

# CIVIL LAW Y COMMON LAW: UN ACERCAMIENTO

Tatiana B. de Maekelt y

Claudia Madrid Martínez

Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado  
Instituto de Derecho Privado, UCV\*

«...sólo a través de la comparación nos distinguimos y  
sabemos como somos para convertirnos en lo que debemos  
ser...»

Tomas Mann

«Descubrir al otro, descubrirse a si mismo»

J. Saramago

**SUMARIO:** I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES. II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA. A. LOS SISTEMAS CONTINENTALES, DE DERECHO CIVIL O *CIVIL LAW*. B. LOS SISTEMAS DE DERECHO COMÚN O *COMMON LAW*. III. FUENTES. A. LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA. B. DERECHO SUSTANTIVO. C. DERECHO PROCESAL. D. LA CODIFICACIÓN. IV. ACERCAMIENTO DE LOS SISTEMAS DEL *CIVIL Y COMMON LAW* EN EL MARCO DE LA CODIFICACIÓN AMERICANA. A. NOCIONES PRELIMINARES. B. DESARROLLO DE LA CODIFICACIÓN AMERICANA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO A LA LUZ DEL ACERCAMIENTO ENTRE LOS DOS SISTEMAS. C. ACERCAMIENTO ENTRE EL *CIVIL Y COMMON LAW* EN LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. PARTE GENERAL. 2. DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL. 3. DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL. 4. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL.

## I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES

Más allá de la discusión en relación con la naturaleza del Derecho comparado, es decir, entenderlo como ciencia o como método<sup>1</sup>, se ha afirmado que el mismo tiene por objeto el estudio del conjunto de las fuentes de Derecho del mundo, su interpretación y su aplicación, a través de la macrocomparación, con el fin de obtener sus similitudes y divergencias, y con ello clasificar los sistemas jurí-

\* En la primera fase de este trabajo participó activamente Víctor Hugo Guerra, en aquel entonces miembro del personal de investigación de la Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV. A él y al personal que lo acompañaba, debemos los más especiales agradecimientos.

1 Sobre esta discusión ver: Constantinesco, Léontin-Jean, *Traité de Droit comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1972, T. I, pp. 176-222. Resulta interesante la afirmación de Goldschmidt pues, en su opinión, «La alternativa tradicional de que todo depende de si el llamado Derecho Comparado es una ciencia o un método –el método comparativo– es mal planteada. Si bien es cierto que puede haber una ciencia cuyo tema es un método, llamándose esta ciencia "metodología", tal ciencia es parte de la filosofía, y nunca puede ser una ciencia jurídica, por la sencilla razón de que en ésta el método nunca interesa *per se* sino siempre con mira a los objetivos que relaciona por lo cual una ciencia jurídica del método comparativo sería imprescindiblemente al mismo tiempo ciencia del método comparativo y de los derechos comparados». En: Goldschmidt, Werner, La anomología (alias ciencia del Derecho comparado), en: *El Derecho*, Universidad Católica Argentina, 16 de mayo de 1978, Año XVII, N° 4463, pp. 1 ss, especialmente p. 1.

dicos en grupos o familias, además de procurar su unificación tanto nacional como internacional y la armonización entre ellos; tal fue el objetivo que se trazó el célebre Congreso de París de 1900. De esta manera –se afirma– el principal objeto del Derecho comparado es agrupar los diversos sistemas jurídicos sobre la base de los criterios científicos que proporciona el método funcional, según el cual, en el ámbito jurídico sólo puede compararse aquello que cumple la misma función<sup>2</sup>.

Lo que no se pone en duda hoy día es el papel de primer orden que el Derecho comparado está llamado a cumplir. En primer lugar, el Derecho comparado contribuye a aclarar a los juristas el rol y la significación del Derecho; en segundo lugar, en un plano más práctico, facilita la organización de la sociedad internacional mostrando las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la reglamentación de las relaciones internacionales. En tercer lugar, permite a los juristas de diversas naciones, en lo que concierne a sus Derechos internos, proyectar sus mejoras<sup>3</sup>.

En el Congreso de Derecho comparado organizado en París en 1900, el jurista francés Jossierand definió al Derecho comparado a través del papel que el mismo está llamado a cumplir en la práctica, lo cual es, en esencia, su función principal. Así –sostiene el autor– el Derecho comparado constituye simplemente el punto de partida de investigaciones, de constataciones interesantes y, sobre todo, permite despejar fácilmente, por medio de la infinidad de detalles, las tendencias comunes en las diversas legislaciones<sup>4</sup>. La afirmación del maestro francés no es gratuita. La tarea de un investigador del Derecho que emprende un estudio jurídico comparado se hace más sencilla, a través del uso de esta herramienta, pues resulta imposible trabajar con más de doscientos ordenamientos jurídicos. Su labor resultará, incluso, más metódica al tener la posibilidad de escoger representantes de cada familia.-

Ahora bien, la agrupación de los diversos ordenamientos en sistemas, familias o círculos jurídicos, se realizará considerando los elementos relevantes seleccionados por el iuscomparatista. De esta manera la agrupación dependerá, en todo caso, de la visión particular que éste tenga. De allí que, mientras más elementos se utilicen, más familias jurídicas habrán de obtenerse. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que casi todas las clasificaciones se han basado en el Derecho privado y no en instituciones de Derecho público, lo cual constituye

---

2 Constantinesco, *Traité...*, ob. cit., T. I, p. 91; D'onza García, Rossanna, ¿Convergencia o divergencia? Una aproximación a nuevas tendencias y tensiones en el Derecho comparado, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, pp. 347 ss, especialmente p. 350.

3 David, René, *Les grands systèmes de Droit contemporains*, París, 5<sup>a</sup> ed., 1973, pp. 18-19.

4 Jossierand, Louis, *Conception générale du Droit comparé*, en: *Procès verbaux du Congrès de Droit comparé*, París, 1900, I, p. 237.

una limitación. Igualmente, estos criterios de agrupación no son estáticos, pues también tienen límites temporales.

Como afirmamos, estos criterios dependen de cada iuscomparatista. Por ejemplo, Arminjon, Nolde y Wolff dejan de lado criterios extrajurídicos; para ellos lo importante es la consideración de las instituciones jurídicas, su contenido y naturaleza. Por ello, en el caso de estos autores, se hace referencia al criterio de la sustancia y contenido. De estos elementos, resultan siete familias: francesa, germana, escandinava, inglesa, rusa, islámica e hindú<sup>5</sup>. Sin embargo, en el fondo su verdadero criterio era el origen histórico, pues la única manera de separar la familia francesa de la germana es basándose en este elemento. A pesar de este detalle, esta clasificación ha sido el punto de partida para otros autores.

Por su parte, el reconocido comparatista René David, se basó en un criterio ideológico, considerando factores tales como los tipos de sociedad, las bases históricas de cada ordenamiento jurídico, la concepción de la justicia en cada Derecho, la técnica jurídica, la posibilidad de un jurista de un ordenamiento jurídico determinado de desenvolverse en otro, etc. Así, aplicando el criterio ideológico agrupa los ordenamientos jurídicos en cinco sistemas: el occidental, basado en los principios morales del cristianismo, los principios políticos y sociales de la democracia liberal y sobre una estructura económica capitalista; el sistema del mundo soviético, profundamente diferente del anterior por la estructura socialista de las sociedades que rige, con todas las consecuencias que tal estructura acarrea en el orden político, social y moral; la familia del Islam, que no puede relacionarse con ninguno de los dos precedentes dada su base teológica y el estrecho lazo que une al Derecho y a la religión. El sistema hindú, por su parte, también es un sistema tradicionalista, pero reposa sobre una base filosófica propia, diferente de la filosofía cristiana y musulmana; y, finalmente, el Derecho chino<sup>6</sup>.

A tal análisis se le critica especialmente la agrupación del *Civil Law* y el *Common Law*, dentro de lo que él llama sistema occidental. El autor justifica tal agrupación afirmando que la oposición entre los dos grupos, por esencial que sea, no es del mismo orden de la que existe entre el Derecho francés o inglés, de una parte, y el Derecho soviético, el musulmán, el hindú o el chino, por otra parte. La oposición entre el Derecho francés y el inglés, más que en plano ideológico, se encuentra en un plano esencialmente técnico, y tal distinción no permite más que establecer una división –fundamental– dentro de un sistema jurídico cuya unidad debe reconocerse y afirmarse. Para apoyar sus tesis, David cita

---

5 Arminjon, Pierre, Baron B. Nolde y Martin Wolff: *Traité de Droit comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951, p. 49.

6 David, René, *Tratado de Derecho civil comparado. Introducción al estudio de los Derechos extranjeros y al método comparativo*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1953, pp. 207-218.

como ejemplo la referencia de la doctrina soviética a «*Derechos burgueses*». Finalmente, considera un error de perspectiva insistir en la concepción del *Civil Law* y el *Common Law* como círculos jurídicos diferentes<sup>7</sup>.

Posteriormente, el propio autor corrigió su clasificación debido a las innumerables críticas y dividió los ordenamientos jurídicos en tres familias: romano germánica, *Common Law* y los sistemas socialistas, además añade otros sistemas dispersos, tales como el hebreo, el hindú, el judío, los sistemas del Lejano Oriente, África negra y Madagascar<sup>8</sup>. Su último grupo no constituye en realidad una verdadera familia.

Inspirado en esta clasificación de David, Moles Caubet distingue cuatro familias jurídicas: la romano germánica, con dos modalidades, la francesa y la alemana; el *Common Law*, con el *orbe britannos* y el Derecho angloamericano representado por Estados Unidos y Canadá; la familia de los Derechos socialistas; y finalmente, los Derechos inspirados en principios filosóficos y religiosos, grupo en el cual se incluyen el Derecho musulmán o islámico, el Derecho hindú y el Derecho japonés<sup>9</sup>.

El jurista alemán Max Rheinstein señala una clasificación parecida, en la cual se destacan cuatro familias jurídicas distintas. En primer término, la familia del *Civil Law*, la cual, a su vez, está constituida por cuatro subgrupos: a) Derecho románico: integrado por las vastas regiones de los imperios coloniales de Portugal, Francia, Holanda, Bélgica, Italia, América Latina, España y otros en los cuales existen similitudes en sus Códigos Civiles, en sus procedimientos y en sus tradiciones generales; b) Derecho germánico, el cual incluye a Alemania, Suiza y Austria, sistemas que influenciaron los ordenamientos jurídicos de Japón, Turquía, China, Grecia, entre otros; c) Derecho de la Unión Soviética, subgrupo que si bien hoy no existe, todavía sirve para demostrar que en las nuevas Repúblicas independientes –como Ucrania, Rusia y Bielorrusia– el sistema jurídico maneja nociones generales heredadas del Derecho Civil; d) Derecho de la Unión de África del Sur y el Dominio de Ceilán que presentan una influencia Romano-Holandesa.

El segundo grupo distinguido por Rheinstein, agrupa a la gran familia del *Common Law*, integrada por Inglaterra, Gran parte de Canadá, Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda, la mayor parte de las posesiones inglesas en África, América Central y del Sur, y también en Asia (India, Pakistán, Birmania), es decir la mayoría de los países que conforman el *Common Wealth*. En el tercer grupo, el autor germano reúne a los Estados escandinavos: Suecia, Noruega,

---

7 *Ibid.*, p. 217.

8 David, *Les grands...*, ob. cit., pp. 23-32.

9 Moles Caubet, Antonio, *Sinopsis del Curso de Derecho comparado, dictado en el Curso de Doctorado de la Facultad de Derecho, UCV*. Caracas, año académico 1966/1967, apuntes multigrafiados, pp. 9 ss.

Dinamarca, Finlandia e Islandia, grupo que, según el autor, no pertenece a ninguno de los dos sistemas anteriormente mencionados. Finalmente, hace referencia al grupo del Cercano y Mediano Oriente, África y Oceanía, sistemas en los que tanto el *Common Law* como el *Civil Law*, no son más que una capa superficial superpuesta sobre un Derecho religioso altamente desarrollado<sup>10</sup>.

De Sola Cañizares basa su análisis en el criterio religioso, del cual obtiene tres sistemas: el occidental, el soviético, los sistemas religiosos y el Derecho chino<sup>11</sup>. Se critica a este autor el agrupar ordenamientos diferentes, basándose sólo en el hecho de que su sociedad adopte una religión determinada.

El maestro Constantinesco introduce el criterio de los elementos determinables y fungibles. Sostiene que cada ordenamiento jurídico tiene estos elementos, no siendo los fungibles relevantes a los efectos de la clasificación y, en este sentido, serán fungibles los que él no enumera como elementos determinantes. Así, estima que son determinantes elementos tales como la concepción del Derecho y su rol en cada sistema jurídico; la ideología, objetivos de la sociedad, estructura filosófica, política y social; las relaciones de incertidumbre entre lo dado (realidad social) y lo construido (construcción jurídica); la constitución económica; la concepción y el rol del Estado; las fuentes del Derecho y su jerarquía; la interpretación del Derecho –en sus términos– la aplicación de lo construido a lo dado; las nociones jurídicas y las categorías fundamentales. Así, basándose en la influencia del Derecho romano, el autor propone su clasificación: 1) Sistemas con fuerte influencia del Derecho romano: italiano, español, griego, portugués. 2) Sistemas con ninguna influencia del Derecho romano: Inglaterra, Rusia y los países escandinavos 3) Sistemas que presentan una mixtura de influencias romanas (Derecho) y germánicas (costumbres): Francia, Alemania y Suiza<sup>12</sup>.

Zweigert y Kötz, al observar las clasificaciones existentes, afirman que la falla es reunir ordenamientos jurídicos diferentes en un solo grupo y se debe a que se escoge un solo criterio, por ello los autores prefieren determinar el estilo jurídico, lo cual se logra agrupando determinados elementos, a través de una apreciación completa o multidimensional. En opinión de estos autores, el estilo resulta del análisis de los elementos que permitan agrupar, efectivamente, a los ordenamientos jurídicos en familias. En este sentido, habrán de considerarse elementos tales como el origen y desarrollo histórico del Derecho de que se trate; la mentalidad jurídica; las instituciones características; la forma y elección de las fuentes del Derecho y los métodos de interpretación; y, la ideología del sistema.

---

10 Rheinstein, Max: Die Rechtshonorationen und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnung, en: *RabelsZ*, 1970, N° 34, pp. 1 ss.

11 De Sola Cañizares, Felipe, *Iniciación al Derecho comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954, pp. 176 ss.

12 Constantinesco, *Traité...*, ob. cit., T. I, pp. 91 ss.

De tal análisis, Zweigert y Kötz obtuvieron ocho círculos: románico, alemán, nórdico, *Common Law*, Derechos socialistas, del Lejano Oriente, islámicos y el Derecho hindú<sup>13</sup>. A esta clasificación se la identifica estrechamente con la clasificación realizada por Arminjon, a pesar de haberlo criticado por usar un solo elemento.

Ahora bien, no es posible establecer un criterio único de clasificación de los sistemas jurídicos imperantes en el mundo, pues siendo la ciencia del Derecho una ciencia de la cultura, deberá ser ella misma la que proporcione la base fundamental para clasificar los sistemas jurídicos y, sólo subsidiariamente, habrá de recurrirse a las coincidencias de índole de técnico jurídica.

Sin embargo, si en algo coinciden la mayoría de los comparatistas, es en la existencia de dos grandes familias jurídicas, por una parte el círculo del Derecho romano germánico, de Derecho continental o *Civil Law* y, por otro, la familia del Derecho anglosajón o *Common Law*<sup>14</sup>. Esta coexistencia se presenta, en el mundo de hoy, como uno de los temas de mayor interés, entre otras razones, por la importancia que tiene el conocimiento del Derecho extranjero, pues el gran auge del intercambio de personas, bienes y servicios a través de las fronteras, nos ha llevado a la necesidad de su aplicación. Por otra parte, tal conocimiento siempre es relevante a la hora de entender y mejorar nuestro propio Derecho, tanto en su etapa de elaboración, como en su fase de aplicación<sup>15</sup>.

---

13 Zweigert, Konrad y Heinz Kötz, *An introduction to comparative Law*, (Trad. T. Weir), United Kingdom, Clarendon Press, Oxford, 2ª ed., 1992, pp. 63-75.

14 Esta afirmación puede verse en los trabajos de Arminjon, Nolde y Wolf, *Traité...*, ob. cit.; David, *Les grands...*, ob. cit., (Debe reseñarse, sin embargo, que en un principio David se refirió, simplemente a el sistema occidental, tendencia seguida por De Sola Cañizares, *Iniciación...*, ob. cit.); Constantinesco, *Traité...*, ob. cit.; Zweigert, Konrad y Heinz Kötz: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, 1969-1971. Por el contrario, Mattei, al proponer sus conceptos de importación y convergencia, parece cuestionar la agrupación de ordenamientos jurídicos en familias, renunciándose a favor de un acercamiento. Ver: Mattei, Hugo, *Comparative Law and Economics*, USA, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997. Igualmente, ha de considerarse que Banakas reconoce las dificultades de agrupar los ordenamientos en familias jurídicas y propone un método funcional que considere las necesidades jurídicas comunes y las instituciones jurídicas con iguales funciones. De esta manera, cuando no existan estos presupuestos no podrá aplicarse el método, luego, no podrá compararse. El método comparatista –reconoce– no funciona con el Derecho público, ni con las instituciones vitales condicionadas por un sistema que persigue mantener su legitimidad, las cuales, en gran parte de los casos, son de Derecho público. En estos supuestos, el método funcional no puede penetrar las instituciones por su fuerte condicionamiento social y económico: de tal manera que se impone buscar un método que tome en cuenta este condicionamiento. Es así como propone la creación de un *hypersistema* que reúna las siguientes cualidades: 1) autoridad (conocimiento); 2) legitimidad (justificación de la autoridad); 3) eficiencia; y 4) orientación, contenido ideológico, visión estática. El *hypersistema* es abstracto y está impregnado de ideas sociopolíticas. Pareciera que con este *hypersistema* se va directamente al fin último del comparatista que es valorar. Todo lo que se compara con él, se valora con sus parámetros. Banakas, Efstathios, Some thoughts on the method of comparative Law: the concept of Law revisited. En: *Revue Hellénique de Droit International*, 1980, Nos. 1-4, pp. 155 ss.

15 En este sentido, véase: Maekelt, Tatiana, Reflexiones sobre Derecho comparado, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Facultad de Derecho, UCV, 1975, pp. 217 ss, especialmente pp. 230-231; Zweigert y Kötz, *An introduction...*, ob. cit., p. 23.

Esta brevísima referencia ha de servirnos para acercarnos a la naturaleza de los dos grandes círculos jurídicos que conviven en el continente americano, el *Civil Law* y el *Common Law* y ver la interrelación que, en la actualidad, se ha desarrollado entre ambos, especialmente, en el ámbito de la codificación convencional interamericana.

Desde el punto de vista ideológico o cultural, tanto la familia del *Common Law* como la familia romanista, se encuentran dentro del mismo sistema, el sistema de la cultura occidental. En el mismo cuadro cultural se encuentra también la familia latinoamericana, que participa tanto del legado romanista, como del legado germánico<sup>16</sup>. La supremacía de los valores materiales, el reconocimiento de los valores espirituales humanos, la organización social bajo el prisma civil y político –sin el elemento religioso y sacerdotal de los pueblos orientales–, la convicción de que el Estado y el Derecho son medios al servicio de los fines espirituales humanos, la concepción de la justicia y el arraigo a la idea del Derecho natural son, entre otros, los conceptos que dan fuerza y unidad a la cultura occidental en relación al Derecho. Por ello, puede afirmarse que las divergencias entre los sistemas del *Common Law* y los sistemas romanistas, en general, y latinoamericanos en especial, se encuentran básicamente en el plano técnico; entre ellas resaltan la importancia de la norma general y abstracta para el sistema romanista; los métodos de creación de la norma en uno y otro sistema; la concepción empírica del *Common Law*; entre otras<sup>17</sup>.

