

ESTUDIOS DE
DERECHO COMPARADO

Pedro Aberastury
(compilador)

ESTUDIOS DE
DERECHO COMPARADO





Eudeba
Universidad de Buenos Aires

Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar



Fundación Konrad Adenauer, Oficina México
Río Guadiana N° 3 - Col. Cuauhtémoc
06500 México D.F., México
Tel.: (#52 55) 5566 4511/4599
Fax: (#52 55) 5566 4455
e-mail: christian.steiner@kas.de

1ª edición: febrero de de 2012

© 2012, Editorial Universitaria de Buenos Aires
© 2012, Fundación Konrad Adenauer

Diseño de interior y tapa: Pablo Alessandrini & Paula Salzman

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice general

Prefacio.

La necesidad de estudiar comparativamente el Derecho.....

Por Pedro Aberastury

A. INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO

La enseñanza del Derecho Comparado n°

Por Graciela Medina

Sobre el método del análisis comparado en el derecho.

El caso del procedimiento y de la justicia administrativa.....

Por Javier Barnés

El método en el Derecho Comparado.....

Por Rodríguez Galán

Derecho Comparado e historia del derecho: amalgama de dos pilares
fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica

Por Agustín Parise

Derecho Romano y Cultura Europea.....

Por Reinhard Zimmermann

Crítica y diferencia: el Derecho Comparado en Italia

Por Pier Giuseppe Monateri

B. EL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO EN LAS DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO

B.1. EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

¿Existe un Derecho Constitucional Comparado?

Por Jorge Reinaldo Vanossi

Los derechos de participación política en el
Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Por Alberto Ricardo Dalla Via

La Seguridad Jurídica
en el Derecho Constitucional Comparado.....

Por Pablo Luis Manili

B.2. EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

El derecho internacional público
y los principios generales de derecho.....

Por Hortensia D. T. Gutiérrez Posse

B.3. EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho Internacional Privado (DIPr.)
y el método de comparación.....

Por María Elsa Uzal

Un Derecho Comparado
para el derecho internacional privado de nuestros días

Por Diego P. Fernández Arroyo

B.4. EN EL DERECHO ADUANERO

El Derecho Comparado y el Derecho Aduanero

Por Ricardo Xavier Basaldúa

B.5. EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo.
Su visión desde el Derecho Comparado

Por Héctor M. Pozo Gowland

B.6. EN EL DERECHO AERONÁUTICO

Derecho Comparado y derecho aeronáutico

Por Mario O. Folchi

B.7. EN EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

La codificación del derecho de acceso
a la información en América Latina

Por Ricardo Perlingeiro

B.8. EN EL DERECHO DEL CONSUMO

Derecho Comparado en el derecho de consumo y seguros.....

Por Ángela Julia Montilla de Frías

Las acciones de clase en la relación de consumo.....

Por Martín M. Converset

Prefacio

La necesidad de estudiar comparativamente el derecho

I. LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO COMPARADO

El Doctor Ignacio Winizky, luego de concluida la segunda guerra mundial, viaja a París y toma contacto con la Société de Législation Comparée, logrando formalizar la Sección Argentina de la Société de Législation Comparée en 1946. Al año siguiente, el 7 de marzo de 1947 se constituye, por su iniciativa, la Asociación Argentina de Derecho Comparado siendo sus fundadores un grupo de eminentes juristas argentinos de la talla de Héctor Lafaille, Juan Carlos Rébora, Eduardo Busso, Enrique Martínez Paz (p), Satanowsky y Machado Donell, estableciéndose en su objeto que se trata de “una entidad científica, autónoma e independiente de toda escuela, doctrina o ideología. Alentando el desarrollo de la ciencia jurídica en la Argentina, propendiendo al estudio de los diversos sistemas jurídicos del mundo y el empleo del método comparatista en el conocimiento de los mismos”.

En estos primeros casi setenta años desde su constitución se mantuvo siempre activa y es justo recordar a quienes la presidieron: los Doctores Leopoldo Melo, Sofanor Novillo Corvarán, Eduardo B. Busso, Ignacio Winizky, Julio César Cueto Rúa, Jorge Reinaldo Vanossi, José Domingo Ray, Sergio C. Le Pera, Francisco de la Vega, Marcelo Urbano Salerno, Raúl A. Etcheverry, Alberto Dalla Via y Julio C. Rivera.

Sin embargo, el hacedor y visionario fue indudablemente Ignacio Winizky. Quizá el iuscomparatista que, en nuestra opinión, impulsó con mayor esfuerzo el desarrollo de esta disciplina en un país que, en ese momento, estaba aislado y replegado en sí mismo; se consideraba que el autoabastecimiento de conocimiento era suficiente para vivir, diríamos para sobrevivir, y los que así pensaban no veían venir el cambio que se estaba produciendo en el nuevo orden mundial. Winizky, por el contrario, tuvo

una visión que, luego de transcurridos todos estos años, podemos afirmar fue la correcta y de avanzada.

Pensó, sostuvo y concretizó su pensamiento en cuanto a la interrelación del orden jurídico vigente en otros territorios. Para ello era necesario el progreso de las disciplinas jurídicas comparatistas en nuestro país y, por ello, fue el entusiasta fundador de esta Asociación que, con orgullo, me toca conducir en estos momentos junto con los integrantes del Consejo Directivo.

Dentro de estos parámetros los principios fundacionales de nuestra Asociación se encuentran actualmente en total vigencia y los miembros que la conformamos deberemos seguir trabajando a efectos de exponer las bases científicas que conforman esta disciplina.

II. EL DERECHO COMPARADO COMO OBJETO DE ESTUDIO

Uno de los mayores esfuerzos que se está realizando en este nuevo siglo es el propender a lograr sistemas jurídicos universales, no ya para su aplicación inmediata en cada uno de los países sino, al menos, como una concepción científica para lograr rescatar aquellas cuestiones comunes que permitan un mayor entendimiento entre los habitantes en un mundo conectado prácticamente en tiempo real hasta en sus más lejanos confines.

Así, podemos observar que el Derecho Comparado ha tenido, en lo que va del siglo XXI, un impulso extraordinario y la confrontación de la evolución de una determinada acción jurídica en otras sociedades, su devenir y la solución que ha sido adoptada configura una clara experiencia, que permite conocer la posibilidad de su adaptación a otro sistema.

La incorporación de soluciones jurídicas foráneas en el derecho argentino las podemos encontrar en las fuentes que determinaron su constitucionalización, así como en su sistema normativo fundacional, tal la sanción del Código Civil de Vélez Sarsfield, de 1869, así como también, en forma reciente, en la modificación integral del mismo a través de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, puesto en vigencia en agosto de 2015. Muchas de sus normas más novedosas provienen de la observación de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos y en algunos casos se produce una resistencia a su vigencia, que se encuentra dada en que

esta inmigración normativa no respeta la trayectoria jurídica del derecho nacional, dentro de su contexto histórico o si, desde el punto de vista sociológico, se encuentran en condiciones de ser incorporadas, más allá de la valoración del avance que ello pueda significar.

La importancia del Derecho Comparado permite discernir, clarificar y estudiar la incorporación de una determinada institución al derecho nacional y sirve a un particular interés, donde su exposición comparativa le indica al intérprete el motivo de su creación.¹ El estudio de la institución receptada, dentro de un contexto comparatista, refiere a su desarrollo en el lugar de origen y, de esta manera, confronta su evolución, junto con la interpretación jurisprudencial y doctrina, obteniendo, dentro de esta experiencia, una vivencia de la institución que no se refiere, únicamente, al texto literal de la norma.

Ya se lo considere método o ciencia, el Derecho Comparado es una herramienta de interpretación para comprender el sistema jurídico que nos rodea, reconociendo las similitudes y diferencias cuando el estudioso del derecho nacional debe ensayar una explicación del instituto de que se trata. Asimismo, permite reconocer y aplicar las líneas de estudio, que diferencian las normas o instituciones accidentales de aquellas que pueden ser consideradas como permanentes.

Pero la novedad de este nuevo siglo, con relación al anterior, es que el Derecho Comparado ya no se lo puede concebir como el estudio que realiza un erudito sino que es imprescindible para los abogados que deben conectarse con la realidad jurídica de otros países, en tanto el mundo globalizado los enfila y coloca en ese camino. A ello se agrega que, tanto en el derecho privado como en el derecho público, es fundamental acceder a su conocimiento.

Cabe recordar que su mayor cobertura se la encontraba, en sus inicios, en el derecho privado pues en éste se estudian instituciones comunes: a simple título ejemplificativo se pueden mencionar los temas que estudian el derecho de familia, sucesorio o el derecho comercial. Pero, actualmente, también es propio del derecho público, tanto en el derecho internacional como en el derecho administrativo, entendiendo a ambos como dos ramas abarcativas de las dis-

1. ROCA SASTRE, Ramón M^a, "Prólogo" a la obra de PUIG BRUTAU, José, en *Estudios de Derecho Comparado - La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel, 1951, p.14.

tintas disciplinas que lo integran, tal el caso de la Unión Europea, que adoptan criterios macro jurídicos, a partir del estudio del tema en el derecho nacional, que son incorporados como normas generales en los países que la conforman.

A ello se agrega la existencia de tribunales internacionales, donde su número se ha incrementado en el transcurso del siglo XX y cuyos pronunciamientos los derechos nacionales deben respetar, producto de la suscripción de Tratados de protección de los derechos humanos, que influyen y permiten reinterpretar las garantías que surgen de las constituciones nacionales.² Tal el pronunciamiento de la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano”,³ donde se estableció la doctrina de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y ello incluye las disposiciones vigentes en los ordenamientos internacionales, producto de la suscripción de Tratados.

Actualmente, la universalización de los conceptos que provienen del derecho público afronta las diferencias existentes que encontramos en el derecho público nacional,⁴ por partir de sistemas constitucionales divergentes, pero que conciben una meta común en cuanto las modalidades de protección del individuo.⁵ A partir del reconocimiento de derechos fundamentales, que exceden el esquema constitucional nacional, se universalizan a través de un entramado de derecho positivo, que tiene semejanzas con el iusnaturalismo porque contiene sensibles influencias de concepciones morales.

Este entramado de derechos, principalmente reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos, se universaliza aun en el caso de diversas culturas y de sistemas constitucionales diferentes pues “la diversidad cultural jamás obstaculizó la formación de un núcleo universal de derechos fundamentales inderogables, consagrado en muchos tratados de derechos humanos”.⁶

2. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut” del 6 agosto de 2013, Fallos, 336:1024.

3. Corte IDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de setiembre de 2006.

4. RIVERO, Jean M., *Cours de Droit Administratif Comparé*, París, Les Cours de Droit, 1958, p. 18.

5. SOMMERMANN, Karl-Peter, “La importancia de la comparación jurídica para la evolución del Derecho Público en Europa”, en BALART, Laura (dir.), *Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, 2005, Año IX, pp. 525-547.

6. Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas Vs. Perú”, del 28 de febrero de 2003, voto razonado del Juez Cançado Trindade.

Constituye un *núcleo universal de derechos fundamentales inderogables* cuyo reconocimiento es esencial para el desarrollo de la humanidad. Así, compartimos el carácter de universalidad asignado por Ferrajoli para caracterizar los derechos fundamentales y en la distinción entre Estado legislativo de Derecho y Estado constitucional de Derecho, en cuanto asigna a este último el papel garantista y que cualquier conflicto o antinomia que pueda producirse deberá ser eliminado a través de la vigencia de una tabla de derechos fundamentales.⁷

Esta interconexión de fuentes, que se universaliza como tal, se incorpora directa o indirectamente al derecho nacional.

Nos encontramos ante una nueva era, ahora globalizada, donde el conocimiento de las legislaciones extranjeras puede hallarse en internet por lo que las dificultades de conocerlas no son aquellas que se tuvieron en miras al crearse la Société de Législation Comparée, en 1869, en Francia.

Lo que debe extraerse, como conclusión, es que ya no es suficiente el ánimo de contar con el conocimiento acerca de lo que pasa en otras latitudes sino en conocer si las soluciones de una determinada institución jurídica pueden ser aplicadas sin más en un derecho nacional. Por ello, debe existir una cierta visión general de dichos ordenamientos extranjeros, que permita generar una solución acorde con la institución de que se trata, para aprovechar la experiencia de otros ordenamientos.

El jurista, al estudiar el Derecho Comparado, deberá aplicar el método comparativo donde todas estas cuestiones que, brevemente hemos señalado, deberán ser tenidas en cuenta, más aún cuando asistimos a una relación transnacional del derecho que perderá gradualmente su especificidad local para transformarse en un estamento más universal.

III. EL DERECHO COMPARADO COMO FUENTE DEL DERECHO PÚBLICO EN ARGENTINA

Nuestro país es jurídicamente joven y, cuando tuvo que afianzarse, se partió de la necesidad de su constitucionalización por lo que se trató de un

7. FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2009, p. 21.

sistema receptor del Derecho Comparado. En esa época, los constituyentes de 1853 siguieron, principalmente, las ideas de Alberdi y configuraron a la Argentina como un Estado Federal, sistema que aún nos rige. Por ende, a las Provincias se le preservó su autonomía para todas aquellas cuestiones no delegadas al Gobierno Federal, adoptando el modelo plasmado en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787,⁸ pero no en forma íntegra, ya que incorporó otras fuentes. Sin embargo, la idea que prevaleció en un primer momento, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fue que se debía seguir la jurisprudencia de la Corte americana porque se había adoptado su sistema.

La discusión de esa época, que se ha extendido en el tiempo, fue hasta donde había prevalecido el modelo de la constitución de Filadelfia.⁹ Para ello podemos referirnos a las polémicas que se suscitaron entre Sarmiento y Alberdi en cuanto a adoptar una solución no “original”¹⁰ pero, aun si se aceptara el hecho de que nuestra constitución es similar ala del país del norte¹¹ o que se trata de una creación propia, conforme el anteproyecto de Alberdi o las ideas de Gorostiaga como constituyente, lo que se reconoce es que han existido distintas fuentes y que rápidamente la continuidad de una línea jurisprudencial fue adaptándose a las vivencias nacionales.

8. Este modelo fue introducido por Manuel Moreno, uno de los más fervorosos integrantes de la gesta revolucionaria de 1810 (SAMPAY, Arturo E., *Las Constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Buenos Aires, Eudeba, 1975, p. 89).

9. El que primero abrió la polémica fue Sarmiento, al criticar la adopción de sus disposiciones fundamentales como la letra del Preámbulo, habiéndole respondido Alberdi, alegando la existencia de fuentes nacionales, en donde debía buscarse el origen de estas disposiciones. “Un espectador de aquellas célebres sesiones, don José M. Zuviría, secretario que fuera del Congreso, ha escrito lo siguiente: ‘Verdad es que los del 53 tuvieron por modelo la Gran Carta Fundamental de los Estados Unidos del Norte, pero no es menos cierto que la que impropiamente se denominó copia, resultó ser mucho más perfecta que el modelo, como puede juzgarlo cualquiera que las ponga delante de sí y las estudie con ánimo tranquilo, imparcial y sereno’”. Cfr. SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, p. 128, citando a ZUVIRÍA, José M., *Los Constituyentes de 1853*, Buenos Aires, 1889, p. 85.

10. Cfr. DALLA VIA, Alberto, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 3ª ed., 2011, p. 34 y ss.

11. MAIRAL, Héctor, *Control Judicial de la Administración Pública*, T. I., Buenos Aires, De Palma, 1984, p. 95.

Pero el camino recorrido nos demuestra que aunque la fuente no sea original, el derecho nacional la transforma y la adapta a las necesidades de la sociedad. Desde el Derecho Comparado se observa que toda recepción de derecho extranjero por el país receptor contiene filtros y, posteriormente, al ser estas normas incorporadas, no obstante tratarse de una carta fundacional, se va adaptando los propios contenidos jurídicos nacionales como una contra-réplica, al haber sido introducidos desde un sistema extranjero o, al menos, no totalmente originario, por parte de los juristas locales.

Podemos demostrar que la incorporación de un sistema constitucional, similar al vigente en otro país, nunca es plena sino que contiene un sistema de filtros, producto del devenir histórico-social y, por otra parte, al ser interpretada, el operador del derecho nacional puede llegar a conclusiones divergentes a las que existen en el sistema del país exportador.

Así, nos encontramos con filtros y diferencias entre lo exportado y lo receptado. A título de ejemplo, podemos precisar que la prohibición expresa de ejercer funciones judiciales al Poder Ejecutivo,¹² como limitación expresa, no se encuentra en la Constitución de Filadelfia, aunque hayamos incorporado una Corte Suprema de Justicia de la Nación, como tribunal superior, donde su actuación se encuentra condicionada a la existencia de una *causa* y donde expresamente se incluyó la posibilidad de que el Estado se sometiera a sus decisiones, pudiendo intervenir en todos aquellos asuntos donde *la Nación fuera parte*.¹³ El carácter definitivo de los pronunciamientos,

12. Artículo 109.- En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas (Constitución Nacional).

13. La comparación del artículo 116 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación...” con su similar de la Constitución americana permite afirmar que su fuente ha sido, indudablemente, esta última, aunque los constituyentes pudieran haberlo tomado directamente del proyecto de Alberdi o del proyecto constitucional de Gorostiaga. Sin embargo, esta afirmación, tan dogmáticamente realizada, lleva a consecuencias no deseadas en la medida en que ello pueda implicar el desconocimiento de los antecedentes patrios al respecto, es decir, la justificación histórica de su inserción. Así, cabe afirmar que el proyecto constitucional de 1812, como también el proyecto de la Sociedad Patriótica, reconocen la posibilidad de conformar un alto tribunal, con

la independencia del juzgador y la referida prohibición expresa mencionada se constituyeron en factores fundamentales para delimitar la actuación del Poder Ejecutivo, debido a nuestra historia, que los constituyentes tuvieron muy presentes al momento de introducir esta norma.¹⁴

Otra gran diferencia es que las Provincias conservan todo el poder no delegado al estado federal (artículo 121)¹⁵ pero se aceptó la unificación de la legislación de fondo, por lo que las normas contenidas en los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social son dictadas por el Congreso Federal pues nuestros constituyentes reconocieron que la extensión territorial de nuestro país iba en contra del progreso en la medida que no existiera una legislación común, teniendo en cuenta para ello lo sucedido en la época poscolonial, en donde existía una aplicación distinta de normas de diverso origen, que se basaban en las que se aplicaban en las colonias españolas.

Lo cierto es que este ordenamiento, que nos sigue rigiendo y que superó los avatares políticos propios de Latinoamérica, constituyó un factor primordial en la evolución económica del país a fines del siglo XIX. Sin esta estructura jurídica, nuestro país no hubiera podido llegar al grado de evolución alcanzado a fines de dicho siglo, creando un sistema constitucional rígido pero que permitió su interpretación por parte de la Corte Suprema Nacional, en forma dinámica de sus normas; precisamente este dinamismo fue el que aseguró la supervivencia de la Carta Constitucional por sobre los intentos de desconocerla a través de las reiteradas intervenciones militares que alteraron la democracia en nuestro país, a lo largo del siglo XX.

