

LA RESPUESTA DEL GRUPO BRASILEÑO DE LA ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT

Doing business y la posición de América Latina

Arnoldo WALD¹

I. Introducción

1. La crítica encarnizada formulada por los Informes *Doing Business* (2004 y 2005) a los países de derecho escrito, la cultura jurídica francesa y las legislaciones de la familia romano germánica, no podía dejar al Brasil indiferente, ni a los demás países de América Latina pertenecientes a este sistema de derecho, que forman parte importante entre los países en vía de desarrollo vinculados a esa tradición.

2. Es indudable que tanto por su espíritu como sus técnicas, los sistemas de derecho de la América Latina mantienen lazos muy estrechos con la cultura jurídica francesa, que modeló sus instituciones; puede válidamente sostenerse que estos sistemas de derecho se consideren como totalmente integrados a esta familia o como derechos mixtos.² Igualmente importante, es necesario puntualizar que los países de América Latina han experimentado la influencia de otros sistemas de derecho europeos, de los que abrevaron para codificar su legislación. Si, como bien lo observó René David, los ciudadanos de América Latina son a la vez latinos y americanos,³ su formación jurídica, en especial la concerniente al derecho privado, está sin embargo vinculada íntimamente a la latinidad, sin perjuicio de que algunos aspectos de su sistema de derecho los aproximan más al sistema de derecho actualmente en vigor en los Estados Unidos de América.

¹ Presidente del Grupo Brasileño de la Asociación Henri Capitant. Traducción libre del Dr. Jorge A. Sánchez Cordero.

² CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, « L'évolution des droits mixtes » en *Regards critiques et perspectives sur le droit et la fiscalité, Liber Amicorum Cyrille David*, Paris, LGDJ, 2005, p. 335; y ARNOLDO WALD, « Doit-on repenser les familles juridiques ? » en *De tous horizons. Mélanges Xavier-Jouvan*, Paris, Société de Législation Comparée, 2002, p. 192.

³ RENÉ DAVID, *Traité élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 259.

3. Habida cuenta del espacio limitado del que se dispone, se examinarán sucesivamente, de manera sucinta, los informes *doing business* (2004 y 2005) para luego destacar las ventajas del sistema de derecho escrito, redefinir el papel del análisis económico, para concluir abogando por la preservación de las técnicas y valores esenciales de la cultura francesa, que finalmente son las de la civilización occidental.

II. Un informe inexacto e injusto

4. En líneas anteriores se han examinado en forma pormenorizada las inexactitudes y se ha evidenciado la mala fe con la que han conducido los redactores de los informes *doing business*; se destacó igualmente el desprecio que se observó sobre la importancia y los beneficios de la codificación, fundándose en estadísticas poco confiables y más grave aún que éstas no guardan relación evidente unas con otras.

5. La aspiración evidente de esos Informes es orientar el sistema de derecho de los países en vía de desarrollo, formulando un modelo único y eliminando las peculiaridades de cada región así como las diversas fases históricas experimentadas por los diferentes países, que explica las tradiciones y necesidades particulares de cada región. Es una omisión grave en un Informe que debería abstenerse de imponer una visión jurídica unilateral al resto del mundo.

6. Es necesario puntualizar que la uniformidad de las soluciones, tanto en el ámbito jurídico como económico, que bien pudo ser aceptable en los siglos XIX y XX, resulta irrelevante en el siglo XXI. En la actualidad, la elección de una escuela de economistas no debería considerarse como un imperativo. En este sentido, el consenso de Washington de hace unos quince años que confería una supremacía a los factores económicos ha sido totalmente superado; incluso aquéllos que lo postularon han evolucionando hacia un post consenso e intentan complementar su programa económico con medidas de orden social y el fortalecimiento de las instituciones, lo que infiere una evolución del sistema de derecho escrito.⁴ Es más, aun en los Estados Unidos, las

⁴ PEDRO-PABLO KUCZYNSKI y JOHN WILLIAMSON, *After the Washington Consensus : restarting growth and reform in Latin America*, traducido al portugués en 2004 bajo el título *Depois do Consenso de Washington*, Sao Paulo, Saraiva, 2004, passim : en especial el capítulo 11 redactado por John Williamson. Ya en tiempos anteriores había

grandes crisis como la de 1929, se resolvieron con textos legislativos como el *New Deal*. Más recientemente, es también con la intervención del Estado aunada a un texto de ley, y no mediante decisiones judiciales, que los Estados Unidos reaccionaron ante el escándalo de los fraudes de las grandes sociedades norteamericanas.⁵ Parece por lo tanto totalmente injusto, atribuir al sistema de derecho escrito la pobreza de los países en vía de desarrollo o el fracaso de su lucha contra la miseria.

