

GRUPO PANAMEÑO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT

Gilberto BOUTIN I.¹

El Grupo panameño no podía dejar de reaccionar frente a las críticas carentes de fundamento científico, que se han vertido en la Revista *Doing Business* del Banco Mundial. A este efecto, es necesario en primer término analizar los rasgos generales que caracterizan al derecho continental o derecho romano germánico y destacar su importancia.

Es un hecho incontrovertible que la cultura jurídica y la civilización francesa han contribuido a la modernización del derecho. Igualmente es necesario precisar que el fenómeno codificador del derecho fue el parte aguas que marca el abandono de la Edad Media en donde la administración de justicia se fundaba en la costumbre y en el derecho no escrito. Si el Imperio Romano nos legó el derecho civil, la civilización francesa nos legó la noción de derecho público contemporáneo y la nueva estructura del Estado, en lo que concierne el derecho público, que actualmente conoce Europa, los Estados Unidos y los países de América Latina. Es necesario recordar que la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos estuvo inspirada en el constitucionalismo francés. En el contexto del derecho privado o derecho de los contratos, llamado *transaction* en el derecho norteamericano, la noción de contrato emerge apenas en los albores del siglo XX (Precisamente en 1900 por una jurisprudencia que abandonó la frágil noción del *gentlemen agreement* que provenía del derecho medieval inglés.)

Resulta imperativo precisar que el derecho civil constituye para los Estados nacionales su identidad cultural; es su religión normativa frente a la imprevisión de un derecho no escrito, gobernado por el temperamento jurisprudencial. La formación de las Repúblicas de América Latina se inspiró en el liberalismo francés en el marco de la contractualización privada, así como de los entornos político y sociológico. En suma, la comprensión del sistema de derecho en América

¹ Presidente del Grupo Panameño de la Asociación Henri Capitant

Latina resulta imposible sin el análisis del sistema de derecho francés, que ha significado una fuente de inspiración continúa durante más de dos siglos.

La irradiación del derecho francés no se agota en la Ilustración; se puede constatar fácilmente que la técnica de la codificación adoptada en Europa, cómo fue el caso del derecho alemán, no obstante que uno de sus más eminentes juristas Friedrich Karl von Savigny se oponía a la codificación vehementemente. La codificación fue igualmente adoptada por el derecho norteamericano, específicamente en el Código de Comercio (Uniform Commercial Code conocido por su acrónimo UCC). El derecho norteamericano ha proseguido la sistematización de disciplinas como los *negociables intruments* o efectos de comercio en el lenguaje jurídico francés. En la misma forma el espíritu codificador francés ha inspirado al derecho norteamericano a la sistematización de la ley de insolvencia o *bankruptcy act*.

La escuela conceptualista francesa y la escuela pragmática norteamericana han podido coincidir en ámbitos tan importantes como *verbi gratia* en del derecho de las obligaciones. El derecho norteamericano ha aceptado la clasificación francesa de las obligaciones de medios y de resultados y de garantías, que fue una clasificación preconizada por Demogue y André Tunc y que ahora forma parte de los Principios Contractuales del UNIDROIT.

En materia de comercio internacional, si bien es cierto que el derecho norteamericano ha fomentado el nuevo derecho comercial internacional, la doctrina que ha permitido su explicación, su justificación y su comprensión ha sido precisamente la escuela francesa; baste recordar los cursos encabezados por Berthold Goldman, quien acuñó el término *lex mercatoria* o "*the new merchant law*."

Por otra parte la sistematización del arbitraje moderno pudo ser desarrollado por la Escuela de Dijon representada por el eminente jurista, ya finado, Philippe Fouchard. Otros mucho autores cómo Philippe Kahn han influido en la formación de la jurisprudencia panameña y de América Latina.

La ley panameña de procedimientos de adjudicación en materia de trabajos públicos de 1997 ha estado inspirada por el derecho francés, al igual que la ley de responsabilidades del constructor. El derecho francés ha proveído de los elementos analíticos para hacerla comprensible a los jueces de instancia e incluso a las asociaciones de arquitectos y de ingenieros de Panamá.

En materia de transporte marítimo, la ley *Wagon* relativa a las operaciones de los Puertos panameños del Pacífico y del Atlántico fue

elaborada por el antiguo director de Puertos, Abraham Soffer, en gran medida conforme al modelo del derecho francés.

