

IV.EL VALOR PROPIO DEL DERECHO .....	131
§. 1. La regla de derecho .....	133
§. 2. Las profesiones del derecho .....	140

## IV. EL VALOR PROPIO DEL DERECHO

### 104. Precio y valor

Oscar Wilde, en un famoso epigrama, reprochaba a los economistas, conocer el precio de las cosas, pero ignorar su valor...<sup>254</sup> El jurista en la actualidad puede percibir en esas palabras una advertencia premonitória y una invitación apremiante para apegarse al valor de las cosas, más que a su precio.

Lo que los Informes parecen plantear a los diferentes sistemas de legalidad existentes va en un sentido totalmente opuesto: proponen reducir los valores fundamentales de los diferentes sistemas jurídicos a un único denominador común: la búsqueda del precio menor o del costo menor. En esta escuela de pensamiento, lo “jurídicamente correcto” se desentiende de “lo justo” que le estorba; se preocupa exclusivamente por lo útil, por lo provechoso; el sistema de derecho tiene que obedecer a la máxima de ser “jurídicamente económico”. El sistema de derecho está sujeto a una premisa que es esquemática y es clara: Mostrar el Derecho para sostener – al término de un proceso aderezado con un aparente rigor científico<sup>255</sup> – no lo que es valioso, sino cuanto cuesta; en base a sus costos, se le calificará para poder clasificarlo: a partir de este punto se podrán deducir las consecuencias para el futuro... ¿Debería el sistema de derecho, a semejanza de las corporaciones de aviación y los arrendamientos *low costs*, ser *low cost*: la tendencia es hacia un *low cost law*?<sup>256</sup>

Es en esta forma, como se les auguró el éxito a los afortunados detentadores del sistema del *common law*, en tanto que a los desdichados sujetos del sistema de derecho del *civil law* se les redujo a la mediocridad, la corrupción y al subdesarrollo – con la notable excepción de Francia... Mejor o peor aún, los gobiernos y parlamentos de los Estados soberanos, deben ser cuidadosos en lo sucesivo: los autores del Informe – que se jactan de “haber entendido la regulación” (*understanding regulation*) – ya han trazado una vía segura; pero si por ventura incurriesen en la tentación de apartarse de ella, deben estar concientes que al solicitar cualquier ayuda de alguna poderosa organización internacional, esta solicitud sería

---

<sup>254</sup> O. WILDE, «Cynic knows the price of everything and the value of nothing; a sentimentalist knows the value of everything and the price of nothing».

<sup>255</sup> Véase *supra*, Introduction critique à la méthodologie des Rapports.

<sup>256</sup> De ninguna manera esto debe ser interpretado que el sistema de derecho francés albergase el temor de una comparación de esa índole: Véase *supra* n° 100 y ss.

en vano, ya que obsequiarla de conformidad estaría subordinada al “progreso” de su sistema de derecho.

Privilegiar la Economía, como único fin del derecho, provocaría lamentablemente el fin del Derecho: conforme a una expresión ya en sí significativa, el derecho se convertiría en un simple y uniforme “entorno reglamentario”, de conformidad con la máxima “one size must fit all”. Ahora bien, el sistema de derecho está arraigado profundamente a la naturaleza humana para explicarlo bajo la única forma de ecuaciones abstractas y elaborarlo mediante una “modelización” económica deshumanizada, vector de un pensamiento único.

### 105. ¡Por un análisis jurídico de la economía!

Es ciertamente innegable que la búsqueda de un sistema de derecho eficiente que asegure una mayor prosperidad – propósito por lo demás muy loable, que el Banco Mundial tiene previsto desde sus estatutos – justifica un riguroso análisis de las implicaciones económicas y financieras de las reglas de derecho o de los procesos.<sup>257</sup> Se sabe con gran beneplácito que desde la cúspide de la jerarquía judicial exista una gran preocupación por el análisis económico de la jurisprudencia<sup>258</sup> y es de esperarse que ese análisis pueda dar claridad tanto al costo de la profundidad de los cambios<sup>259</sup> cómo a la indigente motivación de muchas resoluciones, que anima a tantos procesos. Más aún la segunda de esas insuficiencias, a diferencia de la primera, puede superarse sin la necesidad de poner en predicamento los fundamentos de nuestro sistema de derecho civil<sup>260</sup>.

Pero de ahí a aceptar sin cortapisas, el modelo que proponen los Informes, es un paso que es importante abstenerse de dar.

