

LOS INFORMES *DOING BUSINESS* DEL BANCO MUNDIAL

REFLEXIONES MEXICANAS

Jorge SÁNCHEZ CORDERO¹

SUMARIO

1.- Las zozobras. 2.- Los retos.- 3.- Las tribulaciones de la uniformidad jurídica.- 4.- Las vicisitudes internacionales. A.- Su planteamiento.- B.- La experiencias internacionales. C.- Las Convenciones *hard law*. Sus limitaciones. D.- Las reglas de derecho *soft law*. a.- Los alcances. b.- Su naturaleza.- 4.- El acceso a la Justicia. A.- Su planteamiento.- B.- Su debate.- C.- Su referencia al sistema legal. D.- El contexto mexicano.- 5.- El valor del sistema legal.- 6.- La perspectiva del derecho comparado. a.- Su noción. b.- Su utilidad. c.- Los diferentes sistemas de legalidad. d.- Sistema de derecho y tradición jurídica. 7.- La naturaleza del derecho civil. 8.- Los alcances de la codificación en México. A.- Los sucesos en Occidente. B - La recepción de la cultura jurídica en México. 9.- Epílogo.

“...Este aspecto de litigio con el transcurso del tiempo se ha vuelto tan complicado que ningún ser humano en la tierra sabe lo que significa y mucho menos las partes que están involucradas...”²

Charles Dickens, en *Bleak House*.

A Gina Sánchez Cordero, hermana querida
y extraordinaria amiga.

1. Las zozobras

Las publicaciones recientes de *Doing Business* del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, conocido como Banco

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 DICKENS, Charles. *Bleak House*. New American Library. Penguin Putnam, Inc. New York, New York. Traducción libre del autor.

Mundial, ha causado profunda preocupación en los medios latinoamericanos, y México no ha sido la excepción. Esta profunda preocupación es muy entendible; la publicación proviene de una institución financiera internacional de gran prestigio y de mucha presencia en el ámbito internacional. Es una institución con una composición plural, en donde prácticamente todos los países del orbe están representados. La publicación *Doing Business* tiene como propósito, entre otros, describir los diferentes sistemas de derecho en el ámbito universal para que las empresas e inversionistas puedan tener claridad de diversos entornos jurídicos y procurarles de la información suficiente para que conozcan en cuáles sistemas de legalidad, las empresas e inversionistas tienen acceso a un mayor grado de certeza. Las empresas e inversionistas podrán, por lo tanto evaluar con mayor precisión la exposición de su riesgo.

Por estas consideraciones, la publicación *Doing Business* merece una lectura detenida. Si la reacción en el ámbito jurídico ha sido de preocupación, es fácilmente imaginable el sentimiento que pueden haber suscitado esas publicaciones en el ámbito de las inversiones que tradicionalmente reacciona de manera por demás sensible.

Para México, altamente dependiente de la inversión extranjera, la publicación *Doing Business* es sumamente inquietante que debe inducir a reflexiones muy serias y serenas, inclusive del propio Banco Mundial, por el impacto que estas publicaciones pudiera provocar en el público al cual están dirigidas, que es esencialmente la comunidad internacional de negocios.

México ha hecho en los últimos años, esfuerzos considerables en el rediseño de su legislación para dar el marco de legalidad que requiere su sociedad y que asegure a todos los agentes de mercado que actúen en nuestro entorno, la necesaria transparencia, predictibilidad e igualdad de las partes, sin consideración de su nacionalidad o residencia. Igualmente, México ha emprendido también una reforma judicial muy profunda y la procuración y administración de justicia han alcanzado en algunos sectores, estándares internacionales. Estas reformas requieren evidentemente de un tiempo de maduración acorde con el ritmo social; no obstante por la magnitud e intensidad de los esfuerzos, obligan a un reconocimiento internacional.

Para México no ha pasado por desapercibido que la comunidad internacional, personas físicas y morales por igual, experimenta una

movilidad sin precedentes. Correlativamente a este fenómeno, a todo sistema legal en el ámbito de la administración de justicia, le asiste el imperativo de crear las condiciones de certeza necesarias, que puedan generar la confianza requerida a la comunidad internacional, para que las personas tanto físicas como morales, puedan identificar las reglas de derecho equivalentes de su sistema, entre otras *verbi gratia* en las reglas de procedimiento civil que les puedan asegurar un "acceso a la justicia", que constituye uno de los grandes temas de nuestra época.

En suma, en México las reformas legislativas en numerosos y diferentes ámbitos son hechos innegables y tangibles. Cualquier profano puede percatarse de estas evidencias.

2. Los retos

Uno de los grandes desafíos que enfrenta el sistema legal mexicano es sin lugar a dudas el problema de la armonización de su sistema legal a efecto de facilitar las relaciones económicas. En menos de una década México ha firmado una amplia gama de tratados o acuerdos comerciales con un sinnúmero de países incluyendo las economías más importantes del mundo como lo son los Estados Unidos de América del Norte y el Canadá, la Unión Europea y el Japón. En este contexto, México es prácticamente un caso único a nivel universal que ha requerido en el sistema legal mexicano de respuestas legales rápidas y cambios muy profundos en nuestra comunidad.

Ello ha obligado al foro mexicano a importantes reflexiones propiciadas en gran medida por la alta exposición de su sociedad a los fenómenos de la globalización, como por otra parte acaece con cualquier otra sociedad en la actualidad. Si bien resulta un lugar común sostener que el fenómeno de la globalización se atribuye a los recientes cambios tecnológicos y económicos; no lo es tanto sostener que estos cambios tecnológicos continuarán previsiblemente sucediéndose³ y por lo tanto el fenómeno de la globalización acendrándose. Al foro mexicano, empero le ha quedado claro que debe ponderar la inflexión que este fenómeno ha provocado en su sistema de legalidad, que se encuentra inserto en varias regiones comerciales, muy en especial en la región de libre comercio

³ BASEDOW, Jürgen. "General Report. Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration." En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. VIII 2003-1/2 p. 36.

formada en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en donde el intercambio comercial y la permeabilidad social ha sido particularmente intensa.⁴

La inmersión de México en zonas de libre comercio, le ha posibilitado igualmente tener una mejor percepción de las consecuencias de la globalización, inclusive cómo contemporizar con la creciente fricción social que ella conlleva, con las controversias de estricta legalidad que se suscitan, y con los procedimientos litigiosos, que ella genera. El foro mexicano ha comprendido que los altos costos y el grado de turbulencias sociales pueden ser mitigadas, *verbi gratia* si las diferencias procesales entre sistemas de legalidad que actúan en gran competencia pudieran ser disminuidas.

Esta es la situación comercial mexicana en el crepúsculo del Siglo XX y en los albores del XXI; y éstos son sus retos.

3. Las tribulaciones de la uniformidad jurídica

El Grupo Mexicano de la Asociación Henri Capitant, no podía dejar de expresar algunas consideraciones, que estima, pudieran ser útiles y contribuir a dar mayor claridad a los análisis vertidos en la publicación *Doing Business*. Debe desde el inicio sostenerse que es necesario que la publicación *Doing Business* considere, junto con los elementos de análisis que emplean, de suyo muy importantes, elementos de estricta legalidad que no pueden, ni deben ser soslayados. Cualquier análisis que no los pondere, incurre en el grave riesgo de obtener resultados parciales o francamente equivocados. De ahí la pertinencia de hacer algunas reflexiones, desde la perspectiva de un abogado mexicano, en relación a las insuficiencias de la metodología empleada por la publicación *Doing Business*. La modificación de sistemas legales merece siempre reflexiones serenas, pero no por ello menos profundas.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, el sistema de legalidad del derecho privado, específicamente el derecho comercial no tiene un valor *per se*; sirve a los valores económicos y culturales de una sociedad,

⁴ *Ibidem*.

y si la sociedad requiere de nueva legislación, la anterior debe ser abrogada.⁵

En la actualidad, la recepción de mecanismos de legalidad, en el ámbito comercial, no son atribuidos a elementos de nacionalidad, sino a elementos de conveniencia y de necesidad.⁶

Más aún, se ha sostenido que la unificación internacional del derecho de los contratos es una necesidad para facilitar el comercio internacional y para estimular la competencia en un libre mercado y con ello propiciar una prosperidad económica. Esta aseveración, empero, ha sido contradicha por la economía más importante perteneciente a un mercado nacional, cómo lo son los propios Estados Unidos. Resulta una obviedad mencionar que el sistema legal de los Estados Unidos registra cincuenta jurisdicciones diferentes en el ámbito del derecho privado; no lo es tanto por lo que respecta a la Unión Europea. En efecto, en Europa resulta extremadamente difícil demostrar que un derecho uniforme de las obligaciones y de los contratos propiciaría un mayor comercio entre los Estados nacionales miembros de la Unión Europea. Si bien se ha impulsado un derecho europeo uniforme de las obligaciones y de los contratos en la Unión Europea, ello se ha hecho bajo argumentos políticos y culturales, más que por razones estrictamente económicas.⁷

La asunción que la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos es necesaria por razones estrictamente económicas le confiere en términos generales un peso específico desmesurado al contexto de la legalidad comercial y a la importancia de la uniformidad legislativa en lo particular.⁸ Las transacciones económicas transnacionales se concretizan sin que emerjan planteamientos de legalidad irresolubles. En efecto, en caso de que surjan conflictos entre las partes, éstos se resuelven en el marco contractual que ellas mismas han diseñado, a través de negociaciones o mediante la recurrencia a condiciones generales que le sean aplicables. Si el conflicto es inevitable se agotan generalmente las

⁵ HARTKAMP, Arthur S." *Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope*". En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. VIII 2003-1/2 p. 84

⁶ BORBA CASELLA, Paulo, "*Economic integration and Legal Harmonization, with special reference to Brazil*", En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, p. 293

⁷ HARTKAMP, Arthur S. *Op. Cit.* p. 82

⁸ HARTKAMP, Arthur S. *Op. Cit.* p. 82

instancias del arbitraje internacional y las partes involucradas acuden, a los principios generales del derecho internacional privado y a las reglas del arbitraje internacional, a la ley aplicable de su preferencia, que incluyen reglas y principios internacionales que constituyen lo que se ha denominado *lex mercatoria*.⁹

4. Las vicisitudes internacionales

A. Su planteamiento

Para una institución con vocación internacional, reflexionar sobre los trabajos que realizan paralelamente sobre el mismo ámbito prestigiadas instituciones homólogas, debe formar parte de su metodología natural de trabajo. La formación del marco de legalidad en el ámbito internacional en sus múltiples expresiones, resultado de un gran esfuerzo y un acopio invaluable de experiencia por parte de la comunidad internacional, forma parte de una cultura jurídica, que nadie que desarrolle trabajos que transiten en este ámbito, puede ignorar. Así lo exige el rigor científico, y así lo reclama la ciencia.

Resulta pues imprescindible en un opúsculo de esta naturaleza mencionar, aún cuándo sea en forma breve, las tribulaciones que se han registrado en el ámbito internacional en la redacción de convenciones internacionales por lo que respecta a la uniformidad del derecho de las obligaciones y de los contratos. Éstas deberían resultar imprescindibles cómo elementos de análisis en los Informes el Banco Mundial, especialmente por la claridad y la puntualidad con la que han sido descritos los entornos sobre los que ahora el propio Banco Mundial pretende transcurrir.

B. La experiencias internacionales

Una de las conclusiones a la que se ha podido llegar, es que las convenciones de derecho privado, pudieran resultar innecesarias desde la perspectiva estrictamente económica, y es quizá debido a ello, que son sumamente difíciles de concluirse. Así *verbi gratia*, la Convención de Viena sobre la Compra-venta internacional de mercaderías de 1980 que no

⁹ *Ibidem*.

obstante que es una Convención meramente supletoria de la voluntad de las partes (no vinculante) y que ha sido ratificada por prácticamente todos los países, tardó cerca de medio siglo en su formación y conclusión.