En el ámbito de la protección de la vida privada o en el de las actuaciones ministeriales, cuya información es clasificada y reservada al Ministerio Público, que se emplea para documentar la averiguación previa, ha estado inspirada en la ley francesa, no solamente en Panamá sino en el resto de los países de América Latina.

La imprevisibilidad del derecho norteamericano es notoria y bien conocida en América Latina; se le define como el impresionismo jurídico anglo americano que se encuentre fundado en el principio de la oportunidad y de la conveniencia o bien finalmente en la búsqueda incesante del derecho previsible que beneficie al más fuerte. De ahí proviene la desconfianza secular de los países de América Latina frente al derecho norteamericano. A este efecto pueden mencionarse dos ejemplos en el ámbito de las fuentes de las obligaciones, de una parte y en el ámbito de los conflictos de jurisdicción de la otra.

En el ámbito de las fuentes de las obligaciones en el derecho norteamericano no existe un régimen que pueda ser identificado como derecho de las obligaciones. El derecho norteamericano es un derecho eminentemente procesal y por lo tanto primitivo, ya que la fuente de las obligaciones es el juez. Es el juez quien va a determinar si la controversia obedece a una responsabilidad extra contractual o una obligación contractual. El juez es pues la fuente de derecho y de la ley. El abogado litigante norteamericano carece de un concepto o de una noción esencial para elaborar un contrato; se ve por lo tanto obligado a redactar en la introducción de cada contrato una serie de definiciones que son determinantes para la comprensión del contrato, de tal suerte que todo aquél elemento inserto en el contrato que carezca de una definición, se le reputa perteneciente al ámbito de los *torts* o de la responsabilidad extra contractual.

En el ámbito de los conflictos de jurisdicción el entorno se ensombrece aún más. El juez anglo americano carece de reglas relativas para establecer la competencia jurisdiccional. Es el mismo juzgador quien determina sus propias reglas para determinar la competencia jurisdiccional y con frecuencia lo hace de manera arbitraria, sin mediar ningún elemento objetivo. De ahí nociones como las del foro de *non convenance* o bien de reglas exorbitantes en materia internacional que se fundan en la nacionalidad de origen de quien sea parte en la controversia.

El derecho norteamericano estimula la cultura del fraude al procedimiento con criterios como el del *forum shopping* que no son más que una manipulación de la jurisdicción por una de las partes a efecto de

obtener una ventaja material ilícita. En otras palabras es el medio para obtener un resultado económico favorable.

En lo que concierne el derecho de insolvencias, los Estados Unidos se encuentran desprovistos de toda sensibilidad social: privilegian el interés de la empresa y soslayan el fraude que comete el empresario.

En suma es un reino que carece de moral; es la antinomia de Camelot. A manera de ejemplificar, puede sostenerse que nuestro sistema judicial ha heredado la Casación, que es el símbolo de la racionalidad y el equilibrio del Panamá frente a la institución del CERTITORI proveniente del sistema de derecho norteamericana, que se funda sobre el azar que consiste en la revisión por parte de la Suprema Corte de Justicia, lo que entraña una administración de justicia inequitativa y discriminatoria para la mayoría de la población de ese país.

Finalmente, el derecho de familia norteamericano ha contaminado el derecho de América Latina; el espectáculo de la criminalización de las relaciones familiares termina por hacer irreconciliable las relaciones familiares, a través de un sistema de protección familiar que se perfila hacia un sistema fundado en la intimidación y en el sexismo. Estos postulados no aportan ninguna ayuda a los países que privilegian la cultura de conciliación, sobre la contradicción familiar. De ahí que los Estados Unidos pretendan hacer historia por el matrimonio entre homosexuales, sin tener en consideración la historia. La cultura griega, a quien se atribuye la paternidad de la homosexualidad, reconocía que el matrimonio es un contrato entre personas de diferente sexo y cuya finalidad es la procreación.

Es muy lamentable que la revista *Doing Business*, que no es una revista especializada en derecho sino de turismo de inversión de manera simplista, pueda cuestionar los fundamentos del derecho de una civilización, con una ligereza temeraria en detrimento de la diversidad jurídica y que pueda socavar el principio de la tolerancia de sistemas jurídicos.