

Investigación Jurídica Comparada. Su función en el Desarrollo de la Armonización del Derecho*

James Gordley**

"El autor propone un método transnacional para entender el derecho dentro de cada país, el desarrollo de una ciencia jurídica transnacional común, como respuesta a los problemas jurídicos de cada país que resultan siendo idénticos en cualquier lugar que surjan."

La mayoría de los juristas dan por sentado que el derecho nacional de cada país puede ser estudiado independientemente del derecho de otros países. Los estudiantes de derecho se educan en el derecho de sus propios sistemas jurídicos. Los jueces resuelven de acuerdo a sus códigos y a sus propios precedentes. El académico estadounidense, o el académico alemán, asume que puede escribir acerca del derecho estadounidense o del derecho alemán sin haber examinado el derecho francés o el derecho italiano. Inclusive a menudo los propios académicos especialistas en derecho comparado consideran que deben primero averiguar las peculiaridades del derecho estadounidense, alemán, francés o italiano antes de hacer comparaciones entre ellos.

En nuestra opinión, el derecho de un país no puede ser considerado un objeto de estudio independiente, sino que para entenderlo, aún cuando nos encontramos dentro de tal país, debemos mirar más allá de sus fronteras, incluso diríamos más allá de nuestro propio tiempo.

Nos parece curioso que la mejor explicación brindada acerca de la necesidad de tal aproximación transtemporal y transnacional al derecho fue la expresada por PORTALIS, el arquitecto del Código Civil francés. Asociamos al Code con el surgimiento de los sistemas jurídicos nacionales durante el siglo XIX. Eventualmente, casi todos los países promulgaron sus propios códigos, cada uno de los cuales contenía, supuestamente, un derecho distinto. Sin embargo, PORTALIS afirmó que el Código Civil francés no podía ser considerado como la única fuente del derecho francés, en la medida que el Code no podía «prever y regularlo todo»¹. En efecto, virtualmente cada caso que se presenta ante un juez contenía un problema que el Código por sí solo no podía resolver, en atención a que «nadie alega contra un texto legal claro»².

A diferencia de los juristas franceses del siglo XIX, PORTALIS no llegó a afirmar que las respuestas se encontrarían acudiendo a la exégesis del Código. Tampoco sostuvo que las respuestas se hallarían consultando los precedentes. «Pocos casos son susceptibles de resolución a través de una norma

* Título original: Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonized Law, en American Journal of Comparative Law, vol. 43, 1995, pp. 555 y ss. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor y de la American Journal of Comparative Law, ambas gestiones estuvieron a cargo de Renzo E. Saavedra Velazco.

El presente ensayo constituye la reelaboración de la ponencia presentada por el autor en el simposio "Towards Universal Laws Trends in National, European and International Law-making", en el marco de la "Commemoration of the four hundredth anniversary of the reconstitution of the University of Uppsala", evento llevado a cabo del 22 al 26 de marzo de 1995.

La traducción del inglés estuvo a cargo de Renzo E. Saavedra Velazco, Profesor de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Piura; y de Walter Vásquez Rebaza, Adjunto de docencia de Derecho de los Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se han añadido notas del traductor para procurar esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del trabajo traducido o para incluir algunas referencias bibliográficas, las cuales serán identificadas con la abreviatura (NT).

** Al momento de publicarse el presente ensayo el autor era profesor en la Facultad de Derecho en la Universidad de California, Berkeley (1978-2007); actualmente desarrolla su actividad docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane.

En su larga trayectoria ha sido profesor visitante, entre otros muchos méritos, de las Universidades de Friburgo, Regensburg, Munich, Milán y Luigi Bocconi; académico visitante en el Max Planck Institute for Comparative Law de Hamburgo y la Universidad de Colonia

1 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la Commission du gouvernement, en Antoine FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, reimpression, vol. I, Paris, 1968, p. 469.

2 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, Corps législative, Discours prononcé par Portalis, séance du 23 frimaire, año X (14 déc. 1801), en Antoine FENET, op. cit., vol. VI, p. 269.

o por un texto claro. En realidad, siempre han sido los principios generales, la doctrina y la ciencia jurídica las que se han encargado de resolver la mayor cantidad de conflictos. El Código Civil no prescinde de estas enseñanzas sino que, por el contrario, las presupone³.

La ciencia jurídica a la cual PORTALIS hacía referencia no era una que iba a emerger en un futuro, luego de la promulgación del Código, sino que ya existía. Se basaba en el estudio de los principios subyacentes en la legislación vigente⁴. Tales principios se encontraban contenidos en aquellas «valiosas colecciones para la ciencia del jurídica» elaboradas por los juristas romanos⁵. A partir del siglo XVI, juristas de la talla de Jean DOMAT lograron formular estos principios de manera más clara. Ellos estudiaron la legislación vigente aplicando «una razón adiestrada por la observación y la experiencia», «compararon las legislaciones vigentes entre sí», y «las analizaron en su relación con los derechos del hombre y las necesidades de la sociedad»⁶. Como resultado, PORTALIS llegó a sostener que en Francia «se corre con la enorme fortuna de que los estudios jurídicos constituyen una ciencia» a la cual «toda una clase de hombres se dedica» convirtiéndose en una «especie de seminario de magistrados»⁷. El cultivo de esta ciencia jurídica «presupone compendios, digestos, tratados, estudios y disertaciones contenidas en numerosos volúmenes»⁸. Serán a estas compilaciones a las que el juez prestará atención. En Turquía, según la opinión de PORTALIS, el magistrado podía «declarar cualquier cosa que desease» dado que allí «los estudios jurídicos no eran un arte»⁹.

A comienzos del siglo XIX, comentaristas y tribunales franceses concibieron, tal y como lo hizo PORTALIS, que el Code debía ser interpretado mirando más allá de su texto, inclusive viendo más allá de las propias fuentes francesas. Así, en una discusión sobre derechos de propiedad, TOULLIER, quien redactara el primer comentario del Code, citaba tanto a POTHIER como a BLACKSTONE, BYNKERSCHOECK, HEINECCIUS, PUFENDORF y WOLF.¹⁰ No era poco usual para los tribunales franceses referirse al derecho romano o bien a juristas extranjeros¹¹ en sus resoluciones.