## II. BREVE RESEÑA HISTÓRICA<sup>18</sup>

### A. LOS SISTEMAS CONTINENTALES DE DERECHO CIVIL O *CIVIL LAW*

En primer término, resulta interesante hacer notar que, a pesar de las diversas etapas del Derecho romano y sus características, los sistemas romanistas no se inspiraron en el Derecho romano clásico, sino más bien en los estudios realizados por las universidades europeas de la Edad Media. Así, dado que las costumbres bárbaras eran variadas e imprecisas, las Universidades italianas medie-

---

16 Aunque no es unánimemente aceptado, hay autores que consideran la posibilidad de la independencia de una familia jurídica latinoamericana. Véase en este sentido: Fernández Arroyo, Diego, Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana, en: *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, San Lorenzo de El Escorial, 1994, N° XXVII, pp. 73 ss.

17 Rocha Díaz, Salvador, Estudio comparativo de los principios generales del sistema de *Common Law* y del sistema latinoamericano, en: *Revista da Academia Interamericana de Direito Internacional e Comparado*, Brasil, 1977, Vol. II, pp. 3 ss., especialmente pp. 21 ss.

18 Las reseñas históricas incluidas en esta sección han sido tomadas, entre otros, de los siguientes textos: Arminjon, Nolde y Wolf, *Traité...*, ob. cit.; David, *Les grands...*, ob. cit.; Glendon, Mary A., Michael W. Gordon y Christopher Osakwe, *Comparative legal traditions*, St. Paul, Minn., West Publishing CO, 1982; Séroussi, Roland, *Introducción al Derecho inglés y norteamericano*, (Trad. E. Alcaraz Varó), Barcelona, Ariel, 1998; Zweigert y Kötz, *An introduction...*, ob. cit.

vales volvieron a los textos de Justiniano anotándolos y fusionándolos con elementos germánicos extraídos de las leyes longobardas y algunos elementos de Derecho canónico. Simultáneamente, durante los siglos XII y XIII, los juristas eclesiásticos que tenían una amplia competencia, realizaron profundos estudios jurídicos que influyeron considerablemente en los estudios de Derecho laico. El estudio del propio Derecho nacional surge con el renacimiento, pues las universidades europeas solamente enseñaban el Derecho romano y el Derecho canónico.

Por su parte, la Escuela de Derecho Natural viene a constituir el último elemento de unidad de los sistemas romanistas, al considerar un Derecho público que garantiza los derechos naturales del hombre y las libertades de la persona, aportando una noción de derechos subjetivos extraña al pensamiento romano. Todas estas ideas tendrían una gran influencia en el Código Napoleón el cual marca un hito en la historia de la codificación en el sistema del *Civil Law*, siendo a partir de su promulgación que verdaderamente podemos referirnos a los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia romanista o francesa.

Hemos afirmado que, autores como Arminjon, Nolde y Wolff y Zweigert y Kötz, atendiendo al origen histórico, consideran como dos círculos diferentes al sistema francés y al sistema germánico. No coincidimos nosotros con tal criterio; sin embargo, para facilitar el estudio de sus orígenes históricos, hemos de analizarlos por separado.

El Derecho romano fue recibido en Francia proveniente del Imperio Bizantino. Es bien sabido que, a pesar de la convivencia del Derecho romano con las costumbres provenientes de las tribus bárbaras, éste no sufrió modificaciones en su esencia. Más bien, el fenómeno resultante de esta convivencia fue el *Ius Commune*, aplicado por el Pretor peregrino a los extranjeros.

Francia no recibe de manera uniforme este Derecho romano, y las condiciones particulares de su recepción se derivan de su situación histórica y geográfica. Recordemos que en el sur imperaba el Derecho escrito (*pays du Droit écrit*), por lo que la recepción fue mayor, contrario a lo que ocurrió en el norte, donde había un predominio de las costumbres bárbaras (*pays du Droit coutumier*). Diferentes tribus bárbaras se establecieron en cada región: al sur los Visigodos con mucha influencia del Derecho romano, al norte los Francos con un fuerte Derecho bárbaro consuetudinario. Mas, durante el siglo XVII comenzaron a recopilarse todas las costumbres francesas, con lo cual el Derecho francés comenzó a unificarse, con una marcada influencia del Derecho romano.

Si algo caracterizaba la situación política en la Francia del siglo XVII, era la acentuada diferencia de clases; de un lado estaban la aristocracia, la nobleza y el clero y, del otro lado encontrábamos al tercer Estado, conformado por la clase que producía, comerciantes y clases rurales, pobres, campesinos, burgueses. Esta

división estaba justificada porque existía la convicción de que el poder del monarca venía directamente de Dios. Luego surgió el movimiento racionalista que vino a desplazar a la fe y al poder divino: la burguesía comenzaría a buscar el poder en nombre de la razón.

El rey detentaba todo el poder político. A finales del siglo XVIII las crisis sociales no se hicieron esperar. El latifundismo que impedía dividir la tierra y perpetuaba su propiedad en manos del mismo propietario, aunado al inmenso poder paternal reinante en el seno familiar, desembocaron, en 1879, en la Revolución francesa, la cual, con sus ideales de libertad, igualdad y fraternidad, provocó una inmensa transformación en el sistema jurídico francés.

De este fenómeno social nació el Derecho intermedio; un ordenamiento jurídico inspirado en el favorecimiento a las clases sociales más necesitadas, al tercer estado. Su primer objetivo fue abolir el latifundismo, postulando que quien trabaja la tierra tiene derecho a ella. Así mismo, irrumpió en el propio seno de la familia para debilitar los poderes paternos. Semejante sistema social dio origen a múltiples movimientos en la Europa de la época, tendientes a la protección de los débiles, pero más que por convencimiento de una verdadera necesidad de protección, por el ánimo de parecer «*buenos soberanos*», estamos refiriéndonos a los «*Déspotas ilustrados*» nacidos del movimiento conocido como la Ilustración. Tal situación se verificó en el Código austriaco de 1756 y en el *Landrecht* prusiano de 1794, obra emprendida por Federico II y promulgada después de su muerte.

Luego de este Derecho intermedio, en 1799, Napoleón llega al poder en una Francia caótica, con dos grandes ideas en mente. La primera, expandir su poder, y la segunda, organizar el sistema jurídico francés. Para cumplir este segundo objetivo, nombró una comisión con los juristas más ilustres de la época. El primer problema a resolver, en relación con la redacción del Código, fue el método a utilizar, es decir, determinar si sería más conveniente utilizar normas de carácter general o debería ser más bien exhaustivo y resolver, caso por caso, todos los problemas jurídicos posibles. Finalmente, el primer método fue el elegido, acertadamente los redactores se dieron cuenta de la imposibilidad de ser absolutamente exhaustivos en la redacción de un instrumento normativo. Así, el Código fue estructurado en cuatro grandes libros. El primero es introductorio y contiene las normas sobre Derecho internacional privado, con una inspiración esencialmente estatutaria<sup>19</sup>. Luego, encontramos el Libro Primero referido a las personas; el

---

19 Sin embargo, Aguilar Navarro sostiene que tal afirmación es incorrecta, pues el Código simplemente indica el ámbito de aplicación de la Ley francesa a través del método conflictual unilateral. Ver: AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho internacional privado*. Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 2ª reimp. de la 4ª ed., 1982, Vol. I, T. I, Introducción y Fuentes, pp. 533-534.

Libro Segundo a los bienes y la propiedad; y, en el Libro Tercero se regulan las obligaciones, las sucesiones y los contratos y las formas de adquirir la propiedad.

Ideológicamente, el Código Civil de 1804 se basa en tres pilares fundamentales, la propiedad privada, institución garantizada para proteger a la burguesía; la libertad contractual, pues la burguesía vivía del comercio; y la autonomía de la familia patriarcal, con lo cual da un paso atrás en relación con lo logrado por el Derecho intermedio, sin embargo, la familia mantiene cierta cohesión.

Con la obra jurídica de Napoleón se inicia la doctrina del liberalismo: *laissez faire, laissez passer*. El Código garantiza los derechos mínimos a los franceses, pero lo que busca en realidad es proteger a la burguesía. No en vano es llamado el Código de la burguesía; Napoleón la representaba, por eso la protegía. Igualmente, se mantiene el equilibrio entre las ideas de la revolución y la preservación de las instituciones fundamentales. Napoleón no fue jurídicamente tan radical como ocurrió con el Derecho intermedio, él pensaba que había que reformar pero manteniendo el *status quo*. Además, al Código se le atribuye un fundamento iusnaturalista-racionalista, sobre la base del método deductivo.

El Código Napoleón tuvo gran influencia sobre los Códigos latinoamericanos<sup>20</sup>, especialmente en dos que han sido clave en esta región, a saber: el Código Civil chileno, redactado por el jurista venezolano Don Andrés Bello y el Anteproyecto del Código Civil para el imperio de Brasil, redactado por Augusto Texeira de Freitas<sup>21</sup>. Ambos lograron imprimir su influencia en las primeras codificaciones civiles latinoamericanas como la de Ecuador (1861), Venezuela (1862), Nicaragua (1867), Colombia (1873), El Salvador (1880) y Honduras (1880). De igual forma, tanto el Código Civil chileno como el Anteproyecto de Texeira de Freitas tuvieron influencia significativa en el Código Civil argentino redactado por Vélez Sarsfield, y este último fue adoptado textualmente por Paraguay en 1876. El Código Civil para la República Oriental del Uruguay reconoce a su vez la influencia de las codificaciones argentina, chilena y brasileña<sup>22</sup>.

---

20 La influencia del Código Napoleón en América Latina se puede sintetizar básicamente en:

- a) Países que lo adoptaron casi literalmente: Haití, República Dominicana;
- b) Países que lo adoptaron bajo la influencia del Código Civil español de 1889: Cuba y Puerto Rico;
- c) Países que no se apoyaron en forma tan directa en el Código español de 1889: Honduras y Panamá;
- d) Países que reconocen al Código Civil francés como fuente principal pero aportando elementos autóctonos: el Código Civil Chileno redactado por Don Andrés Bello (1855), el Código Civil de Brasil redactado por Augusto Texeira de Freitas (1856) y el Código Civil Argentino de Dalmatio Vélez Sarsfield (1869). Ver parte de esta sistematización en: Maekelt, Tatiana, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1984, pp. 58-59.

21 Valladão, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, Brasil, Livraria Freitas Isastos S.A., 3ª ed., 1980, pp. 172 ss.

22 Garro, Alejandro M.: Armonización y unificación del Derecho privado en América latina: esfuerzos, tendencias y realidades, en: *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 342-343.

Alemania también recibió una fuerte influencia del Derecho romano, pero de una manera bien particular. Su recepción fue tardía –sólo se presentó en forma general en los tiempos del renacimiento– pero sumamente fuerte, hasta el punto que la propia Escuela Histórica del Derecho, presidida por Savigny, se consagró a justificar la recepción del Derecho romano. Las tribus bárbaras ocuparon el territorio teutón durante mucho tiempo y sus costumbres estuvieron bien arraigadas en este Estado. Eran costumbres primitivas y faltas de cohesión, lo cual fue uno de los elementos que contribuyó a la penetración del Derecho romano. Aunado a este factor, podemos mencionar, en primer lugar, el hecho de que el poder central estaba debilitado por los fuertes poderes locales que se enfrentaban a él, lo cual no permitió la formación de un Derecho común. Y, en segundo término, a diferencia de Francia, en Alemania no había gremio de abogados.

Los clásicos alemanes –la Escuela Pandectista– estudiaron el Derecho romano y, de su mezcla con las costumbres bárbaras, nacieron los *Usus Modernus Pandectarum*, ejemplo de adaptación del Derecho romano a la sociedad germánica; sin embargo, tampoco constituyeron un verdadero Derecho común. El estudio dogmático y sistemático del Derecho romano clásico, llevó a los alemanes a un excesivo conceptualismo y a un alejamiento de la realidad del pueblo. Crearon todo un lenguaje técnico jurídico que sólo los abogados podían entender y que se reflejó en el Código Civil. Se creó una élite del Derecho. Se buscaba una extrema precisión en un sistema jurídico perfecto para el cual debía crearse un lenguaje especial. Es así como nace el característico vocabulario técnico jurídico alemán, que perdurará hasta nuestros días.

Las ideas de la Ilustración llegaron a Alemania en el siglo XVIII, sin contenido político, sólo se quedaron como ideas intelectuales que se aplicaron al campo jurídico, aportando axiomas para construir un sistema jurídico alejado de la realidad. Paralelamente, nació un movimiento contrapuesto a la Ilustración: el Movimiento Romántico que trataba de explicar ciertas inquietudes y sentimientos que la razón no podía satisfacer. En el ámbito jurídico esto se tradujo en pensar que el Derecho no se puede crear de la nada, la razón humana no es suficiente. Se miró así hacia el Derecho consuetudinario como fruto de una evolución histórica, surgiendo entonces la Escuela Histórica del Derecho liderizada por Savigny. En este contexto, en 1814, hubo un célebre debate entre Savigny y Thibaut, el primero abogaba por el valor de la costumbre como reflejo del espíritu del pueblo. Thibaut, representante de la Ilustración, favorecía la codificación. Las ideas de Savigny prevalecieron y la codificación en Alemania se retrasó hasta casi el siglo XX (1900). Savigny venía de la aristocracia y tenía estudios muy depurados, fue formado en la más pura concepción clásica, era un personaje elitescos que adoraba a los clásicos en todos los contextos, en el campo jurídico los clásicos eran los romanos, no se remitió a los *usus modernus* pues estos ya no eran puros.

En 1896 nace el Código Civil alemán (BGB), estandarte de la codificación moderna, cuya elaboración se retrasa por la disputa antes mencionada y su entrada en vigencia se tardaría cuatro años más. La idea del espíritu del pueblo no está ausente de este Código, pues antes de su nacimiento, Alemania imbuida por las ideas de la Revolución, simplemente se preparaba para repetir el Código Napoleónico.

El BGB puede calificarse como un Código conservador, retrospectivo y reflexivo. Desde el punto de vista económico está basado en el liberalismo. Como hemos afirmado, su lenguaje es extremadamente conceptualizado. Socialmente, está dirigido a la burguesía. La estructura de este Código es sumamente sencilla, pero algunas de sus concepciones acarrear serios problemas en la práctica. Su Ley de Introducción (EGBG) regula los problemas relativos al Derecho internacional privado a través de normas unilaterales, en las cuales se evidencian las correcciones realizadas por el Estado alemán al Proyecto realizado por Gerbhar. Los cuatro libros sucesivos se refieren a familia, sucesiones, propiedad y obligaciones. No hay diferencia entre obligaciones contractuales y extracontractuales y se distingue entre la relación obligatoria y la relación relativa a los derechos reales en la compraventa, ubicando una sola relación jurídica en dos libros diferentes, lo cual en la práctica dificulta su aplicación.

En 1917, al producirse la Revolución bolchevique en Rusia, el resto de Europa, especialmente los países industrializados, pensaron en crear una legislación especial de protección al débil jurídico (trabajadores, consumidores, etc.). En el marco del BGB una adaptación se materializó, entre otras figuras, a través de la llamada cláusula general, según la cual las partes debían interpretar sus contratos de buena fe. Con esta cláusula, evolucionó la interpretación del Código y se adaptó a la realidad, con lo cual se obtuvo una jurisprudencia un poco más liberal.

Su recepción no fue tan amplia como en el caso francés, pues no era el resultado de una revolución, además su ámbito de influencia se limitó por el complicado lenguaje. Tuvo recepción en Hungría, Checoslovaquia, Yugoslavia, China y Japón. En Grecia tuvo gran aceptación, porque ellos quisieron adoptar el Derecho que regía en el Imperio Bizantino, el Derecho romano, y quienes mejor estudiaron el Derecho romano fueron los alemanes. Además la casa real griega estaba dominada por alemanes. Aparentemente el Código Civil griego es más claro y depurado.

Esta breve reseña histórica, sólo marca el reflejo de lo que son, a grandes rasgos, las bases del sistema romano germánico de Derecho. Existen múltiples características que nos permiten considerar a los sistemas francés y alemán como integrantes de una misma familia jurídica, a pesar de su origen histórico diverso. La concepción del Derecho, por ejemplo, marca la diferencia con la

otra gran familia jurídica, la familia del *Common Law*. Igualmente, la estructura de sus fuentes apunta en este sentido.

## B. LOS SISTEMAS DE DERECHO COMÚN O *COMMON LAW*

A pesar de tener como antecedente al Derecho romano, el *Common Law*<sup>23</sup> no ha sido influenciado por él con la misma intensidad que en el caso del *Civil Law*. La contribución más importante del sistema jurídico romano sobre el *Common Law* fue ejercida durante el período de ocupación romana hasta principios de la ocupación normanda. Ya para el siglo XIII el Derecho inglés siguió un desarrollo plenamente independiente.

Mas una opinión equilibrada no puede negar la influencia, aunque relativa, ejercida por el Derecho romano, y es particularmente curioso el parecido entre el desarrollo de ambos sistemas. En efecto, ambos se inician rechazando las construcciones sistemáticas y prefiriendo la búsqueda de la solución de los casos concretos. En ambos existe un predominio del aspecto procesal y un vínculo estrecho con sus orígenes históricos, ambos son, en sus primeras etapas, sistemas de Derecho estricto y por ende buscaron la flexibilidad en el sistema desarrollando soluciones equitativas, tales como la «*equity*» y el «*Ius aequum, pretorianum, honorarium*».

Ahora bien, el *Common Law* nace de la actividad de los tribunales reales ingleses después de la conquista normanda, es por ello que necesariamente iniciaremos este breve recorrido histórico con una reseña sobre el origen del sistema inglés, para luego referirnos al sistema estadounidense, ejemplo paradigmático del *Common Law* contemporáneo. Además, este último es de especial interés para nuestra región dado que Estados Unidos pertenece a la Organización de Estados Americanos y, por supuesto, ejerce gran influencia económica a nivel regional y mundial.

René David reconoce cuatro períodos principales en la historia del Derecho inglés<sup>24</sup>. En primer lugar, el período anglosajón o anterior a la conquista normanda. Durante tal periodo el Derecho inglés era bastante primitivo, su única diferencia con las leyes bárbaras, es que éste era redactado en inglés y no en latín. Las tribus celtas se resistieron a la invasión romana y no hubo una verda-

---

23 Enraizado en una historia multiseccular, el *Common Law* es el resultado natural de normas no escritas, elaboradas a través de los siglos, y por ello, podría sin duda afirmarse que los creadores de esta obra jurisprudencial, extendida más tarde con ciertas modulaciones a Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, son fundamentalmente los tribunales ingleses. La originalidad y singularidad del *Common Law* residen en la capacidad que ha tenido para adaptarse, con clarividencia y en poco tiempo, a las evoluciones de los últimos cuarenta años del siglo XX. Para ello en este Derecho se ha desarrollado también, en algunos campos, el Derecho legislativo, mediante leyes escritas, aunque sin caer nunca en los excesos legislativos del Derecho romano germánico. Véase: Séroussi, *Introducción...*, ob. cit., pp. 7-8.