Podemos afirmar, entonces, que la fundación jurídica de nuestro país estuvo signada por el Derecho Comparado que fue necesario el estudio

facultades de interpretación constitucional. La Constitución de 1819 dispuso la intervención del Supremo Tribunal en aquellos casos que tengan origen entre el “Gobierno Supremo y un particular” y la Constitución de 1826 dispuso que conocerá, exclusiva y originariamente, “en las cuestiones que resulten con motivo de contrato, o negociaciones del poder ejecutivo, o de sus agentes bajo su inmediata aprobación (artículo 118).

14. ABERASTURY, Pedro, *Justicia Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, p. 13 y ss.

15. El dictado de los códigos de fondo, tales como el civil, comercial y penal, fueron delegados al Congreso Nacional pero reservando las provincias su aplicación a través de sus propios tribunales y el dictado de códigos de procedimiento.

de sus fuentes para lograr, en sus comienzos, una interpretación normativa más acabada.

Esta situación produjo una confusión en el derecho público por no haberse aplicado la metodología del Derecho Comparado ya que, por una parte se partía de un modelo constitucional, conforme el norteamericano y, en el derecho administrativo, se daba cabida, principalmente, a las instituciones del derecho administrativo francés e italiano. De esta manera se discutió la posibilidad de constituir tribunales administrativos (dependientes del Poder Ejecutivo) y el carácter de los pronunciamientos que éstos dictaran, es decir, si sus pronunciamientos tenían la característica de finales o podían ser revisados por los tribunales judiciales y, en caso afirmativo, en forma plena o restringida, aunque nuestro sistema constitucional fuera de jurisdicción única.

El contencioso administrativo se presentó como un sistema confuso en la Argentina porque, la división de poderes propugnada por Montesquieu, para evitar que los gobernantes se alzaran con todo el poder y que fuera entendida de manera distinta por la doctrina francesa que por la doctrina norteamericana, va a influir en la evolución del control de los actos del Estado; se trata de dos ordenamientos constitucionales distintos, cuya aplicación genera contradicciones imposibles de salvar.

Esta confusión respecto del alcance no definitivo y de la no irrevisibilidad, en cuanto al fondo, de los actos provenientes de la administración, en todas sus formas y, en especial, de aquellos pronunciamientos emanados de los tribunales administrativos, dependientes de la administración, que por tal razón no pueden considerarse imparciales e independientes, recién fue aclarada en 1960, en el *leading case* "Fernández Arias c/ Poggio",¹⁶ donde se estableció que un tribunal administrativo no podía dictar resoluciones que tuvieran como implicancia la definitividad del pronunciamiento, entendiendo por tal a la falta de revisión sustancial por parte de un tribunal independiente a las partes, es decir que la revisión del pronunciamiento debía ser plena, a través de la posibilidad de interponer una acción, ofrecer y producir prueba y llegar a una decisión fundada donde se hiciera mérito de todos los antecedentes propuestos para llegar a la decisión.

16. Fallos, 237:636.

Pero este precedente, que produjo un vuelco en el derecho administrativo argentino y aseguró el control judicial pleno de la actividad de la administración, comenzó a ser objeto de nuevos embates, ya no en cuanto a la posibilidad de acceder a un tribunal de justicia para que analice la causa sino a través del mecanismo de condicionar su acceso, a través de ritualismos procedimentales, provenientes del derecho administrativo español.

Lo cierto es que en la discusión del modelo constitucional se desestimó la conformación de un tribunal de control constitucional y, habiéndose eliminado la idea de constituir un Consejo de Estado, conforme la orientación y comentario de Alberdi, que lo consideraba innecesario y sin concordancia con la estructura que le había dado a los poderes del estado, la Corte Suprema Federal se ocupó del control constitucional, habiendo privado en la interpretación de su alcance el precedente americano “*Marbury vs. Madison*” de 1803, tal como surge de lo resuelto en el caso “*Ríos, Ramón y otros*”, de fecha 4 de diciembre de 1863, cuando en el considerando 2º expresa:

siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente y común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno.

Ello nos conduce a afirmar, junto con el claro precedente transcripto, que una vez concluida la Unión Nacional, mediante la Constitución de 1853 y su enmienda de 1860, el derecho público argentino comienza a evolucionar, a pesar del origen de sus fuentes, en forma individual y teniendo en cuenta los intereses de la sociedad que lo rige.

La Constitución Nacional, en su artículo 116, no definió, en forma paralela a la postura sostenida por la Constitución americana, si el Estado además de estar en juicio como parte actora podía ser demandado. Esta situación, no aclarada por los constituyentes, determinó la existencia de dos posturas contrapuestas, las que se evidenciaron al tiempo de discutirse la organización de los tribunales federales, triunfando finalmente la tesis

que sería el superior tribunal el encargado de dirimir en qué condiciones la Nación podría estar en juicio, como parte demandada.¹⁷

Varios argumentos fueron utilizados para adherir a una u otra postura. Los impulsores de la restricción al derecho de acudir a un tribunal de justicia lo fundamentaron, acompañando la tesis del Poder Ejecutivo, en la evolución que el tema había sufrido en los Estados Unidos, en cuanto se dejó en claro que la 11ª enmienda había prohibido las acciones judiciales contra el gobierno de la Unión; asimismo, en el hecho de que en la legislación comparada no existía precedente alguno que pusiera en manos del Juez el juzgamiento de otro poder del estado.

La postura que dio prevalencia a la tesis contraria se fundamentó precisamente en que, si bien el modelo de nuestra Constitución era el americano, no por ello perdía originalidad al haber sido redactada atendiendo las necesidades y la cultura del país. De esta manera, nada impedía adoptar una solución distinta por lo que se demuestra que, a pesar de la importación de una norma, esta nunca será purapues estará sujeta al devenir del lugar a donde se aplique.

Quizás, una de las más felices recepciones del Derecho Comparado en el derecho público, con un cuidado filtro al incorporarla a nuestro sistema jurídico, fue la recepción de la acción de amparo, cuya fuente la encontramos en el art. 102 de la constitución mexicana de 1857 pero, al ser incorporada pretorianamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación le dio un exacto alcance, en los casos “Siri”, del 27/12/1957 y “Kot”, del 5/9/1958. Luego sería receptada por el constituyente de 1994, en el nuevo artículo 43, junto con los institutos que regulan la acción de habeas corpus y la de habeas data, que consagró lo que hemos denominado el *nuevo derecho de tutela*, que se configura como el reconocimiento constitucional de la posibilidad de petionar, en forma eficaz, ante un tribunal de justicia, la protección de los derechos constitucionales ya sea por el propio afectado

17. En las discusiones parlamentarias que dieron lugar a la ley 48, los legisladores debatieron las distintas posturas de la época y al no llegar a un acuerdo, respecto a la posibilidad de restringir el entonces artículo 100, triunfó la tesis de Mármol de repetir textualmente el mencionado artículo en lugar de reglamentar su intervención, para que su solución fuera determinada jurisprudencialmente, a pesar de que varios miembros de la Corte Suprema intervinieron en su redacción adoptando la posición de que el Estado Nacional no podía ser demandado.

o a través del ejercicio de los derechos de incidencia colectiva sin trabas formales que imposibiliten su ejercicio.

Pero hay que tener conciencia de que en el derecho público, a diferencia del derecho privado, la importación indiscriminada de normas, que han tenido trascendencia en el país de origen, sin analizar su contexto e interpretación doctrinaria y jurisprudencial nacional, puede afectar con mayor profundidad al sistema jurídico. Ello ha quedado visualizado claramente en la reforma constitucional de 1994 en la Argentina, que incorporó soluciones vigentes en otros sistemas jurídicos sin pasar por el filtro de razonabilidad, afectando la coherencia del sistema constitucional entonces vigente.

Por falta de aplicación de un método comparativo, nos hemos encontrado con la adopción de instituciones que lo confrontan, sin que los juristas hayan tomado conciencia del contrasentido que implica acudir a ideas y soluciones de otros sistemas, con una falta de análisis de lo que es materia de comparación y adaptación al sistema que lo pretende incorporar y el estado actual de la institución importada en su país de origen.¹⁸

En esta breve reseña de recepción de fuentes normativas en el derecho argentino, dejamos en claro que sin la aplicación del método comparativo no pueden estudiarse a fondo las instituciones incorporadas, lo que revela la importancia de esta rama del derecho por lo que concluimos que es necesario que se encuentre presente en los programas de estudio en las Facultades de Derecho, no sólo el método comparativo como materia sino también en la enseñanza de cada rama del derecho.

IV. LOS TRABAJOS QUE CONFORMAN ESTOS ESTUDIOS DE DERECHO COMPARADO

Los trabajos que conforman esta obra se presentan teniendo en cuenta aquellos que aportan una visión general del Derecho Comparado, y los que se dedican a referir la influencia del Derecho Comparado en una determinada disciplina del derecho.

18. GUTTERIDGE, H. C., *El Derecho Comparado. Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*, Barcelona, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Derecho Comparado, 1954, p. 120.

En la Introducción al Derecho Comparado incorporamos aquellos trabajos que tienen por finalidad ubicar al lector en los distintos aspectos que hacen a la disciplina, como puede ser la importancia de su estudio, su influencia, su metodología y la necesidad de su presencia en los planes de estudio de las Facultades de Derecho; todos estos trabajos nos demuestran la imposibilidad de prescindir de su estudio para poder comprender, con una perspectiva más abarcativa, determinado sistema jurídico nacional por parte de los juristas.

En primer lugar, reseñamos “La Enseñanza del Derecho Comparado” abordado por la Dra. Graciela Medina. La autora clarifica las razones de su estudio por parte de los estudiantes del siglo XXI, en cuanto el abogado, actualmente, se encuentra inserto en un mundo globalizado y le es indispensable la incorporación de elementos que le permitan la resolución de conflictos. Asimismo, su conocimiento le permite tener una mejor visión al jurista nacional de su propio entorno y le otorga una herramienta que permite reconocer las diferencias mejorando su conocimiento. De esta manera, se encontrará en condiciones de intervenir en la solución de conflictos.

El Dr. Javier Barnés, en su entrega “Sobre el método del análisis comparado en el derecho”, nos plantea el alcance del Derecho Comparado en la medida en que operadores jurídicos se ocupan de analizar la aplicación de herramientas jurídicas en otras naciones, por lo que se presenta como una constante lo que denomina *universalidad y constante presencia del análisis comparado* en los tres poderes del Estado y en las diversas organizaciones mundiales. Refiriéndose al derecho administrativo, y teniendo en cuenta que lo practican los tres poderes del Estado, su utilización es la mejor manera de comprender al propio sistema nacional. Se refiere a la jurisprudencia y a la influencia que ha demostrado constituir el modelo de la Unión Europea y plantea que el análisis de las técnicas, componentes, doctrinas o principios ha de realizarse desde una perspectiva de *conjunto* del entero ordenamiento jurídico de que se trate. Efectúa un análisis histórico del derecho administrativo comparado y refiere al procedimiento administrativo como factor de comparación para finalmente, referirse, a la justicia administrativa, llamándola el barómetro del derecho, y cuáles son las premisas que debe contener.

Alejandra Rodríguez Galán, en “El método en el Derecho Comparado” efectúa el abordaje del tema exponiendo los antecedentes históricos que

le dan sentido y contexto para centrarse sobre el marco teórico del método, el sistema y su clasificación, la teoría funcionalista y la teoría económica y los principios básicos del método comparado. De tal manera, este trabajo contribuye eficazmente al estudio de esta disciplina.

El Dr. Agustín Parise, en su trabajo “Derecho comparado e historia del derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica”, refiere la importancia del análisis comparativo en la historia del derecho como herramienta para el desarrollo de la ciencia jurídica. Presenta la historia del derecho como una disciplina autónoma para luego pasar a ocuparse de su desarrollo en Europa y América. Concluye con un análisis de los trasplantes legales y la importancia de la comunicación entre juristas para beneficiarse de estos estudios para un mejor desarrollo del derecho.

El Profesor Reinhard Zimmermann en “El Derecho Romano y la Cultura Europea” refiere la tradición jurídica europea, conceptualizando las diferentes acepciones de la palabra cultura y europea para luego, a través de su unión, llegar a su significado. De esta manera aborda la interrelación existente en el Derecho Romano y la denominada Cultura europea, para establecer los contornos de dicha relación y analizar dentro de tal contexto las características más influyentes del derecho romano antiguo y su recepción en el derecho actual, para concluir que el derecho romano devino un elemento cultural del mundo moderno.

Finalmente, en esta parte introductoria se presenta el trabajo del Profesor Pier Giuseppe Monateri, “Crítica y diferencia: el Derecho Comparado en Italia”, que permite apreciar el desarrollo de esta disciplina y sus distintas vertientes en Italia. Así, menciona las diferentes escuelas comparatistas italianas, afirmando que rápidamente Italia se liberó de la concepción del Derecho Comparado como simple utilización de información extranjera. Menciona como un factor predominante la apertura del derecho italiano al proveniente de los Estados Unidos y la aplicación de sus elementos de interpretación que han influido notablemente. Desarrolla el fenómeno de la importación y de la exportación del derecho, teniendo en cuenta los factores de predominancia política y el fenómeno de la Unión Europea y la exportación de modelos jurídicos a los países asiáticos, africanos y socialistas. Esta cosmovisión del Derecho Comparado y sus críticas relacionadas a la modalidad de su estudio, por parte de las

universidades europeas, tornan a este trabajo en instrumento de estudio y de actualidad permanente.

En cuanto a la influencia del Derecho Comparado en las distintas ramas del derecho, hemos incorporado los trabajos clasificándolos según se refieran a estudios de una determinada rama jurídica. Así, se logra demostrar la presencia y la importancia de la aplicación del Derecho Comparado y se puede comprender la influencia sobre determinado ordenamiento jurídico por la incorporación de normativa o instituciones de origen extranjero, llegando a un conocimiento más completo de la institución de que se trata.

Con referencia al Derecho Constitucional, el trabajo de nuestro ex presidente Dr. Jorge Reinaldo Vanossi se ocupa del tema “¿Existe un derecho constitucional comparado?”. Para responder a este cuestionamiento efectúa un análisis histórico del denominado derecho constitucional clásico, contraponiéndolo con el moderno que ha ampliado el marco de su estudio extendiendo sus recursos metodológicos. De esta manera se plantea si el derecho constitucional comparado es una disciplina dentro del derecho constitucional o constituye una metodología que le es aplicable, o sea si es un objeto o un método, explicando cuáles son los componentes de éste y cuáles son sus límites.

A continuación, el trabajo del Dr. Alberto Dalla Via, “Los derechos de participación política en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, estudia los derechos políticos como derechos fundamentales, explicando su alcance y contenido a la luz de los precedentes de la jurisprudencia de la Corte IDH. Parte de la premisa de que, en un sistema democrático, las elecciones cumplen un rol fundamental y que la obligación de establecerlo se encuentra en artículo 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sostiene el autor que los derechos políticos no son absolutos y considera que el legislador electoral puede responder a una amplia libertad de configuración normativa pero siempre respetando los valores de la democracia representativa. Uno de los factores lo constituye la equidad electoral, explicando su alcance así como también la cláusula electoral contenida en el Pacto de San José de Costa Rica, en cuanto dispone que las elecciones deben ser libres y auténticas. Asimismo, con fundamento en los precedentes de la Corte IDH, sostiene cuáles son las características que debe contener el elegir y el ser elegido para ocuparse del rol que les toca a las mujeres en la especie.

Por último, el Dr. Pablo Luis Manili se refiere a “La Seguridad Jurídica en el Derecho Constitucional Comparado”. Analiza la seguridad jurídica, su definición por parte de diversos autores para llegar a una propia, la cual es explicada en sus diversos términos. Pasa luego a la utilización del término en las diferentes constituciones y en relación a distintas materias, tanto en relación al régimen socioeconómico, a la administración de justicia, con referencia al principio de legalidad o como un valor previo a la existencia del Estado, dando ejemplos de su utilización en distintos ordenamientos constitucionales.

En el Derecho Internacional Público, la Dra. Hortensia D.T. Gutiérrez Posse nos entrega “El derecho internacional público y los principios generales de derecho”, donde sostiene que una de las fuentes del derecho internacional son los principios generales de derecho aceptados en los sistemas jurídicos del mundo. Para ello analiza el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el Estatuto de la Corte Penal Internacional describiendo los principios allí contenidos, afirmando que los mismos se desprenden de un razonamiento jurídico realizado a través de un análisis comparatista de los derechos internos. Pormenoriza cada uno de ellos y considera que entre esta fuente del derecho internacional y el derecho argentino no cabrían contradicciones.

En el Derecho Internacional Privado, la Dra. María Elsa Uzal, en “El Derecho Internacional Privado (DIPr.) y el Método de Comparación” sostiene que tiene como objeto valorar el aporte que el Derecho Comparado, fundamentalmente a través del método de comparación, realiza al DIPr. y para ello describe sus rasgos. Pasa a ocuparse de la información comparativa, demostrando que puede derivar en un mejor conocimiento y en la enseñanza del derecho nacional, estudiando no solo los elementos que componen el método comparativo sino la aprehensión de aquellos que contienen el elemento común, clasificando las etapas que comprende este tipo de estudios. Así pasa a otro aspecto como es la elaboración normativa del DIPr y su aplicación a la solución del caso y, en especial, se adentra en los conflictos iusprivatistas multinacionales donde el método comparatista permite encontrar soluciones.

Seguidamente, Diego Fernández Arroyo, en “Un Derecho Comparado para el derecho internacional privado de nuestros días” aborda el tema en sus distintas aplicaciones teniendo en cuenta los avances tecnológicos, el

incremento transfronterizo y en todos los aspectos en que se puede circular en el mundo para pasar a ocuparse de las relaciones jurídicas privadas y como es su abordaje en la distinta temática comprendida. Luego señala los elementos tradicionales que lo conforman y trata las características novedosas del DIPr en la actualidad.

En relación al Derecho Aduanero, el Dr. Ricardo Basaldúase ocupa de “El Derecho Comparado y el derecho aduanero”. Su estudio lo refiere al componente histórico respecto a la conformación del derecho aduanero, ubicándolo en la Ordenanza Aduanera francesa de 1687. Luego refiere los distintos ordenamientos de principios del siglo XX, en las distintas convenciones internacionales y los organismos internacionales que las conforman. Así menciona que fue necesario para la integración europea llevar a cabo, como una de las primeras tareas, un análisis comparativo de sus legislaciones para su progresiva uniformización, con lo cual concluye que el derecho aduanero comparado procura identificar los principios que inspiran los sistemas jurídicos aduaneros, así como las notas características de las regulaciones que contemplan las instituciones y los regímenes aduaneros. Para ello, realiza un exhaustivo estudio de las distintas convenciones que confluyen en lograr la uniformización de los regímenes aduaneros, analizando sus principios y contenidos en la esfera mundial.

Respecto al Derecho Administrativo, el Dr. Héctor M. Pozo Gowland en “El procedimiento administrativo. Su visión desde el Derecho Comparado” nos acerca a la influencia que ha tenido en el procedimiento administrativo, vigente en el derecho argentino, conceptualizando sus alcances en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, haciendo hincapié en los principios allí contenidos y que, en realidad, antes de la sanción de la ley, la doctrina ya los había incorporado. En su análisis comparativo detalla las influencias de la legislación extranjera sobre la misma y, como reenvío, la influencia que tuvo la norma argentina sobre los ordenamientos procedimentales administrativos latinoamericanos, abordando finalmente los desafíos que se presentan en torno al procedimiento administrativo.