Y luego todo se detuvo. Una frase de DEMOLOMBE se convirtió en el lema de los juristas: «los textos antes que todo»¹². Esto resultaba una paradoja. Los juristas franceses del siglo XIX llegaron a afirmar que su trabajo se basaba en la exégesis de un cuerpo legal preparado por alguien que había afirmado que dicho texto no podía ser comprendido a través de la exégesis, sino que uno requería emplear una ciencia jurídica transnacional.

En Alemania el proceso se repitió. El siglo inició con un destacado jurista explicando por qué las investigaciones jurídicas no podían basarse en el texto de un código civil nacional. Sin embargo, el siglo terminó con investigaciones jurídicas basadas en estos. El mencionado jurista fue SAVIGNY. En su famoso debate con THIBAUT acerca de si Alemania debía tener un código tal como los franceses, llegó a afirmar, al igual que PORTALIS, que no era posible interpretar un código exegéticamente¹³.

“El code debía ser interpretado mirando más allá de su texto, inclusive viendo más allá de las propias fuentes francesas.”

No obstante ello, la solución de SAVIGNY no fue idéntica a la de PORTALIS. La verdadera fuente del Derecho era, en opinión de SAVIGNY, el Volksgeist, vale decir la consciencia o el espíritu nacional. De esta manera SAVIGNY junto a los juristas de la Pandektenschule siguieron la pista de los preceptos del Geist alemán en los mismos textos romanos que, en opinión de PORTALIS, encarnaban principios transnacionalmente válidos. De este modo, SAVIGNY y sus sucesores construyeron una ciencia jurídica que trascendía a Alemania, la cual transformó la ciencia jurídica a través del mundo, a pesar de no haber penetrado en los países de habla inglesa ni en Francia. Cuando JHERING se rebeló contra el conceptualismo de esta escuela, rebatió las conclusiones de ésta sobre la base de los propios textos romanos que ella empleaba. Y nuevamente, muchas de las conclusiones que JHERING extrajo de los textos romanos serían adoptadas alrededor del mundo. Ejemplos de ello son su doctrina de la culpa in contrahendo¹⁴, la cual se proponía explicar, entre otras

3 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, supra nota al pie 1, p. 471.

4 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, op. cit., p. 476.

5 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Présentation et exposé des motifs devant le Corps-Legislatif*, 28 de junio, año XII, en Antoine FENET, op. cit., vol. I, p. xcv.

6 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, op. cit., p. xcvi-xcvii.

7 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, supra nota al pie 1, p. 471.

8 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, op. cit., p. 471.

9 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, op. cit., p. 471.

10 TOULLIER, Charles Bonaventura Marie, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 4ª. edición, vol. III, 1824–1837, pp. 41–46.

11 Por ejemplo, sentencia de Casación del 21 de febrero de 1810, S. 1809–11.1.153; sentencia en Casación del 8 de mayo de 1811, S. 1908–11.1.344; y sentencia en Casación del 23 de julio de 1811, S. 1809–10.1.382.

12 DEMOLOMBE, Jean Charles Florent, *Cours de Code Napoléon*, vol. I, primera presentación, 1854–1882, p. vi; y luego § 8, p. 53.

13 SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3a. edición, 1840, pp. 73–75.

14 JHERING, Rudolph von, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, en *Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. IV, 1861, p. 1.

cosas, por qué el vendedor de una res sacra tenía una acción *ex empto* incluso cuando la venta resultaba inválida^{15(NT1)}; y, su teoría sobre las molestias por razón de vecindad¹⁶, destinada a explicar porque en Roma el propietario de una tienda de quesos no podía arrojar humo a los pisos superiores¹⁷.

Luego de ello el cambio ocurrió. En palabras de Franz WIEACKER se trató del paso «de la etapa científica al positivismo normativo»¹⁸. Los alemanes terminaron por acoger una ciencia jurídica nacional basada en el análisis de su propio Código.

Algo similar ocurrió en Inglaterra y en los Estados Unidos. En tales países no existe un Código Civil¹⁹, las investigaciones jurídicas se basan en el precedente jurisprudencial, aunque no necesariamente en el de una sola jurisdicción. Por ejemplo, un tribunal de California puede citar un caso de Nuevo York o de Inglaterra. Un tribunal inglés puede citar un caso de Australia o, en el improbable caso que así lo desee, uno de California. En los Estados Unidos la enseñanza del derecho se basa en el estudio de colecciones de dichos casos a los que se les denomina *casebooks*. Los estudiantes de California usan los mismos que los de Massachusetts o Nueva York. No obstante, los tribunales citan, y los estudiantes leen, únicamente casos del *common law*. De allí que, tal como ocurre en los países con códigos civiles, las investigaciones jurídicas se encasillan en un grupo de textos que cuentan con autoridad dentro de ciertas fronteras políticas. Ello a pesar de que tales fronteras se extienden a la mayoría de países de habla inglesa y que los textos en cuestión resultan decisiones judiciales.

A comienzos del siglo XIX el escenario era distinto. En aquella época aparecieron nuevas traducciones de GROTIUS, PUFENDORF, POTHIER y DOMAT²⁰. Los tribunales y los autores de tratados los empleaban. Así, un juez inglés llegó a considerar que POTHIER era la máxima autoridad que uno podía citar al lado de un precedente nacional.²¹ Un tribunal de Nueva York llegó a consultar a GROTIUS, PUFENDORF y BARBEYRAC con la finalidad de decidir a quién pertenecía un zorro capturado en Long Island, decisión que aún figura en muchos *casebooks* estadounidenses²². De otro lado resulta fundamental destacar, lo cual ha sido señalado en otra oportunidad tanto por SIMPSON como por nosotros, que el derecho angloamericano fue re-estructurado a través de préstamos masivos de opiniones y figuras [authority] del derecho continental.²³ Por primera vez, el *common law* se organizó en función a categorías afines al *civil law*, tales como el contrato, la responsabilidad civil extracontractual y la propiedad. Antes de ello se había organizado en función a clases específicas de acciones, tales como *covenant*, *assumpsit*, *trespass* y *ejectment*^{24(NT2)}. Muchas de las doctrinas que abogados del *common law* dan por sentadas hoy, tales como el *tort by negligence* dentro de la responsabilidad extracontractual, la oferta y la aceptación, el error y la limitación de la responsabilidad contractual sólo a los daños previsibles fueron tomadas prestadas del *civil law*. De este modo, se puede afirmar que ni los jueces ni los académicos han venido leyendo únicamente sus propios casos.