Ante la perturbación proveniente de los postulados ultraliberales de esos Informes y de la parcialidad del método empleado (*supra* I), se ha

---

<sup>257</sup> Véase en ese sentido, en Francia, las declaraciones del Primer Presidente de la Corte de Casación, Guy CANIVET, que sostiene que para mejorar las sentencias por parte de los jueces, deben éstos ponderar las consecuencias económicas, financieras y sociales de sus decisiones, en *Les Échos*, marzo de 2004.

<sup>258</sup> G. CANIVET, « La pertinence de l’analyse économique du droit : le point de vue du juge », *Pet. Aff.*, 19 mai 2005, p. 23 y ss.

<sup>259</sup> *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, citado *infra*, nota 242.

<sup>260</sup> Podremos *verbi gratia* inspirarnos, para la redacción de las sentencias, del modelo proporcionado por las sentencias del tribunal federal suizo. Ya que, además de la calidad intrínseca de esas decisiones, Suiza es un país que inspira confianza a los amantes de la racionalidad jurídica... Recordemos igualmente que en muchos aspectos, las sentencias del siglo XIX estaban con frecuencia fundadas y motivadas con mucho más esmero.

intentado externar la preocupación por la frecuente inexactitud de las cifras proporcionadas (*supra* II) y mostrar la gran sorpresa por el serio desconocimiento de las ventajas de la tradición jurídica francesa (*supra* III). Después de ello resulta interesante debatir en torno a una interrogante mayor: ¿Tiene el sistema de derecho un valor propio? ¿Los juristas se ven obligados a abandonar la búsqueda de un mejor sistema de derecho a los economistas (incluso a una corriente minoritaria pero... prolija)? ¿No deberían los economistas someterse al esquema de lectura del mundo de los juristas? El análisis económico del derecho o “*law and economics*” sólo funciona en sentido único. ¿No debería en beneficio de todos considerarla cómo una vía “bilateral”?

La tentación del análisis hegemónico del derecho por la economía debe ser impedido mediante la ilustración de la regla de derecho (§ 1) y posteriormente de las profesiones del derecho (§ 2).

## § 1. LA REGLA DE DERECHO

### 106. El derecho como ciencia social

Los juristas abandonarían su lealtad a su función si dejaran la determinación de un mejor sistema de derecho a la perspectiva económica: lo “justo”, que ha sido la constante orientación del derecho, no debe confundirse con el “todo económico”. Como bien lo escribiera un autor norteamericano, “los que llegan a identificar el derecho con la economía – o el bueno y verdadero derecho con la buena y verdadera economía – asumen el riesgo de perder el contacto con la mayor parte de lo que constituye el derecho que se conoce en la actualidad”.<sup>261</sup>

En primer término debe destacarse que existen otras riquezas que no necesariamente se expresan en numerario: datos que no sean económicos – sociales, morales, demográficos, entre otros – que deben considerarse en la elaboración de la regla de derecho. El derecho es fundamentalmente una ciencia social y razonarlo en términos exclusivamente económicos equivaldría a desproveerlo de sus raíces. Los datos económicos son diversos, a veces contradictorios, con frecuencia misteriosos; sería por lo tanto una insensatez elaborar la regla de derecho basándose en cálculos tan inciertos y en previsiones tan aleatorias.

---

<sup>261</sup> F. A. MICHELMAN, « Norms and Normativity in the Economic Theory of Law », *Minnesota Law Review*, vol. 69, 1078, p. 1015-1048, citado en Th. KIRAT, *Économie du droit*, coll. « Repères », Paris, La découverte, 1999, p. 74.

Permítase mencionar varios ejemplos a manera de ilustración, algunos ya evocados anteriormente.

1. La obligación, en las ventas inmobiliarias, de exhibir determinados certificados (amianto, plomo, entre otros.)

La interrogante es clara: ¿Es una medida económica eficiente? La respuesta puede ser negativa ya que se incurre en un costo y en un tiempo dado. Pero si se acepta una perspectiva de mayor alcance que el exclusivo centro de “esta” venta, debe igualmente considerarse, siempre desde la óptica económica, el costo del tratamiento de las enfermedades causadas por el amianto, el plomo, entre otros. Adicionalmente, y al margen de toda consideración económica, ¿cuanto representa el frenesí de propiciar ventas “expeditas” frente a una imperiosa preocupación de salud pública? A la salud se le considera un valor precioso en toda sociedad...