El Estudio del Derecho Comparado en el Derecho Aeronáutico es abordado por el Dr. Mario Folchien el “Derecho Comparado y Derecho Aeronáutico”. Sostiene que el derecho aeronáutico constituye una de las modernas expresiones del Derecho Comparado en tanto se ha buscado

la uniformidad. Analiza la tradicional crítica entre ciencia y disciplina abrazando el vocablo disciplina jurídica por ser más abarcativo, para pasar a analizar el sistema jurídico que compone el derecho aeronáutico, efectuando un análisis histórico de su estudio en la Argentina, y deteniéndose en el análisis del derecho aeronáutico comparado.

La influencia del Derecho Comparado en el Derecho a la Información en América Latina refiere el Profesor Ricardo Perlingeiro en “La Codificación del Derecho de Acceso a la Información en América Latina”. Estudia el acceso a la información y menciona que no se encuentra explícitamente previsto en la mayoría de las constituciones, por lo que su trabajo se desarrolla en la posibilidad de su incorporación, conforme los Tratados Internacionales que sí lo contienen y las Declaraciones de los organismos internacionales. Pasa a ocuparse de su recepción por parte de las administraciones y de la conveniencia de que exista una legislación de acceso a la información nacional, y destaca que, en América Latina, ello viene siendo receptado a través de legislaciones específicas.

Finalmente, en el Derecho del Consumo, referimos el “Derecho Comparado en el Derecho de Consumo y Seguros”, por la Dra. Ángela Julia Montilla de Frías, quien se ocupa de las contrataciones bancarias y su naturaleza, efectuando un análisis histórico, que remonta a la antigüedad, para ocuparse de la relación del consumidor bancario y la normativa internacional que rige en la materia que debe incorporarse en el régimen nacional. Para ello analiza distintas legislaciones vigentes en los ordenamientos latinoamericanos, Norteamérica y la Unión Europea para pasar a desarrollar la protección al consumidor en el Derecho Comparado, efectuando un análisis de diferentes legislaciones en la materia.

En tal orden temático, Martín Converset, en “Las acciones de clase en relación al consumo”, efectúa un análisis comparado de las acciones de clase en relación al consumo. Previamente, se refiere a la evolución de la legitimación en este tipo de acciones en la Argentina para luego ocuparse de las acciones colectivas en el Derecho Comparado, ocupándose de las denominadas *classactions* y sus requisitos formales de viabilidad, haciendo mención a los ordenamientos de Norteamérica, Canadá, Colombia, entre otros, y que por falta de una regulación específica de los requisitos de procedencia, la jurisprudencia es la que ha debido avanzar en el tema de las relaciones de consumo.

V. AGRADECIMIENTOS

Por último, agradecemos a todos los autores que han aportado sus trabajos para estos Estudios de Derecho Comparado como también a la Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba), en la persona de su presidente, Dr. Gonzalo Álvarez, que ha hecho posible su publicación.

Buenos Aires, abril de 2016

Pedro Aberastury

COORDINADOR
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO COMPARADO

A.

Introducción al derecho comparado

La enseñanza del Derecho Comparado

Graciela Medina*

1. INTRODUCCIÓN¹

Los estudiantes de Derechodeberán enfrentarse a una profusión desistemas jurídicos al ejercer su profesión en el siglo XXI, y para dar respuestas a los problemas jurídicos que se les presentenles serán insuficientes tanto el solo conocimiento del sistema jurídico nacional como la mera diferenciación del sistema romano germánico con el *common law*.

* Abogada graduada con medalla de oro. Doctora en Jurisprudencia. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Directora para América Latina y el Caribe de la Asociación Internacional de Mujeres Jueces. Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesora titular de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Jueza de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal.

1. Bibliografía general del artículo: RENÉ, David, *Los sistemas jurídicos contemporáneos* (traducción de la 2ª Edición francesa por Pedro Bravo Gala), Madrid, Aguilar, 1968. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Docencia e Investigación Jurídicas*, México, Porrúa, 2001. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Tendencias actuales del Derecho comparado*, consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1793/5.pdf> en fecha 18 de marzo de 2016. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México 1989, p, 189. GONZÁLEZ MARÍN, Nuria, *Reflexiones sobre la utilidad de la comparación y sus efectos en la Codificación en derecho Internacional Privado*, consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1793/12.pdf> en fecha 18 de marzo de 2016. MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El Sistema Jurídico de los Estados Unidos de América*, consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/206/4.pdf> en fecha 14 de marzo de 2016. MARINEA, Marta, *Evolución de la Familia Jurídica Romano-Canónica*, consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/5.pdf> en fecha 14 de marzo de 2016. NORMAN, Paul, *Derecho Comparado*, consultado en http://translate.google.com.mx/translate?hl=es&sl=en&tl=es&u=http%3A%2F%2Fwww.nyulawglobal.org%2Fglobalex%2FComparative_Law.htm en fecha 23 de marzo

El inexorable crecimiento del comercio internacional ha multiplicado la necesidad de no limitar el conocimiento del Derecho Comparado a la diferenciación entre el *common law* y el continental europeo, ya que debido a las múltiples relaciones de bienes, servicios y cosas entre los países de Oriente y Occidente, cada vez más cuestiones requieren el entendimiento de la superposición del derecho estatal laico y el religioso, tanto en sociedades religiosas como en las que no lo son.²

Por otra parte, muchos problemas jurídicos están alcanzando proporciones transnacionales e internacionales tales que deben ser tratados o bien dentro de un sistema jurídico regional, o bien en la amplia estructura del Derecho Internacional.

De ello se desprende que es imprescindible dotar a los estudiantes del conocimiento del método del Derecho Comparado.

Esta afirmación es muy sencilla de decir y muy difícil de poner en práctica por tres razones fundamentales. En primer lugar, porque son tantos los conocimientos que se les pretende dar a los alumnos de la carrera de abogacía que dentro de la cantidad de horas cátedra destinadas a la preparación del abogado no queda realmente tiempo para introducir una materia obligatoria donde se enseñe Derecho Comparado.

En segundo lugar porque no existen muchos profesores especializados en esta área, y en tercer lugar porque si la enseñanza del Derecho Comparado

de 2016. PIERO, A., *Función y Método del Derecho Comparado*, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf> en fecha 31 de enero 2016. SILVERIO SALGUERO, Jorge, *El método Funcional en la comparación Constitucional*, consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1793/19.pdf> en fecha 18 de marzo de 2016. SIRVENT, C., *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Porrúa, 2000; SIXTO, L., “El Derecho Comparado del siglo XXI”, en *Revista Jurídica. Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2010, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt34.htm> en fecha 31 de enero de 2016. WINIZKY, Ignacio, *Reflexiones sobre Modalidades de la Enseñanza del Derecho Comparado*, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/6/dtr/dtr4.pdf>, consultado el 16 de mayo de 2016. WITKERT, J., *Metodología Jurídica*, 2ª ed., México, McGraw-Hill, 2002. ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introducción al Derecho comparado* (traducción de Aparicio Vázquez), México, Oxford University, 2002 [http://www.robertexto.com/archivo11/der_comparado.htm].

2. WAXMAN, Michael P., “Enseñar Derecho Comparado, más allá de la dicotomía Derecho Civil/Common Law”, en *Revista Academia - Revista sobre Enseñanza del Derecho*, Año VI N°11, 2008, Rubinzal Culzoni Editores, p. 107 y ss.

se coloca como un curso de carácter optativo muy pocos alumnos decidirían tomarlo, porque consideran que de poco o nada les sirve su conocimiento, ya que lo perciben como irrelevante para sus vidas después de la facultad (o reemplazable por expertos legales extranjeros), en caso de ser necesario.³

En el presente trabajo nos proponemos aclarar por qué creemos necesario enseñar Derecho Comparado, para que pensemos sobre qué se debe instruir en Derecho Comparado, qué conocimiento impartir al enseñar Derecho Comparado y cuándo se debe ofrecer esta enseñanza.

2. PORQUÉ ENSEÑAR DERECHO COMPARADO

Como *cualquier proyecto educativo acaba concretándose en la aspiración de conseguir algunos efectos en los sujetos que se educan*, cabe preguntarse entonces cuál es la aspiración que se busca cuando se piensa en enseñar Derecho Comparado.

Consideramos que el motivo por el cual se debe enseñar derecho comprado es porque el abogado del siglo XXI está inserto en un mundo globalizado, con comunicaciones cada vez más rápidas y eficientes, con grandes desplazamientos de masas poblacionales de un extremo a otro del planeta.

En este contexto es indispensable incorporar en los estudios académicos de Derecho la enseñanza e investigación del Derecho Comparado, tanto para que los juristas tengan herramientas para resolver los conflictos que la dinámica social les presenta, como para que los abogados se vean beneficiados con las soluciones que se dan en otro lugar del planeta a problemas que a ellos aquejan, porque las situaciones conflictivas son cada día más homogéneas.⁴

3. WAXMAN, Michael P., "The comparative legal process throughout the law school curriculum: a modest proposal for culture and competence in a pluralistic society", en WAXMAN, Michael P., *Marquette Law Review*, Vol 74: 391.

4. Piénsese en el affaire Chevron, donde una sentencia ecuatoriana trató de ser ejecutada en diversos países extranjeros. En el caso los abogados de cada uno de estos países estaban atentos a la jurisprudencia dictada en los demás para citarla como antecedente o para tomar de sus razonamientos aquellos que le sean de utilidad. Lo mismo ocurrió en el affaire Air Liquide en el cual las compañías proveedoras de oxígeno se cartelizaron en diversos países y la jurisprudencia de cada uno de ellos era esperada en los demás para citarla como antecedente.

En este sentido es innegable que hoy el abogado puede conocer los resultados de los fallos dictados en otros países casi al mismo tiempo que se dictan, como también puede acceder a la legislación extranjera en el momento en que esta cobra vigencia, pero esta velocidad comunicacional no le permitirá comprender acabadamente el contenido del fallo o el alcance de la ley sino se encuentra formado en el conocimiento de la estructura de la familia jurídica a la que pertenece el país en el que se dictó el fallo. Así no es igual el *valor de una sentencia* en un país del *common law* donde la fuente de derecho por excelencia es la jurisprudencia, que el valor de una decisión jurisprudencial en el sistema continental europeo, donde la fuente más importante de derechos es la ley.

Por otra parte, en un mundo donde el comercio es cada vez más internacional es imprescindible que se busque uniformar las reglas jurídicas, lo que resulta imposible si no se tiene un acabado conocimiento del Derecho Comparado. En este orden de ideas no podemos dejar de mencionar los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales,⁵ tan ampliamente conocidos en el derecho de los negocios, que jamás podrían haberse concretado sino hubiese mediado la labor de juristas con acabado conocimiento del Derecho Comparado, y que tampoco pueden aplicarse debidamente sin tener una mínima noción del Derecho Comparado.

Además, en nuestro país es normal que los profesores citen en sus clases resoluciones judiciales o legislación de otros países o de la Comunidad

5. El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones, restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, el Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó con el objetivo de promover la armonización y unificación del derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del Comercio y el proceso de integración económica. Los *Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales* representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva. Los *Principios* son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional.

Económica Europea que, para ser comprendida en su cabal dimensión, requiere de un estudiantado con nociones básicas de Derecho Comparado.

Por otra parte es necesario poner de relevancia que el estudio del *Derecho Comparado es un antídoto contra los nocivos efectos de estereotipos y dogmatismos; es una herramienta para la lucha contra el etnocentrismo y los totalitarismos culturales; es una vía para el progreso, el cambio y la superación y es una garantía de libertad.*⁶

Al incorporar los estudios de Derecho Comparado en las diversas universidades, le dan una mejor visión al jurista nacional proporcionándole herramientas para valorar y tener una mayor interacción con los demás sistemas jurídicos, ya que puede ampliar los horizontes culturales y jurídicos para comprender con mayor exactitud el alcance de los conflictos jurídicos y resolverlos con una mejor visualización al utilizar la experiencia y los conocimientos de otros sistemas jurídicos.⁷

En otro orden de ideas el planteamiento funcional del problema establece que el objeto de la comparación no se debe limitar únicamente a la de normas jurídicas, sino a toda la cultura jurídica de los otros países a comparar. De acuerdo con René David, el comparatista al utilizarlas mismas fuentes que el jurista del orden extranjero debe darle el mismo peso y valor. Con esto se evita llegar a conclusiones irreales sobre normas no aplicadas ni siquiera en el país de origen, pero la investigación se vuelve más compleja, ya que la norma jurídica se dirige hacia otras variables de estudio. Es conveniente señalar que en el orden constitucional que se ha elegido para la comparación, no se buscarán las mismas normas o institutos jurídicos del orden constitucional del cual parte el problema, sino que la comparación se ampliará a la búsqueda de equivalentes funcionales, y de esta manera se pueden comparar tanto sistemas presidenciales con sistemas parlamentarios, o Estados Federales con Estados Unitarios; lo importante es que los problemas a solucionar tengan un planteamiento inicial funcional. En esta etapa cabe destacar que existen factores de riesgo, los cuales

6. PIERO, A., *Función y Método del Derecho Comparado* [versión electrónica] consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/art/art4.pdf> en fecha 9 de octubre de 2013.

7. TOSCANO PANIAGUA, Ma. de Lourdes, *El estudio del derecho comparado en las currícula de las universidades*, consultado en <http://dieumsnh.qfb.umich.mx/> en fecha 10 de octubre de 2013.

deben ser tomados en cuenta por el comparatista en cada caso, ya que hay elementos funcionales propios de un sistema, que si se trasladan a otro contexto resultan inoperantes e incluso disfuncionales.

Por último cabe señalar que para lograr formar a un profesional en Derecho Comparado se debe seleccionar correctamente los contenidos del curriculum, pues es este el instrumento inmediato que condiciona la actividad didáctica, y para ello hay que comenzar en determinar para qué se enseña Derecho Comparado.⁸

3. PARA QUÉ INSTRUIR EN DERECHO COMPARADO

Es imprescindible tener bien en claro para qué se enseña Derecho Comparado, ya que el contenido del programa curricular y la metodología de enseñanza dependerá de la función que se quiera dar.

3.1. Concepto de Derecho Comparado

Por otra parte para poder entender la función y el propósito del Derecho Comparado es importante definirlo en orden a la conceptualización nos parece necesario parafrasear a René David, quien decía que

la expresión implica una actividad intelectual en la que el Derecho es el objeto y la comparación el proceso,⁹ [...] la función esencial del Derecho Comparado es devolver al derecho el carácter universal de toda ciencia, pues entre todas las disciplinas científicas, solo el derecho ha creído falsamente que podía ser puramente nacional.

Por consiguiente, el Derecho Comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el siste-

8. STEIN, Robert A., "The Future of Legal Education", 75 MINN. L. REV. 945, 958-959 (1991); ver también Goebel: 458-460.

9. DAVID, René, *Los sistemas Jurídicos Contemporáneos* (traducción de la 2ª edición francesa por Pedro Bravo Gala), Madrid, Aguilar, 1968.

ma jurídico de un Estado determinado. Consecuentemente el estudio del Derecho Comparado es necesario ya que permite apreciar los aciertos, diferencias, semejanzas y errores, con la finalidad de mejorar las Instituciones y por consecuencia su sistema jurídico.¹⁰

3.2. Funciones del Derecho Comparado

El Derecho Comparado tiene múltiples funciones, entre ellas podemos señalar:

3.3. Permite mejorar las instituciones de un país

Los ordenamientos jurídicos son distintos en cada país, por eso es importante conocerlos y analizarlos con la finalidad de estudiarlos para poder apreciar las diferencias y similitudes, así como sus defectos, con el fin de comparar y perfeccionar las instituciones de un país y por consiguiente su sistema jurídico.¹¹

Pongamos un ejemplo para que el tema se comprenda mejor. En nuestro país desde el siglo pasado se legisló sobre el derecho de la competencia, las primeras leyes siguieron el sistema americano con mayor cercanía al derecho penal; la comparación con otros sistemas llevó a que la legislación se modificara y se siguiera el sistema continental europeo que se aleja del sistema penal y la sanción no es la privación de la libertad sino la sanción económica.

En este orden de ideas no puede olvidarse que Vélez fue un gran conocedor del derecho extranjero, y que gracias a este conocimiento a partir del Código Civil Argentino se mejoraron las instituciones argentinas, que dejaron de ser las primitivas instituciones indianas y se convirtieron en un sistema moderno siguiendo los mejores ejemplos del derecho europeo.

10. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Tendencias actuales del Derecho comparado*, consultado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1793/5.pdf> en fecha 18 de marzo de 2016.

11. Se señala que el primer comparatista fue Platón, quien comparó el derecho de las ciudades griegas a la luz de sus constituciones. Aristóteles comparó las Constituciones de 153 ciudades aunque solo se conoce la de Atenas.

La extraordinaria labor de Vélez Sarsfield, quien redactó por sí solo el Código Civil, se traduce en un código que supo ensamblar el derecho vigente en el territorio argentino en esa época con las innovaciones exigidas por un plan o proyecto de país con el que contaba su generación y una necesaria modernización de las instituciones vigentes.

Para lograr esos objetivos Vélez Sarsfield tuvo especial empeño en conocer el Derecho Comparado, y muchísimas de las soluciones de su Código están inspiradas en leyes vigentes en esa época, así como en las obras de doctrina en boga.

Así, la doctrina especializada suele señalar al Código Civil Francés de 1804 como la fuente principal del Código Civil Argentino. Se señala que de los 2282 artículos que tenía el Código Napoleón, la mitad de ellos fue reproducida en el código de Vélez Sarsfield, de los cuales 445 fueron copiados literalmente.

La otra fuente principal fue el *Esboço*, anteproyecto de Código Civil para el Brasil, obra de Augusto Teixeira de Freitas, que inspiró a Vélez Sarsfield especialmente en el libro de las personas.

Otros códigos y proyectos aparecen también como fuente de numerosos preceptos; así, el Código Austríaco de 1811, el Landrecht Prusiano, el Código de Baviera, el Código Civil Italiano de 1865, el Código de Luisiana, el Código Holandés, los Códigos Sardo, Toscano y de Parma; el proyecto de Código Civil de Nueva York, el proyecto de Código Civil para España de García Goyena, el Código Civil Chileno preparado por Andrés Bello, el proyecto de Código Civil para Uruguay de Eduardo Acevedo.¹²

12. La cultura jurídica de Vélez Sarsfield no se agotaba en el conocimiento de las leyes o proyectos; era un gran conocedor de la doctrina, por lo que constantemente aparecen citados los comentarios de los juristas franceses de la época, en particular y con gran frecuencia Aubry y Rau, Demolombe, Troplong, Zachariae, Duranton, Marcadé, Merlin, Mourlon, Laurent. Otro autor de significativa influencia es Savigny, también Maynz. Claro es que como telón de fondo de todo el Código, en particular en el plano de los derechos patrimoniales, está el derecho romano que Vélez Sarsfield conocía intensamente. El derecho romano se exterioriza tanto a través de los textos justinianos como de las VII Partidas de don Alfonso el Sabio, que nunca fueron texto legislativo en la península ibérica y sí lo fueron en América; es más, en lo que es hoy la República Argentina las Partidas fueron el cuerpo legal sobre el cual se fundaba el ejercicio práctico de la abogacía; de allí que fueran fuente principalísima aunque a veces no aparezcan citadas en las notas puestas por Vélez Sarsfield al Código Civil.