Esto explica adicionalmente porque los organismos internacionales, cómo son el UNCITRAL o el UNIDROIT,¹⁰ hayan concentrado mejor sus trabajos en temas selectos cómo son las convenciones sobre garantías, que son de una gran importancia en la funcionalidad de los procesos de financiamiento inherentes al comercio internacional.¹¹

Una de las enseñanzas en las negociaciones internacionales relativas a la unificación o armonización es la atención que debe darse a los aspectos que están íntimamente relacionados con la cultura jurídica y que por su naturaleza deben ser redactados con un gran detalle para asegurar su coherencia.¹²

Otra de las experiencias que pueden obtenerse de las negociaciones de las convenciones internacionales de derecho privado o de internacional privado, es que para que éstas puedan ser exitosas, deben innovar y aportar soluciones prácticas a las necesidades tanto de individuos cómo de agentes económicos involucrados en el comercio internacional.¹³

En este orden de ideas hace más de un siglo el jurista Mancini¹⁴ sostenía que un sistema legal universal, aún cuándo limitado a ciertos ámbitos, para ser efectivo debería circunscribirse a principios y reglas generales, independientemente de las circunstancias nacionales específicas. Pareciera que esta argumentación podría ser válida actualmente para los Informes *Doing Business*: la uniformidad requiere de identidades culturales y valores compartidos.¹⁵

¹⁰ El UNIDROIT es el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado que tiene su sede en Roma. Italia. México es parte del UNIDROIT y el editor actualmente forma parte de su Consejo de Dirección.

¹¹ *Ibidem*.

¹² KRONKE, Herbert. "International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice", En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. V 2000-1, p. 17

¹³ *Ibidem*., p. 20

¹⁴ Citado por BORBA CASELLA, Paulo, *Op. Cit.*, p. 291

¹⁵ Citado por BORBA CASELLA Paulo, *Op. Cit.*, p. 291

C. Las Convenciones *hard law*. Sus limitaciones

Si bien los argumentos anteriores son válidos, no lo son menos las experiencias recientes. En el ámbito universal,¹⁶ es necesario admitirlo, las convenciones internacionales *hard law*, cuya ortodoxia proviene de épocas anteriores, no han sido lo suficientemente eficientes en la armonización del derecho privado e internacional privado. Las causas son muy variadas y su análisis escapa totalmente a los límites de este opúsculo.

Resulta conveniente destacarlas en este espacio, aún así sea de manera muy breve, para abundar en más argumentos, con los que la publicación *Doing Business* pudiera beneficiarse. La preparación de una convención multilateral requiere de un consumo de tiempo significativo que es, generalmente, altamente oneroso, si se atiende a los resultados que se obtienen. En las negociaciones comerciales son las fórmulas de compromiso,¹⁷ las que prevalecen y reflejan en las convenciones internacionales la expresión del mínimo común denominador¹⁸ de intereses nacionales, al que están dispuestos a conceder¹⁹ los negociadores internacionales.

A esta fórmula de compromiso se le ha calificado con razón cómo de alcance "minimalista". La expresión "minimalista" conlleva las siguientes notas distintivas: a) El levantamiento de un listado de términos equivalentes en los Estados nacionales en los que se pretende uniformar la legislación; b) La clasificación de códigos y disposiciones estatutarias que corresponden a esos términos; c) La identificación del común denominador de las reglas clasificadas y finalmente; d) La formulación de nuevas reglas consistentes en esos comunes denominadores.²⁰

¹⁶ CALUS, Adrzej, "Modernisation and Harmonization of contract law: focus on selected issues". En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, p. 158

¹⁷ GOLDRING, John, "Globalisation, National Sovereignty and the Harmonization of Laws". En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, p. 448

¹⁸ BONELL, Michael Joachim, "Modernisation and Harmonization of Contract Law: Objectives, Methods and Scope" En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, p. 94

¹⁹ GOLDRING, John, *Op. Cit.* p. 448

²⁰ KOZOLCHYK, Boris. "The UNIDROIT Principles as a Model for the Unification of the Best Contractual Practices in the Americas", En la obra colectiva: *Los Principios de UNIDROIT: ¿un derecho común de los contratos para las Américas?*, Congreso Interamericano, Valencia, Venezuela. 6 al 9 de noviembre de 1996, Actas. p. 98

El enfoque "minimalista" que priva en las convenciones *hard law* se resume en la redacción de reglas de derecho "oficiales" o "positivas" (vinculantes); en este enfoque cualquier otro tipo de reglas de derecho se consideran inciertas para ser uniformizadas; este enfoque igualmente soslaya la disparidad proveniente de interpretaciones contradictorias de las mismas leyes o de la de sus comunes denominadores por tribunales, árbitros o partes contratantes y con ello la de un derecho transnacional, *verbi gratia* el derecho creado por las partes contratantes; e ignora finalmente el derecho que en forma cotidiana se forma en la práctica contractual o jurisdiccional.

Estas características de las convenciones internacionales *hard law*, limitan seriamente su potencial de innovar; su ratificación también provoca un problema singular: pocas son las convenciones que entran en vigor ya que para ello requieren de un número determinado de ratificaciones.²¹ Finalmente, cuándo se considera que la convención multilateral deba ser modificada, es necesario repetir el proceso; su flexibilidad para su actualización es por lo tanto muy reducida. A esto hay que agregar que la comunidad internacional ha mostrado muy poca habilidad para actualizar los instrumentos internacionales aún cuándo se hayan experimentado cambios de sustancia.²²

El enfoque "minimalista" contrasta con aquel que tiene cómo propósito la consecución de la mejor regla comercial. Los actores en el comercio internacional anhelan la máxima uniformidad posible. Este enfoque sostiene que la uniformidad no debe agotarse en la uniformidad que proviene del Estado, sino de sustentarse en las prácticas, usos y costumbres comerciales.²³

D. Las reglas de derecho *soft law*

La literatura jurídica, en el pasado reciente, ha sido muy abundante en la discusión de las reglas *soft law*, respecto a las cuáles es necesario precisar sus alcances (a.- Los alcances) y su naturaleza (b.- Su naturaleza)

²¹ FARNSWORTH, E. Allan. "Modernization and Harmonization of contract law: an American Perspective" En Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. III 2003-1/2 1998, p. 106

²² KRONKE, Herbert. *Op. Cit.*, p. 18

²³ KOZOLCHYK, Boris. *Op. Cit.* p. 94

a. Los alcances

Las limitaciones inherentes a la Convenciones *hard law*, de las que se ha dado cuenta, han obligado a la comunidad internacional a explorar otras formas en la creación del orden internacional comercial. Se ha intentado proponer a sistemas jurídicos o regiones comerciales, que no tienen vocación institucional, la forma de "ley modelo" que debe ser discutida, antes de adoptarse, por los órganos legislativos de cada Estado nacional, o bien la formulación de instrumentos internacionales ya sea de derecho mercantil o conflictual, en los que se intenta sistematizar prácticas comerciales como son los "Términos de Comercio Internacional" ("*INCOTERMS*"),²⁴ elaborados por la Cámara Internacional de Comercio de París, modelo de cláusulas contractuales tipo, relatorías ("*Restaments*") o guías legislativas o contractuales.

A este respecto, es de mencionarse la ley modelo y el reglamento de arbitraje, documentos que fueron elaborados en el seno de UNCITRAL²⁵ y cuyos resultados han sido sensiblemente exitosos.²⁶

Por su parte, la justipreciación de las guías legislativas, radica justamente, en el balance de su contenido legal y económico. En efecto, las guías legislativas en su punto de origen consideran las diversidades legales para poder ofrecer soluciones alternativas para las partes en contratos específicos. En esta forma se intenta superar las consecuencias adversas provenientes de las diferencias en las reglas de derecho.²⁷

La guía legislativa proporciona fundamentos importantes para las valoraciones económicas de elementos contractuales en transacciones específicas. En este contexto, los elementos jurídicos que se introducen en la guía legislativa, no se agotan en la perspectiva de eliminar las consecuencias resultantes de las diferencias provenientes de legislaciones domésticas, sino que son constitutivas de un método para singularizar

²⁴ La Cámara Internacional de Comercio se ha encargado desde 1936 de su elaboración y actualización de acuerdo con los cambios que va experimentando el comercio internacional. Actualmente están en vigor los *INCOTERMS* 2000 en la publicación 560 de la Cámara de Comercio Internacional.

²⁵ Véase el portal Internet www.uncitral.org.

²⁶ México incorporó la ley modelo de arbitraje en su Código de Comercio. Véase el Diario Oficial de la Federación de fecha 22 de julio de 1993.

²⁷ CALUS, Adrsej, *Op. Cit.* p. 161

cláusulas contractuales de relevancia jurídica.²⁸ Baste mencionar aquí la guía de franquicias internacionales elaboradas por el UNIDROIT. La composición de su grupo de trabajo²⁹ y la aprobación final por su Consejo de Dirección de composición plural,³⁰ le asegura un alto grado de internacionalidad y de equilibrio.

Los argumentos hechos valer en favor de la elección de guía legislativa, dan buena cuenta del debate en torno al régimen del *soft law*. En efecto, al decidirse por la elaboración de una guía contractual fueron

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ El grupo de trabajo compuesto por: Mr. Alan Rose, President, Australian Law Reform Comisión, Canberra Member of the Unidroit Governing Council, Chairman of the Study Group, Rapporteur on Chapter 17; Mr. Andrzej Calus. Professor of Law, Director, Institute of International Law, Faculty of Foreign Trade of the the Warsaw School of Economics, Warsaw; Mr. Aldo Frignani, Professor of Law, University of Turin; Frignani e Pivano, Turin, Rapporteur on Chapter 11; Mr. Franklin C. Jesse Jr. Gray Plant Mooty & Bennet, Minneapolis; Vice-Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 9 and Chapter 13, Mr. István Kiss. Secretary-General and Chief Executive Officer, Hungarian Franchise Association, Budapest; Mr. Alexander Ss. Konigsberg, Q. C., Lapointe Rosenstein, Montreal; Former Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 3 and Chapter 10; Mr. Martin Mendelson. Eversheds, London; Former Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 4, Chapter 6, Chapter 15 and Chapter 16; Mr. B. Sen. Senior Advocate at the Supreme Court of India, New Delhi; Member of the Unidroit Governing Council; Mr. Albert Schulz Loose Schmidt-Diemitz, Stuttgart, Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association; Rapporteur on Chapter 5, Chapter 7 and Chapter 14; Mr. John Vernon. Strasburger & Price L. L. P., Dallas; Rapporteur on Chapter 2; Mr. Philip F. Zeidman, Rudnick Wolfe, Epstein & Zeidman, Washington; General Counsel of the International Franchise Association, Washington; Former Chairman of the Committee on International Franchising of the Section on Business Law of the International Bar Association, Rapporteur on Chapter 8, Chapter 12 and Chapter 19; Ms. Lena Peters, Research Officer; UNIDROIT Secretariat; Secretary of the Study Group: Rapporteur on Introduction, Chapter 1, Chapter 18, Chapter 20 and Annexes 1-3 General Editor.

³⁰ Consejo de Dirección compuesto por: Omer I. Akipek/Turkey; Antonio Boggiano/Argentino; Isabel de Magalhães Collado/Portugal; Charles R. M. Dlamini/South Africa; E. Allan Farnsworth/Estados Unidos de América; Royston M. Goode/United Kingdom; Yasuo Hamasaki/Japón; Arthur S. Hartkamp/Netherlands; Tsvetana Kamenov A/Bulgaria; Roland Lowe/Austria; Lyou Byung-hwa/Republic of Korea; Ferenc Madl/Hungary; Vicente Marotta Rancel/Brasil; Jorg Pirrung/Germany; Jean-Pierres Plantart/Francia; Jacques Putzeys/Bélgica; Alan D. Rose/Australia; Jorge Sánchez Cordero Dávila/México; Biswanath B. Sen/India; Leif Sevón/Finlandia; Anne-Marie Trahan/Canadá; Ioannis Voulgaris/Grecia; Pierre Widmer/Switzerland; Zhang Yuejia O/People's Republic of China.

varios los elementos de convicción que se analizaron: la guía ilustraría problemas que pudieran surgir con temas ya regulados en una u otra forma por las legislaciones, pero que fuesen de importancia capital en el contexto de las franquicias (*verbi gratia* situaciones relacionadas con la propiedad intelectual). Igualmente podría ilustrar las ventajas y las desventajas de las diferentes opciones que se ofrecen a los operadores del mercado y los prevendría de las dificultades que pudieran surgir en la confección de un contrato de franquicias; la exposición de esta guía se hubiera visto frustrada si UNIDROIT hubiese optado por la forma tradicional de una convención *hard law*.