2. La reserva hereditaria

La reserva hereditaria (quinta legítima) ha venido siendo objeto, desde hace algún tiempo, de una denuncia por su nocividad económica: protege en exceso a los descendientes y las seguridades sucesorias que les proporciona, debilita su ímpetu emprendedor; pero adicionalmente, la presencia de varios descendientes, es causa de una fragmentación, sino es que de la ruina, de las unidades de producción; sería inclusive, grave fatalidad, un factor de disminución de la natalidad (bajo la divisa : "una sola empresa, por lo tanto un solo hijo"). Es un lugar común oponer los beneficios de la libertad testamentaria que, del otro lado del Canal de la Mancha, habría estimulado el espíritu de aventura de los descendientes menores de la familia, a los que los primogénitos les privaban de las sucesiones paternas, y se evitaba con ello la fragmentación de la tierra. La reserva hereditaria (quinta legítima) empero, expresa valores cuyo desdén económico está por ser demostrado, tales cómo la solidaridad familiar, la protección de las libertades de los más jóvenes contra los abusos del poder financiero de los mayores.<sup>262</sup> Pero aún falta dar respuesta a otras interrogantes cómo ¿Construyó Francia un imperio colonial menos extenso que el de Inglaterra? ¿Ha sido su demografía más baja? ¿Y finalmente, no se denuncia, en los mismos Estados Unidos, la inseguridad

---

<sup>262</sup> M. GRIMALDI, *Succession*, Paris, Litec, 2001, n° 284 y ss.

jurídica que altera cada vez más la libertad testamentaria como consecuencia de las atemperaciones judiciales?<sup>263</sup>

### 3. La calificación de los contratos modernos de seguro de vida

La controversia que generó esa calificación ha sido ya señalada así como las ejecutorias de la Corte de Casación que la resolvieron.<sup>264</sup> Algunos autores han elogiado estas ejecutorias, ya que intentan identificar en ellas un síntoma de la apertura de la jurisdicción a la realidad económica. La Corte de Casación resolvió al respecto que “el contrato de seguro, cuyos efectos dependen de la duración de la vida humana, conlleva un elemento aleatorio en los términos de lo dispuesto por los artículos 1964 del Código civil y L 310-1, 1º y R. 321-1, 20 del Código de los seguros, y constituye por lo tanto un contrato de seguro de vida”, y en consecuencia este contrato no implica ningún riesgo económico para ninguna de las partes. La Corte de Casación con ello habría afortunadamente hecho prevalecer la seguridad de miles de ahorradores por sobre la estricta ortodoxia jurídica. Este supuesto de hecho, ilustra el grave peligro que se genera cuando el juez hace caso omiso de los principios jurídicos, con el único ánimo de satisfacer, lo que en su percepción, es un interés económico superior. En primer término, so pretexto de proteger a miles de ahorradores, el juez desestabiliza gravemente las reglas sucesorias y sacrifica por lo tanto a otros tantos miles de herederos. En segundo término torna incoherente al derecho civil

---

<sup>263</sup> M. GORÉ, « *Estate planning* : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain » en *Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 383 y ss.

<sup>264</sup> En su forma clásica – que sigue siendo muy usual, empezando por el seguro temporal que suscribe el buen padre de familia para poner a sus hijos menores a salvo de las necesidades en que su deceso les dejaría, o el prestamista, para evitar que a su muerte la carga del reembolso de préstamo vaya a transferirse a sus herederos – el seguro de vida se basa en una regla de juego muy clara: el asegurado paga una prima que cubre el riesgo de su muerte en tanto dure el contrato; si muere durante ese periodo, la compañía de seguros paga el capital asegurado, que será superior al monto de la prima pagada; si sobrevive el asegurado, se habrá empobrecido de los pagos de las primas. Cada una de las partes corre un riesgo de ganancias y de pérdidas, por lo que se dice coloquialmente que esos contratos son "contratos de ahorro".