Es más, tal como Willian LAPIANA sostuvo, ilustres académicos estadounidenses nos han advertido de no prestarle demasiada atención a nuestros propios precedentes.²⁴ En este orden de ideas, Joseph STORY,

15 Dig. 18.1.62.1.

(NT1) El conocido ensayo de JHERING aborda los supuestos en los que por una u otra razón el contrato que se ha suscrito deviene en inválido o por el cual el contrato no llega a celebrarse (si bien este ha sido un aspecto de discusión para muchos, aunque la referencia a esta posibilidad se enuncia desde el propio título del trabajo). En la época de publicación del ensayo no sólo regía la teoría voluntarista del negocio jurídico sino que la legislación vigente era el *Corpus iuris civilis*. Lo innovador de la teoría fue que se consideró que los negocios jurídicos, aún los nulos, producían efectos adicionales a los pactados por las partes. En tal sentido, la nulidad sólo importaba la imposibilidad del negocio de crear aquellos efectos conforme a su tipo o a lo deseado por las partes pero que ello no era óbice para la producción de efectos legales, tales como la restitución de las prestaciones ejecutadas o el deber de resarcir los daños.

Sobre el particular nos permitimos remitir al lector a LEÓN, Leysser L., Actualidad de Jhering: El daño por la confianza en haber celebrado un contrato regular, en *Revista jurídica del Perú*, año LVI, núm. 68, 2006, pp. 183 y ss.; y, SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E., De los periodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica: Una aproximación a la propuesta teórica de Gabriele Faggella, en *Ius et veritas*, núm. 38, 2009, pp. 36 y ss.

16 JHERING, Rudolph von, Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentumers im Interesse der Nachbarn, en *Jahrbucher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol VI, 1863, p. 81.17 Dig. 8.5.6.5.

18 WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª. edición, 1967, § 24.

19 Al menos ninguno que revista mayor importancia. Muchos de los estados federales norteamericanos, incluyendo nuestro estado de California, han elaborado códigos civiles. Sin embargo, los tribunales los han interpretado fijándose en estos únicamente para la elaboración de primer precedente sobre algún caso codificado y, posteriormente, han interpretado dicho precedente de cara a la elaboración de los sucesivos. La Corte Suprema de California adoptó una regla por la cual la negligencia del demandante no importaría siempre un obstáculo para su reclamación, a pesar del texto del Código Civil, señalando que el mencionado cuerpo normativo no estaba destinado a fosilizar el Derecho. *Li vs. Yellow Cab. Co. de California*, 13 Cal. 3d 804, 532 P.2d 1226, 119 Cal. Rptr. 858 (1975).

20 Simpson, A. W. B., *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, en *Law Quarterly Review*, vol XCI, 1975, p. 247.

21 *Cox v. Troy*, 5B. & Ald. 474, 480 (1822) Best, J.).

22 *Pierson v. Post*, 3 Cai. R. 175, 2 Am. Dec. 264 (1805).

23 SIMPSON, A. W. B., *supra* nota al pie 20; GORDLEY, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford, 1991, pp. 134–160; GORDLEY, James, *Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung*, en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 498–518.

(NT2) Un tema que no ha sido resaltado con el énfasis suficiente en nuestro medio es que el sistema de *torts* anglosajón se ha erigido en base a una enumeración de supuestos específicos de daño y de acciones que legitiman a la víctima a pretender algún tipo de remedio. Sin embargo, en las últimas décadas se ha producido una morigeración del carácter típico de la responsabilidad angloamericana a través de la percepción más flexible del denominado *tort of negligence*.

Para una enunciacón sobre este proceso v. ALPA, Guido, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, edición, traducción y notas de Leysser L. León, Jurista editores, Lima, 2006, capítulo cuarto, § 9.

24 LAPIANA, William, *Logic and Experience the Origin of Modern American Legal Education*, Nueva York, 1994, pp 34–35.

James KENT y Nathan DANE advirtieron que los casos son, a lo sumo, evidencia de los principios de los que se encuentra constituido el Derecho.²⁵ En sus escritos los citados juristas emplearon su amplio conocimiento para establecer dichos principios. Tal como uno de los biógrafos de STORY describió:

«El erudito y exitoso abogado estudió no sólo el derecho vigente sino también historia del derecho y filosofía. En el curso de su investigación acerca de los precedentes y principios adecuados, llegó a examinar todas las fuentes originales –el Corpus Juris Civilis, los escritos de los grandes pensadores del derecho y las leyes y crónicas, tanto las inglesas como estadounidenses... Sabía hacia dónde se dirigía, dado que, en cierto modo, sabía donde había estado»²⁶.

Sin embargo, a fines de siglo, Oliver Wendell HOLMES les dijo a los estadounidenses que no estudiaran el civil law porque, en su opinión, «alentaba una confianza peligrosa... en brillantes generalidades» en vez de propiciar el «análisis exhaustivo de los casos particulares con el que el common law inicia y termina»²⁷. Por su parte, Christopher Columbus LANGDELL explicaba que el estudio de los casos era «la mejor y más corta, sino es que la única forma de dominar la doctrina»²⁸. LANGDELL comparó a los académicos anglo-americanos con los naturalistas y describió los casos como los datos empíricos a ser explicados²⁹. El académico inducía de los casos particulares leyes generales que explicaban sus resultados. Un tribunal podía luego aplicar estas leyes a los casos que se presentasen.