Esta guía se pudo proponer inmediatamente después de concluida al mercado; en tanto que la convención internacional hubiera requerido de un número determinado de ratificaciones para entrar en vigor aparejada de la preparación de legislaciones nacionales que la hubiesen implementado. Es así cómo se determinó que si el propósito de la elaboración de un instrumento internacional era que fuera adoptada a la brevedad por la comunidad franquisataria o bien que le pudiese proporcionar un marco de legalidad de referencia, en donde desarrollan sus prácticas contractuales, la forma de guía contractual sería la forma más apropiada.

b. Su naturaleza

Todas éstas son formas de textos legales no vinculantes que se han llamado "normas narrativas" y que se integran al régimen de *soft law*³¹ cuya importancia pasa por desapercibida por los Informes del Banco Mundial. Los textos legales sujetos a este régimen si bien están desprovistos de un carácter jurídico obligatorio, comienzan a ejercer un enorme ascendiente sobre la conducta de los agentes del mercado y a provocar cambios significativos en las prácticas comerciales, por lo que no se puede soslayar su importancia.

Esta construcción de normas narrativas o de *soft law* ha sido muy recurrida en el pasado reciente. Es el proceso de eliminación de barreras para el comercio internacional que ha inducido a los Estados nacionales a modificar su derecho doméstico de las obligaciones y de contratos y adoptar o aplicar estas leyes modelo, relatorías (*Restatements*) o guías legislativas o cláusulas contractuales elaboradas por organizaciones

³¹ JAYME, Eric, *Rechtsbegriffe und Kunstgeschichte: Ein neues Recht zum Schutz von Kulurgut, Internationales Kulturgüterschutz*.

internacionales prestigiosas cómo son UNIDROIT, UNCITRAL o la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya.

Estos instrumentos satisfacen, además, otras finalidades: asisten a las partes en transacciones internacionales y ofrecen diversas soluciones a los derechos nacionales, tanto en la formación cómo en la aplicación de los contratos. En estos casos, la importancia de esta armonización "indirecta" radica en al adopción de soluciones uniformes, especialmente por lo que respecta a normas facultativas o supletorias que difieren sensiblemente de un sistema legal a otro.³²

Igualmente y en forma muy señalada cómo normas narrativas sujetas al régimen del *soft law*, pueden citarse los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT ("Los Principios de UNIDROIT") tanto en su primera versión de 1994,³³ cómo en la versión

³² CALUS, Adrsej, *Op. Cit.*, p. 161

³³ La primera versión de los "Principios" de UNIDROIT fueron aprobados por su Consejo de Dirección en el año de 1994. El primer grupo de trabajo estuvo compuesto por los siguientes juristas: Michael Joachim, Bonell. Professor Law, University of Rome I, "La Sapienza"; Chairman of the working Group; Rapporteur on Chapter I (incluido el Preamble), Chapter 2 and Chapter 4. Patrick Brazil. Attorney, Camberra; former Secretary, Attorney General's Department, former member of de Unidroit Governing Council. Paul-André, Crepeau. Director, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec; Professor of Law, McGill University, Montreal. Samuel K. Date-Bah. Professor of Law, University of Accra; Special Adviser (Legal) Commonwealth Secretariat, London. Adolfo Di Majo, Professor of Law, University of Rome I "La Sapienza" Ulrich, Drobing. Director, Max-Planck-Institute für und Internationales Privatrecht, Hamburg; Rapporteur on Chapter 7, Section 2 and Co-Rapporteur on Chapter 3. E. Allan Farnsworth. Professor of Law, Columbia University in the City of New York School of Law; Member of the Unidroit Governing Council; Chairman of the Editorial Committee. Marcel Fontaine. Professor of Law, Centre de droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain la Neuve; Rapporteur on Chapter 5 and on Chapter 6, Section I (excluding Articles 6.1.14. to 6.1.17). Michael P. Furmston.- Professor of Law University of Bristol; Rapporteur on Chapter 7, Section I (excluding articles 7.14 and 7.16). Alejandro Garro, Lecturer at the Columbia University in the City of New York School of Law; former Attorney, Buenos Aires. Arthur S. Hartkamp. Advocate-General at the Supreme Court of The Netherlands, The Hague, Professor of Law, Utrecht University; member of the UNIDROIT Governing Council. Hissakazu Hirose. Professor of Law, University of Tokyo. Komaba Huang Danhan. Professor of Law, University of International business and Economics; former Deputy Director of the Department of Treaties and Law at the Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China.. Beijing. Alexander S. Komorov. President of the Court of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry; Head of Law Department, All-Russian Academy of Foreign Trade, Moscow. Ole Lando. Professor of Law 2 Institute of European Market Law, Copenhagen School of Economics and

últimamente aprobada en el año 2004³⁴ o bien los Principios de los Contratos Europeos,³⁵ que conforman parte de la llamada *lex mercatoria*.

Business Administration; Rapporteur on Chapter 7, Section 3, Co-Rapporteur on Chapter 3. Dietrich Maskow. Attorney, Berlin; Former Director, Institut für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung der DDR; Rapporteur on Articles 6.I.14 to 6.I.17 and on Chapter 6, Section 2. Denis Tallon. Professor of Law; Former Director, Institut de droit comparé de Paris; Université de droit, d'économie et des sciences sociales. (Paris a); Rapporteur on Article 7.I.6 and on Chapter 7, Section 4. Secretary to the Working Group was Lena Peters of the Unidroit Secretariat.

³⁴ Los "Principios" fueron enriquecidos sensiblemente y aprobados por el Consejo de Dirección del UNIDROIT en el año de 2004. El segundo grupo de trabajo estuvo constituido por: Luiz Olavo Baptista, Professor of Law, University of Sao Paulo, Michael Joachim Bonell. Professor of Law, University of Rome, "La Sapienza" Consultant, UNIDROIT; Rapporteur on Chapter 2 Section 2 and paragraphs 4 and 6 of the Preamble; Chairman of the Working Group. Paul André Crepeau. Professor of Law (emeritus). Quebec Research Center of Private and Comparative Law, McGill University, Montreal. Samuel K. Date-Bah. Justice, Supreme Court of Ghana. Adolfo Di Majo. Professor of Law, University Rome III. Aktham El Kholy. Attorney at Law (Supreme court), Cairo. E. Allan Farnsworth-McCormack Professor of Law, Columbia University in the City of New York School of Law; Chairman of the Editorial Committee; Rapporteur on the Model Clause. Paul Finn. judge Federal Court of Australia; Rapporteur on Article 8.I. Marcel Fontaine. Professor of Law (emeritus), Centre de Droit des Obligations, Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve; Rapporteur on Chapter 9. Michael P. Furmston. Professor of Law (emeritus), University of Bristol; Rapporteur on chapter 5, Sección 2. Arthur S. Hartkamp. Procureur –Général at the Supreme Court of The Netherlands; Professor of Law, University of Amsterdam; Member of the UNIDROIT Governing Council; Rapporteur on Article 5.I.). Huang Danha, Attorney, Professor of Law, Vice-President of the Chinese International Private Law Society, Beijing. Camille Jauffret-Spinosi. Professor of Law, University of Paris II; Rapporteur on Chapter 8. Alexander S. Komarov. Head of Private Law Chair. Russian Academy of Foreign Trade; President of International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation. Ole Lando. Professor (emeritus), Copenhagen School of Economic and Business Administration; Chairman of the Commission on European Contract Law (1980-2001). Peter Schlechtriem. Professor of Law (emeritus), University of Freiburg; Rapporteur on Chapter 10. Takashi Uchida. Professor of Law, University of Tokyo. Observers: Francois Dessemontet. Professor of Law, University of Lousanne; Oberver for the Swiss Arbitration Association. Horacio Grigera Naón. Secretary General of the ICC International Court of Arbitration. (1998-2000). Gerald Herrmann. Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral) Observer for Uncitral (1998-2000). Giorgio Schiavon. Vice President of the Milan Chamber of National and International Arbitration. Jernej Sekolec. Secretary of the United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral); Observer for UNCITRAL (2001-2203). Anne Marie Whitsell. Secretary General of the ICC International Court of Arbitration; Observer for the ICC International Court of Arbitration (2002-2003). Secretaries to the Working Group were Paula Howarth and Lena Peters of the Unidroit Secretariat.

³⁵ Los principios de los contratos europeos fueron elaborados bajo la dirección del Profesor danés Olé Lando y han sido publicados en su versión inglesa y francesa. El texto en

Sin entrar al análisis de la naturaleza en lo particular de cada disposición de los "Principios" de UNIDROIT o de los "Principios" de los contratos europeos, que escapa totalmente a los límites de este opúsculo, en términos generales se puede sostener que estos cuerpos normativos, ofrece un sistema "neutral" de reglas de derecho. Bajo esta consideración se puede recurrir a los "Principios" de UNIDROIT o a los "Principios" europeos, cuando se trate de suplir deficiencias u omisiones en convenciones de derecho privado; significan igualmente una alternativa a las leyes nacionales que están diseñadas para resolver situaciones locales y que difícilmente al confeccionarse se repara en transacciones comerciales internacionales.³⁶

Puede sostenerse, en la especie, que el carácter general de los "Principios" de UNIDROIT, no proviene de su contenido, sino de su aceptabilidad por diferentes Estados nacionales,³⁷ y podrán ser considerados cómo principios generales de derecho, en la medida en la que existan evidencias de su recepción por la comunidad internacional.

El debate sobre su naturaleza jurídica queda sintetizado en palabras del profesor Basedow,³⁸ en la siguiente forma:

"...Their normative quality can only be assessed by a new theoretical reflection. It has to cross the traditional borderline between law and fact, between precepts and habits, and it must overcome the positivist concept the lawmaking is the exclusive prerogative of the State, to the effect that normative texts can only produce a binding effect if they have been approved in the proper constitutional manner..."

español en sus partes I y II fue publicado por los Colegios Notariales de España a cargo de Pilar Barres Benllloch, José María Embid Irujo y Fernando Martínez Sanz. ISBN: 84-95176-31-9, en Madrid, España.2003

³⁶ BASEDOW, Jürgen.*Op. Cit.*, p. 137

³⁷ *Ibidem*, p. 138

³⁸ *Ibidem*, p. 132

Desde una óptica diferente se ha sostenido, cómo uno de los planteamientos básicos en este proceso de armonización, que la adopción de la forma es parte del dilema que se plantea entre la certeza jurídica por una parte y la flexibilidad y la adaptabilidad por la otra. La forma de convención, que en términos generales debe ser entendida cómo una codificación legal, satisface la primera proposición, en tanto las diferentes formas de régimen de *soft law*, satisfacen las exigencias de la segunda proposición.³⁹

Con el planteamiento anterior se ha considerado en debatir la conveniencia de elaborar reglas de derecho conflictuales o reglas de derecho substantivas en el proceso de armonización. A este respecto, se ha reflexionado que en la medida en la que la elaboración de reglas conflictuales resulten menos satisfactorias, se fortalece la necesidad de convenciones de derecho uniforme.⁴⁰

La anterior reseña de experiencias primarias en al ámbito internacional y sus incidencias en los sistemas de derecho nacionales deben constituir elementos de gran valía para publicaciones cómo las de *Doing Business*; ponderarlas enriquecería éstas publicaciones con otras perspectivas y metodologías frecuentemente empleadas en el ámbito internacional, por organismos internacionales igualmente prestigiosos cómo el Banco Mundial, y respecto a las cuales los Estados nacionales miembros de la comunidad internacional están debidamente familiarizados.