Sobre la controversia que suscitó la calificación de los "contratos de ahorro", véase las notas (con numerosas referencias) de la sesión plenaria, 23 de nov. de 2004, 4 fallos, Bull. civ., n° 4: J. GHESTIN, “La Cour de cassation s’est prononcée contre la requalification des contrats d’assurance-vie en contrat de capitalisation”, JCP, éd. G., 2005, I., 111; LEDUC y PIERRE, “Assurance-placement”: une qualification déplacée (con respecto a unas decisiones de la Cámara Mixta del 23 de noviembre de 2004), *Resp. Civ. Assur.*, 2005, Chron. 3; M. GRIMALDI, *RTD civ.*, 2005, 434.

de las sucesiones y de regímenes matrimoniales y se aparte abruptamente de la definición del contrato aleatorio, ante el temor de la pérdida de un régimen fiscal que *per se*, es en cualquier evento contingente.<sup>265</sup> En suma, no se podría haber imaginado un mejor ejemplo para ilustrar la incongruencia de un derecho civil cuándo se le supedita a variables “económicas-fiscales-financieras”, respecto de las cuáles no se podría asegurar que estuviesen bien dominadas.

#### 4. La fuerza obligatoria de las promesas unilaterales de venta

El análisis económico del derecho podría justificar esta jurisprudencia, tan polémica, que sostiene que cuando el que promete se retracta indebidamente, con anterioridad a la fecha en la que el beneficiario hubiera aceptado la oferta, incurre exclusivamente en el pago de daños y perjuicios.<sup>266</sup> Se podría argumentar en términos económicos, que ante una parte insatisfecha cómo es el beneficiario de la promesa, se contabilizan dos partes totalmente satisfechas: el vendedor que asumió la promesa de venta y el tercer adquirente; se parte del supuesto que la venta se realizó a un mejor precio que el convenido en la promesa, lo que motivó un mayor honorario, impuestos más elevados, entre otros. En cuanto al beneficiario de la promesa que no obtuvo satisfacción alguna, se termina por indemnizarlo y con ello se genera un círculo virtuoso... Pero debe aquí percibirse no solamente una grave alteración al valor moral que

---

<sup>265</sup> Sobre este aspecto, es de mencionarse el laudo pronunciado el 26 de mayo de 1999 por la Corte de Arbitraje de Bélgica, la cual, insensible a las amenazas de un indeterminado sismo económico financiero, censuró, por considerarla contraria a las exigencias constitucionales de no discriminación y coherencia legislativa, una disposición de la ley del 25 de junio de 1992 sobre el contrato de seguro terrestre que, en la perspectiva del régimen matrimonial, calificaba de bien propio el beneficio del contrato percibido por el suscriptor durante el régimen, cuando las primas hubieran sido pagadas por la comunidad, salvo la recompensa debida a esta última únicamente en el caso de primas manifiestamente exageradas: “... Al inscribir la medida cuestionada en la ley sobre el contrato de seguro terrestre, cuando el artículo 1400.7 del Código civil no ha sido expresamente abrogado e indica la economía general de los regímenes matrimoniales dedicándoles un título completo con el que tal solución es *poco coherente*, el legislador posibilitó que [el] cónyuge [del suscriptor] no tuviera conocimiento del carácter unilateral de la ventaja producida por tal contrato... Según el régimen legal, si el esfuerzo de previsión de los esposos de bienes mancomunados se hubiese más bien manifestado por la compra de títulos u otros bienes de ahorro, estos hubiesen sido considerados como bienes mancomunados... Las disposiciones en cuestión son *discriminatorias*” (laudo n° 54/99). TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR He aquí una decisión totalmente inspirada por el espíritu de los sistemas de derecho del *civil law*.

<sup>266</sup> Cass. 3<sup>me</sup> civ., 15 déc. 1993, *Bull. civ.*, III, n° 174.

representa el respeto a la palabra dada<sup>267</sup> sino de la misma forma, al interés práctico del contrato de promesa unilateral de compra venta, que consiste en conferir al único beneficiario un poder unilateral y exclusivo en la formación de la venta prometida, y ello sin si quiera evocar la idea subyacente que todo está sujeto a compra (se puede retractarse de la palabra dada, siempre y cuándo se pague una indemnización...). Otras interrogantes quedan irresueltas tales cómo: ¿Aún cuando no se trate de un *bargain*, quien puede dar seguridades que la venta prometida (a un empresario que quiera fijar el domicilio social de su empresa en el edificio) no resultaba económicamente más alentadora que la venta propalada (*verbi gratia* con un extranjero cuya intención es fijar aquí su segunda vivienda)? O bien, ¿Finalmente, cómo no observar que el sistema de derecho del *common law*, que festina su eficiencia económica, admite, excepcionalmente, una ejecución forzada en especie en el supuesto de ventas de inmuebles, cuando el vendedor se rehúsa al otorgamiento y firma del acta respectiva, cuándo el propio *common law* dispone que el adquirente ha accedido a la *equitable property*?<sup>268</sup>

#### 107. El orden civil y el orden de los mercaderes

La misma metodología consistente en valorar una ley o la jurisprudencia en términos de costos financieros favorece, de manera difusa, al desarrollo de un espíritu mercante cuyo imperialismo, está por demás decirlo, sería de tal naturaleza que pervertiría al derecho civil. El derecho civil tiene por vocación propia la consideración tanto de las relaciones humanas como de los intercambios económicos, y garantizar por igual la paz social y la prosperidad económica.