El Código Civil Argentino es una prueba indiscutible de cómo el conocimiento del Derecho Comparado puede mejorar las instituciones vigentes en un país determinado sin necesidad de copiar exactamente la fuente de Derecho, como lo hizo Bolivia, que directamente copió el Código Francés sin compararlo ni adecuarlo a su idiosincrasia.

El Código Civil y Comercial unificado que entra en vigor en el año 2015 además de estas fuentes incorpora nociones propias de la cultura latinoamericana así como una serie de criterios que se consideran comunes a la región.¹³

3.4. Mejora el conocimiento del derecho nacional

A decir verdad muchas de las disposiciones legales de un país tienen su fuente en la de otro, o bien han inspirado las legislaciones de otros países; las leyes, las resoluciones de los tribunales y las opiniones de los grandes juristas extranjeros permiten comprender mejor el marco jurídico nacional. En este sentido, siguiendo con el ejemplo dado, difícilmente se tenga un adecuado conocimiento del derecho de la competencia argentina sino se realiza una comparación entre el sistema de EE.UU. y el de la Comunidad Económica Europea.

Por otra parte no es excepcional que los fallos de jueces argentinos invoquen el Derecho Comparado, especialmente invocando las disposiciones de derechos extranjeros que han servido de fuente a las normas nacionales. En tales casos los tribunales de Argentina recurren con frecuencia a la cita de normas, autores y fallos de los países cuyas legislaciones han inspirado al legislador nacional. Esto se advierte con notable evidencia en la *interpretación de la ley de sociedades*, inspirada en la legislación italiana, que es por lo tanto fuente de consulta para los autores y de argumentación corroborante para los tribunales.

Algunas instituciones han sido desarrolladas por la jurisprudencia en función de experiencias provenientes del Derecho Comparado. Se pueden señalar dos ejemplos relevantes: la doctrina del *disregard of legal entity*, inspirada en la jurisprudencia de EE.UU. y en las enseñanzas de Serick; y la *extensión de la quiebra*, inspirada directamente en la legislación francesa.

13. *Fundamentos del Código Civil y Comercial Argentino*, 2015.

Por otra partela más importante reforma del Código Civil, producida en 1968, que retocó un 10% del articulado y con ello cambió el espíritu del Código, incorporó instituciones y reglas particulares tomando en consideración la experiencia de otros países. De esta manera, se incorporaron la prodigalidad, la lesión, la imprevisión, el abuso del derecho, la emancipación dativa. Poco tiempo después se incorporó una previsión expresa sobre el derecho a la intimidad, inspirada en la reforma al art. 9 del Código Napoleón, y en el anteproyecto de Código Civil para Bolivia del ilustre jurista y hombre público español don Ángel Ossorio y Gallardo, quien viviera largos años en Buenos Aires.¹⁴

Por su parte el Código Civil y Comercial unificado recoge las enseñanzas del conocimiento de los Tratados de Derechos Humanos y la aplicación por la Corte de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

En este sentido, elCódigo Civil y Comercial tiene una nueva forma de receptor el Derecho Comparado, sobre todo en materia de los tratados de Derechos Humanos.Ello se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos.¹⁵ En todas estas áreasel Código recepta las convenciones suscriptas por el país y constitucionalizadas por la Constitución de 1994 ydemuestra que sus redactores tenían un claro conocimiento del Derecho Comparado de los Derechos Humanos.

3.5. Enriqueceel intercambio internacional

El conocimiento de los diferentes sistemas del mundo aporta una mayor variedad de soluciones de las que podrá concebir a lo largo de una vida el jurista más ilustrado en su propio sistema; el Derecho Comparado enriquece

14. “El comparatista no tiene por misión el transformarse en un importador de cargamentos jurídicos. Después de haber sacado del estudio de ciertos derechos extranjeros un provecho cultural, debe ponerse en guardia, al contrario, contra la fácil tentación de tomar el derecho de los demás, tal como lo encuentra hecho, en vez de crearlo por sí mismo”.

15. *Fundamentos del Código Civil y Comercial*, 2015.

e intensifica la posibilidad de soluciones a los conflictos en el dinámico intercambio internacional de temas jurídicos. El Derecho Comparado diluye los prejuicios de malinchismo jurídico y nos sirve para penetrar en las diferentes sociedades y culturas del mundo, y de esta manera se contribuye a enriquecer el entendimiento entre los países, para poder visualizar el espíritu jurídico y determinar qué vale la pena conservar y qué quitar, qué funciona y qué no. La gran mayoría de los legisladores ha coincidido en que no es posible forjar leyes adecuadas sin la intervención del Derecho Comparado.

En doctrina se afirma que “Enrique VIII creó en 1547 cátedras reales de Derecho romano en las universidades de Cambridge y Oxford. Al hacer esto trataba de preparar a los diplomáticos que habrían de negociar con los diplomáticos de los países de Europa continental, por conocer sus modos de concebir el derecho”.¹⁶

La República Argentina ha estado siempre atenta al derecho uniforme, particularmente en el ámbito del derecho comercial y del transporte. En esta orientación nuestro derecho cambiario es reflejo de la ley uniforme de Ginebra y el transporte aéreo, terrestre y marítimo tienen en consideración las múltiples convenciones existentes.

Argentina también ha ratificado la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías (ley 22.765) y la ha receptado en el Código Civil y Comercial.

3.6. Permite la unificación de las legislaciones por áreas

En Europa existe desde hace años la intención de lograr una legislación uniforme o codificada del derecho de las obligaciones y de los contratos. Tarea que, según se sostiene, viene exigida por las necesidades del “mercado único”; en otras palabras, “mercado único” requiere para su funcionamiento una “única ley” en materia de contratos, pues las soluciones que provee el derecho internacional privado son ineficientes.

En concreto nos referimos, en primer lugar, al anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, elaborado por un grupo de trabajo que nació de la inspiración de la Academia de Iusprivatistas Europeos.

16. *Curso Taller de Derecho Comparado*, <https://www.google.com.ar/webhp?tabp>.

También al proyecto de la Comisión Landó, conocido como Principios del Derecho Europeo de los Contratos, cuya versión final fue conocida en julio de 1998. Finalmente, cabe citar el trabajo de Harvey Mc Gregor, profesor de Oxford, quien por encargo de la Law Commission presentó en 1971 un proyecto de Contract Code.¹⁷ En ambos casos la obra se ha logrado por un acabado conocimiento del Derecho Comparado.

4. QUÉ CONOCIMIENTO IMPARTIR

Creemos que lo primero que se debe aclarar es que enseñar Derecho Comparado no equivale a enseñar derecho extranjero y que al impartir la asignatura se debe partir de enseñar qué es un sistema jurídico, para luego explicar las principales familias jurídicas. Ello por que debido al gran número de sistemas jurídicos que existen en el mundo es difícil estudiar y comparar cada uno de ellos; por eso el Derecho Comparado los organiza en grupos o familias, donde toma en cuenta sus afinidades y sus elementos comunes, dejando a un lado la característica de sus particularidades con la finalidad de destacar sus coincidencias, sus analogías más notables, lo que permite clasificarlos en familias jurídicas.¹⁸

Es necesario insistir para evitar confusiones comunes en que el estudio de uno o varios derechos extranjeros no es Derecho Comparado porque no hay comparación. El conocimiento del derecho extranjero es el antecedente lógico del Derecho Comparado, pues no se puede comparar lo que no se conoce. Puede haber estudios del derecho extranjero sin Derecho Comparado pero no puede haber Derecho Comparado sin el estudio previo

17. Esa obra fue publicada recién en 1994 en inglés y en español en 1996 gracias al esfuerzo de De la Cuesta Sáenz y Vattier Fuenzalida. Si bien tenemos claro que ese contract code nunca fue derecho positivo en las islas británicas, lo cierto es que según la intención del autor contiene una recopilación desde el punto de vista del common law, basada fundamentalmente en la jurisprudencia. Sirve para comprender muchos aspectos del derecho anglosajón en su versión británica, así como los restatements of contracts han sido útiles para entender y aprehender el derecho de los EE.UU.

18. SIRVENT, C.: *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, México, Porrúa, 2000, p. 8, y WINIZKY, Ignacio, *Reflexiones sobre Modalidades de la Enseñanza del Derecho Comparado*, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/6/dtr/dtr4.pdf>, consultado el 16 de mayo de 2016.

de los derechos comparados. Estudiar el derecho de un país es aprender a conocer, a través de las normas jurídicas a que está sometido, sus usos y costumbres, su actitud ante ciertos problemas y cómo sus habitantes resuelven los problemas.

4.1. Las familias jurídicas

En realidad los miembros de una familia se vinculan entre sí en cuanto que todos ellos descienden de los mismos antecesores. De igual manera ocurre con los sistemas jurídicos, donde no se encuentran dos iguales; sin embargo esto no es obstáculo para que puedan ser agrupados en familias tomando en cuenta sus semejanzas, sus características en común.

Por añadidura una familia jurídica es un conjunto de sistemas jurídicos que tienen coincidencia en determinadas características; no hay que olvidar que el término sistema jurídico se refiere al derecho nacional de un Estado, mientras que el vocablo familia nos remite al conjunto de sistemas jurídicos que rebasan las fronteras de un país.

Creemos que son múltiples las formas de dividir las familias jurídicas,¹⁹ pero en aras de optar por un sistema de clasificación nos parece más eficaz seguir la clasificación de René David en cuatro grandes familias, con el agregado de la familia híbrida o mixta.

- 1) Familia Romano Germánica.
- 2) Familia del Common Law.
- 3) Familia de los Derechos Socialistas.
- 4) Familia de sistemas filosóficos o religiosos.
- 5) Familia híbrida o mixta.

19. Por ejemplo los hermanos Mazeaud precisan que generalmente se clasifican los diferentes derechos en siete sistemas fundamentales que son los siguientes: francés, germánico, anglosajón, soviético, escandinavo, islámico e indio. Refieren sobre tales sistemas jurídicos que el sistema francés comprende los países que han adoptado su Código Civil o que se han inspirado en sus disposiciones. Sobre el sistema germánico, que agrupa a los países que se han inspirado en el Código Civil Alemán de 1900. Sobre el sistema anglosajón, que comprende principalmente Inglaterra y los Estados Unidos que tienen en cuenta la jurisprudencia. Sobre el sistema soviético al cual están adheridas las repúblicas soviéticas, que es un derecho de tendencia socialista.

En Argentina de estas cuatro familias jurídicas son más conocidas las dos primeras, porque en nuestro medio se estudian más la familia jurídica Romano Germánica y la familia jurídica del Common Law.

Cabe recordar que los sistemas jurídicos que pertenecen a la familia Romano Germánica tienen como fuente principal la ley, es decir, tienen como característica la primacía de la ley sobre otras fuentes del derecho, lo que no ocurre con los sistemas jurídicos que pertenecen a la familia del Common Law, ya que en estos sistemas jurídicos la fuente principal del derecho es la jurisprudencia.

Es necesario enseñar que existen diferencias entre los sistemas jurídicos de una misma familia, como por ejemplo el derecho de Estados Unidos y el derecho inglés, que, si bien pertenecen ambos a la familia jurídica del Common Law, no guardan exactamente las mismas características. Por lo cual es necesario tener en cuenta, entre otras diferencias que los Estados Unidos tiene un sistema constitucional y un Régimen Federal y en el área contractual existen los denominados *restatements*²⁰ y que ninguna de estas características se da en el Derecho Inglés, que carece de Constitución, no tiene un sistema federal y no posee de *restatements*.

Con referencia a la familia socialista cabe destacar que esta tiene origen en Rusia en 1917, a partir de la Revolución Bolchevique, y crea una nueva tradición jurídica; anterior a este sistema el derecho Ruso era de tradición neo-romanista.²¹

Con el colapso del sistema socialista, la existencia de esta familia es cuestionada, es difícil sostener si esta familia jurídica está muerta y enterrada. Una característica de esta familia es que los ciudadanos abandonan todo resqueio burgués. Las funciones legales las realizan las células sociales; por otra parte, la doctrina marxista enseña que para evitar la lucha de clases y la explotación del hombre por el hombre, los medios de producción deben ser socializados; en esta familia se crean diferentes tipos de propiedad: la propiedad estatal, la propiedad de las organizaciones sociales o propiedad socialista y la propiedad privada.

20. Los *restatements of the law* son un conjunto de tratados sobre temas jurídicos que tratan de informar a los jueces y abogados acerca de los principios generales del derecho común. Ha habido tres series de *Restatements* hasta la fecha, todos ellos publicados por el Instituto de Derecho Americano, una organización de juristas y profesionales fundada en 1923.

21. SIRVENT, C.: *Sistemas Jurídicos Contemporáneo*, México, Porrúa, 2000, pp. 8-9.

Los particulares en este régimen solo son propietarios de aquellas cosas que necesitan para satisfacer sus necesidades básicas, materiales y culturales, como es el salario y los ahorros así como el menaje de la casa, un automóvil y el uso de una parcela.

Con el colapso del sistema socialista soviético desaparece asimismo esta familia jurídica. Rusia, al igual que otros países de la ex Unión Soviética, se reintegra a la tradición neo-romanista, en tanto que otras naciones se reubican en el sistema religioso musulmán y otras se reincorporan a la familia mixta. La familia de los sistemas socialistas ha expirado; sin embargo, en esta obra todavía se estudia para comprender mejor las causas que motivaron su desaparición.

Los países que formaban la ex República Socialista Soviética pasaron de los sistemas comunistas a los sistemas continentales europeos puros o tradicionales, sino que adoptaron elementos o instrumentos que vinieron del régimen anglosajón, impuestos por el Fondo Monetario Internacional conjuntamente con los préstamos especiales que se les otorgó para la reconstrucción económica.

Ello lo explica muy bien el alemán Alessandro Somma al decir que las reformas promovidas (especialmente en el caso del Fondo Monetario Internacional) han sido las típicas de los países en los que se han practicado formas de capitalismo de tipo neoamericano o, en todo caso, acordes con la economía de mercado liberal. De esta manera, la plena reintegración de los países ex socialistas a la tradición jurídica occidental no se ha traducido en el regreso a un pasado caracterizado por su impronta romanística sino que, por el contrario, se ha producido reflejando el actual reequilibrio de las relaciones de fuerzas entre los dos polos de la tradición (los modelos de civil law y common law).²²

Una situación especial presenta la República Democrática Alemana cuyo sistema fue completamente reformado por un sistema de reglas e instituciones jurídicas que fueron asumidas en bloque. De su implementación se han encargado juristas formados en las universidades occidentales y transferidos al este, evitando así las continuidades provocadas, en otros países ex socialistas, por la imposibilidad material de sustituir a toda la clase dirigente comprometida con el régimen caído en desgracia.²³

22. SOMMA, Alessandro, *Introducción al derecho comparado*, Traducción de Esteban CondeNaranjo, publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p.120.

23. SOMMA, Alessandro, *Introducción al derecho comparado*, Traducción de Esteban

Derecho religioso o derecho islámico

Estos sistemas no constituyen una familia, sino que son conjuntos de normas que regulan en determinados países las relaciones humanas, sea en su totalidad, o bien en algunos de sus aspectos. No existe en semejantes sistemas interés alguno por los derechos individuales; en ellos el acento se coloca sobre las obligaciones que pesan sobre el hombre justo. El más importante de esos sistemas es el derecho musulmán.

Familia mixta o híbrida

Existen algunos sistemas jurídicos que por sus características resultan difíciles de clasificar dentro de una familia jurídica determinada, ya que en ellos están presentes elementos que pertenecen a dos o más sistemas distintos. Se hallan en este caso los sistemas que históricamente se han configurado en virtud de la amalgama de tradiciones legales pertenecientes a dos o más familias jurídicas. Citemos, a manera de ejemplo, el sistema legal de Quebec, en el que confluyen las influencias francesa y estadounidense, o el de Sudáfrica, que recoge las tradiciones holandesa e inglesa. Queda, pues, claro por qué se denomina a estos sistemas mixtos o híbridos. Otros ejemplos de países cuyo sistema jurídico es mixto serían India, Israel, Japón y Filipinas.

4.2. Más allá de las familias jurídicas

Además de la enseñanza de la clasificación de los ordenamientos se debe enseñar a valorar la pertenencia a una misma “civilización”, identificativa de un mismo “estilo de vida”, un mismo “contexto ético-teleológico” y un mismo “ambiente material”. Y debe revelar el nexo entre el tipo de civilización y el derecho reconstruido en sus “elementos determinantes”.²⁴

Así un país africano puede pertenecer en principio al sistema continental europeo o al *common law* pero en la comparación no se puede

CondeNaranjo, publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p.119.

24. SOMMA, Alessandro, *Introducción al derecho comparado*, Traducción de Esteban CondeNaranjo, publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p.90.

ignorar la cultura donde se aplica, la existencia de tradiciones tribales y la valoración por parte de la sociedad de las costumbres ancestrales.

5. CÓMO ENSEÑAR DERECHO COMPARADO

La comparación puede referirse a ordenamientos contemplados en su conjunto (macrocomparación) o a sectores o institutos concretos (microcomparación) La comparación consiste en una operación lógica que supone el estudio analítico de los ordenamientos e instituciones examinados en la consideración de los datos obtenidos, su contraste y una síntesis de la que emerge una valoración crítica que contiene el juicio comparativo. La primera regla impone la imperiosa necesidad de conocer el derecho extranjero. El jurista que quiera usar el método comparativo debe conocer y comprender los derechos que pretende manejar en el plano de la comparación.²⁵

En segundo lugar debe enseñarse al conocimiento de las soluciones efectivamente adoptadas por los derechos vigentes, no a la individualización de las soluciones practicables a partir de las reglas y principios de esos derechos. Está aquí implícita la referencia a las diferencias entre un punto de vista interno y un punto de vista externo sobre el derecho, el primero típico del estudioso que se expresa en términos prescriptivos, reproduciendo el propósito de la fuente formal de producción de las reglas; el segundo, elegido en cambio por quien pretende valorar la eficacia de los preceptos: de que todos los preceptos que presiden la distribución imperativa de bienes y valores, pertenezcan formalmente o no al sistema de fuentes.²⁶

*El método de casos que normalmente es utilizado como forma de enseñanza en un país determinado también puede ser utilizado como manera de enseñar el Derecho Comparado sobre todo en los problemas internacionales y en las cuestiones de Derechos Humanos. Ello hace posible que en las universidades de todo el mundo se desarrollen los moot court sobre derechos humanos y sobre derecho internacional.*²⁷

25. SOLÁ CAÑIZARES, Felipe, *Iniciación al Derecho Comparado*, Barcelona, Imprenta Vda. de Daniel Cochs, 1954, p. 111.

26. SOMMA, Alessandro, *Introducción al derecho comparado*, Traducción de Esteban CondeNaranjo, publicación de la Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 150.