III. Convergencia y armonización de los derechos.

Rechazo de la hegemonía de un sistema único de derecho

7. Cómo una consecuencia del proceso de globalización, la aceleración de los avances tecnológicos y el crecimiento del comercio internacional, los diversos sistemas jurídicos se aproximan cada día más los unos a los otros.

8. En el Brasil, el Congreso Nacional aprobó en el 2002 un nuevo Código Civil inspirado tanto en el *Codice Civile* italiano como en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) germánico y aún en la doctrina y jurisprudencia francesas.⁶ Conforme al modelo del Código Civil Napoleón y al pensamiento de Portalis, el legislador brasileño preservó todas aquéllas reglas de derecho que no era necesario modificar, separándose únicamente en algunas sutilezas con sus tradiciones e intentando preservar la misma terminología jurídica. Este novísimo Código Civil pretende ser moderno, operacional pero también, y sobre todo, ético.⁷ Ante la imposibilidad de prever todos los supuestos, puso de relieve principios generales, cláusulas “abiertas” y se orientó más por encontrar soluciones adecuadas a los problemas domésticos, y no cómo en épocas anteriores, adoptar todas las soluciones provenientes de las legislaciones de los países desarrollados.⁸

habido una reacción contra lo que JAMES A. GARDNER llamó el *Legal Imperialism*, The University of Wisconsin Press, 1980.

⁵ ANNE-MARIE FRISON-ROCHE señala « La remise en cause du marché financier américain », *Les leçons d'Enron*, Paris, Éd. Autrement Frontières, 2003, p. 17.

⁶ MIGUEL REALE, *Historia do Novo Código Civil*, Sao Paulo, Saraiva, 2005, pp. 35 y ss. Ver también ARNOLDO WALD, “L'influence du Code civil en Amérique latine” en *Le Code Civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004 ; y « Les nouveaux codes de l'Amérique latine » en *L'avenir de la codification*, Paris, Publication du Sénat et de l'Association Andrés Bello, 2004, p. 125.

⁷ MIGUEL REALE, *op. cit.* p. 37.

⁸ RENÉ DAVID, Curso de Doctorado publicado en el libro *Le Droit brésilien*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 159.

9. Por otra parte, la legislación brasileña relativa tanto a las sociedades anónimas como a la competencia, tomó al derecho norteamericano como modelo. Esa complementariedad, presente sobre todo en los países en vía de desarrollo, cuya época colonial se remonta a tiempos remotos, es indudablemente de una gran fecundidad.⁹

10. El sistema de derecho escrito brasileño aspira a ser claro, flexible y accesible para todos, pero sobre todo que esté al alcance de toda la sociedad brasileña. La inflación legislativa que padeció el Brasil en algún momento de su historia, explica en gran medida el actual esfuerzo de reorganización de la legislación vigente. Por otra parte, en consideración a la enorme dificultad que representa la uniformización de la jurisprudencia en un país continental que integra regiones geográficas con niveles muy diferentes de civilización, la Suprema Corte de Justicia del Brasil ha sido autorizada, a través de una reciente reforma constitucional,¹⁰ a consolidar su jurisprudencia en determinadas materias, a efecto de obligar los tribunales inferiores a seguir su orientación.

11. A eso hay que añadir que el Brasil, al igual que Francia, reconoce hoy en día que la seguridad jurídica tiene un valor constitucional y que la construcción jurisprudencial debe garantizar la eficiencia del derecho.

12. En materia del derecho de los contratos, la buena fe, la equidad, el interés social y el equilibrio complementan y limitan la libertad contractual, y consecuentemente le dan un nuevo sentido al principio *pacta sunt servanda*. El Código Civil admitió incluso la teoría de la imprevisión, que había sido aceptada anteriormente por el derecho administrativo brasileño para preservar la conservación de la ecuación financiera de la estructura contractual; esta nueva concepción encontró su inspiración en la doctrina francesa y en la jurisprudencia francesa del Consejo de Estado.¹¹

⁹ CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, artículo citado y Rapports de Synthèse des Journées Brésiliennes de l'Association Henri Capitant de 2005.

¹⁰ Enmienda constitucional n° 45 que entró en vigor el primero de enero de 2005.

¹¹ CAIO TÁCITO, *Temas de Direito Público*, Río de Janeiro, Renovar, 1997, vol. I, p. 199; ARNOLDO WALD, "O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro" en *Estudo em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Río, Renovar, 1997, pp. 75 y ss; y *Le Droit Brésilien*, precitado, p. 397.