STORY, KENT y DANE advirtieron tiempo atrás que no se debía esperar demasiado de los precedentes jurisprudenciales. En el siglo XX, la falacia metodológica fue a menudo denunciada. Tal como Jerome FRANK señaló, en todo caso que genere un litigio, a ambas partes les será posible extraer analogías de casos ya resueltos a su favor; y cualquier analogía, si uno lo desea, puede ser afirmada como principio general aplicable al caso en litigio. Los casos por sí solos únicamente nos muestran dos principios que requieren ser reconciliados; sin embargo, no nos muestran cómo deben ser reconciliados³⁰.

A inicios del siglo XX, dicha conclusión fue enarbolada en los Estados Unidos por aquel grupo de académicos que pertenecieron al realismo jurídico. En Alemania, durante el mismo período, los denominados *frei Juristen* arribaron a similar conclusión acerca de la imposibilidad de extraer respuestas de un Código Civil empleando únicamente la lógica. Lo mismo sucedió en Francia

en 1899 con Francois GÉNY³¹. En este último caso, cabe resaltar que sus argumentos fueron similares a aquellos empleados por PORTALIS y SAVIGNY a inicios del siglo XIX.

“Muchos problemas jurídicos conceptualmente idénticos en cualquier lugar que surjan.”

Algunos de los miembros del movimiento del derecho libre alemán, del realismo jurídico norteamericano y, actualmente, del movimiento de crítica legal, han concluido que no puede existir una ciencia jurídica. En nuestra opinión, la conclusión correcta es aquella sostenida por PORTALIS. Uno puede interpretar un código –o interpretar un precedente jurisprudencial– pero sólo porque no es nuestra única fuente de conocimiento de los principios que encarna. Podemos preguntarnos qué valores o propósitos se busca tutelar, por ejemplo, protegiendo la propiedad privada, haciendo cumplir los contratos o bien imponiendo responsabilidad por culpa. Podemos indagar qué reglas concuerdan con tales valores o propósitos. Podemos preguntar cuál es la mejor forma de conciliar un valor o propósito con otros en un escenario de aparente conflicto entre ellos. Si estas preguntas resultasen imposibles de responder o las respuestas a ellas fuesen arbitrarias, no sería posible afirmar la existencia de una ciencia jurídica de alcance nacional. Los códigos y los precedentes no podrían ser interpretados. Empero, si algunas respuestas a tales interrogantes resultasen mejores que otras, entonces PORTALIS tendría razón, y no deberíamos tener una ciencia del derecho de carácter nacional. Lo que importa no es la nacionalidad de una persona sino si es que tiene una buena respuesta. Si las mismas interrogantes surgen para juristas de diferentes naciones, la ciencia jurídica debería ser transnacional.

Muchos problemas jurídicos resultan conceptualmente idénticos en cualquier lugar en el que surjan. Los juristas afrontamos idénticos problemas, por ejemplo, si bien los sistemas jurídicos protegerán la propiedad privada, siempre harán ceder los derechos del propietario en casos de necesidad; si bien se fuerza el cumplimiento de los contratos, a la vez se permite que una de las partes se desvincule en caso de error esencial; si bien se atribuye responsabilidad por culpa a una persona, se determina la culpa de la conducta a través del estándar objetivo de una persona razonable. En cada caso, el problema es cómo conciliar dos normas en aparente conflicto. Queremos que nuestro derecho de propiedad tutele a los propietarios pero también a las personas que

25 Swift vs. Tyson, 41 U.S. (16 Pet.) 1, 18 (1842) (Story, J.); KENT, James, *Commentaries on American Law*, 12ª edición, vol. I, Boston, 1873, § 444; DANE, Nathan A General Abridgement and Digest of American Law, vol. I, Boston, 1873, p. vii.

26 MCCLELLAN, James, *Joseph Story and the American Constitution: A Study in Political and Legal Thought*, Norman, 1971, pp. 24–25, citado en LAPIANA, supra nota al pie 24, p. 38.

27 HOLMES, Oliver Wendell, *Misunderstandings of the Civil Law*, en *American Law Review*, vol. VI, 1871, pp. 37 y ss., ivi p. 49, véase LAPIANA, supra nota al pie 25, p. 111.

28 LANGDELL, Christopher Columbus, *A Summary of the Law of Contracts*, Boston, 1871, p. viii.

29 LANGDELL, Christopher Columbus, *Teaching Law as a Science*, en *American Law Review*, vol. XXI, 1887, pp. 123–124.

30 FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, 1963, pp. 70–72.

31 GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899.

se encuentren en situaciones de necesidad extrema. Queremos que nuestro derecho contractual vincule a los individuos que luego se arrepienten de celebrar un contrato pero no a aquellos que no tomaron una decisión informada. Queremos que nuestro derecho de responsabilidad civil extracontractual imponga responsabilidad por culpa pero de conformidad con un estándar objetivo. Conciliar estas reglas es complicado y las soluciones son a menudo imperfectas. Sin embargo, los problemas son exactamente los mismos cualquiera sea el lugar en el que nos encontremos.

La necesidad de un enfoque transnacional para tales problemas es evidente cuando se aprecia que juristas de diferentes países no sólo afrontan los mismos problemas sino que sus códigos o sus precedentes les brindan las mismas pautas sobre cómo resolverlos o adolecen de las mismas carencias de cara a tal objetivo. Por ejemplo, al tratar sobre las situaciones de necesidad, el § 904 del Código Civil alemán establece que:

«El propietario de una cosa no se encuentra habilitado para impedir que otra persona se sirva de ella cuando tal conducta resulte necesaria para evitar un peligro actual y el daño que amenace a ésta última sea irrazonablemente mayor comparado con el daño ocasionado al propietario por el uso de su propiedad. El propietario puede solicitar una compensación por el daño que le hubiese sido infringido.»