4. El acceso a la Justicia

A. Su planteamiento

Una de las carencias más sentidas en el análisis de *Doing Business*, es soslayar las preocupaciones mayores que se han planteado en el ámbito jurídico, una de las cuales consiste en analizar la severa dificultad en la transposición de mecanismos legales propios de un sistema legal a otro sistema legal.⁴¹ Ello ha suscitado en la literatura jurídica, varias interrogantes básicas de orden general.

³⁹ KRONKE, Herbert. *Op. Cit.*, p. 19

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ KÖTZ, Hein. *La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de Droit Comparé, in Accès à la justice et État-Providence*, sous la direction de Mauro Cappelletti, préface de René David, Editorial Económica, Paris, 1984, p. 105.

Es difícil precisar hasta que punto es posible transponer los mecanismos de legalidad vigentes de un sistema jurídico a otro empleando una especie de "tecnología jurídica".⁴² Se ha afirmado al respecto que mientras una institución se encuentre más integrada a un medio específico, político y jurídico de un país, mas difícil es introducirlo en otro país.

Una parte significativa de mecanismos de legalidad están íntimamente ligados a las estructuras políticas de un país y en consecuencia a la manera de repartir el poder entre los Poderes del Estado, que en los países occidentales, a partir de las ideas de Montesquieu ("*El espíritu de las Leyes*") y de Rousseau, ("*El contrato social*"),⁴³ a quienes se debe los fundamentos de la racionalidad de los gobiernos democráticos, se identifica entre: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. De ahí que resulte extremadamente difícil sostener que las reglas que en ciertos países pueden ser estimadas cómo exitosa, puedan arraigarse y ofrecer los mismos resultados en otros países, aún cuando existan en ellos necesidades similares de protección de intereses generales.

Todos hemos de convenir, en que la imposibilidad de hacer efectivo los derechos en una sociedad, conlleva la frustración de la eficiencia cuando precisamente la eficiencia debe ser considerada como un motivo determinante en las conductas que deben observarse en la industria y en el comercio. La frustración de hacer efectivos los derechos, compromete seriamente el poder de disuasión de la ley. La ineficacia del sistema de derecho provoca por lo tanto ineficiencia en el mercado.

Se puede convenir igualmente, que no es posible permanecer indiferentes ante la exigencia social de un cambio de cultura jurídica, que es cada vez más creciente, pero que tropieza con grandes reticencias provenientes de muchos sectores. Así es válido mencionar que una de las grandes interrogantes, entre otras muchas, de nuestros países consiste en plantear si el sistema de administración de justicia, al que se la ha estigmatizado de lento, de excesivamente formalista, complicado, costoso y con frecuencia incomprensible para el ciudadano común, es adecuado

⁴² *Ibidem*, p. 107.

⁴³ 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.15

para enfrentar los conflictos de interés que se avecinan en nuestra sociedad en este siglo XXI. Este tema es parte de los análisis de los Informes de *Doing Business* y constituyen uno de los grandes temas de la actualidad.

B. Su debate

El debate de la administración de justicia participa del planteamiento general que es el llamado "acceso a la justicia". La expresión "acceso a la justicia" es una metáfora,⁴⁴ empleada desde hace algún tiempo.⁴⁵ Esta noción no se agota exclusivamente en el análisis de la forma en que son resueltos los conflictos en los tribunales, es mucho más vasta; comprende toda la actividad que los tribunales despliegan en toda sociedad. En suma, el "acceso a la justicia" se refiere a los "medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos".

A pesar de los escépticos que quisieran acotar la noción del "acceso al justicia" a problemas estrictamente de desarrollo técnico, y, por lo tanto marginales, la aspiración legítima de toda sociedad de un mayor "acceso a la justicia" está íntimamente relacionada con problemas sociales fundamentales, cómo son los que conciernen a la igualdad y el poder en una sociedad.⁴⁶ La simple idea de que todos los ciudadanos deben tener posibilidades plenas e iguales de participar en el gobierno de la *res publica*,⁴⁷ está en la base teórica misma de la democracia y de la práctica republicana. Desde la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, se ha postulado la igualdad de todos los seres humanos. Todos los seres humanos tienen derechos irrenunciables a la propiedad, a la libertad y a la vida misma. La función de todo gobierno consiste en reconocer y

⁴⁴ GALANTER, Marc. "*La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux*". En "*Accès à la justice et État-Providence*", bajo la dirección de Mauro Cappeletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 248.

⁴⁵ FRIEDMAN, Lawrence M. "*Réclamations, contestations, et litiges et l'État-Providence de nos jours*." *Accès à la Justice et État-Providence* bajo la dirección de Mauro Cappeletti, con prefacio de René David. París. Económica, 1984, p. 248.

⁴⁶ TRUBEK, Louise G. y TRUBEK, David M., "*La justice des tribunaux au service d'une société de justice une manière nouvelle de considérer la défense des intérêt d'ordre général aux États-Unis*". *Accès à la Justice et État-Providence* bajo la dirección de Mauro Cappeletti, con prefacio de René David, París, Económica, 1984, p. 248.

⁴⁷ *Ibidem*.

asegurar estos derechos y asegurar la igualdad de todos los seres humanos.⁴⁸

El "acceso a la justicia" implica el desarrollo continuo de una consciencia a través de una discusión permanente que versa sobre la forma de facilitar el "acceso a la justicia", y la medida y la calidad con las que se pueden impartir la justicia.⁴⁹ La noción "acceso a la justicia", es crucial no solamente para los abogados practicantes y especialistas, sino para toda sociedad en su conjunto. No obstante ello, existen intereses sociales contradictorios y excluyentes. De una parte se desea facilitar el acceso a los tribunales a personas o grupos marginados que no han podido hasta la fecha encontrar ninguna satisfacción de estas instituciones en la solución de sus controversias.

El "acceso a la justicia"⁵⁰ no tiene un valor cualitativo abstracto ;⁵¹ debe ser expedito y proporcionado a las posibilidades económicas de las partes. Un acceso efectivo a la justicia depende de un sistema efectivo de litigio. En todo sistema de administración de justicia civilizado se requiere que el Estado lo haga accesible de tal forma, que cualquier ciudadano pueda obtener satisfacción en el planteamiento pacífico de sus disputas. Los tribunales deben ser el medio idóneo al que todo ciudadano pueda recurrir en el pleno ejercicio de su derecho constitucional de exigir justicia.

La jurisdicción y el procedimiento deben ser adaptados a la especificidad del litigio que deben juzgar. El sistema jurídico debe ofrecer resultados tangibles; ello presupone que debe haber una actitud permanente en este sentido de los responsables de la administración de justicia. La pregunta básica consiste en plantearse si, conforme a las nuevas condiciones que ha creado la sociedad actual, se permite a todo ciudadano acceder a los tribunales para poder asegurar el respeto de sus derechos y obtener satisfacción en sus pretensiones. Esto equivale a darle un contenido real al postulado republicano de igualdad formal de todos frente a la ley,⁵² que se proclama en prácticamente todas las Constituciones Políticas de los Estados modernos.

⁴⁸ MERRYMAN, John Henry, *Op. Cit.*, p. 15.

⁴⁹ GALANTER, Marc, *Op. Cit.*, p. 248.

⁵⁰ GALANTER, Marc, *Op. Cit.*, p. 152.

⁵¹ FRIEDMAN, Lawrence M, *Op. Cit.*, p. 248.

⁵² DAVID, René, *Préface, in Accès à la justice et État-Providence*, sous la direction de Mauro Cappelletti, Editorial Económica, Paris, 1984, p. 3.

La exigencia social que puede ser identificada en nuestros países, consiste en que ciudadanos y comunidades puedan aspirar a algo más que al simple reconocimiento formal de sus derechos; los abogados calificamos a estos derechos eufemísticamente como “letra muerta”.

No obstante estos reclamos sociales, todos ellos muy legítimos, debe permanecer muy claro en nuestro ánimo, que las reformas legales frecuentemente se realizan por la convergencia de intereses de grupos que actúan en la sociedad y una vez que la reforma legal ha sido obtenida, es difícil que sobreviva esta cohesión coyuntural y que el impulso inicial persista en la verificación de la aplicación efectiva de la ley.

El activismo de los ciudadanos es episódico y con frecuencia se limita a problemas aparentes. No obstante ello, existen en toda sociedad intereses sociales contradictorios y excluyentes. De una parte se desea facilitar el acceso a los tribunales a personas o grupos marginados que no han podido obtener ninguna satisfacción, hasta ahora, de estas instituciones en la solución de sus controversias. De otra parte, sin embargo, se estima que la justicia de “masas” -en la que se garantiza la eficacia de sus derechos- deriva en una disminución de la calidad de la justicia. La cantidad y la calidad de justicia conllevan dos concepciones diferentes de ella: la facilitación del acceso a la justicia participa de un enfoque social de la justicia, en tanto que la preocupación de una buena justicia gravita en torno a una justicia individual.

C. Su referencia al sistema legal

En todas las sociedades por igual, unas sujetas al *Civil Law*, otras al sistema del *Common Law*, se puede observar estas inquietudes jurídicas. Para facilitar el análisis recurriremos a un sistema de derecho, distinto al nuestro como lo es el sistema del *common law*, en Reino Unido, que conforme a su historia es uno de los sistemas de administración de justicia más avanzados en el ámbito universal.

Difícilmente se podría haber encontrado una mejor descripción del estado que guardaba el sistema de administración de justicia en Reino Unido en el siglo XIX, que en la obra de Charles Dickens. Dickens en su libro *Bleack House* pudo llegar a dramatizar con magisterio las angustias sociales presentes en su época que también las compartían los juristas.

Basta con recordar uno de sus párrafos, cuya elocuencia no puede ocultarse:

"...El caso Jarndyce versus Jarndyce se desenvolvía con monotonía. Este espectro de litigio con el transcurso del tiempo se ha vuelto tan complicado que ningún ser humano en la tierra, sabe lo que significa y mucho menos las partes que están involucradas; asimismo se ha podido percibir que ningún abogado del Chancery puede hablar sobre el asunto por cinco minutos sin estar en total desacuerdo con las premisas del litigio. Innumerables niños han nacido durante el curso del litigio; innumerables jóvenes se han casado; innumerables ancianos han muerto. Incontables personas se han visto involucradas sin sentido en el caso Jarndyce *versus* Jarndyce sin saber cómo o por qué; familias enteras han heredado odios legendarios con este litigio. El pequeño actor o demandado, a quien se le había prometido un nuevo caballo de juguete cuando el caso Jarndyce *versus* Jarndyce concluyera, ya ha crecido, tiene un verdadero caballo, y ha cabalgado ya a otro mundo...Niñas puestas inicialmente bajo la tutela del tribunal se han convertido en abuelas; y una larga procesión de Chancellors han ido y venido...ya nos sobreviven ni siquiera tres Jarndyces sobre la tierra ya que el viejo Tom Jarndyce en su desesperación se voló los sesos en una cafetería de Chancery Lane; pero el caso Jarndyce versus Jarndyce aún se arrastra penosamente en el tribunal, con desesperanzas perennes..."⁵³

Si bien resulta evidente que los plazos, la complejidad y los costos han cambiado desde la época de Dickens, es válido preguntarse que tan

⁵³ DICKENS, Charles. *Bleak House*. New American Library. Penguin Putnam, Inc. New York, New York, Traducción libre del autor.

eficiente es actualmente el sistema legal de Reino Unido en materia de administración de justicia. Esta reflexión no pretende estar aislada a un caso específico, ni tampoco circunscribirla a México; su pretensión es más modesta. Demostrar que reflexiones de igual naturaleza se hacen igualmente en otras latitudes, incluso de países que se estiman avanzados y con sistemas jurídicos diferentes.