IV. El análisis económico, herramienta del derecho

13. Fue hasta tiempos recientes que los juristas brasileños admitieron la importancia del análisis económico, al igual que, los economistas terminaron por aceptar que el legislador utiliza exclusivamente instrumentos jurídicos. La inflación galopante que ha padecido el Brasil y el ajuste al que se recurrió representó durante mucho tiempo y de manera simultánea el ámbito de discusión y un laboratorio en el que pudo entreverarse una estrecha colaboración entre juristas y economistas. Bajo el régimen militar (1963-1985), los economistas quisieron yugular la inflación mediante planes monetarios, carentes de soporte jurídico, que terminaron por fomentar una multiplicación de procedimientos judiciales y un congestionamiento de controversias en los tribunales, generando un verdadero caos. Después del restablecimiento del estado de derecho, los juristas brasileños, al igual que los magistrados y abogados franceses, se percataron de la importancia del análisis económico para hacer eficientes las resoluciones judiciales. El Estado y el ámbito jurídico admitieron el postulado de disminuir el costo de las transacciones mediante una protección adecuada de los derechos de propiedad y de los acreedores, pero exclusivamente en la medida en que la podían conciliarse con la ética.

14. Así, algunas medidas recientes redujeron los requisitos, facilitaron la circulación de los bienes y servicios, reorganizaron el derecho de insolvencia y agilizaron los procesos judiciales y administrativos. El ahorro de tiempo se ha vuelto un imperativo para el Poder Judicial, sin que ello se haya hecho en desdoro de la calidad de la distribución de la justicia.

15. La profesión jurídica se modernizó también pero el Consejo Federal del Colegio de Abogados fue vigilante que no hubiera incurrido en una comercialización de la actividad de los abogados quienes, por su desempeño, están obligados a asegurar el buen funcionamiento del servicio público de la administración de justicia. Debe impedirse que los abogados se conviertan en simple “mercaderes de derecho”.¹²

¹² YVES DEZALAY alude al «descubrimiento del pretor por los mercaderes» en *Marchands de droit*, Paris, Fayard, 1992, p. 206.

V. El derecho como valor de la civilización occidental

16. Si la eficiencia es importante, la función principal del derecho es la impartición de Justicia y garantizar la seguridad jurídica, recurriendo a los principios procedentes de la filosofía griega, del sistema de derecho romano y de la Declaración de los derechos humanos. La tradición humanista, que se encuentra en el centro de la civilización occidental, no sólo se preocupa por el crecimiento de la economía, sino también por el desarrollo que debe ser global, endógeno e integrado,¹³ para todo ser humano y para cada ser humano. En tanto el crecimiento se mide mediante estadísticas, el desarrollo debe ser cualitativo y presuponer, como bien lo señalaba Raymond Aron, "...una administración y legislación racionalizadas y la difusión de una enseñanza inspirada de Occidente".¹⁴ Es preciso admitir que en la jerarquía de los valores, la Justicia prevalece sobre la eficiencia.

17. La dignidad humana, la lealtad, la equidad, la independencia del poder judicial, la libertad, la igualdad y la solidaridad son valores sociales que el sistema de derecho brasileño y los demás sistemas de derecho de América Latina deben garantizar a través de los textos constitucionales de los países de formación romano germánica, así como de los tratados internacionales. El derecho no puede por lo tanto transformarse en una mercancía, en una *commodity*, y obedecer exclusivamente a las leyes económicas. El estado de derecho y la sociedad no pueden transformarse en "sociedad de mercancías".

18. Reiterando la opinión emitida en la conclusión del estudio de la Asociación Henri Capitant, hemos de coincidir que el sistema de derecho debe seguir siendo un derecho humanista a fin de asegurar la existencia y el desarrollo de una sociedad duradera. En este sentido, los economistas acabaron por admitir que, como lo afirmaba Maurice Allais:

"Una economía de mercado sólo puede funcionar correctamente dentro de un marco institucional, político y ético que asegure la estabilidad de la regulación".¹⁵

¹³ FRANÇOIS PERROUX, *Pour une philosophie du nouveau développement*, Paris, Aubier, 1981, p. 237.

¹⁴ RAYMOND ARON, *Trois essais sur l'âge industriel*, Paris, Plon, 1966, p. 54.

¹⁵ MAURICE ALLAIS ap. MICHEL ALBERT, JEAN BOISSONNAT y MICHEL CAMDESSUS, *Notre foi dans ce siècle*, Paris, Arléa, 2002, p. 120. (Traducción libre).

19. Es lo que los redactores de los informes *doing business* parecen haber olvidado y que la Asociación Henri Capitant deseaba recordarles.