Desde esta óptica, algunos lineamientos del derecho europeo son particularmente edificantes. Así es posible visualizar como la lógica de la competencia, ha alterado principios tan ciertos y sólidos, al menos en el sistema de derecho francés, como es el de la reparación integral del

---

<sup>267</sup> Compárese con Ph. MALAURIE, “Regards sur le formalisme en droit privé », *Deffrénois*, 2005, art. 38129 *in fine* : « En el *pacta sunt servanda*, se encuentra por consiguiente la esencia del derecho y de las relaciones sociales: la esencia, el respeto de sí mismo, el respeto de la ley, el respeto hacia los demás, el respeto de la sociedad, el respeto de la dignidad humana”. TRADUCCION LIBRE DEL EDITOR.

<sup>268</sup> F. BELLIVIER y R. SEFTON-GEEN, “Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme » en *Mélanges en l'honneur de Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 91.

perjuicio.<sup>269</sup> El principio de la libertad de prestación de servicios condujo a un juez inglés a otorgar a una mujer la autorización de exportar a Bélgica, con fines de inseminación artificial, el esperma tomado de su esposo horas antes de su muerte; aún cuando, debido a la ausencia de consentimiento explícito del varón, esa inseminación está prohibida en Inglaterra (en consecuencia la libertad de recurrir a los servicios ofertados en otro Estado miembro de la Unión Europea ha puesto en predicamento el derecho de oponerse a una paternidad *post mortem*);<sup>270</sup> ese mismo principio condujo a la Corte de Luxemburgo a condenar la ley belga que imponía a la compañía aseguradora la obligación de informar al asegurado las pérdidas financieras<sup>271</sup> que conlleva generalmente la rescisión anticipada del seguro. La Corte de Luxemburgo fundó y motivó su resolución de condenar a la ley belga en la libertad de acceso a compañías aseguradoras ajenas al mercado belga. Finalmente bien se puede interrogar sobre la resolución del 21 de noviembre de 2001, en términos de la cual la Corte de justicia de las comunidades europeas juzgó que la prostitución constituía una actividad económica lícita, inserta en el derecho comunitario justiciable de las grandes libertades comunitarias?<sup>272</sup>

Es fácilmente perceptible que lo anterior no proviene directamente del análisis económico del derecho; participa sin embargo de la misma concepción que es necesario denunciar. El orden civil no se puede ser reducido a un orden de mercaderes.<sup>273</sup> Los beneficios económicos tienen

---

<sup>269</sup> CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, D., 2002.2462, nota Ch. LARROUMET: condena de Francia que, en la ley de transposición de la directiva sobre la responsabilidad respecto a productos defectuosos, había descartado la franquicia de 500 euros por los daños causados a los bienes.

<sup>270</sup> R. v. *Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood*, [1997] 2 All E.R. 687 (C.A.), citado por C. U. Schmid, *Le projet d'un code civil européen et la Constitution européenne en Codes et codifications*, (2005) 46 C. de D., Université Laval (Québec), p. 115 y ss., n° 3.

<sup>271</sup> C.J.C.E., 5 mars 2002, *Axa Royale Belge SA c. Ochoa et Stratégie Finance SPRL*, Aff. C-386/00 : JO C. 109, 4 mai 2002, p. 13. Sobre esta sentencia, véase C.U. Schmid, *op. cit.*: “La Corte [...] prefiere necesariamente que el consumidor absorba pérdidas considerables, a disminuir las oportunidades de las compañías extranjeras a acceder al mercado belga. Es evidente que en ese caso, la justicia contractual se ve nuevamente sacrificada en beneficio de la integración de los mercados” Véase en el mismo sentido la sentencia precitada, que condena a Francia a propósito de transposición de la directiva sobre la responsabilidad debido a productos defectuosos merece observaciones similares.

<sup>272</sup> C.J.C.E. 20 nov. 2001, aff. *Janny e. a.*, C-268/99.