En uno de los estudios más serios hechos en esta nuestra época, el *National Consumer Council* de Reino Unido en 1995 mostró como tres de cada cuatro británicos expresaron su insatisfacción con el sistema de administración de justicia británico. De 1019 encuestados, 77% opinaron que era un sistema muy lento, 74% que era muy complicado y 73% que no estaba actualizado.⁵⁴

Debe insistirse que la complejidad del sistema de administración de justicia en toda sociedad, constituye una carga onerosa importante para el común de los ciudadanos y el de sus familias y que con frecuencia induce a la parte económicamente más débil a aceptar injusticias o transacciones desventajosas; o bien, incluso el costo del litigio inhibe con frecuencia a los ciudadanos a ejercitar sus derechos, ya que existe una gran desproporción con el objeto de la reclamación. En este sentido puede mencionarse el “*Woolf Civil Justice Review Interim Report*” de 1995,⁵⁵ uno de los mejores diagnósticos que se han formulado en la época reciente sobre un sistema de administración de justicia. En una de sus partes más críticas este informe señala, con agudeza, como un sistema de derecho---el británico---en el que los honorarios de los abogados son mayores a la indemnización de daños y perjuicios que recibe una víctima por accidente, sencillamente es indefendible. El informe *Woolf* dio origen a una de las reformas más importantes emprendidas en un sistema de administración de justicia en tiempos recientes.

D. El contexto mexicano

En nuestros países, hemos de ser claros, la desigualdad real frente a la ley tiene uno de sus orígenes fundamentalmente en la pobreza y en la ignorancia de la existencia de los derechos y de como hacerlos valer ante

⁵⁴ SLAPPER, Gary et KELLY David, *Principles of the English Legal System*, troisième édition, Cavendish Publishing Limited, Londres, 1997, p. 161.

⁵⁵ Le *Woolf Civil Justice Review Interim Report* puede consultarse en el portal de internet www.lcd.uk/civil/final/overview.htm y www.lcd.gov.uk/civil/finalfr.htm.

los tribunales. Las reformas que se han intentado no han sido sencillas, por los diversos intereses actuantes, pero también por las diversas categorías jurídicas que deben ser aceptadas por el conjunto de la sociedad. En esa forma, *verbi gratia* se ha llegado incluso a sostener que la legitimidad procesal consistente en permitir únicamente el acceso al tribunal a quien le asiste un derecho, obedece en el fondo a la necesidad de preservar la competencia entre los otros poderes del Estado impidiendo una sobreactuación del poder judicial.⁵⁶

Igualmente, debe insistirse que en un país como México, con una organización social débil y en vías de formación, existe una enorme dificultad de hacer eficaces los derechos. Los grupos no organizados en la sociedad carecen de una representación adecuada; difícilmente puede imaginarse, mediante los mecanismos de representación existentes, una igualdad real de todos los intereses sociales en presencia. México ha hecho esfuerzos serios para tratar de igualar las posibilidades que le asisten a los grupos formalmente organizados con las de los grupos no organizados.

La creación de organismos burocráticos para la solución de estos problemas no necesariamente ha constituido en nuestro país, la mejor de las soluciones. En efecto, esta solución participa del enorme riesgo que estos organismos administrativos están expuestos a analizar las soluciones de los conflictos de interés sólo desde la perspectiva burocrática y de que carezcan de la agresividad y la flexibilidad necesaria para enfrentar el ingenio de todos aquellos que pretenden sustraerse al cumplimiento de la ley y que terminen, como lo expresara brillantemente Galbraith,⁵⁷ convirtiéndose en "instrumentos de la misma industria a la que supuestamente debían reglamentar o bien atrapados por la senilidad prematura".

Adicionalmente a lo anterior se genera una gran dependencia social que deriva en una inhibición de organizar a la población, cuando la actividad de las organizaciones sociales es justamente uno de los métodos más efectivos para asegurar la protección de los intereses de grupos que carecen de representación social. Lo que es un hecho es que se obtienen resultados muy diversos cuando se trata de evaluar las actividades de los

⁵⁶ KÖTZ Hein, *Op. Cit.* p. 107.

⁵⁷ GALBRAITH, J. *The Great Crash*, citado par KÖTZ, Hein *Op. Cit.*, p. 118, nota 69.

organismos públicos que tienen como mandato el proteger los intereses generales de la sociedad.

5. El valor del sistema legal

Privilegiar un sistema de legalidad sobre otro, es un despropósito científico. Los fundamentos de la ciencia son excluyentes de todo juicio de valor. Los sistemas de legalidad son una formación cultural como otras muchas. Fue precisamente la emergencia de los Códigos a fines del Siglo XVIII y durante todo el siglo XIX que favoreció el "nacionalismo jurídico" que redujo a los juristas a estudiar exclusivamente su sistema legal. Fue precisamente este "nacionalismo jurídico" que hipertrofió el "orgullo nacional" en los diferentes sistemas de legalidad; es en esta forma que los juristas alemanes, al igual que los franceses, llegaron a imaginar que su sistema legal había llegado prácticamente "a la perfección".⁵⁸ Anselm von Feurbach,⁵⁹ un distinguido jurista alemán de inicios del siglo XIX, fustigando el criterio estrecho de los juristas alemanes, lamentaba cómo a diferencia de otras disciplinas científicas, los juristas carecíamos de una metodología de derecho comparado.⁶⁰ Estas ideas fueron retomadas por Rudolf von Ihering,⁶¹ que en su célebre libro "*Geist des römischen Rechts*" denunciara que la ciencia social del derecho había degenerado en una jurisprudencia de estados, limitada por las fronteras nacionales, lo que reflejaba una gran pobreza científica. La ciencia del derecho, sostenía Von Ihering, debía aspirar a una actividad científica.

Las ideas del Profesor John Henry Meryman, son en este respecto igualmente útiles:

⁵⁸ 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. 17

⁵⁹ FEUERBACH, Anselm. "Blick auf die teusche Rechtswissenschaft", *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, 1833. 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

⁶⁰ 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. 17

⁶¹ VON IHERING, Rudolf. "*Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*". I, Séptima Edición, 1924, pag. 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

"... Hence it bears repeating that the civil law tradition is older, more widely distributed, and more influential than the common law tradition. In these senses, at least, it is more important. It should be added that many people believe the civil law to be culturally superior to the common law, which seems to them to be relatively crude and unorganized. The question of superiority is really beside the point. Sophisticated comparative lawyers within both traditions long ago abandoned discussions of relative superiority or inferiority. But it is to the point that many people think that their legal system is superior to ours. That attitude itself has become part of the civil law tradition..."⁶²

Aunado a lo anterior, debe tenerse presente, que los sistemas jurídicos, sobretodo en Occidente, empiezan a ser tributarios unos de otros, de tal suerte que se genera una suerte de sincretismo jurídico. La interacción en los sistemas de legalidad en el Occidente es innegable. Para sólo mencionar un claro ejemplo, el sistema jurídico norteamericano, que no obstante ser un sistema particular dentro del mismo sistema del *common law*, ha tenido aportaciones innegables en la evolución jurídica universal, entre los que destacan, para sólo mencionar algunos, en forma prominente la noción de responsabilidad estricta ("*strict liability*"), la noción de la acción colectiva ("*class action*") y las relatorías ("*Restatements*") elaborados por el *American Law Institute*,⁶³ que son las nociones que más han influido de manera singular en el sistema de codificación.

Los estudios recientes del derecho comparado, han sostenido con razón, que las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos occidentales se han exagerado y que comparten fundamentos comunes. Las diferencias entre los sistemas de derecho del *common law* y del sistema romano germánico no son irreconciliables, cómo se ha sostenido en forma dogmática. Si bien se identifican claras diferencias, es posible

⁶² MERRYMAN, John Henry *Op. Cit.*, p. 3.

⁶³ Los trabajos del American Law Institute pueden ser consultados en el portal de internet www.ali.org.

acceder a soluciones de compromiso. A este respecto basta con mencionar en el ámbito comercial, *verbi gratia* los "Principios del Procedimiento Civil Transnacional",⁶⁴ redactados éstos últimos conjuntamente entre el *American Law Institute* y el UNIDROIT. Los Principios del Procedimiento Civil Transnacional constituyen, a no dudarlo, una de las obras científicas en el ámbito del derecho, más importantes realizadas en tiempos recientes.

Es precisamente en esta última obra, circunscrita al ámbito comercial, en donde se demostró cómo en una disciplina, en la que tradicionalmente se sostenía el impedimento estructural absoluto de redactar reglas y principios de procedimiento civil transnacional la conciliación era posible. A esta disciplina dogmáticamente se le arraigaba íntimamente a las raíces de cada sociedad; los trabajos que derivaron en la confección de los "Principios del Procedimiento Civil Transnacional" demostraron empero, la existencia de un amplio espectro de convergencias entre los sistemas de derecho del *common law* y el romano germánico.

A ello contribuyeron las nuevas ideas que se introdujeron. En el pasado reciente, se llegó a sostener que a pesar de la relación funcional del derecho procesal con la ley sustantiva, el derecho procesal gobernaba el sistema del poder judicial y que por consecuencia las reglas de procedimiento deberían de ser consideradas cómo de orden público. La Administración de Justicia era una expresión propia de la autoridad pública y a sus instituciones les era atribuida una función de Estado. Es por esta razón que los principios básicos del procedimiento civil habían tenido una significación constitucional, muy propia de los sistemas de derecho de los países de América Latina, y que por lo tanto, nada o muy poco podría ser hecho en la uniformidad de reglas de procedimiento civil. La conclusión para el propósito de este opúsculo resulta obvia. Las diferencias entre los sistemas de derecho del *common law* y del romano germánico estaban fatalmente a ser irreconciliables. El procedimiento civil sería en consecuencia una prerrogativa de la soberanía nacional, ya que el Poder Judicial es uno de los poderes en los sistemas de derecho occidentales, y en tanto tal una expresión de la soberanía nacional.

⁶⁴ Principles of Transnational Civil Procedure. AMERICAN LAW INSTITUTE/UNIDROIT, Cambridge University Press, 2006.

Las nuevas ideas, provenientes del desarrollo de la ciencia jurídica, demostraron empero que existen diferencias fundamentales en las reglas de procedimiento. La organización judicial y las reglas de procedimiento satisfacen funciones diferentes: las reglas de procedimiento tienen por vocación natural, las relaciones entre las partes y entre las partes y el tribunal. Por su parte las reglas relativas a la organización judicial pertenecen a la soberanía de cada Estado nacional. Es lo que se conoce cómo el movimiento de "contractualización" del derecho privado.

En este aspecto la precisión es imprescindible: sería más que una ingenuidad sostener la armonización de las reglas del procedimiento civil, en los sistemas de derecho del *common law* y del romano germánico, y en los subsistemas jurídicos, en donde privan una variedad infinita de reglas de procedimiento. Nada más contrario a la verdad. La noción de "aproximación" de sistemas de derecho sería más exacta, si por "aproximación" se entiende una reforma ardua que pudiera hacer los sistemas de legalidad más compatibles. En la especie, la noción de "aproximación" desplaza el debate de los fundamentos del procedimiento civil a una perspectiva más pragmática, que se concentre más en la resolución final de la controversia. Es lo que el profesor Storme ha calificado como "il principio del finalisimo".⁶⁵

Adicionalmente a lo anterior, resulta prudente, empero puntualizar que la uniformidad reduce en forma considerable la competencia entre diferentes sistemas de legalidad y disposiciones legales, cuándo es precisamente la competencia entre sistemas legales lo que ha sido y es determinante para evitar fosilizaciones jurídicas, generadoras de ineficiencias nocivas que pudieran perpetuarse en un sistema legal.⁶⁶

Todas estas consideraciones, imprescindibles en la comprensión de los diferentes sistemas de legalidad y de importancia capital en la discusión científica del derecho, fueron empero soslayados, sin mediar explicación alguna por el informe *doing business* del Banco Mundial.

⁶⁵ STORME, Marcel, "*Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to Universal Harmonisation*", Uniform Law Review. UNIDROIT. NS – Vol. VI 2001-4, p. 448

⁶⁶ KRONKE, Herbert, *Op. Cit.*, p. 19.

6. La perspectiva del derecho comparado

a. Su noción

No resulta ocioso, para los efectos de los informes *doing business*, mencionar en este espacio, nociones primarias de la metodología del derecho comparado. Antes al contrario; resulta indispensable ponerlos nuevamente en perspectiva. Ello contribuye eficazmente a agregar elementos de análisis en lo que corresponde a la concepción monista econométrica que gobierna los informes *doing business*.