24 David, *Les grands...*, ob. cit., pp. 324-346.

dera ocupación hasta el siglo I con Claudio; desde entonces los romanos dominaron Inglaterra por cuatro siglos, pero sin imponer su sistema de leyes, por ello las tribus mantuvieron su Derecho consuetudinario. En el año 400 a.C. comenzaron las invasiones bárbaras de Anglos, Daneses y Sajones, hasta la más importante en 1066, fecha en la cual se inicia el segundo periodo, con la conquista normanda comandada por Guillermo el Conquistador, y se prolonga hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor en 1485. Durante este periodo se forma el *Common Law*. En efecto, luego de la victoria de Guillermo el Conquistador se impone un régimen judicial centralizado que en la práctica respeta las costumbres judiciales locales, sometiendo ciertas materias a un Derecho impuesto por la corona que se aplica en forma «común» a todo el reino de Inglaterra.

De esta manera, la impronta normanda permite el desarrollo, no sin dificultades, de un Derecho compartido por todo el reino de Inglaterra: el *Common Law*. Este Derecho, que entró en conflicto con las diversas costumbres locales del país, era obra exclusiva de las Cortes Reales de Justicia, los tribunales de Westminster, los cuales se opusieron durante cinco siglos a las innumerables jurisdicciones señoriales, que basaban sus principios en el Derecho feudal, y a las jurisdicciones eclesiásticas que basaban los suyos en el Derecho canónico.

En 1707 tiene lugar la creación del Reino Unido. Por el Tratado de la Unión de este Reino, Escocia conservará en su Derecho un marcado sincretismo nacional, caracterizado por un procedimiento judicial singular, en el que se detecta una marcada influencia del Derecho romano, que perdura hasta el siglo XIX. En Inglaterra y Gales seguiría vigente el Derecho inglés. Sin embargo, debido a que los diferentes soberanos ingleses fueron confiando a los jueces itinerantes la labor de administrar justicia, con el tiempo nació un Derecho jurisprudencial que se aplicaría en toda Inglaterra y en el País de Gales.

El *Common Law* nace de la actividad judicial, especialmente de las Cortes Reales y se expande rápidamente creando sus propias normas y un procedimiento muy preciso. Por ejemplo, las audiencias de los Tribunales Reales podían solicitarse mediante escritos de instancia dirigidos al *Lord Chancellor*, o mediante denuncias o demandas. En el primer caso, el *Chancellor*, como primer funcionario real, libraba una orden real o *Writ* que daría lugar al pago de derechos, para cada uno de los complejos procedimientos solicitados.

El *Writ* era una orden revestida de ciertas formalidades que daba el Rey a la Corte para que llamase al demandado a conocer la controversia. La persona tenía que amoldar su derecho al *Writ*, si no había un *Writ* para su derecho, se consideraba que la persona no lo tenía y su acción no era admitida: «*if there is not writ, there is not right*». Los *Writs* fueron aumentando hasta abarcar más derechos, pues cuando alguien se presentaba con un derecho que no encajaba en

los existentes, el *Lord Chancellor* creaba uno nuevo. Mas, ante la proliferación de *Writs*, los *Lords* limitaron la actividad del *Chancellor*, por considerar que además de masificar la actividad de las Cortes, estaba legislando. Surgió así el *Statute of Westminster* (1285) según el cual sólo podían crearse *Writs* similares a los existentes, si no se podía, los *Writs* serían creados por el legislador.

Las formalidades que reviste el sistema de *Writs* se asemeja, en su rigidez, al Derecho pretoriano. Recuérdese, en este sentido que en Roma el Edicto Perpetuo recopiló todo el Derecho pretoriano, y en Inglaterra, por su parte, al aumentar el número de *Writs*, estos también fueron recopilados. Igualmente, en ambos se dio más importancia al Derecho procesal que al sustantivo. Los abogados y jueces del *Common Law* se parecen más a los romanos que los pandectistas del Derecho germano.

Para finales del siglo XV, el sistema del *Common Law*, rama mayor del Derecho inglés, fue criticado y entró en competencia con otro sistema menos formalista, más próximo a las preocupaciones cotidianas de las personas: la *Equito*, primero en manos del *Chancellor* y luego de la *Court of Chancery* o Corte de la Cancillería.

Las *Common Law Courts* enjuiciaban los litigios surgidos entre ciudadanos por cuestiones de tierras (*property*), por daños personales (*personal injuries*) y por vulneración de los contratos (*breach of contracts*), basándose en los precedentes (*case law*), es decir, en las decisiones o resoluciones adoptadas por los jueces en casos anteriores similares. El *Lord Chancellor*, clérigo en quien residía la conciencia de la Corona, basaba sus decisiones en el Derecho natural más que en la regla estricta de la Ley, para lo cual contaba con los recursos de equidad (*equity remedies*), aplicando libremente principios de conciencia. El doble sistema jurídico continuaría durante trescientos cincuenta años en perjuicio de los justiciables, y habría que esperar al último tercio del siglo XIX para conseguir la unión parcial de las dos ramas del Derecho inglés.

Alrededor del siglo XVIII las Cortes de equidad ya estaban tan desarrolladas como las Cortes Reales. En principio, las normas de equidad no iban contra las normas del *Common Law*, lo que se hacía era flexibilizar para poder resolver el caso, añadiéndose –al estilo de las glosas romanas– notas y comentarios al *Common Law*. Pero con el auge de estas Cortes, comenzó a crearse Derecho contrario al *Common Law*.

Durante el tercer período, extendido desde la dinastía de los Tudor hasta la reforma judicial que se inicia entre 1832 y 1833, se favorece el sistema de *Equito*, debido en gran parte al absolutismo de los Tudor. Otros factores atentan contra el *Common Law*: el parlamento adquiere autonomía e independencia real; con el reinado de los Estuardos (Siglo XVII), se crean las *Stuart Chambers*, las

cuales se tornan en una especie de inquisición; y, a finales del siglo XVII se produce una guerra civil, en la que Carlos I es apresado y ejecutado. En tal escenario llega al poder Oliver Cromwell y comienza la *Age of Settlement* o época de la consolidación. Se afianzan el parlamento y el poder judicial. Los jueces del *Common Law* y de la Equidad obtienen grandes progresos en cuanto a la producción del Derecho. En medio de este ambiente, destacan dos jueces importantes<sup>25</sup>: Lord Mansfield, Magistrado del *King's Bench*, fundador del Derecho comercial inglés y William Blackstone, profesor de Oxford que sistematiza el *Common Law* y la *Equity* en cuatro tomos (*Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra*), obra que salvó al *Common Law* de la codificación.

El cuarto periodo es conocido como la Era de la Reforma (*Age of Reform*), caracterizado por innumerables crisis sociales internas. Al ser Inglaterra un país industrializado y exportador, sus crisis afectan a los demás Estados europeos y las empresas inglesas comienzan a tener problemas para colocar sus productos, con lo cual disminuye la producción y con ella los salarios.

Surge en esta época la Escuela Utilitarista encabezada por Jeremy Bentham. A través de su doctrina, Bentham evalúa las estructuras sociales existentes y trata de determinar si las mismas son positivas o no, si son útiles y apropiadas para producir el mayor bienestar para el mayor número de personas, no con espíritu de igualdad sino para prevenir una revolución. Reconoce que es necesario reformar las estructuras sociales y para ello el *Common Law* parece lento, por ser un sistema jurisprudencial, de precedente. Bentham pensó en la codificación para lograr la reforma, pero sus ideas chocaron con los gremios de abogados del *Common Law* y por ello, no pudo haber una total codificación, mas logró llevar su idea al campo procesal, que estaba enredado con la proliferación de las Cortes de *Common Law* y de Equidad que producían incluso sentencias contradictorias. Bentham unificó el poder judicial a través de la Ley de la Judicatura (*Judicature Act*) de 1873.

La unificación judicial se consolida con la creación de la Corte Suprema de la Judicatura, con lo cual se unifica también el Derecho, y se resuelve el conflicto entre *Law* y *Equity*, dándose preferencia, en caso de contradicción, a las sentencias de las cortes de equidad. Esta consolidación también trae como consecuencia la eliminación de los *Writs*. Bentham también logra que se dicten leyes sociales para evitar conflictos.

Con el fin de puntualizar las ideas anteriores existen tres características básicas que debemos destacar en el *Common Law*: 1) No existe en su sistema una

---

25 Recuérdese que en el *Common Law*, los grandes juristas son los jueces, contrario a lo que ocurre en el *Civil Law*, en donde la actividad jurídica intelectual está en manos de los profesores, de la Academia.

distinción entre Derecho público y Derecho privado; 2) Es un sistema que, por su origen y desarrollo, es eminentemente procesalista; y 3) Es un sistema dualista, pues abarca en su seno tanto al *Common Law* (*stricto sensu*) como al *Equity*.

Bien, a semejanza de lo ocurrido con el sistema del *Civil Law*, el *Common Law* se ha multiplicado y diversificado en gran cantidad de países. Teniendo su origen en Inglaterra, se ha propagado a través de numerosos Estados, la mayoría de los cuales, o bien pertenecen al *Common Wealth*, o bien han tenido contacto, en algún período de su historia, con la cultura anglosajona. Podríamos citar, entre otros, a India, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos, etc. Claro está que cada ordenamiento jurídico, además de encontrar fundamento en el sistema del *Common Law*, presenta sus particularidades, dado el desarrollo específico que ha experimentado cada uno.

A pesar de ser una nación joven, Estados Unidos posee una historia jurídica y judicial muy rica. En menos de dos siglos, ha sabido asimilar e integrar los principios del *Common Law*, se ha alejado de ellos cuando lo ha creído útil para la codificación y para sus legislaciones estatales y, sobre todo, ha conservado la unidad nacional gracias a la Constitución Federal.

El inicio del desarrollo histórico que interesa a este estudio, puede ubicarse en el siglo XVII, cuando a la costa este de Estados Unidos llegan los Quaker y los Puritanos quienes, huyendo de las diferencias políticas y religiosas con Inglaterra, fueron buscando libertades confesionales. Implantaron un sistema social teocrático, de manera que los problemas jurídicos eran resueltos por los sacerdotes a través de la Biblia.

La historia del Derecho estadounidense se funde con la historia del país. Desde el proceso de Calvin de 1608, el *Common Law* rige en las trece colonias inglesas, hasta 1722. Sin embargo, es en el siglo XVIII, el siglo de las Luces y de la secularización del saber, cuando se va a consolidar el Derecho estadounidense debido, fundamentalmente, a que las normas del *Common Law* importadas de Inglaterra no ofrecían, en todos los casos, las respuestas idóneas a los problemas jurídicos de ese pueblo. Así, de forma rápida, y en convivencia con el *Common Law*, se va desarrollando en las trece colonias un Derecho bastante primitivo, en el que la jurisprudencia será con frecuencia la fuente de referencia jurídica, y en cuyo seno nacerán códigos parciales facilitadores de la administración de justicia, es el caso de Massachussets en 1634.

Este Derecho primario, aunque asistemático y no elaborado, puso en tela de juicio el modelo establecido por el *Common Law*; tal situación obligó a tomar una decisión sobre el doble camino que ofrecía. Las dudas giraban en torno a continuar extendiendo el sistema de códigos y hacer, por tanto, del Derecho norteamericano un Derecho escrito, o afirmar de forma solemne la primacía del

*Common Law* como referencia jurídicamente incontestable. Ganó la vieja tradición del *Common Law* y la equidad, quizá por el origen inglés de los colonos.

Como consecuencia del movimiento independentista y la aparición de la Constitución Federal (1776-1789), se comercializaron las relaciones con el imperio y se restableció la estabilidad jurídica y social. La colonia modernizó el *Common Law* inglés y lo depuró de elementos feudales. A diferencia de lo ocurrido en Inglaterra, donde se produjo gran tensión entre los jueces y el parlamento, en Estados Unidos la Constitución consagró una estructura separada de poderes inspirada en Montesquieu.

Desde 1776, Estados Unidos dejó de aplicar las leyes inglesas dictadas después de esa fecha. Además, las diferencias existentes entre esta nueva nación y el Reino Unido y muchas otras razones de tipo práctico, aconsejaron la adaptación de las normas del Derecho inglés, sin que esto significara aproximación, en modo alguno, al Derecho romano germánico; exceptuando, claro está, el éxito relativo que tuvo el Código de Procedimiento Civil elaborado por Field y adoptado por veinticinco Estados. Después de la Guerra de Secesión (1860), que enfrentó al norte industrializado con el sur agrícola, la sociedad se industrializó y se fomentó el individualismo, lo cual no dejó de producir efectos en el Derecho estadounidense.

En general, puede afirmarse que entre el sistema inglés y el de Estados Unidos existen ciertas características comunes, por ejemplo, la propia pertenencia a la familia del *Common Law*; ambos sistemas tienen conceptos similares del Derecho y sus funciones, las divisiones de las grandes áreas del Derecho son similares; el Derecho es fundamentalmente jurisprudencial y puede decirse que existe un desarrollo de conceptos jurídicos idénticos (*torts*, *trusts*), etc. Sin embargo, el ordenamiento jurídico estadounidense presenta ciertos rasgos particulares que lo diferencian del Derecho inglés. Nos referimos, en primer lugar, a la existencia de una Constitución escrita, a la elaboración de Códigos, por ejemplo, para cuestiones mercantiles, la concepción clara de la distinción entre el Derecho federal y el de los Estados y una descentralización del poder judicial, contraria a la fuerte concentración existente en Inglaterra. Se subraya, igualmente, el carácter pragmático del Derecho norteamericano, al cual técnicamente no le interesan los problemas de coherencia doctrinal<sup>26</sup>.

Por otra parte, el sistema jurídico estadounidense, al contrario del inglés, tiende a ser mucho más flexible en cuanto a la aplicación y seguimiento de los principios del *Common Law*, muestra de esto es que Estados Unidos es menos renuente a aceptar normas codificadoras organizadas de manera sistemática en

---

26 Séroussi, *Introducción...*, ob. cit., p. 83.

compilaciones muy parecidas a las leyes, lo cual evidencia la búsqueda, en lo posible, de la simplificación de su Derecho. Esta tendencia a la flexibilidad y simplificación tiene su fundamento en el carácter práctico y liberal de la sociedad norteamericana, siendo la inglesa mucho más rígida y conservadora.

Otra de las circunstancias que marca las particularidades y diferencias que presenta el sistema jurídico estadounidense con respecto al Derecho inglés, es la existencia del sistema federal –sistema que por cierto tienen tanto Canadá como Australia–. La estructura federal reflejada en su ordenamiento jurídico ha presentado ciertos problemas, por ejemplo, con la distribución de competencias, inconvenientes con los cuales no ha tenido que lidiar el Derecho inglés. Cada unidad territorial tiene un ordenamiento jurídico independiente del de los demás Estados que conforman la Unión; manteniéndose como principal vínculo entre ellos el Derecho federal propiamente dicho, el cual, según la materia así indicada por la Constitución federal, prevalecerá sobre los ordenamientos jurídicos particulares.

Cabe señalar que todos los ordenamientos jurídicos, a pesar de ser independientes entre sí, pertenecen al modelo del sistema del *Common Law*, siendo una excepción el Estado de Louisiana, el cual cuenta con un ordenamiento jurídico basado en el sistema de Derecho continental, al igual que otras dependencias insulares.

Con respecto a las fuentes existe gran divergencia en la manera de emplear y concebir tanto la jurisprudencia como la Ley. En Estados Unidos, la regla del precedente es aplicada de manera flexible, mientras que en Inglaterra la jurisprudencia se maneja de manera mucho más rigurosa. La Ley, por su parte, es concebida de manera diferente en ambos países; en Inglaterra ésta juega un papel excepcional y su interpretación se da en forma restringida, ellos prefieren el *Common Law* porque lo consideran como el garante de las libertades particulares; mientras opinan que la Ley es un instrumento dado fácilmente al uso arbitrario de quienes la crean, de allí que traten de aplicarla lo menos posible. Esta actitud de los ingleses frente a la Ley sólo podrá ser plenamente comprendida si se observa con detenimiento el surgimiento histórico del *Common Law*. En Estados Unidos la Ley es concebida de forma diferente, la propia «guía» de su ordenamiento jurídico –la Constitución– presenta el carácter de una Ley escrita. Los múltiples conflictos presentados entre las leyes y los principios tradicionales del *Common Law*, han puesto en evidencia la necesidad de un nuevo método interpretativo con el cual no sea necesario prestarle mucha atención a principios precedentes.

Luego de conocer a grandes rasgos el *Common* y el *Civil Law*, pasaremos ahora a establecer las diferencias más importantes que caracterizan a estos dos sistemas de Derecho occidental.

### III. FUENTES

#### A. LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA

Uno de los aspectos que mayor controversia presenta en relación con el estudio de los ordenamientos jurídicos del *Civil* y el *Common Law*, es el relativo a las fuentes. En este sentido, los términos Jurisprudencia y Ley juegan un rol fundamental para comprender ambos sistemas.

En el caso del *Civil Law*, la fuente de mayor jerarquía es la Ley escrita, promulgada según los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico respectivo. Dependiendo del sistema jurídico de que se trate, la Ley desempeñará diferentes papeles; así, en los países civilistas al constituir la Ley la forma general de la creación del Derecho, ésta debe ser interpretada ampliamente e, inclusive, ha de ser aplicada analógicamente a situaciones no previstas por su texto. Por el contrario, en los sistemas del *Common Law*, la Ley constituye una forma excepcional de crear Derecho, por ello debe interpretarse restrictivamente. En otras palabras, la Ley es considerada una derogación del Derecho común, por consiguiente debe aplicarse restrictivamente, en cambio el Derecho civil presenta como pilar fundamental el Principio de Legalidad, lo cual implica que toda decisión judicial debe tener una base legal<sup>27</sup>. Obviamente, en el *Common Law* tal principio no existe. Como muy bien afirma Jolowicz, el Derecho inglés insiste en que ningún juez puede negarse a sentenciar una controversia por ausencia de norma jurídica en la cual pueda fundar su decisión. Surge entonces la pregunta acerca de aquellos casos en que no existe norma expresa, dictada por el Parlamento, que regule una situación en concreto ¿De dónde emana ese Derecho que aplican los jueces? La solución de esta paradoja llevó a los juristas del *Common Law* a acudir a una ficción conforme a la cual hay un Derecho preexistente que el juez debe descubrir. Hoy día se considera superada esta concepción, aceptándose que las sentencias de los jueces crean Derecho<sup>28</sup>.

En síntesis, podemos afirmar que en los sistemas de Derecho civil, los legisladores crean el Derecho y los jueces lo aplican, mientras que en el *Common Law*, a pesar de la limitada o reducida legislación del Parlamento, puede decirse que, de manera general, son los jueces quienes crean y administran el Derecho.

---

27 El artículo 4 del Código Civil venezolano establece las herramientas que permiten y a la vez obligan al juez, a no excusarse en el silencio de la Ley. En virtud de esta norma, la Ley es la fuente principal de nuestro Derecho permitiéndose, en caso de ausencia de norma expresa, recurrir a la analogía y a los principios generales del Derecho, es decir, dos mecanismos para la integración de las lagunas de la Ley, los cuales se fundamentan en el propio ordenamiento jurídico.

28 Jolowicz, J.A., Vistazo al *Common Law*, en: *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Sept.-Dic. 1967, N° 60, pp. 501 ss., especialmente p. 505.

