ejemplo".¹⁶ Si bien circunscrito al

¹⁴ Ibid. p.25

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ CARRINGTON, Paul. *Spreading America's Word : Stories of its Lawyer- Missionaries*. Twelve Tables Press 462 Brome Street, suite 4 W New York, NY 10013. p. 13. USA 2005

derecho público este pronunciamiento, existen ejemplos tangibles en tiempos recientes de esta interacción; y síntomas inequívocos que la globalización ha logrado permear aún en casos señaladamente aislados.

La exposición anterior resulta demasiado esquemática; los expertos no encontrarán nada novedoso en ella. Su pretensión es sin embargo diferente: proveer al lector de algunas nociones primarias antes de que emprenda la aventura de adentrarse en este libro.

12. El siglo XXI será el siglo de la internacionalización y de la globalización en todos los ámbitos y no solamente en el económico y el jurídico.¹⁷ Para los juristas será el del dominio de la metodología del derecho comparado. Ella deberá de adaptarse a estas nuevas circunstancias, y paradójicamente devenir más "internacional". La metodología del derecho comparado debe ser enriquecida en el ámbito universal, por la convergencia de las ideas de juristas provenientes de todas las latitudes.

13. El objetivo de la metodología del derecho comparado, es identificar y definir la individualidad de cada sistema legal, puntualizar sus características que han conducido a paradigmas diferentes y las razones por las cuales condujeron a estas diferencias. El proyecto de la metodología comparatista no es negar o suprimir el disenso inherente a la experiencia jurídica; es superarlo mediante la hospitalidad de la comparación en donde pueden cohabitar sistemas de derecho tanto propios como extraños, sin tener que ocultar sus diferencias.¹⁸

14. Es en esa forma cómo la ciencia social del derecho debe arraigar su carácter científico, tal y cómo lo postulara Rudolf Von Ihering en su célebre obra "*Geist des römischen Rechts*", en el que denunciaba que la ciencia social del derecho había degenerado en jurisprudencias de Estados, acotadas por las fronteras nacionales. Esto significaba una grave reducción de su carácter científico. Habrá que eliminar el lastre nacionalista, para acendrar la vocación universal de la ciencia social del

¹⁷ BLANC-JOUVAN, Xavier. Prologue. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. p. 15

¹⁸ LEGRAND, Pierre. Sur l'analyse différentielle des jurisprudences. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. p. 335

derecho y con ello su carácter científico.¹⁹ Pero para ello es necesario erradicar los prejuicios nacionalistas y las particularidades aldeanas.

El editor participa de la convicción que la publicación de este libro contribuirá en las reflexiones en torno a la eficiencia de nuestros sistemas de derecho.²⁰

15. El editor desea dejar constancia de su agradecimiento a la Madame Marie France Delienne, a Carmen Gómez Martínez y a David Martínez García, gracias a quienes este trabajo pudo hacerse realidad.

¹⁹ IHERING, Rudolf, von "*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*". I, Séptima Edición, 1924, p. 152, citado por KÖTZ, Hein. *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée. Paris.2000. p. 18

²⁰ El lector podrá fácilmente consultar la publicación *Doing business* del Banco Mundial accedando a su portal: www.bancomundial.org y hacer la búsqueda por Doing business.