La mayoría de estadounidenses considerarían que se trata de un enunciado preciso de su propio sistema. Resultan ilustrativos dos casos en los cuales un barco fue atado a un muelle sin la autorización de su propietario con la finalidad de evitar su destrucción por una tormenta. En uno de ellos, el propietario del muelle fue hallado responsable por haber cortado la cuerda que mantenía sujeto al barco³². En el otro, el propietario del barco fue encontrado responsable por el daño ocasionado al muelle aún cuando el tribunal señaló que el primero tenía derecho a sujetar el barco al muelle³³. El derecho francés no resulta tan claro en este aspecto. El Código Civil francés no contiene ninguna disposición sobre el particular, a pesar de ello CARBONNIER considera que un tribunal francés adoptaría una excepción similar a las reglas normales que existen en materia de propiedad privada³⁴. El mencionado autor cita un caso penal del siglo XIX en el que una persona hambrienta robó comida para poder alimentarse. Evidentemente, este individuo no corrió la misma suerte que el personaje de Víctor Hugo, Jean Valjean, toda vez que la Cour d'appel of Amiens decidió no condenarlo³⁵.

Cualquier aporte útil que un jurista de alguno de estos países tenga que brindar acerca del alcance preciso de la doctrina sobre la necesidad, sería también considerado útil por juristas de otros países. Los redactores del Código Civil alemán afirmaron que no se debe considerar a la propiedad como un derecho absoluto en la medida que no debería impedirse al propietario de un barco evitar que una persona a punto de ahogarse lo aborde para salvar su vida³⁶. Este razonamiento sería igual de justo y sólido si es que hubiese sido afirmado por un tribunal francés que estuviese considerando la posibilidad de reconocer la doctrina sobre la necesidad. Tal tribunal podría verse aliviada al enterarse que el sistema jurídico no colapsó por el hecho que un tribunal en Amiens se negó a condenar a una persona hambrienta que robó comida para sobrevivir. El caso debería también ser tranquilizador para un tribunal estadounidense o alemán.

Solamente en un sentido específico podemos afirmar que los estudiosos alemanes, estadounidenses y franceses escriben acerca del derecho de sus propios países: ello se encuentran lidiando con problemas que surgen en sus propios países, pero ni el problema ni su solución pueden ser considerados como alemán, estadounidense o francés. En efecto, ingenieros como Daimler BENZ, FORD y PEUGEOT afrontaron el problema de cómo construir un automóvil pero los principios de ingeniería con los que se afronta la tarea no son alemanes, estadounidenses o franceses.

Cuando tomamos un libro de derecho, normalmente nos damos cuenta de si trata de derecho alemán, estadounidense o francés dado que el autor aborda única o casi exclusivamente las normas, casos y doctrina de su propio país. Sin embargo, dicho autor no debería limitarse a ellos si es que los argumentos de la Comisión Redactora del Código Civil alemán fuesen tan persuasivos como si los hubiesen formulado un autor francés, o si un caso francés ilustrase la misma materia, sin que revista relevancia su ocurrencia o no en dicho país. En una oportunidad un estudiante de derecho de Harvard eligió un tema demasiado amplio para un artículo, viéndose incapaz de culminarlo, lo convirtió en una tesis que abordaba el derecho de la unión americana cuyos nombres comenzaban con las letras de la «A» a la «M». En nuestra opinión el hecho que uno pueda elegir ignorar el derecho de los estados de la «N» a la «Z» no significa que éstos tengan un derecho y los estados de la «A» a la «M» tengan otro.

Los estudiosos alemanes, estadounidenses y franceses pueden haber influido en los operadores jurídicos de sus propios países quienes, por el

32 Ploof vs. Putnam, 81 Vt. 471, 71 A. 188 (1908).

33 Vincent vs. Lake Eire Transportation Co., 109 Minn. 456, 124 N.W. 221 (1910).

34 CARBONNIER, Jean, Droit civil, 8ª. edición, vol. III, 1975, § 45.

35 Corte de apelaciones de Amiens, 22 de abril de 1898, S. 1899.II.1.

36 Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerliches Gesetzbuches (1899), IV, § 419.

contrario, sí tienen una obligación especial de prestarles atención. Sus manuales se encuentran dirigidos en primer lugar a los estudiantes de sus países. En efecto, la Comisión Redactora alemana elaboró la legislación esperando, con razón, que su opinión conlleve un peso especial. Un tribunal francés resuelve controversias entre franceses. Un tribunal de mayor jerarquía puede imponer sus decisiones no sólo a las partes sino también a los tribunales inferiores, quienes, en mayor o menor medida, se encuentran obligados a acatar dichos puntos de vista. Podemos decir que cada jurista escribe sobre su propio derecho en el sentido que influye en los operadores jurídicos de su propio país, aunque quizás únicamente sólo sobre algunos de ellos. Sin embargo, se trata de un razonamiento demasiado estrecho. Todos ellos vienen enfrentando el mismo problema. En realidad diríamos que todos ellos se encuentran abordando un problema jurídico general o bien de derecho transnacional.

Hasta aquí he estado considerando los casos más simples. En realidad, no sólo surgen problemas jurídicos de la misma índole en diferentes países sino que sus códigos y sus precedentes no tratan de encontrarles soluciones diversas. Empero, supongamos que lo hicieran. En nuestra opinión, aún en tal situación dicho problema no perdería su carácter transnacional para convertirse únicamente en un problema de derecho nacional, sino que su solución aún requeriría de un método transnacional.

Para comenzar, resultaría equivocado pensar que por el solo hecho que los jueces y legisladores de diferentes países intentan dar solución al mismo problema de diversas maneras, logran efectivamente adoptar soluciones distintas, y, por ende, los derechos de tales países resulten distintos. Es claro que algunos problemas son significativamente difíciles de resolver, al punto que un legislador o un juez pueda no tener una solución clara y definida para este. Sin embargo, tendrá que lidiar con el problema a pesar de que lo haga de forma inadecuada. Así, podrá aplicar la solución que considere más adecuada apuntando, por así decirlo, a la dirección en la cual espera que se encuentre la respuesta al problema aunque sin pretender plantearla definitivamente. Si nosotros confiásemos en sus intenciones, no deberíamos actuar como si la respuesta fuese definitiva ni tampoco sentirnos vinculados a la perspectiva trazada por él. Por

consiguiente, los legisladores, a pesar de haber usado un lenguaje diferente unos de otros podrían, sin embargo, haber estado buscando la misma solución para el mismo problema.