Con el ánimo de ofrecerle al lector un abanico de opiniones diversas, conviene reseñar algunas ideas del profesor Rheinstein al respecto. Para el autor, con todo lo significativa que es la diferencia en actitudes hacia la Ley escrita, su importancia no debe ser exagerada. Este elemento no fue útil para diferenciar el Derecho Civil del *Common Law* antes de las codificaciones modernas y el resurgimiento de las ideas democráticas; además, la noción de autosuficiencia de la Ley aun no existe en los países civilistas del Derecho romano-holandés, húngaro y escocés. Incluso, en los Estados donde rige el clásico Derecho civil, como Italia, Francia<sup>29</sup> y Alemania, gran parte del Derecho, es un Derecho de juristas, no codificado, de un tipo similar al del *Common Law*<sup>30</sup>.

En cuanto a la creación de Derecho se refiere, el propio autor añade que el papel de la legislatura y de la judicatura han estado transmutándose por igual en los países de *Common Law* y en los de Derecho civil. A pesar de que actualmente en muchos países de Derecho civil, el papel de la legislatura es mucho más importante que el de la judicatura, tal situación no constituye una diferencia entre ambos sistemas, sino más bien una divergencia debida a las variadas y variables circunstancias políticas y constitucionales<sup>31</sup>.

Además de la distinción que se ha pretendido establecer entre ambos sistemas a través de la jerarquía de las fuentes, podríamos entender una distinción en relación con el carácter no escrito que reviste el *Common Law*. Sin embargo, ello resulta erróneo. Inglaterra y los demás países de este grupo tienen mayor número de normas escritas que las que existen en algunos países del grupo romanista. Para aclarar la crítica a esta distinción, es preciso tomar en cuenta que no es posible confundir el carácter codificado o no codificado de un sistema jurídico, con el carácter escrito o no del mismo.

El sistema romanista se basa en normas generales y abstractas, mientras que el *Common Law* está compuesto más bien por reglas concretas y particulares, siendo las normas generales una excepción. El profesor Jolowicz nos ayuda a entender por qué el *Common Law* presenta normas de carácter concreto; a su entender, su característica más distintiva es probablemente su naturaleza o bases casuísticas. El sistema romanista tiende generalmente a pensar el Derecho como una forma de moralidad social. Sus principios son declarados por el legislador sobre la base en que debiera asentarse la conducta humana en la sociedad, y la

---

29 En Francia ha ocurrido un fenómeno curioso pues, a partir de la Constitución de 1958 (V República Francesa), la facultad de «hacer Derecho» por parte del poder ejecutivo se colocó sobre una base autónoma, distinta a la delegación. Estableciéndose que las materias que no fuesen competencia del Parlamento, podían ser reguladas por el Ejecutivo, con lo cual la competencia legislativa del Parlamento pasó a ser la excepción, lo que constituye un repudio a la doctrina de la supremacía legislativa. Glendon, Gordon y Osakwe: *Comparative...*, ob. cit., pp. 121-122.

30 Rheinstein, *Die Rechtshonorationen...*, ob. cit., pp. 16-17.

31 *Ibid.* pp. 18-19.

resolución de las controversias es vista solamente como una función secundaria del Derecho. Por su parte —afirma Jolowicz— el papel del Derecho en el *Common Law* es la resolución de las controversias y el establecimiento de declaraciones generales de principios, por lo que el desempeño de la tarea jurisdiccional siempre ha sido pragmático<sup>32</sup>. Puede entonces afirmarse que la esencia del *Common Law* ha sido la tradición transmitida, de generación en generación, a través de las compilaciones de decisiones de los tribunales.

De esta idea central procede otra diferencia técnica, relacionada con el método en uno y otro sistema. En el *Common Law* se emplea el método inductivo, concreto, de solución de los casos; es un sistema que no podría calificarse como teórico o práctico, sino más bien como pragmático. En el sistema romanista predomina más bien el método deductivo, abstracto, de elaboración de ideas generales y construcciones teóricas; se busca la aplicación de un principio general a los hechos. Como consecuencia de ello, podemos afirmar que el *Common Law* parte de una concepción empírica, mientras el sistema romanista de una concepción racionalista, con lo cual el sistema del *Common Law* resulta esencialmente procesal, en oposición a la naturaleza eminentemente sustantiva de los sistemas romanistas<sup>33</sup>.

Otra fuente de gran importancia en el análisis que venimos realizando es la jurisprudencia. En los sistemas del *Common Law*, la jurisprudencia, goza de un gran prestigio, siendo el precedente jurisprudencial una manifestación de los principios fundamentales de la razón y del Derecho natural. En los sistemas romanistas, en cambio, la sentencia sólo tiene efecto jurídico en relación al caso concreto, siendo mucho más frecuente y posible un cambio en la misma. Por supuesto, esto marca una distinción en el orden de prelación de las fuentes formales del Derecho en ambos sistemas, pues —como hemos afirmado— mientras que en los sistemas de Derecho común la fuente formal por excelencia es la sentencia judicial, en los romanistas lo fundamental es la legislación.

La razón del límite dado por el *Civil Law* a la función del juez como creador de Derecho tiene su origen en una concepción rígida de la separación de poderes, con lo cual se busca evitar su concentración en un solo órgano. Consecuencia de tal situación es el hecho de que el marco dogmático de los sistemas de Derecho continental, no reconoce la existencia de una doctrina formal de *stare decisis*. En estos sistemas, los pronunciamientos judiciales no son obligatorios para los tribunales inferiores, ni tampoco para casos futuros; mientras que, como es bien sabido, el precedente tiene fuerza vinculante en el *Common Law*.

---

32 Jolowicz, Vistazo..., ob. cit., p. 504.

33 En este sentido: David, *Les grands...*, ob. cit., pp. 368-369.

Sin embargo, esto no quiere decir que en el sistema civilista no se le de importancia a la jurisprudencia reiterada. Desde el punto de vista práctico, las decisiones constantes de los tribunales han influido de manera determinante en la interpretación de la Ley y han sido una herramienta de utilidad capital para integrar las lagunas existentes en el ordenamiento jurídico<sup>34</sup>.

En los países civilistas, el papel del precedente ha estado sujeto a observaciones. No es fácil para un alto tribunal emitir juicio en un caso particular de una manera y luego resolver casos posteriores, con supuestos semejantes, de forma diferente. Los altos tribunales en el *Civil Law* tienen la función primordial de mantener la uniformidad del Derecho y de su aplicación<sup>35</sup>. Resulta notable el hecho de que en Alemania e Italia, representantes de la familia romano germánica, las decisiones de sus Cortes Constitucionales referentes a la compatibilidad de las leyes con las normas constitucionales tengan carácter legal. En semejante se encuentra Venezuela luego de la promulgación de la Constitución de 1999, la cual dispone en la parte final de su artículo 335: «*Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*».

En la práctica, se ha reconocido que los jueces del *Civil Law* deben tomar en cuenta las decisiones anteriores, sobre todo cuando se ha desarrollado cierto grupo de ellas en casos análogos<sup>36</sup>. Era común observar como en los Estados donde no existían tales decisiones, se otorgaba mayor importancia a las sentencias de los altos tribunales. Incluso en Francia, donde la fuerza del precedente es más débil que en Alemania, las decisiones del Consejo de Estado son consideradas como precedente confiable, y algunos escritores indican que inclusive una decisión del Tribunal de Casación es importante para establecer un *case law* o precedente judicial<sup>37</sup>. Entendidas así, las decisiones de tribunales son, de *ipso*, reglas legales cuya autoridad y peso varían de acuerdo con dos factores esencia-

---

34 Zaphirov, G.A.: L'armonisation des règles du Droit privé entre pays de Droit civil et de Common Law. en: *XIII<sup>e</sup> Congrès International de Droit Comparé*, pp. 5 ss., especialmente p. 17.

35 La uniformidad de la jurisprudencia es el propósito que «...ha dado a la casación mayor trascendencia y universalidad. Aspira a extender sobre procesos futuros, hasta donde no alcanza el valor de la cosa juzgada, la doctrina contenida en sus fallos, aplicable a casos parecidos. Tiende a conciliar las contradicciones de los códigos, llenar las lagunas del ordenamiento jurídico, iluminar las zonas oscuras del pensamiento legislativo y, en fin, corregir los errores y las incongruencias de la ley. Entre nosotros la doctrina de la corte no tiene fuerza vinculatoria sobre otros procesos, pero, en principio, es un órgano productor del derecho porque su jurisprudencia debe ayudar a resolver una problemática jurídica para más tarde ser recogida en disposiciones legales. Por su propia naturaleza, la suprema Corte debe cumplir una función ejemplarizante, una labor de docencia jurídica, pues cada fallo debe ser una lección de derecho orientadora para los jueces y los ciudadanos». Cuenca, Humberto, *Curso de casación civil*. Caracas, Ediciones de la Biblioteca, UCV, 2<sup>a</sup> ed., 1974, p. 29.

36 En este sentido, debemos considerar la norma dispuesta en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil venezolano: «Los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia».

37 David, *Les grands...*, ob. cit., pp. 141-143.

les; en primer lugar, el número o cantidad de decisiones similares; y, en segundo término, la importancia del tribunal que las emite. La razón primordial descansa en el propio centro del sistema jurídico: la necesidad de una certeza y previsibilidad razonable, la demanda elemental de justicia según la cual casos parecidos han de ser tratados de manera parecida.

De hecho, muchos de los jueces del *Civil Law* también toman en consideración la jurisprudencia, bien sea por no contradecir las decisiones tomadas anteriormente sobre el mismo caso para así obtener rápidamente el beneficio del ascenso, o bien por simple economía de esfuerzo intelectual. Observamos también que muchos países pertenecientes a este sistema, especialmente aquellos que presentan una vida económica y social desarrollada, utilizan con frecuencia el precedente, debido al consenso general de que crea seguridad jurídica<sup>38</sup>.

La diferencia tradicionalmente señalada entre el *Common* y el *Civil Law* no parece estar realmente tan marcada, sobre todo si se recuerda que el *stare decisis* estadounidense, como regla formal, significa solamente que la decisión de un tribunal de mayor jerarquía es obligatoria sobre la de un tribunal de la misma jurisdicción de menor jerarquía, cuando los hechos y el Derecho involucrado en los casos son similares. En diferentes circunstancias, el *stare decisis* del *Common Law* norteamericano es, como en el *Civil Law*, no una regla, sino simplemente un aspecto del comportamiento judicial al cual hay que atender. Inglaterra, sin embargo, sí tiene un concepto mucho más rígido del precedente, y no fue sino desde 1966 que la Cámara de los Lores anunció que estaba libre para denegar sus propias decisiones<sup>39</sup>.

Examinemos ahora el rol que otras fuentes de Derecho han cumplido en ambos sistemas, como una posibilidad para la solución de los casos concretos. Nos interesa, en primer término, analizar el papel que ha desempeñado la costumbre. Dentro del Derecho continental, en ocasiones la costumbre es concebida dentro de las fuentes primarias del Derecho; pero tradicionalmente es dejada de lado por su ligera o efímera importancia práctica. En algunos sistemas, a lo sumo, es aceptada para complementar la Ley positiva, mas no para derogarla. En general, puede afirmarse que su importancia se limita al campo mercantil<sup>40</sup> y a algunos casos expresamente previstos por el legislador civil<sup>41</sup>. En Inglaterra, en

---

38 Glendon, Gordon y Osakwe: *Comparative...*, ob. cit., pp. 133-134.

39 *Ibid.*, p. 136.

40 Código de Comercio venezolano, Art. 9: «Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley cuando los hechos que la constituyen son uniformes, públicos y generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo que apreciarán prudencialmente los jueces de comercio».

41 Así se infiere, en nuestro sistema, del contenido del artículo 4 del Código Civil venezolano. Sólo excepcionalmente se admite la consideración de la costumbre, por ejemplo, en el caso de las reparaciones locativas en el arrendamiento (Art. 1.586 y 1.612 CCV) y en la ejecución de los contratos (Art. 1.160 CCV).

cambio, la costumbre asumió una importante función para la resolución de algunas controversias; sentó las bases, especialmente, del temprano Derecho criminal y del Derecho de familia, en particular con relación a los derechos de los padres. Por ello se afirma, con razón, que la costumbre fue una parte integral del *Common Law*. En la actualidad, pocas normas consuetudinarias existen separadas del *Common Law*, la mayoría de ellas ha sido modificada por costumbres generales, las cuales, a su vez, han sido integradas al *Common Law*<sup>42</sup>.

Otro elemento que juega un papel primordial en la propia concepción del ordenamiento jurídico de los sistemas civilistas, está constituida por los principios generales del Derecho. Los principios derivan de las normas de Derecho positivo o de la existencia del ordenamiento jurídico. Su función es afirmar las orientaciones e ideales de política legislativa en los cuales todo Derecho positivo, históricamente considerado, encuentra sus ideas maestras, pero no sus fuentes formales, comportando una acentuación variable según las épocas, las situaciones históricas y la conciencia social llamada a apreciar su valor. Deben ser entendidos, desde el punto de vista dogmático, como criterios que están en el fundamento de las soluciones legislativas, en la medida en que el Derecho positivo se halla informado por ellos. Desde una óptica dinámica, son exigencias de política legislativa, que no se agotan en las soluciones acogidas, sino que hay que tenerlas en cuenta como directrices de interpretación y como tendencias y orientaciones a seguir en el proceso legislativo<sup>43</sup>. Tal planteamiento nos lleva directamente al campo de la interpretación.

Existe gran cantidad de literatura en relación con los problemas de interpretación, y se ha llegado a señalar que la técnica de la interpretación de la Ley escrita se ha convertido, para muchos países del *Civil Law*, en lo que para los países del *Common Law* es el manejo del precedente judicial o *case law*. En los sistemas romanistas, el método interpretativo casi nunca es señalado por el legislador. En el *Common Law*, con cierta frecuencia, se prescribe por el mismo órgano legislativo cuáles son los sentidos que deben darse al lenguaje de la Ley. En los sistemas romanistas, es posible emplear el método exegético. Cuando el juez civilista interpreta el Derecho, recurre normalmente a los trabajos preparatorios de la Ley en cuestión, lo cual se encuentra prohibido por el Derecho inglés y es muy limitado en el Derecho norteamericano.

Los procesos de interpretación de la Ley en el *Civil Law* deben estar encaminados, así como lo están los principios de la equidad en el *Common Law*, hacia la flexibilización de los textos demasiado rígidos de los códigos y tienden a

---

42 Glendon, Gordon y Osakwe: *Comparative...*, ob. cit., pp. 122-123; 240-241.

43 Betti, Emilio, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, (Trad. J. L. de los Mozos), Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1975, pp. 283-288.

un verdadero desarrollo de la ciencia del Derecho. Además, debemos comprender que a pesar de que es común encontrar múltiples referencias a que «*el ordenamiento jurídico es lógicamente completo*», tal expresión responde a una errónea perspectiva intelectualista e inmovilizante; la plenitud del ordenamiento jurídico, más que un punto de partida, es un punto de llegada nunca definitivamente alcanzado por la interpretación<sup>44</sup>. Es imposible que los textos legislativos puedan prever todas las soluciones a los casos planteados y por ello hemos de hacer uso de los procesos de interpretación e integración del ordenamiento jurídico.

Esta situación, aunque ausente del Código Civil francés de 1804, estuvo presente en la mente de sus proyectistas. La mayoría de los códigos del siglo XIX admitieron abiertamente los problemas de silencio o insuficiencia del Derecho. Por ejemplo, el Código Civil austriaco de 1811 permite al juez recurrir a la aplicación de los principios de la justicia natural; el Código Civil español de 1889 estableció que las deficiencias en el Derecho pueden ser suplidas por los principios generales, entendidos como las máximas que pueden derivarse de las reglas positivas; el proyecto del Código Civil alemán, por su parte, consideró la inclusión de algunas normas sobre interpretación. La más famosa de todas las directrices en materia de interpretación se encuentra contenida en el artículo 1 del Código Civil suizo de 1907; esta norma faculta al juez, ante el silencio legal, para decidir en concordancia con las costumbres legislativas o legales y, en su defecto, en concordancia con la regla que el legislador presumiblemente hubiese adoptado<sup>45</sup>.

Puede entonces afirmarse que si bien la moderna teoría de la interpretación es generalmente admitida, la misma implica una dura labor para los jueces en la búsqueda y la identificación de las soluciones para los casos planteados y, en consecuencia, hoy día se enfrentan con la posibilidad de crear Derecho.

Finalmente, debemos señalar la importancia que cumple la doctrina. Considerada teóricamente como fuente auxiliar de Derecho en la familia del *Civil Law*; no recibe igual tratamiento en el sistema del *Common Law*. Esta afirmación se vincula al propio nacimiento del *Civil Law*, sistema debido a los escritos de los juristas romanos y a los estudiosos de las Universidades europeas, sobre todo durante la Edad Media; mientras que, como hemos sostenido, el *Common Law* es básicamente creado por las decisiones de los tribunales. Así, podemos afirmar que el *Civil Law* se fundamenta más en la doctrina y el *Common Law* se basa más en la práctica judicial.

Pero es importante tener en cuenta que, a pesar de que teóricamente la doctrina no es fuente de Derecho en los sistemas del *Common Law*, en la prácti-

---

44 *Ibid.*, p. 47.

45 Glendon, Gordon y Osakwe, *Comparative...*, ob. cit., pp. 126 ss.

ca, se ve cada vez más utilizada y aplicada por ellos. En este campo, como en tantos otros, las diferencias se ven reducidas<sup>46</sup>. En el *Common Law*, ciertos tipos de textos y ciertos tipos de autores ejercen gran influencia, y esto se evidencia en el aumento de citas a fuentes doctrinales en decisiones judiciales contemporáneas. Jueces y abogados del *Common Law* se sirven de ella para encontrar, organizar y analizar el *case law*<sup>47</sup>.

La doctrina y las decisiones de tribunales son herramientas fundamentales en el sistema del *Civil Law*. Ambas se combinan en el mismo objetivo, pero se aplican en diferentes situaciones. Así, mientras las decisiones de los tribunales operan para clarificar, establecer o determinar el Derecho y para asegurar una consistencia dentro de la jerarquía judicial; la doctrina opera en aquellas áreas del Derecho que, precisamente, no se encuentran reguladas o lo están de manera oscura.

Vale la pena hacer algunos comentarios finales con relación a ciertos conceptos que, si bien en ocasiones están en pugna, en cada ordenamiento jurídico necesitan evolucionar y ampliarse constantemente para alcanzar un desarrollo óptimo. Estos conceptos son previsibilidad y flexibilidad, estabilidad y crecimiento.

Tradicionalmente en el *Common Law*, la previsibilidad y la estabilidad eran alcanzadas por medio de reglas legales desarrolladas a través de casos concretos, y por el principio del *stare decisis*, mientras que la flexibilidad y el crecimiento se lograban mediante las normas de la *equity* y mediante las técnicas para limitar y distinguir el precedente. En sistemas de tradición civilista, la previsibilidad y la estabilidad radican y son aseguradas por la Ley escrita en los códigos; la flexibilidad y crecimiento se logran mediante la interpretación y mediante la creación de cláusulas generales que suavizaban las normas rígidas<sup>48</sup>.

Sin embargo, la existencia del Derecho positivo contenido en las leyes ha contribuido a que los mecanismos tradicionales vayan perdiendo fuerza en ambos sistemas. Este tipo de técnica legislativa ha permitido restar la importancia que tenía el *case law* en los sistemas de Derecho común, y ha servido también para menoscabar el papel preponderante que había sido otorgado a los códigos en los ordenamientos civilistas. Con esta nueva situación se piensa que el *Civil Law* tiene una ventaja sobre el *Common Law*, pues sus métodos para la interpretación de Ley escrita son más útiles que las técnicas del *case law*. Mas no debe dejarse de lado el hecho de que ambos sistemas se ven afectados negativamente porque el Derecho positivo no es tan estable ni tan sistemáticamente organizado como los códigos civiles. Además, su susceptibilidad a frecuentes reformas o enmiendas disminuye su flexibilidad desde el punto de vista tradicional, ya que,

---

46 Zaphirov, L'armonisation..., ob. cit., pp. 17 ss.

47 Glendon, Gordon y Osakwe, *Comparative...*, ob. cit., pp. 137-139

48 Jolowicz, J.A., *Vistazo...*, ob. cit., p. 509.

en la mayoría de los casos, el contenido en tales reformas no está basado en principios legales razonados sino más bien en consideraciones políticas.