<sup>273</sup> Y. LEQUETTE, *Rapport de synthèse*, precitado. ; *D'une célébration à l'autre*, art. precitado. Véase también p. Sargos, “L'horreur économique dans la relation de droit (libres propos sur le “Rapport sur les revirements de jurisprudence”)", *Droit social*, 2005, 123. A. SUPLOT, « Le droit du travail bradé sur le « marché des normes » », *Droit social*, 2005, p. 1087 y ss.

indudablemente su importancia. Esta importancia empero no es menor a la de la seguridad, la responsabilidad, el respeto de la palabra dada, la lealtad, la dignidad y la pertenencia al régimen de *res extra commercium* del cuerpo humano. Al orden jurídico se le atribuye tanto "el ser" como "el tener". Según una expresión del Decano Cornu que ha hecho fortuna, un Código civil es *res publica* y no *lex mercatoria*.<sup>274</sup> Las vicisitudes que experimentan en la actualidad la construcción europea, las dudas e inquietudes que engendra en el espíritu de los pueblos la fidelidad a los valores fundamentales del "Viejo" Continente, así lo atestiguan.

### 108. *One size does not fit all*

La reflexión final, estrictamente en términos de mercado, termina por considerar a los sistemas jurídicos, cómo simples productos o mecanismos instrumentales; a la diversidad se le estigmatiza como la causante de múltiples obstáculos: el cambio de sistema de derecho al transponer los límites nacionales es motivo de una irritación tan fastidiosa como la diferencia entre el ancho de las vías férreas o la diversidad de las conexiones eléctricas... *One size fits all...*

Ahora, si bien es cierto que unas armonizaciones son deseables y que están demostradas por múltiples ilustraciones, provenientes de la globalización económica y de la ideologización de los derechos humanos. Empero, la regla sistemática de estandarización, significa la imposición de la ley del más fuerte, y merece ser combatido:

- desde la óptica *económica*, se debe responder a la siguiente interrogante: ¿no se ha sostenido en repetidas ocasiones que la competencia entre los sistemas de derecho favorece la competitividad económica y desarrolla el espíritu de reforma, tan preciados en los Informes?

- desde la óptica de la metodología, surge la siguiente interrogante: ¿no es preferible la diversidad, atemperada por numerosas convergencias, que una unificación apresurada, sobre todo cuando ésta no se entiende como la busca de un sistema transaccional sino como la integración a un modelo reputado superior?

- desde la óptica cultural, finalmente: como lo sostienen los mismos norteamericanos: "*Variety is the spice of live*". El sistema de derecho es una cultura; es insostenible el postulado de una única cultura

---

<sup>274</sup> Discurso pronunciado en la Universidad Paris II Panthéon-Assas, con motivo de la publicación del libro precitado, *1804-2004 Le Code Civil...*

universal, de un único sistema de derecho universal. De ahí no puede concluirse que no puedan existir ciertos principios jurídicos de valor universal: los que proclaman *verbi gratia* la declaración universal de los derechos humanos; o aún los principios cuya trasgresión está sancionada por el Tribunal penal internacional (cuya competencia está reconocida por la gran mayoría de los Estados nacionales, mas no por los Estados Unidos de América). Esto significa que la concepción que se tiene del contrato, de la propiedad o del derecho de sucesiones se encuentra profundamente arraigado en la historia de un país, y que al ignorarlo, el pensamiento “unipolar” o “unilateral” que pretende someter todas las realidades sociales a un modelo único de sistema de derecho, que no puede ser atribuido más que a la vanidad, pero que simultáneamente inspira fastidio.

## § 2. LAS PROFESIONES DEL DERECHO

### 109. Especificidad de la prestación jurídica

En los Estados nacionales en donde, como en Francia, existe un servicio público de la administración de justicia, al igual que existe un servicio público de salud, la prestación jurídica, cómo tampoco la prestación médica, pueden equipararse a la prestación de los servicios que proporciona un comerciante: ni la profesión médica, ni la jurídica podrían ser reguladas por una única ley del mercado.