La publicación *Doing business* ha venido soslayando el avance de la técnica del derecho comparado. Los estudios preliminares de derecho comparado se han vuelto indispensables respecto de problemas específicos; estos estudios deben describir cuidadosamente, en áreas específicas, las convergencias, las similitudes y las diferencias entre diversos sistemas jurídicos; y a partir de las diferencias determinar la viabilidad de la reforma y la mejor forma de su orientación.

El "derecho comparado" traduce una actividad intelectual, que tiene al "derecho" cómo objeto y a la comparación cómo su proceso.⁶⁷

La delimitación de su ámbito de estudio es una de las primeras tareas analíticas que no admiten dilación. Existe una clara diferencia entre el derecho internacional privado y el "derecho comparado". El derecho internacional privado, o las reglas "conflictuales", forma parte del derecho nacional; en tanto el "derecho comparado" es una metodología de análisis legal.⁶⁸ La metodología del derecho comparado difiere igualmente en la substancia con el derecho internacional público, ya que éste último es un derecho vigente entre los Estados nacionales; esencialmente un derecho supranacional que responde a un sistema con vocación universal.

Por otra parte, las relaciones entre la metodología del "derecho comparado" y la historia del derecho, empero son sumamente complejas. En una primera aproximación puede sostenerse que en tanto la metodología del "derecho comparado" se enfoca al análisis de sistemas de

⁶⁷ ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford. 3a ed., 1998, p. 2.

⁶⁸ BERMANN, George A, *The discipline of Comparative Law in the United States*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*. Société de Législation Comparée, Paris, 2000, p. 306

legalidad que coexisten en el espacio, la historia del derecho analiza los sistemas de legalidad que se suceden en el tiempo. No obstante ello, está claro que el jurista que se dedica a la historia del derecho no puede evitar el empleo de la metodología del "derecho comparado", al igual que el jurista no puede sustraerse al análisis histórico, si desea comprender el sentido de las reglas de derecho y los problemas que intentan resolver.⁶⁹

La tarea comparativa no debe agotarse en el argumento que asigna el discurso de las reglas e instituciones a los juristas; el debate debe hacerse extensivo a las ideas y a los comportamientos que están en estrecha relación con el derecho de los diversos países. El derecho comparado y la sociología jurídica convergen de tal manera que en otra forma no se podría obtener resultados significativos. El desarrollo social y económico y la homogeneidad de la sociedad deben ser elementos de análisis a considerarse en estas decisiones.

En efecto, posiblemente los ámbitos más complejos a ser diferenciados sean los de la metodología del "derecho comparado" y los de la sociología del derecho, ya que ambos comparten una gran cantidad de métodos. La sociología del derecho desarrolla las relaciones causales entre el derecho y la sociedad; su tarea consiste en identificar arquetipos de conductas respecto a los cuales pueda inferirse cuándo y en que forma la ley incide en el comportamiento humano y recíprocamente cuándo la ley se ve alterada por los cambios sociales, ya sean de naturaleza política, económica o de cualquier otra índole.⁷⁰

La sociología del derecho ha proporcionado elementos invaluable a los juristas. Los juristas comparatistas han comprendido que únicamente reglas de derecho que satisfagan la misma función pueden ser comparadas. Para ello saben que deben eliminarse sus preconcepciones doctrinales y jurídicas de sus análisis y liberarse de su contexto cultural para estar en aptitud de identificar con puntualidad nociones jurídicas desarrolladas en otros sistemas de derecho, para resolver problemas o conflictos de interés específicos.

En suma, la metodología del derecho comparado ha postulado como premisa básica la de la funcionalidad;⁷¹ únicamente son

⁶⁹ ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ. *Op. Cit.*, p. 8

⁷⁰ *Ibidem*, p. 10

⁷¹ El impulsor del enfoque funcionalista fue el alemán Ernst RABEL. En KÖTZ, Hein, *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé*. Un

comparables mecanismos de legalidad aquellos que satisfacen la misma función.

Los diversos sistemas legales encaran esencialmente problemas similares, pero son resueltos de diferentes maneras en muchas ocasiones con resultados bastante equiparables. La metodología funcional excluye la referencia conceptual de cada sistema legal; en efecto en lugar de partir del análisis de una norma o institución particular, se debe determinar el problema social a ser resuelto e identificar las normas o instituciones desarrolladas para resolverlos. Debe procurarse evitar la exposición dogmática conceptual de cada sistema legal que tiende a enturbiar, sino es que francamente a impedir la claridad en el análisis comparatista.

En esta perspectiva, la metodología comparatista, comparte con otras disciplinas sociales, inquietudes similares, cuyos planteamientos básicos consisten en elucidar cuales son las funciones de las instituciones legales en las diferentes sociedades y las soluciones en los diversos sistemas de legalidad, al comprobar su eficacia en la respuesta a necesidades sociales; con ello, por lo tanto deshecha las estructuras doctrinales.⁷²

De lo anterior resulta una clara conclusión, que los informes de *doing business* han soslayado. La interacción de diferentes disciplinas cómo el derecho, la historia, la etnología y la sociología resulta imprescindible para la comprensión de la regla de derecho. Cualquier análisis, que se precie de tener vocación científica, que no incorpore todo aquello que pueda incidir en la regla de derecho, cómo lo es el clima, la geografía, conduciría fatalmente a resultados equivocados. No menos importante resulta la ponderación de eventos que marcan el curso de la historia de un Estado nacional, cómo lo es la guerra, las revoluciones, el colonialismo, la subyugación, la religión, la ambición y la creatividad de diferentes agentes sociales.⁷³

défi pour les juristes du nouveau millénaire. Société de Législation Comparée, Paris, 2000, p. 19.

⁷² 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. 19.

⁷³ RABEL, Ernst. "Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung". 1925. 3 reimpresso en LESER, H.G. E. Rabel. *Gesamelte Aufsätze*, Vol. III. 1967. Citado por KÖTZ, Hein, *Comparative Law in Germany today*. En la obra colectiva: *L'avenir du droit*

Existe una pluralidad de factores que moldean la regla de derecho y por lo tanto no puede atribuirse exclusivamente a sistemas como el feudalismo, liberalismo o socialismo, a quienes les es dable producir y moldear diferentes clases de sistemas de derecho. Las instituciones jurídicas, una vez adoptadas producen consecuencias predecibles, pero otras que no lo son. Los informes *doing business* harían bien en considerar que en el ámbito social, económico y jurídico existe una gran interacción de diversos factores de muy diversa índole y que la tesis monista econometrista, por más seductora que pudiera ser, contiene graves limitaciones. El sistema de legalidad de cualquier Estado nacional se encuentra en perpetuo movimiento; es finalmente un calidoscopio que es necesario contemplar constantemente en todas sus variables.⁷⁴

b. Su utilidad

La utilidad de la metodología del "derecho comparado" es múltiple; entre otros y para los efectos de este opúsculo, debe detacarse que es un codyuvante natural del análisis econometrista, ya que facilita el esclarecimiento de las precondiciones sociales en las que se desarrollan las reglas de derecho.⁷⁵

Existe una clara utilidad que consiste en la incidencia que pueda tener en cualquier reforma legal, la forma en la que se aplica el derecho en otras jurisdicciones; pero no solamente ello, su utilidad social se extiende al ejercicio de la abogacía. La metodología del derecho comparado posibilita a juristas, litigantes, académicos, jueces entre otros, provenientes de diferentes jurisdicciones en la comprensión, aplicación e interpretación⁷⁶ de la "ley aplicable".

La metodología del "derecho comparado" conlleva varias ambiciones legítimas:

comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Société de Législation Comparée, Paris, 2000, p. 20.

⁷⁴ RABEL, Ernst. "Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung". 1925. 3 reimpresso en LESER, H.G. E. Rabel. *Gesamelte Aufsätze*, Vol. III. 1967. 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. 20.

⁷⁵ ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ, *Op. Cit.*, p. 4.

⁷⁶ KÖTZ, Hein, *Comparative Law in Germany today*, *Op. Cit.*, p. 26.

A. La ambición intelectual que intenta conocer mejor la regla de derecho, su relación con la sociedad y elucidar mejor las nociones de derecho.⁷⁷ Para ello, la presentación del derecho nacional en el contexto de las diferentes ideas que se identifican en otros sistemas de legalidad, de sus principios y de sus instituciones resulta imprescindible;

B. La ambición programática que posibilita la unificación, armonización o aproximación de las legislaciones nacionales en diversos ámbitos que puedan facilitar las transacciones y relaciones transnacionales, al destilar principios generales del derecho que puedan gobernar a estas transacciones y relaciones transnacionales en forma más adecuada.⁷⁸ Baste con mencionar que en el ámbito universal se han fundado una enorme cantidad de institutos o centros de derecho comparado que proveen de información actualizada a los legisladores nacionales⁷⁹ así como academias y organizaciones internacionales que fomentan los estudios comparatistas, cómo lo son en el ámbito internacional la Academia Internacional de Derecho Comparado o la Asociación internacional de Ciencias Jurídicas; o en el ámbito local la "*Société de Législation Comparée*" o la "*Gesellschaft für Rechtsvergleichung*"⁸⁰ fundadas respectivamente en 1869 en Francia y en 1894 en la República Federal de Alemania.

Pero posiblemente, y es justamente lo que Los Informes *Doing Business* del Banco Mundial descuidan, la metodología del derecho comparado enseña la relatividad y contingencia del derecho nacional al exponer las debilidades de sus premisas y sus potenciales prejuicios.⁸¹

⁷⁷ BERMANN, George A., *Op. Cit.*, p. 306.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Para sólo mencionar dos Institutos de Derecho comparado de excelencia, fundados en el año de 1924 y 1926 respectivamente: el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (en la ciudad de Heidelberg) y el Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. En 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. 26. Véase también la Parker School of Foreign and Comparative Studies.

⁸⁰ Esta Academia fue fundada inicialmente con el nombre de "Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre", En 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

⁸¹ BERMANN, George A., *Op. Cit.*, p. 306

c. Sistema de derecho y tradición jurídica

La metodología del derecho comparado distingue claramente entre el sistema de legalidad y la tradición jurídica. Un sistema de legalidad, se ha sostenido,⁸² es un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas de derecho.⁸³ En la medida en la que la comunidad internacional esté organizada en Estados soberanos y organizaciones internacionales o intergubernamentales, existen tantos sistemas de derecho, cómo Estados nacionales y organizaciones.⁸⁴ Por contra, una tradición jurídica, cómo lo implica el mismo término, no es un conjunto de reglas de derecho, entre otras, sobre contratos, empresas, delitos, entre otros. Estas reglas de derecho reflejan necesariamente en cierta forma la tradición jurídica a la cuál pertenecen.

La tradición jurídica es un conjunto de conductas con raíces históricas profundas, que explican la naturaleza del derecho, la función del derecho en una sociedad, la adecuada organización y operación de un sistema de derecho y la forma en la cuál la ley se aplica o debería aplicarse, y debería ser estudiada y enseñada.⁸⁵ La tradición jurídica refiere el sistema de derecho a una cultura y se significa por ser una de sus expresiones. Para resumirlo en una frase que ha hecho fortuna, la tradición jurídica "sitúa al sistema de derecho en una perspectiva cultural."⁸⁶

d. Los diferentes sistemas de legalidad

En un opúsculo de esta naturaleza, y teniendo en consideración las anteriores premisas, resulta imprescindible relatar, así sea en forma sinóptica, que a la comunidad internacional se le visualiza cómo un mosaico muy complejo de sistemas legales que responden a tradiciones jurídicas muy diversas; para proporcionar a nuestro análisis una mejor perspectiva e introducir un elemento de orden, es indispensable tener presente una clasificación de principio de las diferentes sistemas de legalidad, que lamentablemente soslaya la publicación *Doing Business*.