## B. DERECHO SUSTANTIVO

En este campo del Derecho existen diferencias sustanciales entre ambos sistemas. Como punto principal, se observa que en los sistemas romanistas, el Derecho se encuentra dividido en dos ramas básicas: Derecho público y Derecho privado; tal división es fundamental para su construcción dogmática, siendo apenas perceptible en los sistemas del *Common Law*<sup>49</sup>. Esta clasificación es una herencia del Derecho romano; sin embargo, no siempre subsistió a lo largo de la historia. Recordemos que durante la Edad Media se vio eclipsada debido al localismo y la diversidad que caracterizó los sistemas de la época, situación que no dejó lugar al desarrollo del Derecho público. Esta rama del Derecho sólo resurgiría con el nacimiento del Estado centralizado y sus órganos, lo cual ofrecía las condiciones favorables para el desarrollo del Derecho administrativo, centro fundamental del Derecho público.

La importancia dada a esta división del Derecho en los países civilistas, radica en que en base a ella se encuentra establecida la organización de la competencia de sus tribunales y describe incluso el funcionamiento de la profesión legal. Precisamente por lo anterior es que el *Common Law* no cuenta con ella. En este sentido —señala Jolowicz— la clasificación en el *Common Law* es esencialmente una cuestión de conveniencia; si bien es cierto que hay una rama del Derecho que puede ser convenientemente estudiada bajo el nombre de Derecho público, no hay necesidad de entrar en consideraciones elaboradas acerca de la naturaleza y contenido de ésta, pues tal distinción no trasciende a la práctica. El mismo Derecho rige tanto la responsabilidad del ciudadano ordinario como la responsabilidad de un funcionario o empleado del Estado e incluso del propio Estado. Los conflictos entre los particulares y el Estado y los que se plantean entre estos últimos son decididos de la misma manera por los mismos tribunales<sup>50</sup>. La única distinción que se presenta en el Derecho común es la que existe entre el *Common Law* propiamente dicho y la *Equity*. Estos dos sistemas coexistentes tienen importancia en tanto que reflejan la diferencia histórica respecto del origen de los diversos principios de Derecho, considerados como una rama dentro de su unidad; la *Equity* complementa y a veces rectifica los principios del *Common Law*. Por supuesto, esta división es desconocida para el sistema romanista.

---

49 Glendon, Gordon y Osakwe: *Comparative...*, ob. cit., pp. 101-102.

50 Jolowicz: *Vistazo...*, ob. cit., p. 512.

El Derecho público, al igual que el privado, engloba numerosos sectores en el Derecho civilista<sup>51</sup>. A pesar de que el Derecho penal está técnicamente clasificado dentro del Derecho público, podemos afirmar que el grueso del mismo viene más bien a estar representado por el Derecho administrativo.

Durante el siglo XIX, período en el que comienza a florecer el Derecho administrativo, los abogados en algunos países civilistas consideraron que las reglas del Derecho privado, es decir, aquellas aplicables a las disputas en las que están involucrados intereses particulares, no podían ser aplicadas a las relaciones en las cuales el Estado era parte y efectivamente, en Francia, se logra el establecimiento de un tribunal de Derecho público para la administración.

El Derecho administrativo presenta varias características propias, y la más interesante de ellas es su tendencia hacia la no codificación. El hecho de que las grandes codificaciones dejaran de lado al Derecho público —excepción hecha del Derecho penal— acentúa la división entre el Derecho privado y el público<sup>52</sup>. Actualmente, el Derecho administrativo en los sistemas del *Civil Law*, tiende a estar disperso en varias leyes, y las decisiones judiciales cumplen un papel de suma importancia, incluso, en algunos casos, como en el sistema francés, juega un rol de supremacía.

Hoy día la distinción entre lo público y lo privado como método para clasificar las normas sustantivas en los sistemas civilistas se ha visto cada vez más criticada y dejada a un lado, pues en la práctica ha traído más problemas que beneficios. Así, podemos afirmar que referirse en nuestros días a lo público y lo privado queda reservado al campo teórico o académico ya que en el ejercicio profesional los puntos de contacto entre ambas ramas desvanecen sus posibles diferencias.

Nuestro análisis quedaría incompleto si no mencionamos, con relación al sistema civilista, específicamente en el campo del Derecho privado, varias distinciones que el mismo presenta. La primera de ellas se refiere a la clasificación en derechos reales y derechos personales, la segunda de ellas un poco más compleja está relacionada con el Derecho civil<sup>53</sup> y el Derecho comercial. Con relación a esta última distinción, hemos de afirmar que, si bien existe una posible diferencia en la codificación de normas de Derecho sustantivo, en la administración de justicia tal división no existe.

---

51 Generalmente, el Derecho público incluye el Derecho constitucional, el administrativo, el penal, mientras que el privado incluye al menos el Derecho civil y el comercial. Sin embargo, podemos encontrar otras áreas en donde la distinción no es tan clara como por ejemplo Derecho laboral, agrario, seguridad social, etc. donde la combinación de público y privado puede generar si se quiere categorías *sui generis*. Ver: Glendon, Gordon y Osakwe, *Comparative...*, ob. cit., p. 102.

52 *Ibid.*, pp. 105-106.

53 A grandes rasgos podemos señalar que el Derecho civil está formado por el Derecho de las personas, la familia, los derechos reales, las sucesiones y las obligaciones y contratos.

De esta manera, la distinción entre ambas disciplinas no es absolutamente tajante. En primer lugar, el Derecho comercial encuentra su base en los conceptos de comerciante y acto de comercio, lo cual dificulta definir los propósitos de una determinada transacción; en segundo término, los principios generales del Derecho civil son aplicados en materia comercial, e inclusive varios de los vacíos que encontramos en materia comercial son suplidos por el Derecho civil<sup>54</sup>. Es por ello que muchos autores tienden a hablar de la «civilización» del Derecho comercial, lo cual quiere decir que el Derecho comercial pasaría a ser un especial sector dentro del Derecho civil. Sin embargo, la tendencia más moderna es hacia la existencia de un código comercial separado del civil<sup>55</sup>. Además de estas relaciones entre Derecho civil y comercial, es conveniente tomar en cuenta la creciente tendencia a la intervención estatal en la economía; en consecuencia, más que de un Derecho puramente comercial, es preferible hacer referencia a un Derecho económico y comercial. Finalmente, debemos señalar que la clasificación, artificialmente construida, no podrá nunca contener en forma completa la fluctuación y la variedad que la actividad humana posee e impone.

En cuanto a la distinción entre derechos reales y personales, debemos considerar que en materia de derechos reales, específicamente en el área del derecho de propiedad, históricamente para ambos sistemas, los bienes inmobiliarios han revestido una mayor importancia que los mobiliarios; además, en la tradición más liberal, el derecho del propietario ha sido considerado como absoluto, y su protección es considerada como una primordial función del Estado.

Un atributo tradicional en el *Civil Law*, otorgado al derecho de propiedad, y que no está presente en el *Common Law*, es su carácter unitario. Sin embargo, a pesar de que el *Civil Law* ha venido reconociendo ciertas formas de copropiedad<sup>56</sup>, es bien difícil para un abogado del *Civil Law* concebir al propietario o a sus derechos divididos en el tiempo, como en el caso del *Common Law*, cuando señalan los conceptos de intereses presentes y futuros. Además, resulta desconocida para el *Civil Law* la distinción entre título legal y título de equidad que sí está presente en *Common Law*<sup>57</sup>. El derecho de propiedad se desarrolla en base a la idea de un solo propietario o, a lo sumo, como una secuencia de propietarios sobre el bien. Igualmente, cualquier interés que pueda interferir en el derecho de propiedad es considerado como una restricción o estorbo al mismo.

---

54 Código de Comercio venezolano, Art. 8: «En los casos en que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil».

55 Glendon, Gordon y Osakwe, *Comparative...*, ob. cit., pp. 112-114.

56 Es el caso, en Venezuela, de la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido. Publicada en la G.O. Ex. N° 5.022 de fecha 18/12/1995.

57 Glendon, Gordon y Osakwe, *Comparative...*, ob. cit., pp. 109-110.

En materia de sucesiones, a diferencia de lo que ocurre con el *Common Law* en general y con el Derecho norteamericano en particular, la mayoría de los sistemas del *Civil Law* no acuerdan una separación forzosa del patrimonio conyugal al cónyuge sobreviviente pues consideran que sus intereses económicos se encuentran suficientemente protegidos por la posible división de la comunidad conyugal subsistente al momento del fallecimiento<sup>58</sup>. Dos aspectos típicos del Derecho de sucesiones del *Civil Law* han generado considerable atención en Estados Unidos; en primer lugar, la práctica de la autenticación de la voluntad del testador, ante un funcionario público, durante la vida del mismo, como un procedimiento que tiene que ver con la prueba de tal voluntad<sup>59</sup>. En segundo lugar, el hecho de que sólo pueden heredar aquellos descendientes designados por la voluntad del testador o por la Ley.

El Derecho de las obligaciones, ámbito considerado como el de una mayor técnica, abstracción y estabilidad en el marco del Derecho civil en general, tradicionalmente ha sido dividido en dos grandes ramas: los contratos y las obligaciones extracontractuales. El sistema del *Civil Law* tiene una concepción general acerca del hecho ilícito, es decir, los sistemas civilistas tradicionalmente han estipulado el principio general del *nemidem laedere* como fórmula que prohíbe causar daños a los terceros<sup>60</sup>; en contraste, el *Common Law* ha desarrollado categorías separadas para diferentes tipos de daño, estableciendo así un sistema casuístico al respecto<sup>61</sup>.

Las distinciones entre Derecho público y Derecho privado, entre Derecho civil y Derecho comercial, entre la responsabilidad contractual y la delictual, necesitan ser permeables entre sí en pro del cumplimiento de los diversos propósitos de la vida humana, cubriéndose así de cierto carácter funcional; por consiguiente tal distinción tiende a ser más de índole pedagógico. La clasificación que más ha sido erosionada por el tiempo y por los eventos, como ya hemos dicho, es la dicotomía existente entre lo público y lo privado, pero sigue existiendo o sobreviviendo en la mente de los abogados del *Civil Law* y de los tribunales.

Por otra parte —como hemos afirmado— debemos tomar en cuenta que la intervención estatal en la economía es cada día mayor, modificando profundamente el Derecho civil, especialmente en materia contractual, delictual o de propiedad. Paralelamente se han desarrollado relaciones que requieren cada vez más la in-

---

58 *Ibid.*, p. 110.

59 En el sistema venezolano esta práctica está consagrada en el artículo 879 *in fine* del Código Civil: «Sin embargo, el testamento deberá otorgarse en forma auténtica y no se admitirá el otorgado por dos o más personas en un mismo acto, ni el verbal ni el ológrafo».

60 Es el caso del encabezamiento del artículo 1.185 del Código Civil venezolano: «El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo».

61 Glendon, Gordon y Osakwe: *Comparative...*, ob. cit., p. 111.

tervención estatal; es el caso la regulación de la competencia, la estructura y actividades de las empresas, y las relaciones entre empleados y patronos, todo lo cual también hace cada vez menos tajante la distinción entre lo público y lo privado.

### C. DERECHO PROCESAL

Dentro del campo procesal encontramos que ambos sistemas presentan diferencias notables; sin embargo, muchas de ellas no son propias o inherentes de los sistemas jurídicos del Derecho común o del Derecho civilista, sino que más bien responden a particularidades de carácter local, tal como los cambios políticos, religiosos, sociales y jurídicos característicos de cada país.

Resulta muy importante señalar que para el sistema romanista, aunque persisten algunas discusiones, la teoría general de la prueba pertenece al área del Derecho sustantivo<sup>62</sup>, mientras que el *Common Law* la define dentro del campo del Derecho adjetivo. Además, el proceso en el *Civil Law* es comúnmente inquisitorio, el juez dirige el proceso, en el *Common Law* el proceso es de tipo adversatorio, el papel del juez es el de un tercero imparcial.

Por otra parte, la existencia en el *Common Law* del conocido *pretrial discovery* o pruebas recabadas con anterioridad al inicio de un proceso propiamente dicho, constituye un mecanismo con un alto sentido práctico y en él, no existe una contraparte, ni un verdadero juicio<sup>63</sup>. En los procedimientos del *Civil Law*, no se encuentra tal figura, pues el proceso se desarrolla, a través de una serie continua y preclusiva de actos, audiencias, actuaciones escritas, diligencias, testimonios, entre otros, y es durante este proceso que se deben recabar todas las pruebas; para ello el juez juega un rol muy activo, por ejemplo interrogando a los testigos, realizando o reformulando preguntas, obteniendo cierto tipo de evidencias provenientes de las opiniones de los expertos o de sus propios criterios, etc.

Otra diferencia muy interesante es la ausencia de un jurado civil en los países del *Civil Law*. El Derecho continental nunca ha sentido la necesidad de reunir a las partes, sus testigos, sus abogados y al juez en una misma ocasión. La ausencia de un jurado civil también ayuda a explicar el relativo gran número de reglas excluyentes en la evidencia del *Common Law*, y las relativas pocas restricciones sobre la admisibilidad en el sistema del *Civil Law*; sin embargo, los recientes desarrollos en ambos sistemas tienden a converger. La práctica americana del hallazgo y las audiencias anteriores al proceso, facilitan que pueda haber pocas sorpresas durante el proceso. Así mismo, en el *Civil Law* el deseo por la eficacia y la economía procesal ha sido dirigida, principalmente en Ale-

---

62 En Venezuela, por ejemplo, la actividad probatoria está regulada tanto en el Código Civil (Arts. 1.354-1.430) como en el Código de Procedimiento Civil (Arts. 388-510).

63 Glendon, Gordon y Osakwe, *Comparative...*, ob. cit., p. 91.

mania, a experimentar y desarrollar el uso de una sola audiencia comprensiva de todos los actos del proceso, en los casos relativamente simples<sup>64</sup>.

Especial mención merecen las normas referidas al procedimiento penal. Tres aspectos han sido generalmente malentendidos en el mundo del *Common Law* acerca del proceso penal en los países del *Civil Law*; en primer lugar, entender que el acusado se presume culpable hasta que se pruebe lo contrario; en segundo lugar, que no hay juicio con jurado; y, en tercer lugar, que el proceso es conducido en forma inquisitoria (con connotaciones de la inquisición, como la falta de equidad y justicia para con el acusado). La primera de estas nociones es simplemente falsa. La segunda no es del todo correcta, pues en algunos países del *Civil Law* existen tribunales que presentan participación de varios jueces, unos profesionales y otros *lay judges*<sup>65</sup> lo cual funciona en forma análoga a la de los jurados. El tercer malentendido ha surgido del hecho de que es usual, que en el caso del procedimiento penal, la actividad del juez sea conductora e investigadora en el proceso, de allí el término inquisitorio<sup>66</sup>. Mientras que en el sistema de *Common Law*, el acusado en el proceso penal o el demandado en un proceso civil, además de tener un derecho ilimitado para la búsqueda de la evidencia durante todo el proceso, cuenta con un juez que se comporta como un árbitro pasivo entre las partes.

En materia de apelación, y a diferencia de lo que ocurre en el *Common Law*, en el *Civil Law* el tribunal de segunda instancia o tribunal intermedio, vuelve a revisar tanto el Derecho como los hechos del caso. Luego, si la parte ha quedado insatisfecha, podrá acudir ante el tribunal de mayor jerarquía, que en nuestro caso es el Tribunal Supremo de Justicia, para que, semejante a lo que hacen los tribunales intermedios del *Common Law*, éste revise solamente el Derecho. En materia de Altos Tribunales, los sistemas del *Civil Law* han seguido principalmente dos modelos: el francés de casación y el alemán de revisión.

También, en el sistema de *Civil Law*, existen las llamadas cortes administrativas separadas de los tribunales ordinarios. El procedimiento en los tribunales inferiores administrativos, en comparación con el procedimiento civil, del cual es una extensión, tiende a ser menos formal, más económico y más controlado por parte del juez. Los antecedentes de este sistema se encuentran en el ordenamiento jurídico francés y la institución del Consejo de Estado, cuyos procesos difieren de los de la Corte de Casación; en primer lugar, porque las decisiones del Consejo de Estado tienen carácter final; en segundo término, pues

---

64 *Ibid.*, p. 92.

65 El Black's Law Dictionary, define "Lay Judges" como aquel tipo de funcionario que no ha realizado estudios de Derecho, pero que sin embargo, presta servicio como asesor o asistente a los jueces en los tribunales.

66 Glendon, Gordon y Osakwe, *Comparative...*, ob. cit., p. 94.

las reglas de procedimiento administrativo de carácter escrito son complementadas por un número de reglas elaboradas por la práctica judicial. En tal sentido la gran parte del Derecho administrativo francés, que no está codificado, consiste principalmente en el *case law* o solución emanada de un caso específico.

#### D. LA CODIFICACIÓN

Luego de haber establecido, a grandes rasgos, el funcionamiento y las diferencias básicas entre el *Common Law* y el *Civil Law*, hemos de hacer referencia de manera un poco más detallada sobre la tendencia codificadora de cada sistema jurídico.

El *Common Law* es un sistema de Derecho que, por su fundamentación filosófica de tipo consuetudinario, ha ignorado la codificación tal como es entendida por el sistema civilista. Sin embargo, muchos de los países pertenecientes a esta familia jurídica, como el caso de India y Estados Unidos, por razones prácticas han tenido que crear códigos, o instrumentos parecidos a ellos, para regular ciertas materias.

Las razones a favor de la codificación son muchas. Además de ser un sistema en el cual se presentarán las normas sobre determinadas materias en forma ordenada y sistematizada, característica que brinda gran utilidad práctica, la codificación permite la unificación y armonización tanto de las normas de Derecho interno como de las normas convencionales, lo cual puede involucrar a ordenamientos jurídicos pertenecientes a familias distintas en el marco del Derecho comparado<sup>67</sup>.

También para el Derecho común, la codificación es especialmente ventajosa ya que ella permite la eliminación de anomalías en su ordenamiento jurídico y la derogación de leyes obsoletas e innecesarias. Sabemos que, por ejemplo en Inglaterra, la cuna del *Common Law*, hoy día hay más de tres mil *Actos del Parlamento* (leyes), aplicados en más de trescientos mil casos reportados. Tal situación trae como consecuencia que sea difícil para cualquier persona, sin un especial entrenamiento, descubrir cuál es la Ley que rige un asunto y cuando la Ley es finalmente identificada, se encuentra que en muchos casos es obsoleta y hasta injusta<sup>68</sup>; por ello, existe obviamente una necesidad de codificación como

---

67 Unificación implica la adopción de una cantidad acordada de normas o de procesos uniformes por parte de dos o más Estados diferentes y, en nuestro caso, de sistemas jurídicos diferentes; por su parte la armonización consiste simplemente en una aproximación de normas o de procesos uniformes. Los procesos de unificación y armonización están íntimamente ligados, de manera que cuando se desarrolla uno se aplica el otro. En: Zaphirov, *L'harmonisation...*, ob. cit., p. I.