Como ejemplo consideremos el problema mencionado líneas atrás. Casi en todos los países la parte que incurre en un error de cierta magnitud no se encuentra vinculada. El tipo de error requerido es descrito en el Código Francés como uno de substance de la prestación (artículo 1110°); en el Código Civil alemán involucra una *verkehrswesentliche Eigenschaft* (§ 119); en el Código Civil italiano involucra una calidad que resulta *essenziale* al punto de determinar el consentimiento, de conformidad con la apreciación común o en relación con las circunstancias (segundo párrafo del artículo 1429°). Para el Código Suizo de las obligaciones el error debe revestir la característica de la *wesentlich* en virtud de la cual una de las partes haya querido una cosa distinta a la obtenida (segundo párrafo del artículo 24°), una cosa mucho más grande o mucho más pequeña (tercer párrafo del artículo 24°), o involucrar una base necesaria del contrato de acuerdo a la buena fe (cuarto párrafo del artículo 24°). El Restatement^(NT3) (Second) of Contracts estadounidense señala que el error debe involucrar una «suposición esencial» (primer párrafo del §152)^(NT4).

Nuestro respeto por los mencionados legisladores es tan amplio que nos impide creer que alguno de ellos pensara que hubiera encontrado una solución clara y definitiva al problema del error. Cualquiera que imagine que consiguió tal solución pecaría de arrogante. El problema ha carecido de una solución clara desde que Ulpiano dijese que el consentimiento se encuentra ausente cuando el cobre fuese vendido como oro, el plomo como plata o el vino como vinagre y sugiriera luego que la diferencia podría encontrarse relacionada a la materia o *substantia* o *ousia*³⁷. Las diferencias en estas formulaciones no implican una diferencia de opinión en cuanto a si, por ejemplo, un contrato es inválido cuando el cobre es hecho pasar por oro en una compraventa. Se trata de intentos imperfectos de caracterizar tales tipos de error.

Parecería extraño considerar que la función de las mencionadas disposiciones normativas sea únicamente sugerir soluciones útiles pues se trata de leyes y la función de éstas no es sugerir sino ordenar conductas. Tal como los artifices del Código Civil

NT3) Un Restatement es una exposición pormenorizada y sistemática del estado de la jurisprudencia en una determinada área del Derecho. Sin embargo, no sólo se limita a ello, pues en cada sección o párrafo se expone también la opinión de un autor o comentarista a fin de aclarar los alcances de determinada regla. En el caso del sistema norteamericano tal labor es llevada a cabo por The American Law Institute.

NT4) Las peculiaridades del sistema de anulación por error giran en torno a la protección de la confianza generada en el receptor de la manifestación de voluntad o en la conformidad de dicha manifestación con lo deseado efectivamente por su autor.

En virtud de tal decisión, en el primer caso, la imposición de un deber resarcitorio dependerá de si el error fue cognoscible para la contraparte; o bien, en el segundo caso, si el error era excusable para el declarante, en caso contrario deberá pagar por los daños que el ejercicio de la posibilidad de anular el contrato significa para su contraparte. Al respecto v. ESCOBAR, Freddy, Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual: El caso del artículo 207 del Código Civil peruano, en *Themis-Revista de derecho*, 2ª. época, núm. 49, 2004, pp. 153 y ss.; ID., El error en los contratos (justificaciones impuras para la modificación de las reglas de anulación), en *Ius et veritas*, núm. 35, 2007, pp. 28 y ss.; y, SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E., La responsabilidad precontractual en debate, en *Responsabilidad Civil Contemporánea*, ARA Editores, Lima, 2009, § 5.

37 Dig. 18.1.9.

alemán afirmaron, un código debe «ordenar» antes que «instruir»³⁸. Sin embargo, se debe tener en cuenta que las disposiciones normativas no son otra cosa que soluciones a problemas jurídicos. Si el legislador no conoce exactamente la forma cómo resolver un problema jurídico se encuentra en la misma posición que un comandante de división que no sabe exactamente cómo atacar una posición enemiga atrincherada. Los legisladores pueden indicar que habrá casos en los que el contrato es anulable por error, dejando el resto al criterio de los tribunales y de la doctrina.

Incluso cuando la terminología legislativa es distinta, los juristas de diferentes países podrían no sólo estar afrontando el mismo problema sino que también se encuentran buscando la misma solución. Prueba de ello es que un tribunal francés puede otorgar un remedio cuando una de las partes de un contrato de compraventa piensa erróneamente que esta adquiriendo un Rubens³⁹; cuanto un tribunal alemán hizo lo propio cuando una de las partes no se percató que estaba vendiendo un jarrón Ming⁴⁰; o cuando un tribunal estadounidense arribó a la misma solución cuando el violinista Ephraim ZIMBALIST SR. pensó erróneamente que había adquirido un STRADIVARIUS y un GUARNERIUS⁴¹. Empero, cabe a su vez tener en cuenta el caso en que un tribunal francés le negó un remedio al comprador de un DELACROIX genuino quien creyó equivocadamente que dicha obra se encontraba colgada en la habitación del mencionado pintor, motivo determinante para la adquisición⁴²; y, aquel otro en que un tribunal estadounidense tomó similar camino cuando un grupo de historiadores del arte determinó, al momento de su venta, que un cuadro pertenecía a BIERSTADT sin embargo, a través de posteriores investigaciones, se llegó a la conclusión de que en realidad éste no había sido su autor⁴³. Cuando describimos estas decisiones como el resultado de la aplicación del derecho alemán, francés o estadounidense, queremos decir algo más que el mero hecho de que el tribunal al tomar conocimiento del caso y jurisdicción sobre este lo hizo porque el mismo acaeció en estos países. No se puede apreciar nada exclusivamente alemán, francés o estadounidense en estas decisiones. Si un académico llegase a desarrollar una buena teoría acerca del error, señalará por qué considera que sus resultados son correctos, mientras que otro hará lo propio para señalar sus desaciertos. Un académico debería probar su teoría ante todos sus críticos no importando su nacionalidad. Una vez

más nos encontramos lidiando con un problema jurídico general o de derecho transnacional.