Eso explica, entre otros, la exigencia del acceso al derecho para todos, con las consecuencias que de este principio pueden derivarse: en primer término, la prohibición para esas profesiones reglamentadas de realizar habitualmente actos de comercio: el mandato de oficio del abogado y la obligación de la prestación del servicio público al notario; la ayuda jurisdiccional, que aspira a hacer efectivo el derecho que le asiste a cada uno por parte de la jurisdicción; el arancel notarial, que posibilita que las operaciones más rentables (cómo son *verbi gratia* los contratos de compra ventas de bienes inmuebles) financien las que lo son en menor grado, cuando no son francamente deficitarias (la liquidación de sociedades conyugales y de las sucesiones); el acceso gratuito en línea del portal [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), del *corpus* legislativo y jurisprudencial. Eso explica así mismo algunas de las severas reglas previstas en los códigos de conducta que regulan en Francia la profesión de abogado, como la emblemática prohibición del pacto *de quota litis* o la prohibición del derecho de retención de un abogado del expediente de su cliente hasta el pago de sus honorarios, que es una clara excepción al principio general

que regula el derecho de retención por parte del acreedor de los documentos pertenecientes al deudor.

No es de extrañarse que los estatutos del notariado francés resulten totalmente incomprensibles para los ideólogos adeptos al liberalismo absoluto.<sup>275</sup> El notariado latino es un profesión del derecho; el nombramiento del Notario proviene del Estado, cuya misión (*verbi gratia* asegurar el servicio público de la prueba cierta) está definida por el Estado, y cuyas estructuras gremiales (en Francia, se pueden identificar el Consejo superior del Notariado, los consejos regionales y las cámaras provinciales) son impuestas por el Estado. El notario lo es de la República o del Rey, aun cuando sean remunerados por los particulares que recurren a sus servicios profesionales. A partir de estas consideraciones apreciar al notariado en términos de mercado es un contrasentido; censurarlo alegando que es beneficiario del monopolio de la fe pública, equivale a cuestionar al Estado la organización y la asistencia de un servicio público de la preconstitución de la prueba que en suma es la delegación de uno de las potestades del Estado; concebir al arancel notarial cómo un convenio de prestación de servicios profesionales, equivaldría a considerarlo cómo un acuerdo entre competidores, cuándo es una decisión de Estado.<sup>276</sup>

En cuanto al abogado ¿resulta necesario recordar el tenor humano y no mercante de su juramento: “Juro, como abogado, ejercer mis funciones con dignidad, conciencia, independencia, probidad y humanidad”?

Sería más que una candidez, sostener que el abogado y el notario, cómo profesionales del derecho, no se preocupen por sus ingresos. Está sin discusión que estas profesiones se han visto seriamente afectadas por el creciente predominio del derecho en las sociedades contemporáneas y el notable encarecimiento de los servicios profesionales en la materia.<sup>277</sup> Más sin embargo, no por ello los juristas franceses han adoptado el postulado que consiste en considerar que el valor del sistema de derecho, depende de la capacidad de éste de hacer prosperar la economía.

---

<sup>275</sup> Sobre esta incomprensión, véase a Y. LEQUETTE, *Rapport de synthèse*, precitado.

<sup>276</sup> Véase sobre el tema de la elección de la República Popular China y la República Popular del Vietnam a favor de la institución notarial. A. ROTH, *Rapport de synthèse*, XV<sup>èmes</sup> Rencontres Notariat Université, *Le notariat : perspectives françaises et européennes*, 2005, à paraître, éd. *Les Petites Affiches*.

<sup>277</sup> Sobre la profunda evolución de la profesión de abogado, véase J.-D. VERDÍN, *Mots et pas perdus*, Paris, Plon, 2005.

### 110. Riesgo en la confusión de profesiones distintas

La ideología mercante conduce inevitablemente a deformar la concepción tradicional de las profesiones del derecho. En relación a la abogacía, los juristas dejarán de ser considerados como auxiliares privilegiados del funcionamiento de la administración de justicia; la concepción económica que regiría sería considerarlos cómo profesionales en franca competencia por la clientela y por segmentos de mercados; autorizados a emplear entre ellos toda clase de ardides en el transcurso de los procesos... En cuanto al notariado, deberá considerar el estatuto de servicio público cómo una sujeción; abandonar el servicio de la autenticidad y las obligaciones inherentes, por la prestación de asistencia jurídica remunerada libremente, e incurrir incluso en los terrenos movedizos y lucrativos de la "desfiscalización"; se terminará por considerar cómo una extravagancia que un mismo notario pueda asistir jurídicamente por igual a dos partes en un mismo contrato... La delicadeza, la imparcialidad, la confraternidad, militan entre otros tantos valores fundamentales que provienen de ámbitos distintos al de la competencia económica.