68 North, Peter, *Problems of codification in a Common Law System*, en: *RebelsZ*, 1982, Vol. 46, pp. 490 ss., especialmente p. 491.

medio para simplificar y modernizar su Derecho, lo cual a su vez le permitirá al ciudadano común tener a su alcance los principios del *Common Law*.

En Inglaterra la labor de codificación ha sido lenta y ardua. La presión ejercida en contra de la tendencia codificadora es fuerte; por un lado la profesión legal inglesa, encabezada por el *Bar* y la *Law Society*, forma un poderoso *lobby*. Ellos son de corriente conservadora, por lo cual es de esperar que las propuestas que no revistan una necesidad real no se verifiquen. También existe la errónea creencia según la cual, cuando la Ley es reducida a la forma de un código, se hace disponible al público quien por ende dejará de tener la necesidad de solicitar ayuda de expertos o consejeros legales. Otra traba la constituye el hecho de que en Inglaterra los Estatutos son considerados el medio más idóneo para la codificación y estos, de acuerdo con su sistema, han de ser aplicados en forma estricta por el juez; de manera que, si a los jueces que crearon el *Common Law*, con sus méritos de flexibilidad y adaptabilidad, no se les permite realizar una función similar con los mismos principios de Derecho redactados en forma de Estatutos, algunos pensarán que es mejor quedarse con la inseguridad del *case law*, en lugar de aceptar un inflexible bloque de legislación<sup>69</sup>.

Además, a esta situación hemos de añadir la presión ejercida especialmente por la Unión Europea, cuyo proceso de integración anima la armonía y la uniformidad del Derecho en todos sus Estados miembros. Consecuencialmente, Inglaterra ha creado la *Law Commission*, destinada a fomentar la actividad codificadora, no en todo su sistema de Derecho común, ya que eso sería imposible, pero sí en ciertas áreas del mismo. Podemos en este grupo mencionar la materia de los contratos, área en la que la necesidad de codificación como medio de unificación y armonización entre las normas inglesas y escocesas se planteó debido a que no era lógica la existencia de una frontera legal que dividiera a los dos países en el campo del Derecho comercial; en materia de alquileres; de Derecho penal, debido a la necesidad imperiosa de tener un código para que rigiese esta materia; de hecho, actualmente los jueces ya no tienen el poder de crear nuevos delitos; además, la necesidad de certeza para el sistema jurídico es abrumadora en el campo del Derecho penal. También se ha pensado en la necesidad de codificación en materia de Derecho de familia y de Derecho internacional privado<sup>70</sup>.

En estas áreas se ha tratado de producir un cuerpo de reglas contenidas en un extenso instrumento que permita la uniformidad de conceptos y de terminología, pero, se ha constatado que el producto final de esta labor resulta diferente a lo que el *Civil Law* considera como un código, pareciéndose más bien a un gran estatuto.

---

69 *Ibid.*, p. 507.

70 *Ibid.*, pp. 492 ss.

Al respecto, Denis Tallon ratifica que en la concepción de la codificación se encuentra una diferencia crucial entre el método del *Common Law* y el método del *Civil Law*. Ambos sistemas tratan de simplificar, sistematizar y reformar y podrán tener éxito en sus diferentes maneras de hacer cada una de estas tres cosas, pero el producto final será muy diferente. La razón de esto se encuentra, por supuesto, en la diferencia del método declarativo de principios en el caso del *Civil Law*, y del método pragmático en el caso del *Common Law*<sup>71</sup>. Más aún, la tradición de siete siglos, en el método jurídico del *Common Law* no podrá ser fácilmente abandonada. Si algún día se llega a expedir, el código establecerá un nuevo punto de partida hacia el futuro; pero los progresos en la interpretación y la aplicación de tal instrumento normativo continuarán siendo logrados a través de las decisiones judiciales y no por medio de comentarios doctrinales, como ocurre en los Derechos romanistas<sup>72</sup>.

Dependiendo del punto de vista adoptado, la voluntad política también puede sumarse como un obstáculo en el proceso codificador. Como la codificación puede ser un medio importante de uniformidad y armonización de las normas jurídicas de varios países, entonces allí donde no exista voluntad de uniformidad no la habrá para la codificación.

Al analizar el *Civil* y *Common Law*, sus semejanzas y diferencias, notamos que ambos sistemas jurídicos en la actualidad tienden a converger, es decir, existe una fuerte tendencia al acercamiento entre ambos sistemas jurídicos, que se manifiesta de forma clara en el Derecho internacional privado. Las exigencias actuales de las relaciones comerciales internacionales y su acelerado desarrollo, en ambos sistemas, constituyen la fuerza principal de esta tendencia hacia la unificación y la armonización. Estas tendencias se manifiestan tanto en el ámbito de la codificación interna como en el de la convencional.

A nivel convencional, podemos mencionar, por ejemplo, la labor realizada a nivel universal por la Organización de las Naciones Unidas<sup>73</sup> y de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado<sup>74</sup>, en cuyo seno se han negociado instrumentos como la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y la Convención de La Haya sobre Ley Aplicable al *Trust* y a su Reconocimiento (1985), respectivamente. En el ámbito regional destaca el trabajo desempeñado por el Consejo de Europa, y ejemplo de ello es el Convenio de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma, 1980).

---

71 Tallon citado en *Ibid.*, pp. 502 ss.

72 Jolowicz, Vistazo..., ob. cit., p. 518

73 Ver: <http://www.un.org>

74 Ver: <http://www.hech.net>

En el plano interamericano no podemos dejar de mencionar el trabajo de la Organización de Estados Americanos la cual, a pesar de desempeñarse esencialmente en el ámbito político, ha demostrado gran interés por la preparación de convenciones para la unificación del Derecho privado entre los Estados del continente; prueba de ello es la creación de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP)<sup>75</sup>.

Un ejemplo concreto del fenómeno de la armonización en nuestro continente, es la proposición hecha por Perú y Estados Unidos, en el marco de la CIDIP V, en cuyos considerandos señalan *«Que el creciente Derecho del comercio internacional está cada vez más vinculado a aspectos financieros y de inversión; Que este nuevo escenario ha generado nuevos instrumentos jurídicos, como es la aparición de títulos o documentos cuya significación y características superan al de las tradicionales garantías; Que muchos de estos instrumentos nacen de la práctica en el sistema jurídico del "Common Law" y que luego se ejecutan o aplican en los sistemas del "Civil Law"; Que en consecuencia es necesario su estudio y posible armonización y mejoramiento de los sistemas de garantías en el campo comercial y financiero internacional»*<sup>76</sup>.

Es en el campo del Derecho internacional privado donde, como hemos afirmado, se ha hecho más palpable la tendencia convergente entre ambos sistemas jurídicos. En esta rama del Derecho existen numerosos organismos que se encargan de unificar y armonizar las normas jurídicas en la materia. Así, además de la Conferencia de La Haya y la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, hemos de mencionar los trabajos realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)<sup>77</sup> y por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)<sup>78</sup>.

---

75 ver: <http://www.oas.org>

76 CIDIP V, Doc. 45/94, 18 de marzo 1994.

77 La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) fue creada por la Asamblea General en 1966 (resolución 2205(XXI), 17/12/1966). La principal motivación de la Asamblea General para establecer la Comisión fue la existencia de múltiples disparidades entre las diversas legislaciones internas, en materia de comercio internacional lo cual, en su opinión, constituía un gran obstáculo para el desarrollo del mismo. La intención de atenuar las diferencias entre los diversos ordenamientos jurídicos en materia de Derecho comercial internacional, se hace patente en el contenido de la resolución que da origen a la Comisión. Así, la Asamblea General encomendó a la CNUDMI la labor de fomentar la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional mediante: 1. La coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas; 2. El fomento de una participación más amplia en las convenciones internacionales existentes y una mayor aceptación de las leyes modelo y las leyes uniformes ya establecidas; 3. La preparación o el fomento de la aprobación de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo y leyes uniformes, así como el fomento de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esta esfera; 4. El fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del Derecho mercantil internacional; 5. La reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moder-

Ahora bien, la unificación y armonización entre ambos sistemas también puede ser alcanzada a través de otras fuentes del Derecho; así, en el marco del Derecho marítimo podemos observar como la actividad unificadora se ha alcanzado por medio de la costumbre, las prácticas y usos comerciales. Otro hecho demostrativo de esta tendencia es la adopción por parte de un Estado perteneciente a un sistema determinado, de instrumentos normativos propios del otro círculo jurídico. Este fenómeno se hace más patente en el área contractual, donde, por ejemplo, numerosos tipos de contratos de naturaleza anglosajona han sido adoptados por muchos países pertenecientes al *Civil Law*, sobre todo en países del continente Europeo<sup>79</sup>. Tomando como ejemplo a Bélgica, vemos que ellos han incluido en su ordenamiento jurídico contratos típicos emanados del *Common Law*, tales como el *factoring*, el *leasing*, el *know how*, la *joint venture* y los *type*<sup>80</sup>.

En el área de los financiamientos internacionales la armonización es también evidente, las reglas dictadas por la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París<sup>81</sup>, son aplicadas alrededor del mundo, en países del *Civil Law* y en países del *Common Law*. No es difícil constatar como una gran cantidad de figuras jurídicas extrañas al *Civil Law* y al *Common Law*, han ido ingresando y formando parte de su sistema de Derecho sin muchas dificultades.

Ahora bien, cabe preguntarse si dadas todas las distinciones técnicas que existen entre el *Civil* y el *Common Law*, resulta imposible el acercamiento definitivo de ambos sistemas, sobre todo bajo la sombra de las necesidades actuales de tráfico jurídico internacional, donde las fronteras nacionales se resquebrajan para facilitar las actividades de los particulares. La respuesta es negativa, es decir, debe producirse necesariamente un acercamiento de ambos sistemas, sobre todo si examinamos la evolución de la codificación del Derecho interna-

---

na, incluida la jurisprudencia, del Derecho mercantil internacional; 6. El establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo; 7. El mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional; y, 8. La adopción de cualquier otra medida que pudiera considerar útil para desempeñar sus funciones. Ver: <http://www.uncitral.org>

78 El Instituto para la Unificación del Derecho Privado es una asociación científica de carácter internacional. Nace en Roma en 1926, por acuerdo entre el gobierno italiano y el Consejo de la Sociedad de Naciones. Hoy día, trabaja con la colaboración de la ONU, la Conferencia de La Haya, el Consejo de Europa y la OEA y en 1939 revisó sus estatutos. Bajo su patrocinio se han aprobado convenciones uniformes en materia de compraventa internacional de bienes muebles corporales (La Haya, 1964), en materia de arbitraje, obligaciones alimenticias, responsabilidad de hoteleros, seguro de automóviles, principios generales sobre contratos mercantiles. Publica un anuario. Ver: <http://www.unidroit.org>

79 Phillippe, D.M: Harmonization of Private Law Rules between Civil and Common Law Jurisdictions, en: *International Congress of Comparative Law*, pp. 17-21.

80 Los *type* son instrumentos elaborados por organizaciones profesionales internacionales, cuyo fin es regular las transacciones realizadas por ellos; por ejemplo, los contratos elaborados por la *Federation of Oil Seeds and Fats Association*, también las *York Antwerp Rules* elaboradas por la *International Law Association*, que armonizan, en materia contractual, las reglas vigentes independientemente del país, sea éste perteneciente al *Common* o al *Civil Law*. Phillippe, Harmonization..., ob. cit., pp. 17-21.

81 Ver: <http://www.iccwbo.org>

cional privado y su objetivo de alcanzar la armonización y eventual unificación del Derecho privado.

#### IV. ACERCAMIENTO DE LOS SISTEMAS DEL *CIVIL* Y EL *COMMON LAW* EN EL MARCO DE LA CODIFICACIÓN AMERICANA

##### A. NOCIONES PRELIMINARES

La unificación y armonización del Derecho ha constituido una persistente preocupación en América y en el proceso de codificación a que ha conducido se puede observar el lento pero constante acercamiento entre los ordenamientos jurídicos de Derecho civil y los del *Common Law*. Iniciada por el Libertador Simón Bolívar y reflejada en el Congreso Anfictiónico de Panamá (1826), la codificación ha continuado, en diferentes etapas, hasta el presente. En este proceso encontramos dos elementos de interés; en primer término, la unificación se ha reflejado especialmente en el Derecho internacional, tanto público como privado, por considerar, en principio, más apremiante y más fácil su unificación; por otra parte, la presencia más o menos activa de los Estados Unidos de Norteamérica ha sido determinante para la aproximación de los Derechos continentales de América Latina al *Common Law*.

Una crítica tradicional dirigida contra la codificación en general, pero especialmente contra la unificación internacional, conducirá al punto central de este trabajo: ¿Es posible, e incluso necesario, el acercamiento entre el Derecho civil y el *Common Law*? La crítica se ha dirigido a la rigidez que implica la uniformidad normativa, elemento que puede impedir el desarrollo de la interpretación y constituir un freno para la adecuación del ordenamiento jurídico a las exigencias de la dinámica social<sup>82</sup>. Se señala que ello puede ser particularmente peligroso en el Derecho internacional privado, por ser una rama jurídica de extraordinaria fluidez que ha alcanzado sus más importantes soluciones a través de la aplicación de fuentes supletorias, especialmente los principios generales del Derecho. Por ello se argumenta que la unificación rígida, con soluciones expresas para cada caso, lejos de facilitar las decisiones judiciales, podría conducir a una invocación abusiva de los mecanismos negativos del Derecho internacional privado para lograr soluciones acordes con la *Lex fori*<sup>83</sup>.

La rigidez —riesgo real de la codificación— es, sin embargo, relativa. La audaz interpretación de la jurisprudencia francesa, alemana y holandesa son ejemplos de esta afirmación. El escueto artículo 3 del Código Napoleón se ha

---

82 Neuhaus, Paul H. y J. Kropholler: Rechtsvereinheitlichung-Rechtsverbesserung?, en: *RebelsZ*, 1981. T. 45, pp. 73 ss., especialmente, pp. 80-81.

83 Mackelt, *Normas generales...*, ob. cit., p. 19.

convertido en el punto de partida para crear un amplio y congruente sistema de Derecho internacional privado con sus ingeniosas instituciones generales; la casuística norma alemana sobre reenvío —el reformado artículo 27 de la Ley de Introducción al Código Civil— se ha transformado en una disposición de carácter general y la jurisprudencia holandesa ha violado la Ley al aplicar el principio de unidad de sucesiones, inclusive a los bienes inmuebles<sup>84</sup>.

Indudablemente, la unificación convencional parte de una perspectiva internacional más amplia y por ello más adecuada para el ámbito del Derecho internacional privado. Harto conocidos son los esfuerzos de la Conferencia de La Haya para extender sus actividades a un considerable número de países con diversos ordenamientos jurídicos; sin embargo, la unificación universal se encuentra aún muy lejos. Por ello es de tanta importancia la actividad codificadora regional y subregional. La historia de América es rica en instrumentos que persiguen los objetivos de armonización.

## **B. DESARROLLO DE LA CODIFICACIÓN AMERICANA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO A LA LUZ DEL ACERCAMIENTO ENTRE LOS DOS SISTEMAS**

Los esfuerzos codificadores emprendidos por los países latinoamericanos siempre han tenido presente la proximidad de un sistema jurídico diferente, vigente en un Estado vecino, grande y poderoso. Dos son las alternativas que pueden plantearse al respecto: no tomar en cuenta a Estados Unidos o tratar de acercarse a este país cuyo sistema y métodos jurídicos aparentemente son muy distantes de los que caracterizan al sistema continental. La segunda alternativa ha prevalecido y nuestro legislador supranacional ha tratado de acercarse cada vez más al sistema estadounidense, para incluirlo en el proceso de la codificación interamericana.

Ahora bien, en los tres importantes ensayos de codificación que integran la llamada fase global del proceso codificador, no se registra acercamiento significativo. En el Congreso de Lima convocado por el gobierno de Perú (1877-1878), primer intento en el mundo de codificar el Derecho internacional privado y que hace honor a la ciencia jurídica en América, no participó Estados Unidos. El tratado suscrito en Lima nunca entró en vigor pues sólo Perú lo ratificó. Razones de distinta naturaleza explican esta circunstancia; las de orden estrictamente jurídico se refieren principalmente al hecho de haberse adoptado el principio de la nacionalidad para regular el estado y capacidad de las personas, contrario al principio del domicilio acogido por la mayoría de los países americanos.

---

84 Neuhaus, Paul H.: *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. Tübingen, J.C. Mohr (Paul Siebeck), 2ª ed., 1976, pp. 449-450.

Tampoco se notó la presencia de los Estados Unidos, y con ello la influencia directa del *Common Law* en la codificación interamericana, en la negociación de los tratados de Montevideo (1888-1889<sup>85</sup> y 1939-1940<sup>86</sup>). Sin embargo, la decisión de adoptar el factor de conexión domicilio no es ajena a la influencia de Story, jurista norteamericano que tiene un sitio privilegiado en el desarrollo del Derecho internacional privado latinoamericano.

Otro esfuerzo codificador relevante nació en el seno de las Conferencias Internacionales Americanas. El propósito de convocar la primera de estas Conferencias (1885) fue establecer una paz duradera entre las naciones, por ello en la mayoría de las resoluciones adoptadas por las primeras Conferencias, se abordaron temas relativos al Derecho internacional público. En la tercera Conferencia (Río de Janeiro, 1906), se creó una comisión con el objeto de integrar una Junta Internacional de Jurisconsultos, para elaborar un Código de Derecho internacional privado y otro de Derecho internacional público.

Durante la cuarta Conferencia se establecieron subcomisiones de trabajo que consideraron temas relativos a la capacidad, la condición jurídica de los extranjeros, el Derecho de quiebra y las sucesiones. La sexta subcomisión se reunió en Lima en 1913 y estudió un proyecto presentado por Estados Unidos, el cual abarcaba cuatro libros sobre derechos reales; obligaciones y propiedad literaria e industrial; competencia judicial; Derecho comercial y conflictos de leyes penales.

Los trabajos se reiniciaron en la quinta Conferencia (Santiago de Chile, 1923), que transformó la Junta Internacional de Jurisconsultos en una Comisión, a la cual se le encargó presentar un proyecto de Código de Derecho internacional

---

85 Los tratados suscritos fueron nueve: Tratado de Derecho Procesal (11/01/1889) ratificado por Paraguay, Bolivia, Argentina; adhesión de Colombia (12/02/1921); Tratado sobre propiedad literaria y artística (11/11/1889) ratificado por los mismos países que el anterior; adhesiones de Francia (03/03/1986), España (30/01/1900), Italia (18/04/1900), Bélgica (01/06/1903), Austria (04/12/1923), Alemania (05/10/1927), Hungría (23/09-1931). Tratado sobre patentes de invención (16/01/1889), ratificado por Paraguay, Perú, Uruguay, Argentina y Bolivia. Tratado sobre marcas de Comercio y Fábrica (16/01/1889), ratificado por Paraguay, Perú, Uruguay, Argentina y Bolivia. Tratado sobre Derecho penal internacional (23/01/1889), ratificado por Paraguay, Perú, Uruguay, Argentina y Bolivia. Convención sobre ejercicio de profesiones liberales (04/02/1889), ratificado por Paraguay, Perú, Uruguay, Argentina y Bolivia; adhesión de Colombia (19/12/1917), Ecuador (02/03/1933). Tratado de Derecho civil internacional (12/02/1889), ratificado por Paraguay, Perú, Uruguay, Argentina y Bolivia; adhesión de Colombia (20/03/1934). Tratado de Derecho comercial internacional (12/02/1889), ratificado por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay; adhesión de Colombia. Protocolo adicional (13/04/1889), ratificado por Paraguay, Perú, Uruguay, Argentina y Bolivia.