En algunas oportunidades los legisladores o las cortes de mayor rango de distintos países no sugieren o apuntan de diversas maneras hacia la misma solución, sino que adoptan soluciones diferentes u opuestas. Consideramos que, aún en tales situaciones, si el problema es el mismo, los académicos y los tribunales no pueden limitarse a discutir y aplicar su derecho nacional.

Para apreciar por qué no pueden hacer ello, consideraremos otro problema mencionado líneas arriba: casi todos los sistemas jurídicos imponen responsabilidad por negligencia y casi todos definen a la culpa en función a la conformidad de la conducta del individuo con un estándar objetivo. En ese sentido, se ha elaborado dos posibles alternativas. Algunos creen en la «teoría objetiva» en virtud de la cual, en principio, la culpa del individuo no es tomada en cuenta. La responsabilidad es impuesta porque la responsabilidad civil extracontractual, a diferencia del derecho penal, se preocupa en la compensación antes que en la sanción. Según esta teoría, una persona debería pagar un resarcimiento por no haber observado el estándar objetivo de conducta aún en el caso de que se hubiese visto en la imposibilidad material de observarlo. En este sentido objetivo, los menores de edad y los enfermos mentales incurrirían en culpa, y por tanto deberán pagar un resarcimiento, si es que no observasen el parámetro de conducta de un adulto normal. Otros propugnan por una «teoría subjetiva» por la cual, en principio, la responsabilidad se encuentra basada en la culpa del individuo. Bajo otras circunstancias, como se ha visto, no importaría la razón por la que el demandado dañase al demandante, es decir, si el daño ocurrió porque el primero no observó un estándar objetivo de cuidado o porque un ciclón lo arrastró contra él, tal como le sucedió a Dorothy Gale en el Mago de Oz. De conformidad con esta teoría, el derecho se vale de un estándar objetivo sólo porque usualmente es la mejor evidencia (si es que no la única evidencia) del nivel de cuidado que el demandado fue capaz de desplegar. Por consiguiente, el derecho debería tomar en cuenta únicamente aquellas características que muestran que el demandado sólo fue capaz de llevar de desplegar un menor nivel de cuidado. En ese sentido, los menores de edad y los enfermos mentales no incurrir en culpa por no observar el mismo cuidado que le sería exigible a un adulto normal. Si el derecho atribuyese responsabilidad sobre los menores de edad o bien sobre los enfermos mentales, ello tendría que ser por alguna otra razón.

38 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (1888), I, 15.

39 Cour d'appel, Paris, 22 de febrero de 1950, D. 1950/269.

40 Reichsgericht, 22 de febrero de 1929, RGZ 124, 115.

41 Smith vs. Zimbalist, 2 Cal. App. 2do, 38 P. 2do. 170 (1934).

42 Trib. Civ. Seine, 8 de diciembre de 1950, D. 1951/50.

43 Firestone & Parson, Inc. vs. Union League of Philadelphia 672 F. Supp. 819 (E.D. Pa. 1987), afirmado sin opinión en 833 F. 2d 304 (3er Cir. 1987).

En Francia, en el año 1968, una norma atribuyó responsabilidad sobre los enfermos mentales⁴⁴. En 1984, la más alta autoridad judicial francesa, la Assemblée plénière de la Cour de cassation, estableció que los menores de edad incurrirían en culpa por no observar un estándar que la propia Corte había admitido que no podían cumplir⁴⁵. En contraste con ello, tanto el Código Civil alemán como el italiano declaran que los enfermos mentales o los menores de edad no son responsables en base a la culpa. Sin embargo, un tribunal podía conceder al demandante una indemnización «equitativa» si éste no pudiese obtenerla de aquellos que se encontraban a cargo de los enfermos mentales o de los menores de edad⁴⁶. Así, la solución francesa no sólo resulta diferente de la italiana y la alemana, sino que además parece apoyarse en una teoría distinta.

Somos de la opinión de que aún en tal caso, sería equivocado (o al menos sería una sobre simplificación), sostener que la negligencia se entiende de una manera distinta en el derecho francés, alemán o italiano; y que, por ende, un académico o un juez francés que desea comprender a cabalidad el derecho de su propio país no necesita preocuparse por el derecho de los otros dos países. Si se afirmase que la negligencia tiene un significado distinto en el derecho francés, tal diferencia no sería igual a la existente entre los significados de las palabras «perro» y «gato». Los partidarios de las teorías objetiva y subjetiva no usan el término negligencia de forma distinta, si lo hicieran, el debate sobre esta concluiría tan pronto como se percatasen de tal situación. Se trataría de un tipo de discusión semejante a la que tendría alguien que no se encuentra familiarizado con el inglés e insistiese que los perros trepan árboles y cazan ratones. Sin embargo, el debate continúa dado que los partidarios de ambas teorías no se ponen de acuerdo sobre cómo el mismo problema jurídico debe ser resuelto. En ese sentido, las normas en vigor son distintas no porque el término negligencia tenga un significado distinto en cada sistema jurídico sino porque en estos los jueces y legisladores de los diversos países discrepan acerca de su verdadero significado.

De este modo, la mencionada discrepancia perdura aún cuando la legislación o los tribunales de mayor jerarquía intervienen. Un subjetivista francés podría no negar la atribución de responsabilidad a los menores de edad y a los enfermos mentales pero si se podría negar a afirmar que se trata de un caso de responsabilidad por culpa. En efecto, él podría describirla como responsabilidad objetiva, a semejanza de la responsabilidad que se impone en ciertas ocasiones a ciertos sujetos en Italia y

Alemania. Es más, inclusive cuando un tribunal francés aplica la legislación o acata la perspectiva de la Assemblée plénière debe considerar la posibilidad de que la postura del subjetivista sea correcta. Ello en atención a que los miembros del órgano legislativo francés no votan por una teoría sino por una norma. La Assemblée plénière no decide un debate académico sino un caso. Podría darse que los redactores del código o algunos legisladores o jueces sostengan una teoría objetiva de la negligencia. No obstante, algunos de ellos pudieron simplemente haber pensado, tal como lo hicieron los legisladores en Alemania e Italia, que los menores de edad y enfermos mentales que causen un daño a otro deben pagar un resarcimiento. En cualquier caso, el parámetro que se plasmó no se refería a si tales individuos deberían asumir responsabilidad sino a la razón en la que se sustentaría. De allí que los jueces o los académicos deban averiguar esta razón al momento de decidir si la normativa o la decisión judicial debe ser interpretada de forma extensiva o restrictiva.