Conforme a la clasificación más actualizada, pueden reconocerse en la comunidad internacional ocho grupos diferentes de sistemas de

⁸² MERRYMAN, John Henry, *Op. Cit.*, p. 2

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

legalidad,⁸⁷ que responden a los mismos fundamentos legales en donde se destaca el número de habitantes que comprenden y su consecuente porcentaje estimado en la población mundial.

a) El sistema jurídico tradicional inglés-americano del *common law*,⁸⁸ que cuenta con 146 diferentes jurisdicciones con una población estimada de 1,797 millones de habitantes y que representan el 33.4% de la totalidad de la población mundial.⁸⁹

b) El sistema jurídico mixto romano-*common law* comprende 15 jurisdicciones con un total de 243 millones de habitantes que significan el 4.5% de la totalidad de la población mundial.⁹⁰

c) El sistema germánico-escandinavo con 13 jurisdicciones que abarca 360 millones de habitantes y representan un total de 6.7% de la población mundial.⁹¹

d) El sistema mixto franco-latino germánico con 13 jurisdicciones en la que se agrupan 279 millones de habitantes que significan el 5.2% del total de la población mundial.⁹²

⁸⁷ ROSE, A. O. y ALAN D. "The challenges for Uniform Law in the Twenty-First Century". Uniform Law Review. UNIDROIT, vol. I, 1996, I, p. 9.

⁸⁸ Los Estados Unidos de América, Australia y el Canadá, se contabilizan cada uno en lo individual.

⁸⁹ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Anguilla, Antigua y Barbuda; Australia; Bahamas; Bangladesh; Barbados; Belize; Bermuda; Territorio Británico del Océano Índico; Brunei Darassalam; Burma; Canadá (con exclusión de Quebec); Islas Caymán, Islas Navidad/Cocos (Islas Keeling); Islas Cook; Chipre; Dominica; Inglaterra; Islas Falkland; Fiji; Gambia, Ghana; Gibraltarr, Granada; Guyana; Hong Kong; Irlanda del Norte; República de Irlanda; Isla del Hombre; Israel; Jamaica; Kenya; Kiribati; Malawi; Malasia; Montserrat; Nauru, Nueva Zelanda; Nigeria; Niue; Islas Norfolk; Pakistán, Papua Nueva Guinea; Islas Pitcairn, Sychelles; Sierra Leona, Singapur, Islas Solomón, Santa Helena; San Kitts y Nevis; Santa Lucía; San Vicente y las Granadinas; Sudán; Tanzania; Tokelau; Tonga; Trinidad y Tobago; Islas Turcas y Caicos; Tuvalu; Uganda, Vanuatu; Islas Vírgenes Británicas; Samoa Occidental; Zambia; Samoa Americana Guam; Islas Johnston y Sand; Liberia; Islas Marshall e Isla Wake.

⁹⁰ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Alderney y Sark; Botswana; Guernset, Japón; Jersey; Sud-Korea; Lesotho; Liechtenstein; Mauricio; Namibia; Quebec; Escocia; Sud-Africa; Sri Lanka y Zwavilandia.

⁹¹ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Aruba; Finlandia; Alemania; Islandia; Indonesia; Países Bajos; Noruega; Polonia; Surinam; Suecia, Suiza; y Taiwán.

e) El sistema franco-latino con 76 jurisdicciones que comprenden 982 millones de habitantes cuyo porcentaje es de 18.3% del total de la población mundial.⁹³

f) El sistema de jurisdicciones emergentes en el que pueden identificarse un número de 18 jurisdicciones que comprenden 1,488 millones de habitantes que totalizan el 27%.⁹⁴

g) El sistema islámico que cuenta con 14 jurisdicciones que comprenden 108 millones de habitantes totaliza el 2.7% de la población mundial.⁹⁵

h) Jurisdicciones indiferenciadas entre las que pueden reconocerse 133 jurisdicciones con 116 millones de habitantes que totaliza el 2.2% de la población mundial.⁹⁶

Los estudios de derecho comparado hacen posible que se ponderen las evaluaciones de instituciones o mecanismos de legalidad de otros sistemas jurídicos. Sería sin embargo, más que una torpeza sujetar

⁹² Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Austria; República Checa; Dinamarca; Islas Faeroe; Groenlandia; Hungría; Italia; Louisiana; Panamá; Filipinas; República Eslovaca; Tailandia y Turquía.

⁹³ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Algeria; Andorra; Angola; Argentina; Bélgica; Benin; Bolivia; Brasil; Burkina Faso; Burundi; Caamerún; Cabo Verde; República Centroafricana; Chad; Chile; Colombia; Comoras; Conga; Costa Rica; Cuba, Djibouti; República Dominicana; Ecuador; Egipto; El Salvador; Guinea Ecuatoriana; Francia; Guayana Francesa; Polinesia; Gabón; Grecia; Guadalupe; Guatemala; Guinea; Guinea-Bissau; Haití; Honduras; Irán; Iraq; Costa de Marfil; Jordania; Líbano; Libia; Luxemburgo; Macao; Madagascar; Mali; Malta; Martinica; Mauritania; Mayotte; México; Mónaco; Marruecos; Mozambique; Nueva Caledonia; Nicaragua; Niger; Paraguay; Perú; Portugal; Puerto Rico; Reunión; Rumania; Ruanda; San Tomé y Príncipe; Senegal; España; San Pierre y Miquelon; Siria; Togo; Túnez; Uruguay; Venezuela; Islas Wallis y Futura, Zaire.

⁹⁴ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Albania; Armenia; Bielorrusia; Bosnia; Bulgaria; China; Croacia; Estonia, Georgia, Latvia; Lituania; Moldavia; Mongolia; Federación Rusa; Serbia; Eslovenia; Ucrania y Vietnam.

⁹⁵ Las Jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Afganistán; Azerbayján; Bahrein; Kazakstán; Kirghistán; Kuwait; Omán; Qatar; Arabia Saudita y Tajikistan.

⁹⁶ Las jurisdicciones que comprenden este grupo son las siguientes: Antártica; Bhután; Cambodia; Eritrea; Etiopía; Corea del Norte; Laos; Maldivias; Nepal; San Marino; Somalia; Ciudad del Vaticano y Oeste de Sahara.

las reformas legales, teniendo como referencia únicamente las realidades del mercado, sin considerar la cultura jurídica de los países involucrados.

El fenómeno de la globalización de la economía es una realidad que se impone hoy en día con gran fuerza a todos los agentes económicos y ha inducido una evolución lenta e inexorable; esta época que difícilmente puede encontrar paralelo con otra, presenta desafíos para los académicos, para los gobiernos y para las organizaciones intergubernamentales en la modernización y armonización del marco legal del comercio internacional; la complejidad a que nos enfrentamos es inédita.

Para nadie pasa desapercibido que es importante fomentar la eficiencia en la aplicación de las reglas de derecho. Ello requiere de un cambio de cultura y de una transformación profunda de la sociedad. Para ello se requiere de una acción positiva y permanente del Estado, que está obligado a realizar un esfuerzo social serio para que la justicia sea efectivamente accesible a todos, independientemente de su nacionalidad. Para ello deberá eliminar aquellas reglas de derecho que han demostrado ser insuficientes para asegurar los intereses de la sociedad. Este cambio, sin embargo, debe ser necesariamente acorde con el ritmo propio de cada sociedad.

Al Informe *Doing Business* no debería pasar por desapercibido que la composición de cada sociedad es determinante en la asimilación de nuevas estructuras sociales, si es que verdaderamente pretende que éstas penetren en los hábitos y costumbres de los pueblos, y que su pretensión no se agote en la mera superficie. La resistencia social que los cambios súbitos provocan en las sociedades, cuyos ejemplos en la historia reciente son abundantes, deberían para una institución multilateral con una clara vocación universal, ser motivo de profundas y serias reflexiones.

Los juristas del Congreso de Derecho Comparado de París, liderados por Édouard Lambert, Raymond Saleilles, Esmein y el británico Pollock,⁹⁷ reunidos a inicios del siglo XX jamás hubieran podido imaginar las serias dificultades y desafíos que el derecho comparado enfrentaría; ello demuestra, entre otras muchas cosas, que el avance de la

⁹⁷ SACCO, Rodolfo, *Épilogue*, en la obra colectiva: *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Société de Législation Comparée., Paris, 2000, p. 337.

ciencia es inexorable y sus principios fatalmente relativos. La bendición dogmática *urbi et orbi* excluye toda posibilidad de diálogo científico.

7. La naturaleza del derecho civil

Otro de las insuficiencias que se evidencian en el informe *Doing Business* es la consideración misma de la naturaleza del derecho civil y la de su función en toda sociedad. Existe, en la literatura jurídica, consenso en considerar al derecho “civil” cómo el más “refinado” o el más “elaborado” de los derechos ya que representa la esencia misma de la constitución de una sociedad: es su Constitución Civil, conforme a la expresión que ha hecho fortuna del Doyen Jean Carbonnier. En efecto, el régimen civil no es otra cosa que la normatividad de las relaciones privadas entre los hombres; es la expresión más íntima de una sociedad.

Es el derecho civil que regula las relaciones profundas y esenciales de una sociedad; al derecho civil no le concierne lo relativo a la normatividad del poder (organización política y económica), sino que le atañe la organización de los grandes momentos de la vida del hombre: el nacimiento a través de la filiación, la unión de sexos mediante el matrimonio, la muerte que domina el ámbito del derecho de sucesiones, la organización de las relaciones económicas entre los hombres que es el ámbito material del derecho de las obligaciones y de los contratos y los modos de apropiación de la riqueza que es propio del derecho de los bienes.

El derecho civil está dominado por la noción de duración, por una evolución lenta y profunda; esto permite afirmar que una reforma legal no ha sido verdaderamente asimilada hasta que el derecho civil la haya integrado. La legislación civil es el resultado de un esfuerzo social que aspira a alcanzar un objetivo común; es la expresión cultural de una sociedad que refleja las necesidades, los anhelos y los objetivos que se propone.

Si se atiende a su historia y a su composición social, México constituye uno de los mejores ejemplos que pueden contribuir a esclarecer el alcance de la noción de derecho civil, de la aculturación jurídica a través de la codificación, así cómo poner en relieve algunos efectos inesperados que resultaron de la transposición de nociones provenientes de la Ilustración. Un breve análisis de la evolución jurídica de México

podría evidenciar la importancia del contexto social en el cuál cada mecanismo de legalidad debe desarrollarse.

8. La aculturación jurídica

La comprensión de la evolución del derecho privado, particularmente el del derecho civil, en México y finalmente el estado actual que guardan las instituciones civiles, exigen un análisis detenido de la recepción de los diferentes sistemas de derecho y de culturas jurídicas que se han registrado y se registran en nuestro país; cuales han sido y en que medida se ha provocado esta influencia y cuales han sido sus repercusiones. México tuvo una recepción de cultura jurídica occidental en el sistema romano-germánico en el cual se encuentra inserto y en donde la influencia francesa es especialmente singular. Sin la ponderación de los elementos de culturalidad jurídica, la explicación de la evolución jurídica en México, resultaría insuficiente y posiblemente equivocada.

a. Los sucesos en Occidente

La Nueva España no pudo permanecer inmune a los movimientos sociales y a las nuevas corrientes de pensamiento que se originaron a partir de 1776 y que postularon una nueva concepción del ser humano, de la sociedad, de la economía y del Estado.⁹⁸ Estas nuevas concepciones terminaron por modificar el paisaje del Occidente: la Revolución Francesa, la Independencia de los Estados Unidos de América y los movimientos libertarios de las antiguas colonias españolas, en lo que actualmente es América Latina, la unificación alemana, el movimiento del *Risorgimento* italiano, la unificación de la nación alemana en un solo Estado nacional o bien finalmente la liberación griega del Imperio Otomano, para señalar solamente los más significativos, determinaron los sistemas de derecho prevalecientes.⁹⁹

Hay total coincidencia en que estas nuevas corrientes de pensamiento produjeron movimientos sociales muy diversos en las sociedades europeas y americanas, conforme a la estructura social de cada una de ellas. La revuelta en contra del *Ancien Régime* se realizó de diferentes maneras. No es casual que en tanto en Francia se postulaba con exceso las nociones de propiedad privada y de autonomía de la voluntad

⁹⁸ MERRYMAN, John Henry, *Op. Cit.*, p. 14

⁹⁹ *Ibidem.*

que permitían con eficacia sustraerse al régimen feudal, Reino Unido y los Estados Unidos por su parte, radicaban el exceso en el individualismo. La frase célebre de Henry Maine¹⁰⁰ resume con elocuencia este fenómeno social: La Revolución Francesa se convirtió rápidamente en el instrumento que facilitó el tránsito del " régimen estatutario al contractual".