86 Como resultado de las deliberaciones fueron aprobados los siguientes tratados: Tratado sobre asilo y refugio político (04/08/1939). Tratado sobre propiedad intelectual (04/08/1939). Tratado sobre el ejercicio de profesiones liberales (04/08/1939). Tratado Derecho de navegación comercial internacional (19/03/1940). Tratado de Derecho comercial terrestre internacional (19/03/1940). Tratado de Derecho civil internacional (19/03/1940). Tratado de Derecho procesal internacional (19/03/1940). Tratado de Derecho penal internacional (19/03/1940). Protocolo Adicional, (19/03/1940). Todos los tratados, menos el de Derecho penal internacional que fue ratificado solamente por Uruguay, y el Protocolo Adicional, fueron ratificados por este último y Paraguay; Argentina ratificó los tratados de Derecho de navegación comercial internacional, Derecho comercial terrestre internacional, Derecho civil internacional, Derecho procesal internacional y el Protocolo Adicional.

privado y otro de Derecho internacional público. Este es el origen del Código elaborado por el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante, que fuera aprobado en la Sexta Conferencia (La Habana, 1928). El Código Bustamante reviste singular importancia en la historia del Derecho internacional privado americano, por ser el primer Código completo referido a nuestra disciplina. Sus imperfecciones no impiden reconocer en él un completo y orgánico cuerpo de normas y un esfuerzo relevante en materia de unificación. Estados Unidos participó activamente en las discusiones del Código; sin embargo, no lo suscribió, alegando que no era competencia del gobierno federal comprometerse en materia de Derecho internacional privado, reservada esta última a cada uno de los Estados de la Unión<sup>87</sup>.

El año 1975 marca el inicio de la nueva era en la codificación interamericana, y coincide con la progresiva independencia y consecuencial ingreso al sistema interamericano de los países caribeños angloparlantes<sup>88</sup> –regidos por los principios del *Common Law*– y Canadá, que ingresó recientemente a la Organización de Estados Americanos<sup>89</sup>. Esta nueva fase parte de la necesidad de revisar el Código Bustamante, a la luz de los Tratados de Montevideo aprobados por los Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado, celebrados en dicha ciudad en 1888-1889 y 1939-1940 y el *Restatement of the Law on the Conflicts of Laws* elaborado por el *American Law Institute* de los Estados Unidos de América, para uniformar estas tres codificaciones<sup>90</sup>. Tal proyecto se convirtió en un reto jurídico para América, ya que se trató del primer intento –con la participación de Estados Unidos–, desde la sexta Conferencia Panamericana y la celebración de los Congresos de Montevideo, que se llevó a cabo para revisar y adaptar a las necesidades reales de los países americanos las convenciones interamericanas sobre Derecho internacional privado. En todas estas convenciones la presencia del *Common Law* ha sido muy significativa y se refleja en los instrumentos aprobados en las seis Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP I - 1975, Panamá; CIDIP II - 1979, Montevideo; CIDIP III - 1984, La Paz; CIDIP IV - 1989, Montevideo; CIDIP V - 1994, México; y CIDIP VI - 2002, Washington). Así, la necesidad de comprensión y acercamiento entre los dos sistemas se hace cada vez más patente.

Muchas veces se ha referido el progresivo acercamiento entre los sistemas continentales y los de *Common Law* en las convenciones interamericanas, por

---

87 Muci Abraham, José, Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), en: *Publicaciones de la Facultad de Derecho UCV*, 1955, Vol. VII, pp. 28 ss., especialmente p. 34.

88 *Commonwealth* de Bahamas, Barbados, Dominica, Grenada, Jamaica, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, St. Kitts y Nevis, Trinidad y Tobago.

89 Canadá se adhirió a la Carta de la OEA el 20/12/1989 y depositó el instrumento el 08/01/1990.

90 De este esfuerzo resultó un Proyecto de Código elaborado por el jurista colombiano José Joaquín Caicedo Castilla; su texto puede verse en Doc. OEA/Ser. Q/11.9-CJI-15, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, Washington, 1973, pp. 388-415.

ello nos parece de interés analizar algunas soluciones concretas que demuestren esta afirmación.

### C. ACERCAMIENTO ENTRE EL CIVIL Y EL *COMMON LAW* EN LAS CONVENCIONES INTERAMERICANAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Durante las discusiones de las convenciones interamericanas, las decisiones finales han obedecido al objeto fundamental trazado por los Estados Americanos en esta fase codificadora, esto es, hacer posible, dentro del marco interamericano, la armonización de los dos grandes sistemas jurídicos que conviven en nuestro continente<sup>91</sup>. Esta armonización jurídica, determinada por la distinta conformación del Derecho de los Estados americanos –unos de extracción romanista, otros inspirados en el *Common Law*, tanto en su vertiente norteamericana, como en la versión de los países del Caribe, con clara influencia británica– ha hecho de este proceso un desafío al que debe responderse con seriedad y rigor y que exige el diseño de una especial dimensión jurídica elaborada para servir al propósito de la integración regional<sup>92</sup>.

El interés por esta uniformización se ha reflejado, por una parte, en la participación activa de las delegaciones de Estados Unidos en todas las CIDIP's, presentando fórmulas flexibles y amplias<sup>93</sup>; y, por la otra, en la actitud comprensiva y abierta de los representantes de los sistemas continentales que se han propuesto meditar seriamente sobre algo tan inquietante como lo es la circunstancia de que el Derecho de donde provienen muchas propuestas no es el propio<sup>94</sup>.

Indudablemente la tarea ha sido compleja, especialmente porque en los Estados del *Common Law* no existen normas jurídicas expresadas como reglas de carácter general, lo cual obliga al operador jurídico a extraerlas del análisis de conjunto y actualizado de los diferentes casos en los cuales la jurisprudencia ha sentado criterios de aceptación generalizada<sup>95</sup>. En el sentido técnico jurídico, resulta sencillo acercar los dos sistemas con el consecuencial costo de la pérdida, en algunos casos, de sus rasgos fundamentales. Pero ésta nunca fue la idea.

Más bien había que pensar en un repertorio único de soluciones para ambos sistemas, nuevo, distinto de los de cada uno de ellos, acorde al básico propó-

---

91 Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado, Informe Final, Secretaría General de la OEA, Washington, D.C., 1980, p. 4.

92 Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado, Doc. OEA/Ser., CIDIP-III, Washington DC, 1984, Vol. I, p. 76.

93 Primera Reunión de Expertos..., op. cit., p. 160.

94 Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado, Doc. OEA/Ser., CIDIP-II, Washington DC, 1979, Vol. II, p. 34.

95 Primera Reunión de Expertos..., op. cit., p. 150.

sito de la armonización<sup>96</sup>. Para ello, en primer lugar, se realizó una tarea un poco más fácil, que consistió en buscar las regulaciones similares y formular las soluciones comunes. En segundo término, era necesario detectar las instituciones básicamente inconciliables y, lejos de buscar su armonización, tratar de imaginar nuevas fórmulas que permitiesen iniciar el recorrido de la efectiva integración jurídica reclamada por el sistema interamericano<sup>97</sup>.

Dos son los elementos coadyuvantes para lograr un acercamiento exitoso: la gradualidad de las soluciones, que se impone como la única forma de alcanzar el desarrollo progresivo de la codificación del Derecho internacional privado<sup>98</sup>, y el espíritu de conciliación que se refleja en el carácter transnacional de las soluciones formuladas, sin olvidar las particularidades de cada sistema<sup>99</sup>.

Examinemos ahora ejemplos concretos según los tipos de convención de que se trate, en este acercamiento entre el *Civil* y el *Common Law*.

## 1. PARTE GENERAL

La única convención que, en el marco de la Conferencia Interamericana, desarrolla soluciones de la teoría general de nuestra disciplina, es la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979). Veamos ejemplos extraídos de los proyectos de esta convención, en donde se evidencia la flexibilidad y acercamiento entre ambos sistemas.

En primer término, podemos mencionar el texto del artículo 6 del Proyecto presentado por la delegación de México, según el cual «*Las normas jurídicas, sentencias judiciales, laudos arbitrales, actos jurídicos y declaraciones de voluntad, procedentes del extranjero, que hayan resultado aplicables conforme a las normas conflictuales internacionales o internas, dejarán de tener eficacia cuando sean contrarias al orden público del país receptor. Corresponde a la autoridad o juez del Estado receptor de la norma jurídica extranjera determinar la extensión y modalidades de esta reserva*»<sup>100</sup>. Esta norma deja en manos del juez la determinación de la actuación y efectos de la cláusula de orden público, libertad que caracteriza los sistemas angloamericanos.

El artículo 15 del propio Proyecto dispone: «*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, en caso de que varias personas, relacionadas entre sí en virtud de filiación o estado civil, tengan domicilios diversos, el Tribunal del Estado Parte que conozca de la causa, elegirá como domicilio determinan-*

96 Primera Reunión de Expertos..., op. cit., p. 160.

97 Primera Reunión de Expertos..., op. cit., p. 150.

98 *Idem*.

99 Primera Reunión de Expertos..., op. cit., pp. 48 y 95-96.

100 Maekelt: *Normas generales...*, ob. cit., p. 212.

*te, aquel más directamente vinculado a la protección del interés jurídico preponderante*». Expresión esta inequívoca de la noción estadounidense de la relación más significativa (*the most significant relationship*).

En igual sentido se dirige el artículo 24: *«A falta de indicación de las partes o en caso de ineficacia de aquella, las obligaciones convencionales que se rigen por la Ley con la cual están más directamente vinculadas en razón de sus características objetivas y subjetivas. De este efecto, el Tribunal que juzgue la causa tomará en consideración: el lugar de celebración del contrato, el de su negociación, el de su cumplimiento, el domicilio y la nacionalidad de las partes y todos aquellos otros elementos que le puedan permitir una mejor evaluación del caso»*<sup>101</sup>.

La Delegación argentina presentó, por su parte, una propuesta de Enmienda al Proyecto del Comité Jurídico Interamericano sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en la que se recomendó incluir una serie de nuevos artículos, en los que marcadamente se observa la tendencia hacia la configuración de una normativa flexible. Entre ellos figuran:

- *«Los conceptos de las normas de conflicto deben interpretarse extensivamente a fin de posibilitar la comprensión y juzgamiento de instituciones extranjeras por los jueces de la causa».*
- *«Las cuestiones previas o incidentales y la cuestión principal se regirán independientemente por sus respectivos derechos aplicables según las normas de Derecho Internacional Privado del juez de la causa. Si se produjesen resultados contradictorios o irrazonables por las aplicaciones parciales de distintos derechos materiales, los jueces podrán adaptar los derechos en cuestión para alcanzar una solución coherente o razonable».*
- *«La determinación del tiempo en que han de considerarse los puntos de conexión será el del momento en que se constituyan, modifiquen o extingan los derechos litigiosos. El juez de la causa podría tomar en cuenta otro momento si la solución basada en la norma anterior condujese a un resultado manifiestamente injusto».*
- *«El juez de la causa podría tomar en cuenta las normas de conflicto del Estado cuyo Derecho resulte aplicable si ello condujese a la armonía internacional en la solución del caso».*
- *«Cuando un caso haya de resolverse por aplicación de distintos Derechos a sus diversos aspectos y tales derechos resultasen inadaptados, el juez podrá adaptar una solución equitativa»*<sup>102</sup>.

---

101 *Ibid.*, pp. 213-214.

102 *Ibid.*, p. 209.

La Delegación venezolana también presentó una propuesta de enmienda, señalando que la Convención exigía la inclusión de las siguientes normas:

- *«Las normas vigentes en cualquiera de los Estados contratantes para resolver los problemas de Derecho Internacional Privado serán aplicadas de manera de satisfacer las exigencias de la justicia en el caso concreto».*
- *«Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de un mismo supuesto de hecho serán aplicadas de manera armónica, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones; y las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la justicia en el caso concreto».*
- *«Las cuestiones incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no necesariamente deben resolverse de acuerdo con la Ley que regula a esta última»<sup>103</sup>.*

Por su parte, en materia de Derecho Internacional Privado, algunos Estados latinoamericanos han plasmado en sus legislaciones internas algunas normas que coinciden con la acentuada tendencia flexibilizadora del proceso codificador americano. Muestra de ello son, por ejemplo, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado argentino, el Proyecto de Código de Aplicación de Normas Jurídicas de Brasil y, más recientemente, el Proyecto de reforma al Código Civil peruano.

El artículo 3 del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado argentino preceptúa, con respecto a la cuestión previa que *«Si una disposición declara un Derecho aplicable a una determinada controversia, la disposición se refiere exclusivamente a aquella y no a cualquier otro condicionante de la misma o concomitante con ella»<sup>104</sup>.*

En el mismo sentido, y con una norma más clara y específica, el artículo XX del Proyecto de reforma del Código Civil peruano establece: *«La cuestión previa que pudiera surgir con motivo de una cuestión principal, no se resolverá necesariamente de acuerdo con la Ley que regule esta última. La Ley aplicable a la cuestión previa será determinada por el juez, con criterio de justicia y equidad ante el caso concreto».* Seguidamente, el artículo XXI establece, sin rigidez alguna, las reglas interpretativas del Derecho extranjero; y, finalmente, el artículo LV indica la aplicación de la *«Ley más favorable»* a la determinación de la filiación matrimonial (Código Civil vigente, Art. 2.083)<sup>105</sup>.

---

103 *Ibid.*, p. 210.

104 *Ibid.*, p. 216.

105 *Ibid.*, p. 260 y 266.

También la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana<sup>106</sup> se ha hecho eco de esta tendencia. Ejemplo de ello son las disposiciones contenidas en los artículos 2, 6 y 7 de la misma. De acuerdo con el artículo 2 «*El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto*». Por su parte el artículo 6 establece que «*Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la Ley que regula esta última*». En materia de adaptación, el artículo 7 dispone: «*Los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto*».

Los textos acogidos por la Convención Interamericana sobre Normas Generales fueron los siguientes:

- Art. 8: «*Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la Ley que regula esta última*».
- Art. 9: «*Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichas legislaciones*».

*Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto*».

## 2. DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

Esta materia es de gran interés para los países de nuestro continente, especialmente por el necesario desarrollo de la cooperación judicial internacional, uno de los pilares de la efectiva integración jurídica.

En términos generales –como hemos establecido *supra*– las características del proceso en los sistemas de Derecho civil y del *Common Law* son diferentes. El juez en los países latinos tiene, en contraste con los países de Derecho común, especialmente en los Estados Unidos, el ejercicio de una amplia facultad en la dirección del proceso, mientras que, de acuerdo al sistema jurídico angloameri-

---

106 Publicada en la G.O. 36.511 de fecha 06/08/1998.

cano, se tiende a dejar en manos de los litigantes la protección de los intereses particulares. Mientras en el sistema anglosajón las partes tienen mayor responsabilidad procesal y pueden participar más activamente en el impulso procesal, en los sistemas latinos se espera que la mayoría de las pruebas se obtengan mediante la intervención de la autoridad pública. Por eso, para los latinoamericanos la cooperación internacional en procedimientos judiciales se canaliza, fundamentalmente, a través del funcionario público; para los Estados Unidos el problema radica mayoritariamente en la materia sobre la que recae la cooperación. La diferencia se acentúa especialmente en el ámbito probatorio, donde las concepciones y regulaciones son de muy difícil conciliación<sup>107</sup>.

En los sistemas latinos, los particulares no pueden recibir pruebas y tampoco sus abogados; la prueba se toma ante el juez, con determinados requisitos de existencia, validez y eficacia, de modo que resulta muy difícil admitir que la prueba pueda ser tomada por las partes<sup>108</sup>. Los sistemas probatorios en los países del *Common Law* incluyen instancias procesales tales como *pretrial discovery*, *oral deposition*, *request for production of documents* y *commissioners*, entre otros, que no encuentran fácil correspondencia con las instituciones y sistemas procesales vigentes en los países latinoamericanos. Por otra parte, los sistemas probatorios del sistema francés consagran la prueba testimonial por interrogatorio escrito, la prueba testimonial verbal, la prueba de absolución de posiciones juradas por las partes en el proceso, las pruebas periciales sujetas a los límites de la *litis*, todo esto, a su vez, no encuentra parangón en los sistemas procesales de *Common Law*<sup>109</sup>.

En la práctica judicial latinoamericana se recurre al exhorto para la obtención de pruebas en el extranjero, abarcando notificaciones, citaciones, emplazamientos, localización de personas, actos de instrucción, interrogatorios de testigos, etc.<sup>110</sup>. En Estados Unidos, si bien se utiliza el exhorto o carta rogatoria, existen otros medios en virtud de los cuales se obtienen pruebas en el extranjero, y en ellos no es necesaria la intervención de la autoridad judicial (*Commission to take testimony*, *taking testimony on notice*, etc.). Hasta 1964 resultaba sumamente difícil conciliar estos procedimientos, pero en ese año se promulgó en Estados Unidos una reforma en materia de cooperación judicial internacional relacionada con la obtención y recepción de pruebas en el extranjero, en el sentido de permitir la utilización de los exhortos y cartas rogatorias<sup>111</sup>. En el mismo año se aprobó un complemento al 28 USC (1781), otorgándole al Departamento de

---

107 Primera Reunión de Expertos... op. cit., pp. 69-70.

108 Actas y Documentos CIDIP II, op. cit., Vol. II, p. 31.

109 Actas y Documentos CIDIP II, op. cit., Vol. II, pp. 441-442.

110 Primera Reunión de Expertos..., op. cit., p. 71.

111 Primera Reunión de Expertos..., op. cit., p. 80.

Estado la competencia de recibir y procesar cartas rogatorias dirigidas hacia y desde Estados Unidos<sup>112</sup>. Estos pasos facilitaron el proceso de unificación.

Tanto la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (CIDIP II), como su Protocolo adicional (CIDIP III), se han dado a la tarea de conciliar estas situaciones disímiles y buscar soluciones aceptables para ambos sistemas<sup>113</sup>.

Las discusiones de los proyectos de estas Convenciones se concentraron, no sólo en la necesidad de tomar en cuenta la presencia de diferentes sistemas latinoamericanos, sino especialmente en el deseo de permitir que se pudiesen recibir en los ordenamientos jurídicos latinos las pruebas provenientes de los sistemas del *Common Law* y viceversa<sup>114</sup>.

Como consecuencia de estas discusiones, fueron aprobados dos artículos en la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero que, aunque no unifican las concepciones inconciliables son ejemplo de como deben tratarse éstas en un instrumento internacional. Así, el artículo 2 somete las diligencias solicitadas por las autoridades jurisdiccionales de uno de los Estados Partes a dos condiciones: que no sean expresamente prohibidas por la Ley del Estado requerido; y que el interesado suministre los medios necesarios para el diligenciamiento. A su vez, el artículo 9 de la Convención complementa el artículo 2 antes comentado. En virtud de esta norma el Estado Parte no estará obligado a dar cumplimiento al exhorto o carta rogatoria en materia de obtención o recepción de pruebas, cuando se trata de la etapa previa al procedimiento judicial o de la primera etapa del proceso de *Common Law* y del procedimiento conocido con el nombre de *pretrial discovery of documents*<sup>115</sup>. Ambos artículos fueron aprobados, el artículo 2 con 17 votos a favor, es decir, por unanimidad y el artículo 9 con 15 votos a favor y 2 abstenciones<sup>116</sup>. Especialmente el artículo 9 confirma la tendencia del acercamiento entre *Civil* y *Common Law*, no tanto por su contenido, como por haber mencionado expresamente una institución totalmente ajena a los sistemas latinos, previo el estudio exhaustivo de la misma. Esta institución fue también objeto de especial regulación en el Protocolo Adicional a la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

---

112 Ristau, Bruno, *International Judicial Assistance*, Washington, The International Law Institute, Georgetown University Law Center, 1984, con suplemento de 1986, Vol. I, pp. 10-11.