“No existe tal cosa como un derecho francés, alemán o estadounidense que pueda ser considerado como un objeto de estudio independiente.”

Asimismo, inclusive si la legislación llegase a consagrar una teoría determinada, el debate entre los académicos debería continuar. La circunstancia de que una teoría haya sido ampliamente acogida cuando la legislación fue promulgada no significa en absoluto que tal teoría deba mantenerse por siempre. Sin embargo, dicha teoría prevalecerá más tiempo del que debería si es que los académicos creen que su rol consiste simplemente en comentar la solución que el legislador ha establecido. Su trabajo como comentaristas del derecho existente en sus propios países hace necesario que consideren otras formas en las que el problema podría ser resuelto. En ese sentido, mirar más allá de los textos reconocidos en sus propios países no sólo hace su tarea más fácil sino que se trata de la única forma en la que dicha tarea puede llevarse a cabo.

En conclusión, considero que no existe tal cosa como un derecho francés, alemán o estadounidense que pueda ser considerado como un objeto de estudio independiente y aislado del derecho de otros países. Incluso si una legislación nacional ha adoptado una solución distinta a la adoptada por otros sistemas, tal solución sólo puede ser entendida a través del análisis del

44 Ley del 3 de junio de 1968, ahora en el Código Civil Francés, artículo 489-2.

45 Sentencia de la Assemblée plénière de la Cour de cassation, 9 mayo de 1984, D. S. No. 1984/525.

46 Código Civil Alemán §§ 827-828; Código Civil Italiano, artículo 2046°.

problema que se encuentra diseñado a resolver. Si el problema es transnacional, se debe mirar más allá de las fronteras nacionales para entenderlo a cabalidad; y en algunas ocasiones ocurre que ni el problema ni su solución pueden ser considerados nacionales. De este modo, los juristas, dentro de sus propios países, se encuentran elaborando soluciones de carácter general o transnacional.

Nuestro método, sin embargo, todavía no puede ser considerado transnacional. Los juristas escriben sobre el derecho de sus países como si ellos pudiesen ser estudiados de manera independiente del derecho de otros países. Una razón para ello es que aún no nos hemos sacudido de la influencia del positivismo del siglo pasado. Sabemos que nuestros códigos y precedentes no pueden ser interpretados exegéticamente, no obstante ello, todavía no logramos ver más allá de ellos.

Una segunda razón es que hemos sido formados prestando atención a nuestros propios códigos y precedentes. Por ello, parecería que mirar más allá de ellos resulta una tarea demasiado complicada. En una oportunidad un italiano me comentó que la hipótesis planteada en el presente trabajo sonaba maravillosa pero que sólo Hein KÖTZ podría hacerlo realidad. Ciertamente, no podemos esperar que todos los profesores de derecho privado en Europa y los Estados Unidos sea un KÖTZ. Ante ello, uno podría preguntarse cuántos profesores franceses conocen tan ampliamente las fuentes de su derecho como PLANIOL o cuántos profesores estadounidenses tienen un conocimiento tan vasto de sus precedentes jurisprudenciales como WILLINSTON o CORBIN. Estamos comprometidos en un proyecto conjunto y, en cualquier caso, el criterio para elegir qué debemos consultar se debería fundar en razones de relevancia y no de geografía. Si no podemos leer el derecho de todos los estados de la unión americana no por ello debemos escribir libros sobre el derecho de aquellos estados cuya letra inicial se encuentre entre la «A» y la «M».

Nos solicitaron abordar el tema de la «investigación jurídica comparada y su función en el desarrollo de la armonización del derecho». Déjennos admitir en este momento que no hemos llevado a cabo dicha tarea. Simplemente hemos señalado que se requiere de un método transnacional para entender

el derecho dentro de nuestros propios países. Si ello es correcto, el derecho difícilmente podría ser considerado como puramente nacional, se trataría en gran medida de un derecho transnacional. El método requerido para entender el derecho no sólo sería transnacional sino que también sería transtemporal. En este sentido, no se trataría de investigación de derecho comparado puesto que no se limitaría a comparar un derecho nacional con otro. El objetivo es entender el derecho de un país y no armonizarlo con el derecho de otros países.

No obstante ello, consideramos que persiguiendo este objetivo con el método propuesto se podría lograr la clase de armonización que resulta más valiosa. Si la mayoría de la legislación francesa considerase que los enfermos mentales deben indefectiblemente ser responsables por el daño que causen y lo contrario ocurriese con la legislación alemana, no vemos porque cada una de dicha legislaciones no deba plasmar su propio punto de vista. El derecho no necesita ser el mismo en todas partes para que las personas sepan la norma que les aplicarán; y, aún en caso ellas necesitasen saberlo, ello no ocurriría en el caso de los enfermos mentales. El uniformizar el derecho no lo hará mejor a menos que sepamos qué solución es la mejor, si la alemana o la francesa.

La armonización más valiosa, desde nuestro punto de vista, es el desarrollo de una ciencia jurídica transnacional común. Entenderemos mejor los problemas jurídicos y sus soluciones si es que nos ayudamos unos a otros. Asimismo, tendremos un punto de vista más claro de dichos problemas si es que le prestamos menos atención a las diferencias accidentales existentes en la forma en que se presenta el derecho en nuestros códigos y precedentes. No debemos pensar que podemos encontrar la respuesta al problema del error analizando la frase *wesentliche Eigenschaft* o consultando una tonelada adicional de nuestros propios precedentes. Ugo MATTEI ha sostenido que los períodos en los cuales los distintos países han producido sus más ilustres juristas y ejercido su mayor influencia coincidieron con aquellos en los que la preocupación de estos fue menos nacional⁴⁷. Nosotros diríamos que ello es así debido a que los problemas jurídicos verdaderamente importantes son también los menos nacionales. ☒