27. GROTE, Rainer, "Comparative Law, and Civil Law Teaching trough the case

6. CUÁNDO ENSEÑAR DERECHO COMPARADO

El Derecho Comparado se debe enseñar tanto en el grado como en el posgrado. En el grado hay que incorporar la enseñanza de los grandes sistemas contemporáneos, como materia que forme parte del plan de estudio al inicio de la carrera, como se enseña en la Universidad Argentina de Derecho de la Empresa, en lugar de hacerlo al final de la carrera, como se enseña en la Universidad de Belgrano.

Consideramos que estas materias deben ser obligatorias y no optativas porque es imprescindible el método comparatista para el abogado del siglo XXI, ya que no se concibe un abogado que carezca de estas nociones elementales mínimas en un mundo globalizado; aun cuando el estudiante vaya a ejercer solo en el ámbito nacional, el conocimiento del Derecho Comparado lo ayudará a conocer mejor el problema y le otorgará herramientas más idóneas para contribuir a dar la solución, lo que en definitiva lo transformará en un operador jurídico más eficiente que cumplirá mejor su rol en la sociedad.

Por otra parte se debe enseñar Derecho Comparado en el posgrado, pero allí su utilización puede orientarse a ámbitos más específicos de acuerdo a la investigación que se proponga realizar o a la especialización que quiera adquirir, pero siempre va a requerir los elementos básicos adquiridos en el curso introductorio a los grandes sistemas contemporáneos impartidos en la parte de grado o al inicio de la carrera de posgrado.

7. CONCLUSIONES

Resulta indiscutible la utilidad de la enseñanza del Derecho Comparado tanto en el grado como en el posgrado. Su conocimiento no debe confundirse con el del derecho extranjero, ni debe limitarse a la distinción de los sistemas jurídicos por sus fuentes, sino que por el contrario debe comprender la enseñanza de la cultura donde se insertan los sistemas jurídicos que se comparan.

method in the civil law traditional”, en *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas jurídicos comparados*, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/7.pdf> en fecha 24 de marzo de 2016.

Ante una realidad dinámica, una cultura negocial trasnacional y una homogeneización de los derechos humanos a través de las convenciones, se requiere formar tanto prácticos del derecho como académicos con capacidades que trasciendan el derecho positivo nacional, y que contengan los principios y el método del Derecho Comparado.

Estamos convencidos de que el conocimiento del Derecho Comparado, además de permitir entender mejor la legislación propia y formular reformas que busquen una justicia efectiva, colaborará eficazmente a dar solución en el conflicto de leyes, en la interpretación de Tratados Internacionales, en el arbitraje y en la administración internacional. Es por ello que estimamos imprescindible su incorporación a la currícula de las universidades.

Sobre el método del análisis comparado en el derecho El caso del procedimiento y de la justicia administrativa

*Javier Barnés**

I. UNA REFLEXIÓN PRELIMINAR SOBRE EL SENTIDO Y ALCANCE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COMPARADO. MÉTODOS EN PLURAL, NO UN MÉTODO ÚNICO

1. Esquema y objeto de este capítulo: el análisis comparado del Derecho Administrativo, un método de estructura variable

El presente trabajo se articula en torno a dos partes netamente diferenciadas:

- De un lado, en primer término, se apuntan algunas consideraciones metodológicas generales y previas sobre el análisis comparado en el seno del Derecho Administrativo. A tal efecto, se subraya, primero, la *universalidad y constante presencia del análisis comparado* en los tres poderes del Estado, en las organizaciones globales y en la investigación jurídica (núm. 1); y, segundo, se proponen algunas tesis para el debate acerca de la naturaleza, sentido y alcance de la comparación en el Derecho Administrativo, sintetizando la posición que aquí se mantiene, y que se resuelve en la siguiente afirmación: *el análisis comparado presenta una fisiología distinta y variable en virtud de una pluralidad de factores, singularmente a la luz de la finalidad que se persiga satisfacer con los conocimientos que se obtienen mediante la comparación* (núm. I.2 y II). A ello se añade, finalmente, la necesaria *contextualización histórica*, entre otros entornos que han de considerarse, a la hora de contrastar las instituciones, técnicas, principios, doctrinas o elementos objeto de

* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva, España. Consultor internacional. Director del Proyecto Internacional de Investigación sobre el Derecho Administrativo “Global LawPress” (<http://es.globallawpress.org/>).

la comparación, puesto que no basta con el marco que proporciona el referente espacial y geográfico o la pertenencia a una familia jurídica determinada, singularmente la del *civil law* y la de *commonlaw* (III).

- De otro, en la segunda parte, se proyectan esas consideraciones generales sobre dos instituciones básicas del Derecho Administrativo: el procedimiento (IV) y la justicia administrativa (V). De ese modo, se conectan ambas partes de este trabajo. La segunda pretende constituirse en ejemplificación de la primera.

Esboceemos, en primer término, pues, la universalidad de la comparación en el ámbito del Derecho Público, señaladamente del Derecho Administrativo.

2. El análisis comparado del Derecho Administrativo: una constante histórica y una actividad poliédrica y multiuso

a) La omnipresencia del Derecho Administrativo Comparado

En este mismo instante centenares de operadores jurídicos en todo el mundo realizan análisis comparados de Derecho Administrativo en múltiples escenarios y con finalidades muy dispares. Así, por ejemplo:

- Los asesores, funcionarios y autoridades de toda clase de Administraciones a lo largo del mundo contrastan las soluciones –legislativas o administrativas– que se han adoptado en otros Estados para implementar las medidas establecidas en un nivel superior –intraestatal¹ o transnacional–;² o bien, sencillamente, se sirven de la comparación para

1. Por ejemplo, las entidades locales o las unidades infraestatales superiores pueden comparar lo que otras homólogas han hecho en aplicación de normas emanadas de la federación o del Estado central.

2. Los Estados miembros de la Unión Europea (UE) pueden examinar cómo han transpuesto las directivas europeas, en materia de medio ambiente o contratación por ejemplo, otros países pertenecientes a la misma UE. Los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) pueden examinar cómo otros Estados implementan los estándares establecidos en el seno de esta; la UE puede inspirarse en

elaborar un proyecto o borrador de disposición general (reglamentaria o legislativa), a iniciativa propia, y no como exigencia derivada de una instancia superior. En todos los casos, se trata de medidas legislativas o administrativas que tienen por destinatario a la Administración nacional o transnacional y las funciones que a esta le incumben (normación, desarrollo, ejecución, cumplimiento, evaluación, etc.).

- Lo mismo hacen los parlamentos: de un lado, implementan medidas adoptadas fuera del Estado (Directivas de la Unión Europea, estándares de la Organización Mundial del Comercio, resoluciones de la ICANN...), y, entre otras perspectivas, tienen muy en cuenta el análisis comparado (cómo las implementan, desarrollan o ejecutan las autoridades nacionales de otros países). Y, de otro, emanan también leyes que pretenden regular problemas específicos, al margen de la cadena o cascada regulatoria de desarrollo y transposición, para lo que también hacen uso con frecuencia del referente comparado (por ejemplo, cómo protegen las costas los países ribereños de un mismo mar). En un estadio intermedio, se situarían aquellas medidas legislativas que tienen por objeto, por ejemplo, crear organizaciones internas –como los organismos reguladores (un banco central, un organismo regulador de la energía, etc.)–, en cuya creación no se obedece mandato alguno de organizaciones supraestatales (de la Unión Europea, del Comité de Basilea, o de la Agencia Internacional de la Energía, por ejemplo), aunque en su diseño prime la preocupación por la actuación en el exterior de estos organismos, esto es, se configuren de modo que se garantice su trabajo cooperativo en red con sus homólogos nacionales de otros Estados, para lo que, obviamente, se inspiran en los modelos foráneos, a fin de que puedan convertirse en estructuras homologables, capaces de converger, de dialogar y de operar en común. Se trata, pues, de conocer cómo se organizan otros Estados (primer supuesto); cómo resolver problemas propios y específicos (segundo ejemplo); o de cómo establecer instituciones que puedan entenderse con sus equivalentes en otros países (tercer caso).

el ejemplo de los EE.UU. y de otros países avanzados antes de hacer una propuesta legislativa; y así sucesivamente.

- Otras muchas actuaciones dentro del Ejecutivo nacional y de sus Administraciones –estudios, informes, dictámenes, análisis evaluaciones– utilizan el método comparado para conocer el estado de la cuestión –por ejemplo, cómo se organizan otros organismos reguladores y de qué grado de independencia gozan–, aun cuando no tengan por objeto inmediato la redacción de una propuesta normativa. De lo que se trata es de conocer y estudiar otros ejemplos, aun cuando no se pretenda extraer de ahí una inmediata respuesta.

- Los organismos reguladores nacionales responsables de los sectores regulados (energía, telecomunicaciones, aguas, correos, etc.) o de supervisión bancaria (bancos centrales) conforman redes de reguladores nacionales, que se constituyen de un modo más o menos formalizado, para intercambiar experiencias y conocimiento técnico y experto, en la búsqueda comparada y cooperativa de soluciones. El análisis comparado se encuentra en la misma base de su actividad y pretende la creación de normas o estándares para regular coordinadamente el sector de que se trate. La comparación se erige en el oxígeno de su actividad misma y en su razón de ser.

- Las entidades locales³ comparan de modo habitual las normas que otras han establecido sobre toda clase de materias y políticas, o sobre los modos de gestión de los servicios públicos locales.⁴ El análisis comparado sirve para disponer la organización más apropiada de los servicios en el ejercicio de sus competencias.

- La Organización Mundial del Comercio (OMC) compara los estándares elaborados por otras organizaciones internacionales (la mayor parte de ellas privadas), para, en régimen de concurrencia competitiva, elegir para sí la que considere más adecuada. El análisis comparado permite en este caso hacer suyo un estándar

3. Por ejemplo, en España, municipios y provincias.

4. Recogida y tratamiento de residuos, suministro de agua a la población, transporte urbano, servicios sociales, reducción del impacto estético de las antenas de telefonía y seguridad arquitectónica, etc.

de entre varios posibles,⁵ que luego guiará la actuación de los Estados miembros.

- La cooperación internacional entre agencias regulatorias nacionales, por razones de economía de medios (como propugnan los EE.UU. o la Unión Europea)⁶ requiere de la comparación, no ya solo de la organización, competencias y funciones de una institución (dimensión institucional), o de su conocimiento experto y técnico, sino también de los estándares, de toda clase y condición, que cada una establece (medioambientales, de fabricación de un producto, de prestación de un servicio, de protección de datos personales...). Así, por ejemplo, el campo de las actividades de validación, acreditación, reconocimiento, o la búsqueda de criterios equivalentes –sea a nivel de generación de normas o estándares, sea en el plano de su desarrollo o ejecución, fuera y dentro de las fronteras– se sustentan obviamente en un análisis comparativo.

- La cooperación transfronteriza (social, económica, medioambiental, informativa, etc.) entre entidades o autoridades regionales y locales, extendida no solo en la Unión Europea,⁷ sino en muchas regiones del

5. Cfr. STEWART, Richard B. y RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle, “La Organización Mundial del Comercio: las múltiples dimensiones del Derecho Administrativo Global”, en KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación* (volumen colectivo), Sevilla, Global LawPress- Editorial Derecho Global, 2016.

6. Con la finalidad de encontrar mejores soluciones, ahorrar costes y evitar diversidades regulatorias innecesarias. Paradigmático, por ejemplo, Executive Order 13609 of May 1, 2012, Promoting International Regulatory Cooperation, del presidente Obama (disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-04/pdf/2012-10968.pdf>). Por parte de la Unión Europea, y en relación con EE.UU. en igual sentido, véanse las actividades y documentos destacados en las respectivas webs oficiales: http://www.whitehouse.gov/omb/oira_irc_europe y http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/regulatorycooperation/index_en.htm.

7. En el ámbito medioambiental, por ejemplo, la cooperación transfronteriza tiene su cobertura, entre otras, en la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3A128036>).

mundo,⁸ requiere de un análisis comparado en punto a las estructuras organizativas, competencias, funciones, actuaciones a emprender y marcos jurídicos concernidos. En este caso, la comparación, de nuevo con fines prácticos, permite la creación de organizaciones y la realización de programas o proyectos comunes.

- Las organizaciones públicas supraestatales o globales evalúan, bien a los beneficiarios de su actividad (el Banco Mundial analiza las condiciones, en términos comparativos, del Estado que solicita la asistencia); bien a los Estados miembros (OCDE, UE),⁹ para determinar el ranking y el grado de cumplimiento de determinados indicadores, aun cuando se trate de mecanismos de Derecho blando, esto es, de criterios meramente indicativos. Numerosas organizaciones privadas proceden de igual modo, clasificando a los Estados, por ejemplo, en materia de transparencia, de corrupción en la contratación, de existencia de condiciones jurídicas para la inversión en el país receptor, etc.

- Decenas de tribunales constitucionales y de altos tribunales nacionales, así como los tribunales regionales de derechos humanos, examinan la forma en que otros tribunales homólogos han resuelto conflictos similares entre derechos y libertades; cuál sea el respectivo contenido garantizado y las facultades que lo integran frente a un límite o restricción impuesto por el poder público; o cuáles puedan ser los criterios de ponderación o de proporcionalidad para la resolución de

8. Por ejemplo, respecto del caso canadiense y estadounidense, puede verse HOI L. Kong, "Disaggregated State in Transnational Environmental Regulation, The", 78 *Mo. L. Rev.*, 2013, disponible en: <http://scholarship.law.missouri.edu/mlr/vol78/iss2/5>.

9. En el caso de la UE, merece una especial atención el denominado método abierto de coordinación, que constituye una forma de "Derecho indicativo". Se trata de una forma intergubernamental de hacer política que no deriva en medidas legislativas de la UE de carácter vinculante ni exige que los países de la UE introduzcan nuevas leyes o modifiquen su legislación.

En el marco de este método intergubernamental, los países de la UE evalúan a otros ("control de grupo") y la Comisión desempeña únicamente una función de supervisión. El Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia prácticamente no intervienen en el proceso. Para mayor abundamiento, *vid.* la página web oficial de la UE (http://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/open_method_coordination.html?locale=es).

esos problemas en el caso concreto ante una injerencia determinada.¹⁰ El análisis comparado pretende hallar la mejor solución judicial, por la vía del aprendizaje. En otros casos, la solución dada –por ejemplo, en el supuesto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– se erige en un mínimo común denominador a respetar –obligadamente– por todas las jurisprudencias nacionales, aunque, como tal mínimo, resulte elevable al alza dentro de cada Estado –a discreción de la autoridad nacional– la protección establecida en el plano supraestatal. En tal escenario, el análisis comparado habrá de pasar por conocer el estado de la jurisprudencia internacional, a fin de hacer una interpretación de conformidad con esta, por cuanto constituye un mandato inexcusable,¹¹ e indagar luego, en su caso, cómo la han aplicado, y, en su caso, elevado el nivel de protección en otros tribunales nacionales.

- En otras ocasiones, y ante el creciente pluralismo y concurrencia de ordenamientos jurídicos –estatales, transnacionales y globales–¹² los tribunales nacionales y los internacionales, y órganos cuasijudiciales de las organizaciones globales comparan las soluciones y los criterios establecidos en cada sistema para establecer jerarquías de valores y principios relacionales, introducir reglas de reconocimiento, de validez y efectividad de normas entre sistemas distintos, o reducir la atomización de cada ordenamiento y nivel aisladamente considerado. El análisis comparado se puede utilizar para conocer las doctrinas establecidas por cada tribunal que permitan esa suerte de “diálogo

10. En relación con el principio de proporcionalidad, el principio más “viajero” en virtud del análisis comparado, puede verse en español por todos el número monográfico de la revista *Cuadernos de Derecho Público*, N°5, 1998, disponible en .

11. El art. 10.2 de la Constitución española de 1978, como tantas otras, dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

12. Sobre la convivencia e interacción entre los sistemas nacionales de Derecho Administrativo, los sistemas transnacionales, como la Unión Europea, y los sistemas globales de Derecho Administrativo, remito a mi “Nota introductoria del editor” y a la entera obra colectiva, ya citada, KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016, pp. 36-48.

judicial”, con fines integradores y de cooperación entre los distintos ordenamientos, como la doctrina que distingue entre la supremacía de un ordenamiento (una Constitución nacional), y la preferencia aplicativa de otro (el de la Unión Europea, por ejemplo).¹³ La comparación, imprescindible, hace posible tejer esas relaciones y establecer doctrinas pensadas para guiarlas.

- Los Tribunales de la Unión Europea realizan análisis comparado para identificar cuáles son los *principios comunes de los Estados miembros*, para establecer o inducir criterios, principios o reglas, bien sea para todos los Estados, o para las propias instituciones europeas (como en el caso de la responsabilidad extracontractual).¹⁴ El análisis comparado opera, por inducción, a modo de fuente del Derecho, para colmar lagunas, a partir de principios comunes.

- El Tribunal Supremo norteamericano, por su parte, indaga las repercusiones que una medida interna genera más allá de sus fronteras, señaladamente de aquellas que tienen una evidente implicación y efecto exterior (comercio, medioambiente, energía, etc.). El conocimiento del Derecho foráneo le permite poner en su debido contexto el problema, y resolver mejor la controversia a la que se enfrenta.¹⁵

- Los tribunales de inversión internacional escudriñan no solo en los ordenamientos nacionales, sino también en las organizaciones internacionales, para identificar el alcance, por ejemplo, de la cláusula del trato justo y equitativo reconocida en los tratados de inversión, en defensa del inversor extranjero frente a las autoridades nacionales. A tal efecto el análisis comparado autoriza a inferir cuáles han de ser

13. Tal es, por ejemplo, la solución española para explicar las relaciones entre la Constitución y el Derecho de la Unión Europea. Con carácter más amplio y general, *vid.* CASSESE, Sabine, *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2010.

14. Por todos, *vid.* GUICHOT, E., *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

15. Sobre este controvertido tema, puede verse *The Court and the World: American Law and the New Global Realities. American Law and the New Global Realities*, Alfred A. Knopf, 2015.

las exigencias derivables del principio del Estado de Derecho en el país receptor de la inversión;¹⁶ o cuáles los principios generales de los ordenamientos jurídicos estatales y de otros sistemas jurídicos internacionales que cabe derivar en lo que hace a la buena gobernanza del Ejecutivo, al objeto de determinar si esos criterios comunes han sido respetados en relación con el inversor extranjero. De ese modo, “rellenan”, o colman de sentido, estándares tan vagos o indeterminados como el mencionado principio del trato justo y equitativo.¹⁷

16. Cfr. KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan, “El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad, y el emergente Derecho Administrativo Global”, en KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016. Los tribunales de inversión deberían implicarse, pues, afirman estos autores, en el análisis comparado de los sistemas legales nacionales más relevantes, así como en el análisis más importantes del Derecho internacional, para poder sintetizar las características comunes de esos sistemas que puedan incidir en el ejercicio del poder público.