113 Actas y Documentos CIDIP II, Vol. I, p. 208; Actas y Documentos CIDIP III, Vol. I, p. 17.

114 Actas y Documentos de la CIDIP I, Vol. II, p. 331.

115 Maekelt, Tatiana, *Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP I)*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1979, pp. 84-87; Parra Aranguren, Gonzalo, *Codificación del Derecho internacional privado en América*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 1998, Vol. I, pp. 339-340.

116 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. II... op. cit., pp. 478 y 488.

Existen otros aspectos que, en materia procesal internacional, pueden servirnos como ejemplos en esta fase de acercamiento entre ambas materias, es el caso de lo relativo a la materia de poderes. Examinemos entonces algunos de los asuntos tratados en el Proyecto de Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero, cuyo artículo 2 dispone que *«la forma y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes, que vayan a ser utilizados en el extranjero, se sujetarán a las leyes del Estado donde se otorguen, a menos que el otorgamiento prefiera sujetarse a la Ley del Estado en el que haya de ejercerse. En todo caso, si la Ley de este último exige solemnidad esencial para la validez del poder, regirá dicha Ley. En los poderes que provengan de Estados regidos por el sistema denominado Common Law las solemnidades podrán ser otorgadas en la forma prevista en el párrafo final del artículo 5»*.

El texto de este artículo no fue aceptado. Sin embargo, en un esfuerzo por concertar con los países del *Common Law*, se expuso la posibilidad de adaptar el asunto tratado por otras convenciones que cubren perfectamente la posibilidad de que los países que están regidos por el sistema de *Common Law* puedan concertar tratados o convenios con el resto de los Estados miembros.

En tal sentido el delegado del Uruguay, el profesor Opertti, realizó una propuesta del siguiente tenor: *«En caso de que los poderes provengan de Estados regidos por el sistema denominado Common Law las solemnidades podrán ser cumplidas de conformidad a la Ley del Estado de otorgamiento»*. Con tal situación, se planteó un problema de carácter general, doctrinariamente denominado excepción de la institución desconocida, que corresponde a una solución en favor de la validez del negocio. Tal propuesta fue aprobada. Respecto a este mismo Proyecto, Estados Unidos agradeció los esfuerzos desplegados para lograr la aprobación de la Convención, estableciendo un puente entre ellos y los demás países, a efectos de alcanzar este objetivo<sup>117</sup>.

Otro de los aspectos controversiales en el proceso de armonización y unificación entre ambos sistemas, y especialmente en materia de poderes lo constituyó el otorgamiento de los mismos ante el Notario Público. Así, el artículo 4 del Proyecto señalaba que *«Los poderes deberán otorgarse ante notario público o funcionario competente según las leyes del lugar de otorgamiento»*.

Sin embargo, el problema es que el notariado tiene valores sumamente diferentes en los diversos países del continente; en los países latinos, por ejemplo, se le da gran importancia y, en contraposición, encontramos la forma bastante liberal con que se lo trata en Estados Unidos. Lo que se busca, con la codifica-

---

117 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. I, pp. 202, 203, 205, 206, 207 y 215

ción en esta materia, es un sistema sencillo que pueda ser aceptado por los dos principales sistemas que rigen en el hemisferio<sup>118</sup>.

Si se pretende aprobar una Convención que pueda funcionar respecto de los países del *Common Law*, se necesita forzosamente una cláusula que permita a los notarios de tal sistema autorizar poderes que sean válidos en los demás Estados latinoamericanos. La importante corriente emigratoria de los países latinos hacia los países del *Common Law* plantea numerosos problemas formales en materia de estado civil, y tal problemática se ve acentuada por la imposibilidad de otorgar poderes, toda vez que no estaban previstas, en Estados Unidos, determinadas formas de los mismos<sup>119</sup>.

Finalmente, en la Convención se optó por una solución flexible entre la Ley del Estado en donde el poder ha de ejercerse, y la Ley del Estado del otorgamiento, agregándose además un conjunto de condiciones mínimas que el poder debe cumplir (Art. 7).

El siguiente aspecto que en materia procesal nos interesa señalar se refiere a la materia de exhortos. Como lo señalara el profesor Operti, se trata de un proyecto de cooperación jurídica internacional y la idea que debe imperar es que la solución a aprobarse satisfaga la inquietud de ayuda judicial internacional, entre países regidos por sistemas jurídicos que exigen diversos cambios para la armonización de tales políticas. Existen antecedentes de trabajos serios realizados con el propósito de armonizar los sistemas jurídicos de los países europeos continentales con los de los sistemas angloamericanos; sin embargo, el Proyecto de la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias no contiene normas específicas para la solución del problema. Es posible que la solución esté en la flexibilidad aportada por la admisión de la jurisdicción delegada. Si se admite que la prueba puede ser cumplida en el extranjero y si se admite que la sentencia dictada por un juez pueda ser cumplida por otro, también se podría admitir, para actos jurídicos respecto de los cuales sea indiferente la jurisdicción territorial, que la prueba se incorpore a un proceso ajeno al orden jurídico de ese Estado<sup>120</sup>.

Si bien resulta difícil reunir adecuadamente los sistemas latinos y angloamericanos, tal tarea es un deber de todos, tratando especialmente de obtener esa armonización para que la unión sea duradera y exitosa. De esta manera, se tomaron en cuenta, en la Convención, los procedimientos disponibles en ambos sistemas; por una parte la entrega de documentos, la intervención del actuario y

---

118 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. II, pp. 443-445.

119 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. II, p. 516.

120 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. II, p. 306.

la comunicación verbal, por el sistema latino; y, en segundo lugar, la entrega material sin intervención verbal<sup>121</sup>.

### 3. DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

En materia de Derecho civil internacional mencionaremos, en primer lugar, la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores. En las discusiones del Proyecto de esta Convención, específicamente en el debate sobre la necesidad de autoridades centrales, se señaló que era un punto importantísimo entender que es obligatorio designar una autoridad central cuya intervención sea facultativa; esto es básico para lograr la uniformidad entre los dos sistemas<sup>122</sup>.

En la discusión del artículo 9(c) de la Convención (literal f del Proyecto de Convención), se establece que la solicitud de la demanda debe acompañarse de una Certificación de la Autoridad Central de Estado de la residencia habitual del menor sobre el Derecho vigente en ese Estado. El problema para Estados Unidos, de acuerdo con su sistema de *Common Law*, es que, por ejemplo no es posible para el Departamento de Estado saber cuál es la Ley aplicable en California si ni siquiera esto es posible para el propio Procurador General de ese Estado.

Por ello, en el texto definitivo de la Convención se agregó, aparte de la Certificación, una información que pudiera suministrar la Autoridad Central o cualquier otra Autoridad competente del mismo Estado. Sólo efectuada esta modificación, la Delegación norteamericana podría afrontar las obligaciones emanadas de la Convención y poderla adecuar a su sistema legal<sup>123</sup>.

Otro ejemplo interesante en esta materia lo constituye la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Obligaciones Alimentarias. El Proyecto de esta Convención, en su artículo 7, incorpora un elemento para la determinación de la jurisdicción que causó cierta perturbación porque se salió un poco de la tradición fija de determinación de la jurisdicción. La fórmula de la Convención respondió a las necesidades del sistema norteamericano, estableciéndose la posibilidad de determinar la *most significant relationship* con el tribunal; por eso se lo observa como un cuerpo extraño, y por tal motivo causa ciertos problemas. En relación con el artículo, se puede acoger la solución estadounidense, que es la adoptada por las leyes europeas; además podría intentarse un híbrido entre los dos sistemas<sup>124</sup>.

Finalmente, el artículo 8 de la Convención que se refiere a la competencia en la esfera internacional, fue objeto de algunas presiones por parte del delegado

---

121 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. II, p. 357.

122 Actas y Documentos CIDIP IV, Vol. II, p. 66.

123 Actas y Documentos CIDIP IV, Vol. II, p. 63.

124 Actas y Documentos CIDIP IV, Vol. II, pp. 161 y 178.

norteamericano, quien observó que el texto en español se refiere a los tribunales y a veces a los jueces. En Estados Unidos las órdenes judiciales son a veces otorgadas por autoridades administrativas y ellos esperan que esa práctica se haga más común en el futuro; por ello el artículo 9 de la Convención se refiere tanto a los jueces, como a las autoridades<sup>125</sup>.

Finalmente, en materia de Derecho civil internacional, destaca la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, cuyo Proyecto básico de discusión fue elaborado por el *National Law Center for International Free Trade*, con sede en Tucson Arizona<sup>126</sup>, en base al Proyecto elaborado por el Comité Jurídico Interamericano<sup>127</sup>. En este sentido, nos interesa particularmente la distinción que trató de hacerse en relación con la limitación del ámbito de aplicación de la Convención a los contratos de carácter comercial; sin embargo, se concluyó que tal distinción carece de interés en el mundo anglosajón, razón por la cual fue desechada de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 y de otros instrumentos internacionales<sup>128</sup>. Finalmente, se dejó a la discrecionalidad de cada Estado, por petición de la delegación de Estados Unidos, la exclusión de determinados tipos de contratos (Art. 1 *in fine*), cláusula en cuyo uso se recomendó extremada prudencia, pues podría afectar la importancia práctica de la Convención<sup>129</sup>.

No está de más reiterar la importancia de haber dado entrada a una ilimitada autonomía de las partes para la regulación de las obligaciones contractuales (Art. 7). Otro aspecto sumamente resaltante, es haber establecido la posibilidad, ante la ausencia de elección por los contratantes, de aplicar el Derecho más estrechamente vinculado con el caso, a través de los elementos objetivos y subjetivos del mismo (Art. 9); alejándose con esto de la solución consagrada por el Convenio de Roma de 1980, a favor de la aplicación del Derecho de la residencia del contratante obligado a realizar la prestación característica, solución que recuerda la rigidez del método savigniano y se aleja de la flexibilidad que ha de caracterizar hoy día al Derecho internacional privado; dificultando además la participación de los Estados pertenecientes a la familia del *Common Law*.

Con relación a las obligaciones convencionales, nuestra Ley dispone la aplicación del Derecho indicado por las partes y, en su defecto, **«se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios**

---

125 Actas y Documentos CIDIP IV, Vol. I, p. 339.

126 OEA/Ser. K.XXI.5, CIDIP V 15/93, 23/12/1993.

127 OEA/Ser. K.XXI.5, CIDIP V 13/93, 16/12/1993.

128 OEA/Ser. K.XXI.5, CIDIP V 14/93, 30/12/1993.

129 OEA/Ser. K.XXI.5, CIDIP V/COM I/doc. 6/94.

generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales»; consagrándose, de esta manera, el principio de proximidad.

Otra muestra de flexibilización de nuestra Ley, en materia de obligaciones, es el artículo 32, al permitir un juego limitado de la autonomía de la voluntad en materia de hechos ilícitos; así, tal norma dispone; «*Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito*». Con tal disposición se desecha el exclusivo juego de la fórmula *Lex loci delicti commissi*, regla cuya rigidez dio origen a la revolución metodológica norteamericana.

#### 4. DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL

En materia de Derecho comercial internacional, resultan particularmente interesantes los aspectos referidos a los títulos de crédito. De esta manera, y específicamente en el marco del Proyecto de Convención Interamericana en materia de letras de cambio y pagarés de circulación internacional, la delegación de Nicaragua señaló que el mismo, que sigue el Proyecto preparado por el Comité Jurídico Interamericano, constituía el paso más avanzado que han dado los países latinoamericanos para conciliar sus puntos de vista con los de Estados Unidos. Al efecto, el artículo 1 del Proyecto adoptaba como punto de conexión respecto a la capacidad, la Ley del lugar en que el acto se realice. Este hecho significa que los países latinoamericanos desistían de las pautas fijadas tanto por el Código Bustamante como por los Tratados de Montevideo, para aceptar el criterio establecido en el *Restatement* estadounidense<sup>130</sup>.

También, el Proyecto de esta Convención, en su artículo 7, señalaba que «*La Ley del Estado en donde la letra de cambio deba ser pagada, determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto o falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento*». En esa oportunidad, el delegado norteamericano manifestó que en su país no existen problemas con relación a las diferencias en las características de ciertos actos penales como si existen en distintos Estados Latinos, por lo que se debatió entonces sobre la posibilidad de conciliar posiciones<sup>131</sup>.

El mismo proyecto, en su artículo 10, se refiere a la posibilidad de incluir las facturas en el ámbito de aplicación de la Convención. Tal inclusión respondería a la necesidad de actuar con más elasticidad y flexibilidad para que el Derecho internacional privado en América avance. Si el Código Bustamante tuvo

---

130 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. I, p. 157.

131 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. II, p. 102.

gran éxito en su tiempo, fue por esa razón precisamente. La flexibilidad debe ser en todo momento la que impulse la legislación en materias tan difíciles<sup>132</sup>. Sin embargo, lo máximo que se logró, fue una norma, en su artículo 10, según la cual «*Las disposiciones de los artículos anteriores se aplicarán también a las facturas entre Estados partes en cuyas legislaciones tengan el carácter de documentos negociables*». En este sentido, la más moderna tendencia del Derecho internacional privado europeo es regresar a las teorías civilistas más tradicionales, después de haber recorrido las más brillantes corrientes de la doctrina moderna y de la práctica moderna del *Common Law*<sup>133</sup>.

En materia de cheques, es muy difícil conciliar ambos sistemas, pues la realidad latinoamericana y la de Estados Unidos son demasiado complejas. Sin embargo, la idea de la Convención es buscar una solución común. Los juristas del continente deben seguir empeñados en la búsqueda de vías para acercar las legislaciones, a fin de establecer un criterio común. El problema básico a este respecto no son las grandes diferencias entre *Civil* y *Common Law*, sino que el comercio ha ido alcanzando una expansión cada vez mayor y la legislación no ha seguido el mismo sistema; de manera que los comerciantes van creando la problemática jurídica y la legislación se va quedando atrasada, y este no es un problema de América sino de la legislación mundial<sup>134</sup>.

En las discusiones de la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de cheques, se tomó muy en cuenta la posición del Derecho anglosajón. Para este sistema, el cheque es como una letra de cambio girada contra un banco y pagadera a la vista. Igualmente, se buscó una solución armónica entre los sistemas, ya que en los países del *Common Law*, el sistema legal bancario no da al poseedor ningún derecho de posesión de fondo, aunque también existen por otra parte los llamados cheques visados<sup>135</sup>.

Pero es quizá en el temario de la CIDIP VI, reunida en Washington en febrero de 2002, donde se observa con mayor intensidad la integración entre los sistemas pertenecientes al *Civil* y al *Common Law*. Bien, el estudio en esta Conferencia se centró en el Proyecto de conocimiento de embarque directo uniforme interamericano<sup>136</sup>, elaborado por el grupo de trabajo estadounidense; el Proyecto de Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias<sup>137</sup>, elaborado por las delegaciones estadounidense y mexicana; y el anteproyecto de Convención Interamericana sobre Ley aplicable y jurisdicción internacional competente en casos

---

132 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. II, p. 126.

133 Actas y Documentos CIDIP I, Vol. II, p. 127.

134 Actas y Documentos CIDIP II, Vol. I, p. 149.

135 Actas y Documentos CIDIP II, Vol. III, pp. 52 y 79.

136 CIDIP-VI/doc.5/02.

137 CIDIP-VI/doc.4/02.

de responsabilidad civil por contaminación transfronteriza<sup>138</sup>, elaborado por el grupo de trabajo uruguayo. En relación con esta última, se decidió simplemente continuar con los trabajos sobre la materia<sup>139</sup>.

En relación con la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias hemos de destacar que es la primera vez que, en el marco de las CIDIP's, se utiliza este método de unificación, mucho más cercano a los sistemas del *Common Law* que a los Derechos continentales; lo cual representa un evidente acercamiento entre ambos. Precisamente, las modificaciones propuestas a este instrumento uniforme, por la delegación de Canadá, «*son propuestas con objeto de fortalecer la claridad y certitud del Proyecto de Ley Modelo, o acercar la terminología a conceptos familiares de los Estados de derecho civil y common law*»<sup>140</sup>. Además, al introducirse la posibilidad de pactar las garantías a través de medios electrónicos, se adjunta una resolución en la cual se recomienda «*que los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos adopten regímenes legales compatibles con los instrumentos de CNUDMI sobre Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas adoptados en 1996 y en 2001*»<sup>141</sup>.

La Documentación mercantil uniforme para el transporte internacional, relacionada directamente con la Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, la delegación de Estados Unidos presidió un grupo de trabajo sobre este tema y trabajó con otros Estados miembros en la elaboración de dos versiones de un documento uniforme, conocidas como «*Carta de porte directa uniforme no negociable interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera*» y «*Carta de porte directa uniforme negociable interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera*». Cuya creación y utilización simplificará considerablemente el pasaje de mercancías a través de fronteras internacionales en América, aumentando el comercio internacional y reduciendo considerablemente los costos de transporte de esas mercancías; y dará lugar a una armonización de facto de las normas que rigen el Derecho internacional privado<sup>142</sup>.

## CONCLUSIONES

La existencia de diferentes familias jurídicas es la característica propia del universo legal. Dos de éstos círculos tienen relevancia especial para el continente americano: el del derecho llamado civil, francés o romano; y el del *common law*. La necesaria convivencia entre ambos sistemas ha ocupado a nuestros juristas a

---

138 CIDIP-VI/doc.8/02.

139 OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP VI/Res. 7/02, 27/02/2002.

140 OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI, doc. 15/02, 01/02/2002.

141 OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/Res. 6/02, 27/02/2002.

142 OEA/Ser.K/XXI.6, CIDIP-VI/Res. 8/02, 05/03/2002.

lo largo de su evolución, quienes se preguntaban sobre la posibilidad del acercamiento entre los dos sistemas. Los intentos previos a las grandes codificaciones de incluir a los EEUU no han sido muy exitosos. El representante de ese país estuvo presente en todas las discusiones del Código Bustamante, pero luego no firmó bajo el pretexto de las dificultades inherentes al sistema federal de su país.

La respuesta vino en la última etapa de la codificación interamericana sobre Derecho Internacional Privado, respondiendo a las imperiosas necesidades prácticas: el sistema americano acogió en su seno a Canadá y a varias islas caribeñas, antiguas colonias británicas.

También se ha intensificado el comercio, el turismo, los intercambios culturales y científicos que requerían mejor entendimiento de civil y common law. El acercamiento más palpable entre ambos tuvo lugar en la primera CIDIP, en 1975.

De ahí en adelante en todas las reuniones preparatorias y en las conferencias diplomáticas el tema del acercamiento entre los dos sistemas ha ocupado un lugar preferencial. Esto se refleja en las convenciones interamericanas que acogen los principios fundamentales de una exitosa unificación de normas jurídicas: en primer lugar, unificar aquellas que no presentan dificultad alguna; luego discutir aquellos aspectos que permiten, con buena voluntad y cierto grado de renuncia de ambas partes lograr la reunificación. Finalmente, se impone dejar de un lado lo irrenunciable, buscando fórmulas como aquella establecida en la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Art. 9) o acudir a las reservas.

Los intentos que se observan en las convenciones interamericanas y las de La Haya permiten vaticinar los futuros desarrollos de la codificación universal e interamericana sobre la base de un real acercamiento entre ambos sistemas.