Al paso del tiempo surgirá la interrogante natural de intentar diferenciar la actividad de un abogado y la de un notario; o bien lo que pudiera diferenciar a un abogado de un jurista titular de una maestría en derecho o incluso de un ujier. Todos por igual conformarían la oferta de servicios jurídicos, subsumidos en una profesión única, que constituiría la libre empresa jurídica... *One size fits all...*

Al igual que la regla de derecho, las profesiones de prestación de servicios jurídicos se encaminarán hacia la unicidad e irremediamente a su empobrecimiento.

### 111. ¡Bienvenida la diversidad jurídica!

En este aspecto es necesario expresarse con claridad. No se intenta una defensa de una cultura en lo particular *per se*, ni de aferrarse con obstinación a una tradición por un temor a toda evolución. El planteamiento es más sencillo; cabe interrogarse si existen razones suficientes para transitar de un sistema de derecho a otro.

¿Hay certeza que los Estados Unidos de América, respecto a las profesiones del derecho, representan una imagen que debe servir de modelo? ¿Se encuentran los ciudadanos norteamericanos mejor asesorados en su país? ¿Está el ciudadano mejor defendido en el proceso? ¿Se administra mejor la justicia? ¿Se tiene un mejor acceso al sistema de

derecho? Por otra parte ¿es válido sostener que resulta una verdadera casualidad que a partir de la caída del muro de Berlín en 1989, catorce Estados nacionales de la antigua Europa comunista restablecieron el notariado latino?<sup>278</sup> ¿No resulta altamente significativo que un país como la República Popular de China, al abrirse a las relaciones comerciales exteriores, haya optado por crear una profesión notarial inspirada directamente del notariado latino<sup>279</sup> y que muchos otros países hayan expresado su anhelo de crear esa profesión?<sup>280</sup> Resulta incuestionable que todos esos países han optado por la seguridad jurídica, condición indispensable al desarrollo de las inversiones nacionales o extranjeras. El notariado moderno encarna precisamente esa necesidad de seguridad jurídica al servicio del desarrollo económico.<sup>281</sup>

A los juristas de todos los países, incluyendo a Francia, les queda muy en claro que no existe un sistema de derecho ideal; que cada uno acusa imperfecciones e insuficiencias, pero que dentro de sus orígenes históricos y culturales, han encontrado la manera de superarlos. Existe una resistencia natural por las transposiciones jurídicas provenientes de otros sistemas de derecho que, por más seductores que parezcan, están imbuidas de un alto contenido ideológico.

Resultaría por demás extraño, que la diversidad de las culturas jurídicas no pudiera igualmente beneficiarse de la protección creciente atribuida de manera general a la diversidad cultural. ¿Resulta necesario recordar que la Conferencia General de la UNESCO, el 20 de octubre de 2005, aprobó una Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, que se inserta en la misma tendencia que puede ser reconocida en la Declaración Universal de la UNESCO sobre la diversidad cultural (2001); que la diversidad cultural

---

<sup>278</sup> Polonia, Hungría, Rumania, Bulgaria, Turquía, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania, Armenia, Ucrania, Georgia, Croacia. Véase también en Asia, el caso de Vietnam (*Droit et patrimoine*, févr. 2006).

<sup>279</sup> Ley no 39 del 28 de agosto de 2005, entrada en vigor el primero de marzo de 2006. Véase también Jean-Paul DECORPS, *La coopération notariale en Chine*, JCP éd. not 2005, n° 1494, p. 2052 y ss.

<sup>280</sup> La Unión Internacional del Notariado Latino recibió entre otras solicitudes de ingreso de Tailandia, Corea, Kazajstán, Azerbaiján, Bielorrusia, Serbia-Montenegro. Además, algunos estados de los Estados Unidos de América (los Estados de Texas, de Alabama y de Luisiana), del Canadá (la Provincia de Colombia Británica) y de Australia (Estado de Victoria) se interesan en la profesión y participan como observadores en algunas reuniones internacionales del notariado.

<sup>281</sup> Véase el discurso del Señor ZHANG FUSEN, Ministro de la Justicia de China. Coloquio sobre “La propriété au service du développement économique”, Shanghai, 15 y 16 de noviembre de 2004. Éd. Centre sino-français de formation et d'échanges notariaux et juridiques à Shanghai, 2005, p. 8.

debe considerarse como un “patrimonio común de la humanidad” y que su “defensa resulta un imperativo ético, inherente al respeto de la dignidad humana”?<sup>282</sup>

---

<sup>282</sup> Véase [www.portal.unesco.org](http://www.portal.unesco.org).