Este análisis comparado del Derecho nacional puede influir y condicionar la jurisprudencia de los tribunales de inversión en, al menos, dos sentidos. Primero, puede permitir a los tribunales de inversión deducir positivamente cuáles son los requisitos institucionales y procedimentales que cabe derivar de los estándares del Estado de Derecho en el respectivo ámbito nacional, para poner en su debido contexto interpretativo el principio de trato justo y equitativo. Un análisis comparado de la comprensión o entendimiento del Estado de Derecho en los diferentes ordenamientos jurídicos podría, por ejemplo, utilizarse para justificar y entender los estándares de los procedimientos administrativos establecidos que afectan a los inversores extranjeros y con los que estos han de convivir.

Segundo, un análisis comparado de las implicaciones del principio del Estado de Derecho en el ordenamiento nacional puede servir para justificar la acción del Estado en relación con los inversores extranjeros desde la perspectiva de los estándares del trato justo y equitativo. Si una determinada actuación, como, por ejemplo, la orden del Estado de modificar las disposiciones de ejecución de los contratos privados de hipoteca en una situación de emergencia, resulta aceptable en términos generales dentro del propio ordenamiento en cuanto conforme a su comprensión (nacional) de la cláusula del Estado de Derecho, los tribunales de inversión podrán transponer esas conclusiones al nivel del tratado internacional de inversiones como expresión de un principio general del Derecho.

17. Cfr. KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan, “El arbitraje de inversión como sistema de gobernanza: el trato justo y equitativo, el test de proporcionalidad, y el emergente Derecho Administrativo Global”, en la obra citada KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016. En tal sentido, los mencionados autores añaden: si una determinada actuación,

Otro ejemplo de la técnica del análisis comparado para desarrollar las fuentes del Derecho aplicables.

- Igualmente, en el ámbito del Derecho Internacional Público, el Tribunal Internacional de Justicia recurre, de conformidad con sus Estatutos, a los “principios generales del Derecho” como fuente del Derecho Internacional.¹⁸ En otras ocasiones, no se investigan cuáles sean esos principios generales reconocidos, sino la “práctica de la mayoría”. Así, el Tribunal Administrativo de Naciones Unidas puede invocar los principios “de la mayoría de las jurisdicciones nacionales” para resolver si debe dictarse o no una medida cautelar, lo que invita a elucidar, entre otras, la cuestión de qué jurisdicciones entran dentro del ámbito de conocimiento del decisor.¹⁹

- La mirada comparada en la investigación jurídica del Derecho Administrativo, en el ámbito académico, constituye un recurso habitual. Se puede hacer uso de ella para avanzar en la construcción de un nuevo campo del Derecho,²⁰ para identificar cuáles son los principios que rigen modernamente los procedimientos de elaboración de las disposiciones generales, o los procedimientos de los organismos reguladores, entre millares de temas. Puede ser “micro” (una técnica, una institución, un principio...), o “macro” (referida a todo un sector

como, por ejemplo, la orden del Estado de modificar las disposiciones de ejecución de los contratos privados de hipoteca en una situación de emergencia, resulta aceptable en términos generales dentro del propio ordenamiento en cuanto conforme a su comprensión (nacional) de la cláusula del Estado de Derecho, los tribunales de inversión podrán transponer esas conclusiones al nivel del tratado internacional de inversiones como expresión de un principio general del Derecho.

18. Sobre el tema, *vid.* KINGSBURY, Benedict, “La ponderación y control de las reglas regulatorias y de las resoluciones de alcance global por parte de los tribunales nacionales”, en KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016.

19. KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016, capítulo octavo.

20. Por ejemplo, respecto del Derecho Administrativo Global, *vid.* KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016.

del ordenamiento). Y recae no solo sobre normas o jurisprudencia, esto es, sobre el Derecho positivo en suma, sino también, y en primer término, sobre la doctrina elaborada en otros sistemas en torno a ciertas instituciones, conceptos, o principios. De ordinario, encierra una pretensión didáctica o ejemplarizante, aun cuando no se proponga la importación o trasvase de lo foráneo al propio sistema. Habitualmente no se estudia lo que no se considera un buen ejemplo.

- Ha de tenerse en cuenta desde una perspectiva “macrojurídica”, sin embargo, que el Derecho Administrativo constituye un producto occidental, que, en contraste con el Derecho Penal o el Derecho Privado, goza de una notable juventud. Y si bien es cierto que en su nacimiento la jurisprudencia ha ejercido un papel destacado (y no solo en Francia, con su Consejo de Estado, o en EE.UU., con su Tribunal Supremo), no lo es menos, sin embargo, que, en la exportación o importación –y consiguiente adaptación a cada sistema– del Derecho Administrativo en su conjunto entre tantos países y continentes, el debate académico y doctrinal ha ejercido un indudable protagonismo.²¹ La investigación jurídica del mundo académico ha contribuido esencialmente a las migraciones de los sistemas de Derecho Administrativo entre países, con la complicidad de la jurisprudencia y del legislador.²²

b) Primeras consecuencias de esa omnipresencia

Basten estos sencillos ejemplos para poner de relieve, en lo que ahora importa y por vía se síntesis, las siguientes consecuencias:

21. En español, recientemente, CASSESE, Sabine, *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2014, pp. 23-208. Piénsese, a título de ejemplo también, en la primera obra norteamericana en la materia, del primer profesor de Derecho Administrativo de aquel país: GOODNOW, Frank J., *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local of the United States, England, France and Germany*, 2 volúmenes, 1897.

22. Un ejemplo en tal sentido lo proporciona la misma institución del procedimiento administrativo: su origen primario y sus primeros titubeos tienen un claro origen jurisprudencial; en cambio, las obras sistematizadoras –leyes generales– son fruto del estudio doctrinal y de los expertos; la comparación de leyes generales o “codificadoras” entre países ha sido obra, también, de la doctrina, en buena medida. *Infra* núm. IV.

Primero, el análisis comparado de Derecho Administrativo lo realizan los tres poderes del Estado, y no solo el mundo académico. Constituye una actividad que acompaña al desempeño normal de todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial). Se produce dentro del Estado, y más allá de sus fronteras –esto es, en el seno de organizaciones transnacionales o globales, tengan o no naturaleza jurisdiccional–. *Todos los operadores jurídicos hacen Derecho Administrativo Comparado.*

Segundo, el análisis comparado *se mueve en todas las direcciones*: en el plano *horizontal* (entre entidades locales; entre Estados; entre organizaciones internacionales, como las redes de organismos reguladores nacionales...); *vertical*, y en ambas direcciones. Primero, de arriba hacia abajo (las organizaciones superiores, por ejemplo, a la vista de la comparación, pueden confiar la implementación y ejecución de las normas que dicten al aparato administrativo inferior o, por el contrario, ocuparse directamente del ejercicio de esas funciones ejecutivas a través de sus propios medios). Si les preocupa que la implementación y ejecución no sea homogénea, pueden resolver, o bien el dictado de normas que regulen cómo han de aplicarse las normas transnacionales a nivel nacional (de ordinario, mediante normas procedimentales), de modo que, por ejemplo, el Banco Mundial, disponga cómo se ha de proceder para decidir dónde ubicar una obra pública por este financiada, o bien ejecutar las normas globales emanadas directamente por sí. En segundo lugar, el análisis comparado puede realizarse de abajo hacia arriba; en tal caso, por ejemplo, el Ejecutivo, la Administración actuante o el tribunal competente pueden examinar si determinadas organizaciones globales satisfacen las exigencias procedimentales que les son propias de acuerdo con su respectivo ordenamiento nacional, como la participación, la transparencia y la motivación de las resoluciones, y, en caso negativo, explorar las distintas opciones o alternativas para que las incorporen a sus respectivos procedimientos decisorios, o, incluso, en caso de que no respondan a tales criterios, puede resolver su no aplicación dentro del Estado.²³

23. En este último sentido, la decisión del TJUE de no aplicar en Europa la resolución del Consejo de Seguridad en materia de congelación de fondos bancarios a personas sospechosas de terrorismo por no haberles dado audiencia ni posibilidad de defensa constituye un ejemplo ilustrativo. Sobre el tema, *vid.* KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016,

Tercero, la *finalidad* que se persigue en cada caso es *muy variada*: la resolución de un caso singular; la búsqueda de un canon, parámetro o principio a través del cual enjuiciar una controversia por parte de un tribunal; indagar cómo se implementa o desarrolla una norma que deriva de una instancia superior, sea estatal o supraestatal; contrastar las soluciones dadas a problemas análogos en otros ordenamientos; el reconocimiento y validación de un estándar; la evaluación a los efectos de acreditación o certificación; la organización general de un sector o la realización de una política pública sectorial; el intercambio y compartición de experiencias y buenas prácticas; y así sucesivamente. Cada finalidad es distinta y distinto habrá de ser el método, como seguidamente se abunda (2). En otras palabras, el método comparado contribuye a la realización de las principales funciones jurídicas: creación de nuevas instituciones y normas; interpretación del Derecho aplicable, con inducción, en caso necesario, de nuevas fuentes; y resolución de conflictos o disputas. A lo que se suma el conocimiento más profundo y sistemático del Derecho –del propio y del ajeno– que la investigación académica pueda aportar en cada caso.

Cuarto, en *común* todas estas variantes o modalidades de análisis comparado comparten dos datos: el primero consiste en la búsqueda y adquisición de *nuevos conocimientos*. Y ello a partir de una premisa: el reconocimiento de diferencias y similitudes entre diferentes sistemas, tanto en lo que hace a las necesidades y problemas, como en lo que atañe a las soluciones. El análisis comparado, dicho de otro modo, constituye un método o camino para la adquisición de nuevos conocimientos, extraíbles de otras organizaciones, ordenamientos, o doctrinas ajenas a la propia. El segundo elemento, en realidad implícito, descansa en el hecho de que la comparación exige el contraste entre diversos términos de comparación. Se compara con algo “foráneo” o “externo”. El método comparado se reserva, en efecto, para sistemas o niveles distintos del propio, sea este local, provincial, regional, estatal, supraestatal o global. Como método que es exige, por lo demás, ciencia, técnica y arte.

Quinto, la corriente mayoritaria en la que se inscribe el análisis comparado, como se desprende de los ejemplos antes transcritos, no persigue la mera adquisición de conocimientos teóricos, ni, tampoco, la importación

ejemplo que se examina desde el capítulo segundo.

indiscriminada.²⁴ Se trata ante todo de obtener *conocimientos prácticos*, con finalidades diversas.

Sexto, un efecto de la comparación, con frecuencia inadvertido, es la *mejor comprensión del propio sistema*, de sus orígenes y filiación, de sus creaciones propias. Al análisis comparado le sucede lo mismo que con las traducciones, por cierto esenciales para el método comparado. La historia de la cultura es la historia de la traducción. “La historia cultural es historia de traducciones”.²⁵ Y así ha sido desde el mundo clásico. Roma traduce a Grecia, creando en la lengua latina sus propios conceptos para expresar desde su ángulo el pensamiento originario, haciendo aún más fértil la relación entre ambas. Mientras que la cultura traducida, al verse reflejada en otra lengua y cultura se entiende mejora sí misma, la cultura y lengua que la reciben avanzan un paso más. Así, el análisis comparado hace posible no solo descubrir, en una primera decantación un tanto superficial, las analogías (en parte igual y en parte distinto) de una determinada institución, concepto, técnica o principio, sino también el propio sistema. Cada lectura –y un análisis comparado es una lectura cualificada– es nueva, como nuevo es el lector. Ello explica que, aun las “importaciones” más idénticas que puedan pensarse, adquieran en el ordenamiento receptor un sentido y alcance distintos, puesto que habrá pasado, inevitablemente, por un proceso interpretativo, y ello al margen y con independencia de que la mera introducción en un contexto ordinal nuevo implique no sin frecuencia la adherencia de no pocas singularidades.²⁶

24. Ha de notarse, en efecto, que la importación indiscriminada a nada conduce y que, por tanto, el análisis comparado como sinónimo de trasvase sin más no produce los efectos deseados. Es más, a juicio de algunos expertos (OCDE), la sedimentación y mestizaje, dentro de un ordenamiento, genera no pocas disfunciones y costes.

25. Cfr. BARNÉS, Antonio, “Introducción”, en SÉNECA, *Sobre la felicidad* (edición de Antonio Barnés), Madrid, Escolar y Mayo Editores, 2014, p. 11.

26. Un ejemplo lo ofrece el Consejo de Estado colombiano, pretendidamente copiado a imagen y semejanza del francés, y que, sin embargo, adquiere autonomía y vida propia, especificidades, que no tenía el modelo en el que se inspiró. Vid. OSPINA GARZÓN, Andrés F., “La influencia francesa en la creación de la jurisdicción colombiana de lo contencioso-administrativo”, en MONTAÑA PLATA, A. y OSPINA GARZÓN, A. F. (eds.), *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Justificación, retos y aporte al Derecho Administrativo*. XIV Jornadas de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 197 y ss.

Séptimo, el análisis comparado es de carácter *jurídico* y deja, en consecuencia, fuera otras perspectivas, que le son ajenas, aun cuando sean de suma utilidad. Así, una cosa es el análisis histórico, como lo es el análisis económico del Derecho Administrativo, y otra, bien distinta, el análisis (jurídico) comparado. Y ello sin perjuicio de que la historia sea una buena compañera del estudio comparado.²⁷ Tampoco forma parte de su objeto el estudio de fenómenos extrajurídicos, aunque interrelacionados con el Derecho, como los de carácter económico (el estudio, por ejemplo, de una crisis financiera o económica), o la dimensión politológica, sociológica o antropológica, entre otras, sin duda de enorme interés.

Octavo, la doctrina del Derecho Administrativo, desde sus mismos orígenes, ha contribuido a un *intenso tráfico jurídico* de instituciones, conceptos y técnicas entre los distintos países. Esa es la vía a través de la cual el Derecho Administrativo se ha expandido por el mundo de un país a otro. La incorporación nunca es mimética, y aunque se inserte en iguales términos en el país receptor, se refracta con frecuencia al introducirse en el seno de un ordenamiento distinto,²⁸ como se ha notado antes.

En suma: el análisis comparado del Derecho Administrativo se halla presente en la acción de todos los poderes públicos, dentro y fuera de las fronteras nacionales, y no solo en el mundo académico; sirve para comparar elementos situados en todos los planos posibles; se asocia y vincula a las principales funciones jurídicas (interpretación del Derecho aplicable; solución de lagunas; creación del Derecho; solución de controversias). A tal efecto, el método comparado proporciona nuevos conocimientos jurídicos, teóricos y prácticos, sistemáticos y puntuales.

27. Cfr. CASSESE, Sabine, *Il Diritto Amministrativo: Storia e Prospettive*, Milano, Giuffrè Editore, p. 5. La cursiva no es original. En español, véase la obra del mismo autor, más amplia y actualizada, citada en nota anterior, p. 433 y ss.

28. Un ejemplo paradigmático lo constituye la importación –mejorada– de la institución del Consejo de Estado según el modelo francés en Colombia. Por todos, *vid.* la obra colectiva MONTAÑA PLATA, A. y OSPINA GARZÓN, A. F. (eds.), *100 años de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Justificación, retos y aporte al Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, señaladamente p. 105 y ss.

2. Algunas tesis para el debate acerca del alcance y contenido del Derecho Administrativo Comparado

A resultas de cuanto antecede, obvio es decirlo, no se puede llamar “Derecho Comparado” a cualquier cosa. Así, por ejemplo, la mera noticia de otro ordenamiento jurídico o sistema –o, mejor, de alguna de sus piezas– no constituye sin más una actividad propia del análisis comparado. Las cosas son más complejas, pero también más interesantes. Aquí pretendemos hacer unas primeras precisiones de carácter metodológico, para que la obtención del conocimiento merezca tal nombre. Para ello procedemos de lo más abstracto (en el presente epígrafe), a lo más concreto (en los siguientes epígrafes 3-6).

En términos muy esquemáticos, y a tales efectos, seguidamente se esbozan algunas de las bases o presupuestos metodológicos que, a nuestro juicio, han de presidir el análisis comparado, a modo de tesis para el debate, y que aquí tan solo cabe enumerar, aunque se hallen urgidas desde luego a una ulterior profundización:

a) “Derecho Comparado” es una expresión convencional, aunque equívoca. Pues no se trata de Derecho en sí, sino de *análisis*. Es un método, no un ordenamiento jurídico.

b) No es, tampoco, una disciplina jurídica, una *rama* del Derecho (no es Derecho positivo), ni se basa en una teoría general (al menos a día de hoy), si por esta se entiende un monolítica o unitaria teoría. *Hemos de conjugar el plural*. Método, no; métodos, en plural, y en virtud de las distintas finalidades que en cada caso se pretendan satisfacer. No cabe, pues, hablar de “una” única clase de análisis comparado del Derecho Administrativo. El análisis comparado remite a una cuestión *metodológica*, variable y mudable en función de factores relevantes. De entrada se requiere una metodología y un análisis *distinto en virtud de algunos factores*, entre los que se pueden citar:

- En virtud de *quién* lo realiza (juez o tribunal nacional, un tribunal internacional de inversiones, un aplicador interno o una organización global, un académico...). *El sujeto u operador del análisis*.

- Con qué propósito o *finalidad* (llenar de contenido el principio de trato justo y equitativo en una disputa de inversiones internacionales, resolver una controversia acerca del contenido de un derecho por un tribunal de derechos humanos de ámbito regional, mimetizar o importar un principio hacia el propio ordenamiento, construir el Derecho Administrativo Global, o el Derecho Administrativo europeo, para colmar una laguna o crear Derecho, por erudición, para el intercambio de experiencias o buenas prácticas...). *La finalidad como variable*: interpretación para el caso sometido a enjuiciamiento, mimetización o importación de una institución o principio entre Estados, intercambio de experiencias de buenas prácticas...

- En el seno de qué *sistema* de Derecho Administrativo (Derecho Administrativo nacional *ad intra*, o Derecho Administrativo *ad extra* o con repercusiones más allá del propio Estado; dentro de una organización global, como la OMS, o en el ámbito de una red de reguladores nacionales, como el Comité de Basilea; etc.). *Cada sistema de Derecho Administrativo tiene una fisiología, estructura, completud e interacción distintas* y, por tanto, una comparación que se comporta necesariamente de modo diverso. Así sucede, por ejemplo, con los siguientes sistemas:

- i. Derecho Administrativo nacional *ad intra*.²⁹
- ii. Derecho Administrativo nacional *ad extra*.³⁰
- iii. Derecho Administrativo europeo.
- iv. Derecho Administrativo de las (muy variadas) estructuras organizativas globales.³¹
- v. Derecho Administrativo aplicable a la vida privada de la Administración pública y a la vida pública de los sujetos o actores

29. Su eje es “estadocéntrico” y sus instituciones y normas no producen efectos hacia fuera.

30. Es el mismo Derecho Administrativo estatal cuya activación produce efectos exteriores (actos administrativos transnacionales, como sucede habitualmente en el seno de la Unión Europea; redes de organismos reguladores nacionales que adoptan decisiones que afectan no solo al propio Estado; etc.