Montesquieu en Francia se preocupa en la distinción primaria entre la creación y la aplicación del derecho. Los Tribunales en Francia se negaban sistemáticamente a solucionar las controversias en base a la nueva legislación y que pudiera alterar los intereses de la aristocracia rural; la interpretación en contra del espíritu de la ley por los tribunales era moneda de curso corriente, así como su constante interferencia en la función pública para impedir que ésta pudiera acatarla. Estos planteamientos son los que subyacen en el postulado de la división de poderes entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Esta fue la única fórmula eficaz de prevenir la interferencia recurrente de la judicatura en la creación de la ley y la intromisión en la función del gobierno.

Por el contrario la fórmula para combatir el feudalismo en Reino Unido fue diferente: el arraigo del individualismo como la fórmula eficaz para frenar el abuso del poder del soberano. Esta fuerza social fue determinante en la centralización del poder del Estado y en la abolición de las estructuras feudales.¹⁰¹

El recelo de la sociedad francesa en la recurrente intromisión de la función del gobierno y de la creación de la ley por parte de la judicatura no tuvo su equivalente en Reino Unido y por extensión en los Estados Unidos.

Para terminar este fresco, cuyas grandes trazos se ha intentado identificar, contribuye a explicar en gran medida el advenimiento de la sociedad mexicana; resta aún mencionar dos elementos de análisis: la glorificación del Estado secular y la emergencia del nacionalismo y con ello de la unidad de la cultura nacional. El *Ancien Régime* se disolvió y con ello el vasallaje feudal y el régimen estatutario. La jurisdicción eclesiástica y su sistema de derecho fueron incorporados en un solo ordenamiento normativo con vocación nacional. En forma súbita fue

¹⁰⁰ *Ibidem.*

¹⁰¹ MERRYMAN, John Henry, *Op. Cit.*, p. 16

substituido todo un universo de reglas de derecho, en el que sólo el Estado nacional y el individuo serían los únicos protagonistas. El ordenamiento normativo debería en lo sucesivo, provenir exclusivamente de los órganos del Estado, cómo única fuente creadora de derecho. El idioma nacional tendría validez única en los textos legales que debería de incorporar solamente nociones e instituciones nacionales.¹⁰²

La Revolución Francesa, cómo cualquier otro proceso social de esa magnitud, llevó al extremo las ideas prevalecientes en la época: derechos naturales, separación de poderes, racionalismo, la contestación del *Ancien Régime*, el liberalismo y el nacionalismo. En suma en este movimiento revolucionario la pasión ideológica desplazó a la razón; los postulados revolucionarios se convirtieron en dogmas y la revolución terminó por convertirse en utopía.¹⁰³

Merece la pena mencionar en este espacio los descuidos en esta perspectiva de los Informes del Banco Mundial. La insuficiencia del análisis monista econométrista provoca una gran consternación y una profunda preocupación. El desarrollo de la ciencia ha proporcionado avances que no pueden ni deben ser rechazados *a priori*. Soslayar referentes de tanta significación en la formación de los sistemas de derecho occidentales, cómo los mencionados, resulta verdaderamente inquietante. La pretensión de este florilegio no es ser monográfico; es intentar evidenciar cómo existe una clara interacción de las disciplinas sociales que el discurso científico no puede ignorar arriesgo de empobrecerse.

b. La recepción de la cultura jurídica en México

El anterior análisis deben ser transpuestos a los tiempos de la Nueva España para poder medianamente explicar a que racionalidad responde nuestro sistema de legalidad, pero esta vez acotado sólo a la recepción de la codificación como sistema ordenador normativo.

La recepción del derecho o de forma más extensiva de la cultura jurídica romano-germánico, especialmente la cultura jurídica francesa en los albores del México Independiente, describe cómo todo proceso social, un proceso lento que se fue extendiendo paulatinamente en un país que

¹⁰² *Ibidem*, p. 18.

¹⁰³ *Ibidem*.

emergía para hacer finalmente su efecto en las instituciones nacientes de la sociedad mexicana.

En la antigua Nueva España, hoy México, la recepción de la noción de codificación fue paulatina y azarosa y el desplazamiento del antiguo orden colonial conllevó un proceso social sumamente complejo, plagado de contradicciones y con grandes resistencias sociales. Nadie puede sostener que un proceso social es uniforme.

Las ideas liberales de las que se ha dado cuenta, indujeron al sistema legal mexicano a considerar la codificación como un método de sustitución del antiguo orden jurídico colonial y le posibilitaron la creación de uno propio, en donde es fácilmente perceptible la influencia del Código Civil Francés. El principio codificador sustituyó al método de recopilación español consistente en la simple yuxtaposición y exposición cronológica de reglas de derecho, para convertirse en una ordenación de las normas vigentes presidida por los principios jurídicos y políticos imperantes en la propia comunidad. La ley, se argumentaba en la época, debía ser la manifestación de la razón a través de la cual, se pretendió garantizar las conquistas individuales del hombre. La función codificadora se concibió como una tarea científica y no política.¹⁰⁴

La redacción de un texto único en forma sobria y abstracta propia de la codificación, contrastaba con la multiplicidad de textos de diversas épocas, redactados con estilos diferentes, propicia a diversas interpretaciones jurídicas; en efecto el método de la recopilación, cómo sistema de ordenación normativa, introducía elementos de falta de predicibilidad en su aplicación con un alto grado de incertidumbre jurídica. Basta con recordar que en la colonia, en muchas ocasiones los ordenamientos legales llegaban con dificultad hasta los tribunales, pero aún cuando se tuviera acceso a ellos, para la judicatura era difícil conducirse en ese laberinto legal. La gran variedad de autoridades españolas facultadas para legislar, contribuyó sino totalmente, si de manera significativa en la profusión, confusión y contradicción de los

¹⁰⁴ GONZÁLEZ, María del Refugio, *Historia del Derecho Mexicano*, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo XII, México, 2002, p. 361.

ordenamientos legales, cuyo conocimiento “excedía con facilidad la vida de una persona”.¹⁰⁵

La preocupación por determinar y con ello clarificar el orden normativo fue una constante durante la época colonial que se acentuó mucha más en el advenimiento de la Independencia mexicana. El tránsito de la colonia a la vida independiente agregó otra incertidumbre, pero esta fundamental: la relativa a la vigencia misma del orden jurídico.

El debate de la codificación en el subsistema jurídico latinoamericano se inicia con la Constitución de Cádiz de 1812, promulgada por segunda ocasión en 1820 de gran importancia en nuestro país, durante buena parte del siglo XIX.¹⁰⁶ En las Cortes de Cádiz se adoptó el sistema de codificación que habría de sustituir a la antigua legislación española, contenida en la *Recopilación de leyes de los Reinos de Indias* que estuvo en vigor hasta la independencia de las colonias españolas y que se significaron por ser el marco normativo de las Indias.

La Constitución de Cádiz inició igualmente, la ruptura con el *status quo ante*. En esta tendencia codificadora el Código Civil Napoleón, epítome de la Ilustración, resultó más seductor para el criollo mexicano y proveyó antes que la monarquía española al menos de un modelo inicial al naciente Estado mexicano que vivía una situación caótica.

La sociedad novo hispana, transformada en lo sucesivo en mexicana transitaría, en virtud de la codificación, de la marginación y aislamiento intelectual a la que fue sometida por el régimen férreo español, al descubrimiento de los postulados de la Ilustración cuya fascinación la induce a tratar de adoptarlos en su antigua estructura colonial; de la concepción escolástica del individuo al servicio del orden pre-establecido y al de su resignación. a la afirmación de su individualidad y de su libre albedrío; de los sacramentos de los actos del Registro Civil, a su secularización; del gobierno del régimen canónico en las relaciones intra familiares, a su laicización; del régimen económico con resabios

¹⁰⁵ GONZÁLEZ, María del Refugio, *Historia del Derecho Mexicano*, En la obra colectiva: *Introducción al Derecho Mexicano*, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 87.

¹⁰⁶ DUBLÁN, Manuel et LOZANO, José María, *Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Edition Officielle, Tome I, México, Impression du Commerce à la charge de Dublán y Lozano Hijos, 1876, p 326.

feudales, a una incipiente economía de mercado cuyo centro de gravedad es la noción de propiedad.

La introducción de la noción de codificación en México, conllevó la introducción de un modelo de sociedad, distinto evidentemente al colonial. No obstante lo anterior, la adopción de algunos postulados de la Revolución Francesa, provocaron efectos nocivos en una sociedad emergente. Así *verbi gratia* el postulado de la igualdad formal frente a la ley, que actualmente nadie osaría contovertir, condujo súbitamente a la eliminación de las leyes protectoras de los indígenas mexicanos y el de sus comunidades. La trasgresión sistemática a sus derechos explica en gran medida la revuelta de las comunidades indígenas en el siglo XIX mexicano y parte del siglo XX.

La diferencia de sustancia entre las antiguas colonias americanas y las españolas queda pues clara; la estructura con resabios feudales de la Nueva España sobrevivió al movimiento de independencia con todos los efectos nocivos que le eran inherentes, en tanto que las instituciones en las antiguas colonias americanas habían sido desprovistas de su capacidad para generar las injusticias sociales y económicas que caracterizaban a las sociedades feudales.¹⁰⁷

Los postulados adoptados por México expresan el ideario de la época que reconoce a la cultura jurídica francesa como un vértice: el estatuto personal cómo principio informador de las reglas conflictuales, la noción de orden público de excepción, la autonomía de la voluntad y la adopción de la teoría del contrato como derecho común de los actos jurídicos; el acto jurídico, finalmente, cómo expresión de las diversas formas de voluntad individual. La influencia de la cultura francesa no se limitó exclusivamente a la formación de la legislación civil. También tuvo una incidencia significativa en la enseñanza del derecho y en la naciente literatura mexicana.¹⁰⁸

La exposición anterior participa también de un propósito modesto. Rescatar para los autores de la publicación *Doing business* otros elementos de análisis que gobiernan los procesos de transculturación y el

¹⁰⁷ MERRYMAN, John Henry, *Op. Cit.*, p. 17.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ CORDERO, Jorge, *La recepción de la cultura jurídica. La experiencia mexicana*, en Revista Mexicana de Derecho, Colegio de Notarios del Distrito Federal, No. 6, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 354.

alcance de la codificación en países como México; el de su contenido cultural y la descripción de estos procesos de transculturación lentos en cuanto a su dimensión temporal y complejos en cuanto a sus referencias sociales.

De la misma manera esta exposición, intenta acreditar la enorme dificultad de transponer mecanismos o principios de legalidad que si bien en otros sistemas de legalidad se pudieron estimar virtuosos en su época, en otros sistemas de legalidad han producido para decir lo menos efectos insospechados.

9. Epílogo

En muchas ocasiones, personalidades ajenas al ámbito del derecho, hacen reflexiones importantes, que dan una gran claridad en el pensamiento jurídico, como es el caso del mexicano Octavio Paz, Premio Nóbel de Literatura, que en una reflexión describe con gran exactitud la situación mexicana: “...Más allá de los éxitos y los fracasos, México continua enfrentando, los planteamientos básicos que ocuparon la atención de las mentes mexicanas privilegiadas desde el siglo *XIX*: *Cómo modernizar México* ? En el siglo *XIX* se pensó que con adoptar los principios liberales y democráticos sería suficiente. Ahora, después de dos siglos de prueba y error, nos hemos podido percatar que la sociedad cambia lentamente y para que los cambios puedan dar los frutos deseados, deben hacerse en armonía con el pasado y con las tradiciones de la Nación mexicana.” Es en este contexto cómo México debe buscar su propio camino hacia la modernidad.

Jorge A. SÁNCHEZ CORDERO¹⁰⁹

¹⁰⁹ Doctor en Derecho por la Universidad de Paris (Panthéon-Assas Paris II)