31. Por todos, *vid.* KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016.

privados cuando realizan actividades de interés general o de servicio público, o cuando participan en la cascada regulatoria.³²

- A efectos de *interpretar* o aplicar lo que existe, o de *crear* lo que no existe. La diferencia entre el intérprete de una obra maestra y el compositor vale también aquí. No es lo mismo acudir al análisis comparado para entender cómo resuelven otros tribunales un problema análogo, que para construir una institución. Lo primero es, sin duda, más simple y requiere una metodología más sencilla, aunque el arte de distinguir, propio del Derecho, habrá de estar siempre presente. *Interpretar y componer*, dos actividades sustancialmente distintas y en las que el análisis comparado cumple funciones diferentes.

- Y con base a lo *que se entienda por Derecho* y sus fuentes, hoy a debate en el Derecho Administrativo (comparado y global).³³ En primer lugar, *¿cuáles son los términos de la comparación jurídica?* ¿Se ha de incorporar al análisis comparado el Derecho blando o indicativo? ¿Y los actos de aplicación (licencias, convenios, contratos, etc.)? ¿Y las prácticas sociales, o comúnmente admitidas, como principios no escritos? A nuestro juicio, estos y otros interrogantes merecen una respuesta afirmativa y amplían sin duda el espectro del análisis comparado. En segundo lugar, y con ello tan solo apuntamos a una cuestión de mayor calado, como la atinente a cuáles son las características intrínsecas del Derecho Público,³⁴ o, por ejemplo, si pueden

32. Para mayor abundamiento, me remito a mi trabajo “New Frontiers of Administrative Law: A Functional and Multi-Disciplinary Approach. Private Life of Administration – Public Life of Private Actors”, en BLANKE, H. J., CRUZ VILLALÓN, P., KLEIN, T., ZILLER, J. (eds.), *Common European Legal Thinking (Essays in Honour of Albrecht Weber)*, Springer, pp. 563-588 (accesible en https://www.researchgate.net/publication/284444411_Common_European_Legal_Thinking_Essay_in_Honour_of_Albrecht_Weber).

Un *Working-Paper* de esta publicación se encuentra accesible en https://www.researchgate.net/publication/280231783_W_PAPER_ICON-S_2015_New_Frontiers_of_Administrative_Law_July_21_2015?ev=prf_pub.

33. Es de interés la obra KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016, capítulo tercero.

34. *Ibidem*.

asumirse sin más los estándares o indicadores establecidos por comunidades de expertos, ajenos al Derecho, y utilizar el Derecho como mero vehículo de transmisión y de aplicación, sin mayor examen, aun cuando esos estándares no respondan a las características tradicionales del Derecho.³⁵

c) “Derecho Administrativo Comparado”, y no “Derecho Comparado” a secas. *La lógica³⁶ o la dogmática³⁷ del primero, como quiera concebirse, es bien distinta de la lógica o de la dogmática del Derecho Privado, y, desde luego, de la del Derecho Penal. De las tres dogmáticas jurídicas, la del Derecho Administrativo se inscribe en la dogmática y en la lógica del Derecho Público, aunque cada vez presente una mayor autonomía respecto del Derecho Constitucional.³⁸ En particular, nada aporta, ni puede aportar, el comparatismo del*

35. El (criticable) ejemplo de la proyección del informe CORA (http://www.seap.minhap.gob.es/web/areas/reforma_aapp.html) –marcado por su dimensión económica, cuando no economicista como eje, proveniente de expertos en esas materias de la OCDE– y su transposición a leyes de procedimiento y de organización administrativos (Ley 39 y 40 de 2015, en España), pone de actualidad esta problemática, que tiene raíces profundas, aunque se halle en el centro del debate de numerosos movimientos científicos, como el del Derecho Administrativo Global.

Ejemplos más modestos pueden encontrarse por doquier: la instauración de un sistema sancionatorio establecido por ingenieros para regular el respeto de la luz roja del semáforo y de acuerdo con el cual no se distingue entre el infractor entre ámbar y rojo, cuando el ámbar apenas dura unas décimas de segundo y el infractor puede tener un vehículo a muy poca distancia. O un sorteo de los miembros de una comisión juzgadora que se realiza sin transparencia –eso sí, con plena eficacia– por el ordenador. En uno y otro caso, es claro que no ha intervenido el jurista. En el primer ejemplo, este exigiría que se establezca un sistema de videovigilancia que pueda discriminar, a efectos sancionatorios, de modo gradual y proporcionado, entre aquel infractor que pasa con entre luz ámbar y roja en unas circunstancias concretas, que le impiden frenar, de aquel otro que no lo respeta, segundos después de estar ya en rojo. En el segundo caso, el jurista explicará que la transparencia –ser bueno y parecerlo– constituye un elemento esencial. Nadie lego en la materia puede contrastar el programa del ordenador que sortea, por lo que no genera confianza y fiabilidad, siendo estos, como la seguridad jurídica, principios y valores que el Derecho protege.

36. Por ejemplo, NAPOLITANO, Giulio, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, 2014.

37. Por ejemplo, SCHMIDT-AßMANN, E., *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zur Entwicklung, Reform und künftige Aufgaben*, Mohr Siebeck, 2013.

38. Para evitar equívocos, ha de destacarse que aun cuando se conciba el Derecho

Derecho Privado al Derecho Administrativo, como método o como teoría. En resumen, el Derecho Administrativo Comparado tiene su propia autonomía, que corre paralela a la autonomía del sistema jurídico-administrativo.

d) El análisis comparado, como ha quedado dicho, *acompañaa muchas actividades* (de los poderes públicos intra- y supraestatales; de los altos funcionarios; de entidades privadas; de los investigadores y de los académicos...). Pero no se identifica, ni se superpone, con el resultado. Por ejemplo, el análisis comparado no es equivalente a “Derecho Administrativo Global”,³⁹ aunque este se sirva de este método a distintos fines. El método para obtener un conocimiento, no se identifica con el conocimiento obtenido.

Ese acompañamiento que hace el análisis comparado a cualquier actividad de *interpretación* o *construcción* del Derecho se extiende a todos los niveles y “objetos”, no tiene “límite espacial”:

- No termina en el examen de las *normas* de otro sistema o subsistema, sino que se ocupa animismos de los *actos de aplicación* (actos de implementación, y de ejecución, por ejemplo, por parte de las Administraciones u otras organizaciones; actos de aplicación judicial, como las sentencias, laudos y otras tantas resoluciones; etc.).

- Desborda, sin embargo, el característico binomio “legislación-aplicación”, en el que de ordinario se ha encerrado el Derecho nacional y su sistema de fuentes, y puede proyectarse, por ejemplo, sobre la entera cadena regulatoria o ciclo de una política pública (preparación de una agenda regulatoria y establecimiento de prioridades; propuesta regulatoria; consultas; aprobación; implementación; supervisión, evaluación y reforma). Es decir, el análisis comparado no solo puede tener por objeto la legislación y la aplicación del Derecho –dos

Administrativo como mero “brazo ejecutor” de la Constitución, de la que obtiene toda la influencia y nutrientes necesarios, y dejando ahora al margen la flexibilidad con la que el primero cuenta habitualmente para hacerla realidad, lo cierto es que el Derecho Administrativo posee su propio sistema de principios, conceptos, técnicas y elementos. 39. A tal efecto, me remito a la “Nota introductoria del editor” y a la entera obra colectiva, ya citada, KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016.

escalones–, sino también todas las fases que configuran el círculo o cascada regulatoria.

- Además, puede tener por objeto el estudio comparado de instrumentos regulatorios que no forman parte del tradicional sistema de fuentes –tanto a nivel interno como internacional– por carecer de carácter imperativo y vinculante (mecanismos de Derecho blando), o por consistir en estrategias cuya regulación no se basa sin más en el dictado de normas (regulación por información, regulación por mecanismos de mercado, regulación mediante colaboración interadministrativa, regulación a través de procedimientos administrativos...).⁴⁰

- Puede extenderse asimismo sobre la praxis y fisiología de las instituciones –con el auxilio a su vez de otras ciencias y métodos–, a fin de indagar, y comparar, cómo funciona u opera una determinada organización (intra- o supraestatal) en distintos ordenamientos, sin limitarse a un simple cotejo de las normas que establecen su respectivo diseño institucional y competencial, o las relativas a cómo se forma la voluntad de las organizaciones objeto de comparación (mediante participación, amplias consultas, motivación de sus decisiones, etc.), esto es, el análisis comparado puede extenderse a la práctica real de esas instituciones, a los problemas que su actuación encierra (por ejemplo, con la ayuda de la teoría política positiva pueden indagarse los intereses a los que sirven los componentes y participantes de la organización de que se trate, sea la OMC, el Tribunal Anti-Dopaje, por ejemplo).⁴¹

40. Un elocuente ejemplo de combinación o mezcla de estrategias tradicionales (normas imperativas y vinculantes, con otras, como las citadas en el texto) lo representa la denominada Directiva de Servicios, de la Unión Europea: Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior [Diario Oficial L 376 de 27.12.2006], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l33237>. El análisis comparado puede versar sobre cualesquiera de sus elementos –por ejemplo, regulación por información– y utilizar como término de la comparación el uso de esa estrategia en los ordenamientos nacionales, o en otras organizaciones internacionales, públicas, privadas y mixtas, por ejemplo.

41. Así opera el movimiento del Derecho Administrativo Global auspiciado por el

- Y, desde luego, puede moverse en cualesquiera de los estratos, niveles o sistemas de Derecho Administrativo a los que se hace referencia más abajo,⁴² bien para comparar diversos elementos de un mismo sistema,⁴³ o bien para contrastar un mismo elemento de modo transversal en cada uno de esos sistemas.

d) El Derecho más allá del Estado no constituye Derecho Comparado. El hecho de que exista un Derecho transnacional extranjero (normas transfronterizas que implican a sujetos privados, empresas, comunidades epistémicas, ONG, etc.), un Derecho supranacional (como el de la Unión Europea), o un Derecho Global (por ejemplo, normas que establecen organizaciones internacionales, como el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o la OMC) no significa que sea por ello Derecho Comparado. Esa multiplicidad de estratos y su eventual extensión a más de un Estado, suponen, eso sí, una soberanía compartida, la porosidad del Estado, la aparición de fuentes del Derecho externas, o la inserción de esas normas emanadas más allá del Estado en la cadena regulatoria del propio Estado. Ello obliga a su conocimiento, desde luego, pues no son ya un mero objeto del conocimiento intelectual, sino “bienes” o “mercancías” que se introducen en el propio ordenamiento. Ahora bien, una cosa es el aislacionismo científico –desdeñable en este contexto– y otra, muy distinta, que ello sea “Derecho Comparado”. Podrá hablarse entonces de un Derecho común, de un Derecho transnacional común a los Estados miembros (como el caso de la UE o de la OMC), de un Derecho global que nos afecta, en virtud

proyecto de investigación de la New York University, al que ya se ha hecho referencia. Por todos, KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016.

42. *Infra* núm. 3.

43. Por ejemplo, la motivación de las decisiones administrativas (acto, contrato, norma, programa o plan) entre distintos Estados (sistema nacional de Derecho Administrativo); la motivación de las decisiones que adoptan sujetos privados en el ejercicio de actividades materialmente administrativas, dentro de un mismo Estado (asociaciones profesionales que establecen estándares de conducta...), o fuera del mismo (ICANN, ISO, etc.); la motivación en las decisiones de las organizaciones internacionales públicas (el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la OMC, por ejemplo) en comparación con las que adoptan las Administraciones estatales cuando implementan las decisiones de las primeras; etc.

de cada sector o ámbito, a todos o a muchos. Común, sin embargo, no es sinónimo de comparado.

e) El análisis comparado del Derecho Administrativo, en abierto contraste con las demás ramas del Derecho, es tributario de *específicas* y *distintas ciencias auxiliares o afines*, a su vez mudables y cambiantes en función del sector o ámbito y del propósito que se persiga en la construcción o interpretación de la respectiva parcela del Derecho Administrativo (este deberá auxiliarse de la ciencia política y de la ciencia económica para entender la regulación de los mercados, mientras que deberá auxiliarse de las ciencias relacionadas con la computación y la informática si quiere entender la regulación de Internet, por ejemplo). Ahora bien, a mi juicio, no nos compete el análisis comparado de fenómenos sociales, políticos, económicos, financieros, medioambientales, técnicos o de la información. Ello queda fuera del Derecho. Nos incumbe el análisis de instituciones jurídicas, con la metodología adecuada en cada caso.

3. Niveles o estratos del análisis comparado. Algunos ejemplos de significados que recibe, o con que se utiliza, el análisis del Derecho Administrativo Comparado

A efectos de recapitular cuanto se ha notado en punto a la multifacética actividad comparatista, cabe señalar algunas de las diversas perspectivas que cabe adoptar y a las que se denomina no sin frecuencia “Derecho Comparado”. En tal sentido, análisis comparado puede ser sinónimo o equivalente de las siguientes actividades:

- *Descripción autónoma de una institución sin especial contexto.* Análisis comparado para *describir* una institución, técnica o experiencia singulares de otro ordenamiento, aisladamente consideradas, con explícita o implícita pretensión de presentarla como experiencia positiva o imagen para el propio sistema (o, cuando menos, como mera noticia, crónica o erudición). Por ejemplo, el estudio de una o más agencias o del control de la discrecionalidad en los EE.UU.; la confianza legítima en Alemania; la confidencialidad con el cliente, en el Reino Unido; etc.

- *Descripción autónoma de una institución en contexto.* Análisis comparado, con igual propósito, pero puesto en contexto. Por ejemplo, las potestades de las agencias norteamericanas vistas desde la perspectiva de su contexto jurídico y político respecto del presidente de los EE.UU., con una legitimidad democrática directa, y la función protectora del ciudadano y creadora, basada en la obtención de la información, del Derecho que cumple el previo procedimiento administrativo.

- *Descripción autónoma de una institución en contexto y en perspectiva histórica.* Añade la dimensión histórica a los enfoques anteriores. Por ejemplo, el análisis comparado para comprobar o evidenciar que una determinada práctica o principio se considera común y tradicionalmente como perteneciente al Derecho Público, como regla de reconocimiento y aceptación, de cara a determinar su pertenencia e incorporación a las fuentes del Derecho. Historia y análisis comparado van aquí de la mano: *La historia permite individualizar los períodos principales de la evolución (del Derecho Administrativo).*⁴⁴ La comparación hace posible fijar los tipos ideales. El ejemplo de las generaciones o especies de procedimientos administrativos puede ser ilustrativo.⁴⁵ O,

44. Cfr. CASSESE, Sabine, *Il Diritto Amministrativo: Storia e Prospettive*, Milano, Giuffrè Editore, p. 5. La cursiva no es original. En español, véase la obra del mismo autor, más amplia y actualizada: *El Derecho Administrativo: historia y futuro*, Sevilla, Global Law Press, 2014.

45. Sobre el tema, me remito a mis trabajos “Towards a third generation of administrative procedure”, en ROSE-ACKERMAN, Susan and LINDSETH, Peter L. (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Research Handbooks in Comparative Law, 2011; “Tres generaciones del procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho / Derecho PCUP*, N°67, 2011, número monográfico *El procedimiento administrativo a los diez años de entrada en vigencia de la LPAG*, pp. 77-108, 0251-34, Pontificia Universidad Católica del Perú; “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, (*ReDAd*) N°5, 2011, Chile, pp. 1-24; “Tres Generaciones de Procedimientos Administrativos en el Derecho Comparado: Actos Administrativos. Reglamentos. Nuevas Formas de Gobernanza y de Hacer Políticas Públicas, basadas en la colaboración interadministrativa y público-privada”, en *Los Procedimientos Administrativos: Situación Actual, a los 30 Años de Promulgación de la LOPA*, Isla Margarita, Venezuela, 2011; “Una reflexión sobre los principios generales del procedimiento administrativo. Tres generaciones de procedimiento, tres variedades de principios procedimentales”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*,

por ejemplo, para enjuiciar la justicia administrativa en Japón, y las razones por las que esta no ocupa una posición central, es necesario considerar, entre otros, dos datos históricos y una honda tradición cultural. Los dos datos históricos son la importación en la era *Meiji* del sistema jurídico-administrativo alemán (luego extendido, vía expansión imperial, a Corea, China, o Taiwán), con una clara finalidad mimetizadora o de importación, incluida la de su profesorado; y la Constitución de 1947, impuesta por los aliados (“Constitución MacArthur”), lo que ha determinado la convivencia de dos sistemas o familias jurídicas. A lo que se añade en fin la “imposición” de una Ley de Procedimiento Administrativo (1993, 2005),⁴⁶ desde los EE.UU., como condición *sine qua non* de las transacciones comerciales entre ambos países. Y el elemento tradicional de la cultura japonesa del consenso –también ante o frente a la Administración– explica que la litigiosidad sea muy inferior a la de otras democracias avanzadas y la relevancia de las técnicas extrajudiciales de protección del ciudadano, sin cuyo conocimiento no resulta fácil extraer conclusiones consistentes.⁴⁷

- *Descripción general –no autónoma o de una institución en particular, sino de un ordenamiento jurídico–*. Se trata de explorar un ordenamiento jurídico en su conjunto e identificar sus singularidades, con una marcada finalidad académica. Aquí se encuentran las primeras reflexiones comparatistas de nuestra disciplina. En ese sentido, el Derecho Administrativo francés ha sido objeto con razón de innumerables obras desde su nacimiento. En este contexto hay que situar a Dicey, a principios del siglo XX, y en particular a la primera y conocida obra de la historia (1897) que lleva por título “Derecho Administrativo

San Salvador, Corte de Justicia, Sección de Publicaciones, 2011, pp. 403-449, “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, en ABERASTURY, Pedro & BLANKE, H.J. (dir.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo - Análisis comparado del procedimiento administrativo latinoamericano*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires y Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 119-164.

46. Sobre el tema, *vid.* la bibliografía citada en nota anterior.

47. *Ibidem* (en relación con las directrices o recomendaciones). Asimismo, MURAKAMI, T., “La justicia administrativa en Japón”, en BARNÉS, Javier (ed.), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, Cívitas, 1993, p. 597 y ss., 612 y ss.

Comparado”, del norteamericano Frank J. Goodnow,⁴⁸ significativamente el primer profesor de Derecho Administrativo de aquel país.

- *Estudio comparado a instancias del legislador cuando proyecta una nueva ley.* Ello puede ser un imperativo constitucional o legislativo. Tal es el caso del análisis comparado de textos legales impuesto en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales en Japón. Numerosos parlamentos y Ejecutivos realizan estudios semejantes, aun cuando no se trate un trámite obligado.

- *Comparatismo jurisprudencial para comprender los efectos de las propias decisiones más allá de las fronteras.* Análisis comparado para comprender—dentro del Estado— el Derecho extranjero desde la propia jurisprudencia en relación con sectores especiales, a la vista de su naturaleza transnacional cuando los casos tienen implicaciones internacionales (comercio internacional, propiedad intelectual, protección de datos, medio ambiente, etc.).⁴⁹

- *Comparatismo jurisprudencial como método y fuente del Derecho.* Por ejemplo, el análisis comparado para extraer consecuencias jurídicas, a modo de fuente del Derecho, tanto *ad intra*, como *ad extra*. Ejemplo del primero, la UE.⁵⁰ De lo segundo, los principios generales del Derecho como fuente del Derecho Internacional.⁵¹

- *Comparatismo jurisprudencial para comprender la propia jurisdicción,* sus aspectos institucionales y manejar los propios cánones o parámetros de enjuiciamiento, con frecuencia vagos y abstractos (por ejemplo, en los tribunales internacionales, los conceptos de expropiación

48. Cfr. *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local of the United States, England, France and Germany*, 2 volúmenes. 1897, Reimpresión de 2012.

49. Tal es la tesis del magistrado del Tribunal Supremo norteamericano Breyer. *Vid. The Court and the World: American Law and the New Global Realities, op. cit.*

50. Los Tribunales de la UE extraen esos principios generales de las comunes tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

51. Los “principios generales del Derecho” como una fuente del Derecho Internacional (aparece como tal en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia).

indirecta).⁵² En el ámbito de los tribunales arbitrales en materia de inversión, el recurso al análisis comparado constituye un método insoslayable para rellenar y dar contenido a los principios que, como el de trato justo y equitativo (del inversor), requieren, para evitar la “visión de túnel” que deja fuera otros intereses públicos relevantes del país afectado, una comprensión más rica e integral.⁵³ El análisis comparado sirve aquí, entre otras cosas, para extraer principios generales de los ordenamientos jurídicos estatales y de otros sistemas jurídicos internacionales que prescriben estándares para el ejercicio de los poderes del Ejecutivo o de otros poderes públicos, tanto respecto del proceso administrativo, como del legislativo y de los procesos judiciales. El análisis comparado permite poner en su debido contexto las cosas y determinar, por ejemplo, si la acción estatal no ha desbordado las coordenadas que, según el resultado arrojado por el análisis comparado, enmarcan su acción respecto de las inversiones extranjeras, como indicativo para apreciar la vulneración o no de aquel principio.

- Y así sucesivamente.

En contra de lo que se ha pensado, sobre todo en otros países (así, en la misma Italia), siempre se ha hecho análisis comparado en el Derecho Administrativo. Este se ha exportado e importado constantemente por todo el mundo, como se ha notado. Hoy hay Derecho Administrativo en todas las regiones del mundo. Ello no habría sido posible sin la comparación.

Ninguna de estas u otras capas o perspectivas es necesariamente “superior” o “mejor” que las otras. Acaso todas cumplan una función, más o menos excelsa, pero necesaria. En su conjunto contribuyen al mejor conocimiento de los problemas y soluciones que se dan en otros ordenamientos o sistemas.

52. Por todos, KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, capítulo 11, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016.

53. *Ibidem*.

4. EN PARTICULAR, EL ANÁLISIS COMPARADO DE LOS JUECES Y TRIBUNALES

Merece la pena ahondar en este punto, hasta ahora poco atendido. Una cosa es el análisis comparado de carácter académico, y otra, muy distinta, el que llevan a cabo los jueces y tribunales nacionales, e internacionales (dentro y fuera del Estado) en materia de comercio, de derechos humanos, o de inversiones extranjeras, por ejemplo.

En términos cuantitativos y por su repercusión práctica, bien podría pensarse que el análisis comparado que llevan a cabo jueces, tribunales y árbitros es de mayor calado e intensidad que el que se produce en sede académica. Ello no obstante, no se trata, obvio es decirlo, de perspectivas contrapuestas o excluyentes.

El análisis judicial o cuasijudicial presenta distintas finalidades. Pueden citarse tres:

- Una es la extracción de soluciones o de *fuentes* de las que alimentarse, para colmar o completar los parámetros con los que cada uno actúa. Se trata de una función de “relleno”, de colmación de lagunas, cuando no de *creación del Derecho*. Así, por ejemplo, un tribunal arbitral puede indagar, mediante un cuidadoso análisis comparado, cuál es el sentido, alcance y límites de la protección de la confianza legítima del inversor frente a situaciones de emergencia o de carácter extraordinario a las que deba enfrentarse el Estado, con su poder regulatorio, a consecuencia, por ejemplo, de una crisis económica y financiera como la producida en los años 2007-2008.⁵⁴

- Otra es el aprendizaje *y/o importación* de doctrinas, tests, o principios para introducir en el propio sistema. Así se ha producido en numerosos casos relacionados con los derechos humanos, o con los principios generales del Derecho, como el de proporcionalidad.

- Y una tercera función es el diálogo entre tribunales nacionales, supranacionales e internacionales, llamados con frecuencia a interactuar y a conocer cuál es el espacio que a cada uno corresponde ocupar, de

54. *Ibidem*.

qué norma es guardián y desde qué punto de vista. Aquí el análisis comparado de Derecho Público (no solo de Derecho Administrativo, sino también de Derecho Constitucional, y de Derecho Internacional) permite la convivencia, interacción, deferencia, remisión o completud entre las distintas doctrinas establecidas acerca de la función que a cada tribunal corresponde, y, con ello, las relaciones entre instituciones y sectores fragmentados.⁵⁵ Las relaciones entre Tribunales Constitucionales nacionales y el Derecho de la Unión Europea representan un ejemplo elocuente en este sentido, pero no el único, pues la gobernanza global ha suscitado numerosos casos.⁵⁶

5. Efectos de la convivencia de las distintas capas, estratos, sentidos, método y perspectivas que se siguen el Derecho Administrativo Comparado

A resultas de cuanto antecede, no resta sino subrayar que todos los operadores jurídicos tienen un papel que cumplir en lo que hace al Derecho Administrativo Comparado.

- Las contribuciones del mundo académico son múltiples, y de estructura variable. Cuanto más ambicioso sea el análisis propuesto (contexto, historia, auxilio de otras ciencias afines), se hará sentir con mayor fuerza la necesidad del trabajo en equipo.
- Si el Derecho Administrativo –o sus principales instituciones, tales como el servicio público, el procedimiento administrativo, o la justicia y el control de la discrecionalidad– ha sido obra de la jurisprudencia (paradigmáticamente en el modelo francés y en el norteamericano), aunque con la ayuda sistematizadora de la doctrina, tanto en la Europa continental, como en los EE.UU., los jueces y tribunales cumplen una destacada función en el uso del análisis comparado. Si el principio de proporcionalidad ha viajado por todo el mundo no ha sido solo, ni principalmente, porque se hayan prodigado las monografías, estudios,

55. Por todos, CASSESE, Sabine, *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Sevilla, Global LawPress, 2010.

56. *Ibidem*.

tesis y artículos sobre este en todos los idiomas, sino porque los jueces lo han hecho suyo. Los jueces –nacionales, supranacionales e internacionales–, entendidos estos en sentido muy amplio y comprensivo, por tanto, de órganos cuasijudiciales (resolución de disputas y órgano de apelación de la OMC, tribunal de apelación de la ONU, etc.) o de árbitros (señaladamente, árbitros de tribunales internacionales de inversiones) tienen en sus manos dos de las funciones más relevantes: la interpretación de las normas aplicables (y el mejor conocimiento del propio sistema jurídico), y la inducción de nuevas fuentes y, con ello, de nuevas normas jurídicas, con ocasión de la búsqueda de parámetros o cánones que les sirvan de referente fijo para enjuiciar el caso de que se trate.

- No ha de olvidarse, sin embargo, que el análisis comparado viaja en la maleta del abogado experto en la materia. Los jueces “compran” –en el argot internacional– ideas expuestas por administrativistas en los distintos foros, contribuyendo de ese modo a adoptar soluciones, principios, o mecanismos provenientes de otras culturas.

- Ahora bien, nada es lo que parece. La incorporación de una técnica o de un principio, por muy elaborado o depurado que se encuentre en otros muchos países, padece, casi por definición, una suerte de refracción en el seno del propio ordenamiento jurídico. Un ejemplo paradigmático lo constituye el principio de proporcionalidad, el principio más invocado ante los jueces y tribunales de todos los niveles y lugares y que más veces da positivo, y que, sin embargo, conoce múltiples versiones, estructuras, y dimensiones (entre otras cosas, en virtud del sistema en que se inserte: nacional, global...).

6. Algunas pautas metodológicas para el análisis comparado en la investigación jurídica

En el análisis comparado de una singular institución (“microcomparación”), cabría tener en cuenta, entre otras, las siguientes orientaciones:

*a) Comparar desde un contexto cultural amplio
(historia y ciencias afines o auxiliares)*

Ello requiere, entre otras cosas:

Primero, periodificar la evolución del Derecho Administrativo, que puede, en los países occidentales, clasificarse en período clásico, moderno y contemporáneo.⁵⁷ Una misma institución –procedimiento administrativo, por ejemplo– sufre relevantes mutaciones en función de esos períodos, que coinciden o se solapan, con las formas y caracterizaciones del Estado (liberal, del bienestar, prestador, garante de la prestación...). Es necesario identificar, pues, de qué institución –de qué período histórico– estamos hablando, al objeto de poder establecer un término de comparación adecuado. No se puede comparar la organización o el procedimiento administrativo de un Estado del siglo XIX, con sus correspondencias del siglo XXI, salvo, claro está, para resaltar las diferencias fruto de la evolución.

Segundo, conocer las transformaciones que ha experimentado el Derecho Administrativo (occidental) a lo largo de esos períodos. Por ejemplo, el Derecho Administrativo contemporáneo ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los esquemas y conceptos que lo vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado exclusivamente en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de aplicación cuasi-mecánica de una omnisciente legislación primaria (iii).⁵⁸ Ninguna de esas tres coordenadas ha permanecido inalterada a lo largo del tiempo. Ello supone, a nuestros efectos, adoptar una visión más omnicompreensiva, utilizar un mapamundi actualizado, justamente, y por paradójico que parezca, porque quiere emprenderse una microcomparación.

Tercero, conocimiento de la historia, no solo de la historia del Derecho. Y de los aportes de otras ciencias afines o auxiliares, en función del término de la comparación y del criterio en que esta se base. La cuestión de más difícil solución es, como siempre, la determinación de método de diálogo entre esas ciencias auxiliares para el jurista.

*b) Comparar teniendo en cuenta el ordenamiento
jurídico en su conjunto*

57. *Infra* núm. II.

58. *Infra* núm. III.3.

El análisis de las técnicas, componentes, doctrinas o principios ha de realizarse desde una perspectiva de *conjunto* del entero ordenamiento jurídico. La interpretación finalista constituye de ordinario un aliado de la visión sistemática, puesto que nos desvela la finalidad u objetivo a que sirve cada pieza. La solución de controversias puede fundarse principalmente en técnicas extraprocerales en un ordenamiento dado (como en el caso japonés),⁵⁹ mientras que en otro el control judicial lo es todo, o casi todo, en otros ordenamientos. Comparar la justicia administrativa entre esos ordenamientos no puede ignorar ese diferente contexto. Lo que en uno se consigue en buena medida fuera del proceso, en el otro es a la inversa. Ello representa una cautela elemental, habida cuenta de la íntima relación que guardan las distintas piezas de un sistema u ordenamiento jurídico. Un mismo valor o función pueden ser atendidos por otra técnica o desde otra rama del Derecho en cada ordenamiento. La misma justicia administrativa, por ejemplo, puede hacerse realidad a través de la jurisdicción civil, de una jurisdicción especializada, de un sistema mixto, o de un órgano cuasijurisdiccional independiente. El sistema de recursos administrativos puede sustanciarse en un ordenamiento a través de órganos administrativos independientes, mediante un esquema procesal, y en el que se puedan hacer valer no solo cuestiones de legalidad, sino también de oportunidad o conveniencia,⁶⁰ mientras que en otro ordenamiento los recursos carecen de esa estructura, se sustancian ante el propio órgano que dictó el acto, y solo tienen cabida cuestiones de legalidad. Por ello, la microcomparación (recursos administrativos, o técnicas de control judicial, por ejemplo) llama por definición a abrirse hacia un entorno más amplio.

En suma, el estilo y tradición administrativos, la estructura constitucional en la que se insertan, el tipo o clase de Administración, la modalidad de acción o de gobierno, o el sector en que trabaja cada Administración, entre otros factores, han de ser tenidos en cuenta, puesto que pueden variar considerablemente en cada tiempo y lugar.

Por ejemplo, para comparar la justicia administrativa entre dos ordenamientos, habrá que tener en cuenta las distintas jurisdicciones, según

59. *Supra* nota 47.

60. Por el recurso administrativo en Alemania puede suscitarse cuestiones no solo de legalidad, sino también de oportunidad o conveniencia. No es, sin embargo, la regla en el panorama comparado.

los casos.⁶¹ Otro ejemplo: no es posible comparar leyes de procedimiento administrativo de distintos países sin tener en cuenta, por ejemplo, el nivel (federal o no) o las limitaciones competenciales de orden constitucional, o, lo que es más importante, que la ley general de procedimiento puede no ser una ley representativa, a efectos de “codificación”, como de ordinario ocurre, del estado de cosas, lo que obligará a considerar otras leyes sectoriales, que pueden desmentir, cuando no invertir, las características fundamentales de las leyes de procedimiento generales (el ejemplo del procedimiento de matriz europea en materia de medio ambiente resulta bien ilustrativo: de ordinario desmiente, comenzando por la propia instrucción del procedimiento, las reglas del procedimiento administrativo general).⁶²

c) Comparar por pares o peer review. Comparar lo comparable

Realizada esa suerte de macrocomparación, es posible emprender la microcomparación, o, en otras palabras, identificar los términos adecuados de contraste o cotejo.

Así, por ejemplo, no cabe comparar la ley española de procedimiento con la norteamericana, puesto que la primera se sitúa en una generación –esencialmente, el dictado de actos por Administraciones de corte ministerial– mientras que la segunda se halla en otra generación diferente –la producción de normas a cargo de agencias independientes, con un enorme margen de maniobra y sin un referente legislativo sólido y claro–. Pero sí es comparable la Ley norteamericana con las normas procedimentales de las agencias europeas, porque se trata de magnitudes comparables, no ya por el tamaño, sino porque responden a estructuras, finalidades, modelos de gobierno y administración entre los que cabe hacer no pocas analogías. Es evidente que carecería de sentido contrastar, por ejemplo, el *proceso penal* de un país con el *proceso civil* de otro, por no constituir magnitudes

61. *Infra* núm. IV.

62. Así, por ejemplo, mientras la instrucción o sustanciación del procedimiento administrativo en numerosas leyes generales de tantos países se apoya tradicionalmente sobre el principio de oficialidad (la Administración impulsa de oficio todos los trámites relativos a la instrucción), los procedimientos administrativos en el ámbito medioambiental invierten la regla, transfiriendo al sujeto interesado (el empresario que solicita una licencia ambiental, por ejemplo) la carga de ofrecer los estudios, pruebas, informes o elementos necesarios para instruir inicialmente el procedimiento.

comparables. Lo mismo sucede con tantos procedimientos, cuya naturaleza y estructura resultan bien diferentes, a la vista de la extraordinaria multiplicidad de funciones que estos satisfacen, las diversas modalidades de Administraciones que los impulsan, los distintos modos de gobierno subyacentes y, en suma, de la textura que a consecuencia de todo ello puedan presentar, lo que determina, como aquí se sostiene, la convivencia de especies distintas.⁶³

II. UNA PERIODIFICACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU EXPANSIÓN CONTEMPORÁNEA

La historia, como ha quedado dicho, es una buena compañera del Derecho Administrativo Comparado (1). La historia nos conduce al presente, a las coordenadas contemporáneas del Derecho Administrativo (2, 3 y 4). De este modo, se obtiene un cuadro más amplio, con sus luces y sus sombras, un contexto en suma, que permita realizar un análisis comparado más preciso.

1. Una breve periodificación del Derecho Administrativo de los Estados occidentales

Para mejor entender el contexto de cambio en el que vivimos y sus repercusiones sobre el control de la acción administrativa, se podría hacer una breve reflexión de carácter histórico, a modo de ensayo.

En tal sentido, si atendemos al “objeto” de interés predominante de cada fase histórica, podríamos diferenciar tres etapas o, si se prefiere, tres modalidades: un Derecho Administrativo de las actuaciones singulares (i); un Derecho Administrativo de las normas generales (ii); y un Derecho Administrativo de la realización de las políticas públicas en clave de colaboración (iii).

Si hubiéramos de hacer un relato corto de la historia del Derecho Administrativo como rama del Derecho positivo y como sistema científico,

63. *Infra* núm. III.

podríamos distinguir, en efecto, tres períodos, en realidad cumulativos y superpuestos, cada uno de los cuales trae o aporta nuevos materiales en derredor de un centro de gravedad distinto.

Así, por justa convención, cabría hablar del período “clásico”, “moderno” y “contemporáneo”. El primero, con el que da comienzo la historia del Derecho Administrativo, se correspondería con lo que vendríamos en denominar “Derecho administrativo de la defensa individual”; el segundo, con un “Derecho Administrativo de la defensa colectiva”; y, el tercero, con un “Derecho Administrativo del trabajo en común”, período este último en el que emerge la globalización, tal y como hoy la conocemos. No se trata de sistemas excluyentes o alternativos, sino de dimensiones y procesos que se suman, conviven y se solapan en el tiempo. Eso sí, ponen el acento en perspectivas diversas.

a) Período clásico: modelo tradicional del Derecho Administrativo. Actividad administrativa de policía y Estado liberal. Derechos individuales

El período clásico, cuyos rasgos fundamentales han llegado hasta nuestros días, tiene su eje en la acción administrativa de carácter individual –simbolizada en el clásico acto administrativo– y en la correspondiente defensa del individuo frente a la acción del poder (del ejecutivo y de la Administración, en primera instancia). Son, pues, dos caras de una misma medalla: la acción “individual” de la Administración en sus relaciones bilaterales con el ciudadano, de un lado,⁶⁴ y la racionalización del peso o impacto que sobre el individuo produce esa acción, de otro.⁶⁵ Es en esencia un Derecho Administrativo de la tutela y protección individuales, un Derecho Administrativo de contenido negativo (lo que la Administración puede o no hacer), o, por decirlo en forma gráfica, de la “luz roja” o de la “prohibición de circulación”. Un “Derecho contra la Administración”, para “embridar al poder con el Derecho”,⁶⁶ en definitiva.

64. Así, la actividad administrativa de policía.

65. Por ejemplo, mediante los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad..., o tantas otras instituciones, singularmente la de los derechos subjetivos.

66. Me remito a la anotación introductoria al libro de SCHMIDT-ABMANN, E., *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, p. XVII y ss., p. XX.

En estas claves se engasta el sistema conceptual del Derecho Administrativo tradicional que nos legara el Estado liberal, y cuya principal aportación consistirá en las formas embrionarias del Estado de Derecho, con todo lo que ello entraña y significa de progresivo avance en diversos frentes: derechos público-subjetivos, tutela judicial, principio de legalidad, reserva de ley... El concepto mismo de “intervención” o “injerencia” –verdadera unidad de medida– responde a esta lógica de defensa.

Desde este ángulo de protección individual, se construyen la teoría del acto administrativo (de gravamen o restrictivo de derechos, en particular);⁶⁷ el procedimiento administrativo para su dictado;⁶⁸ la expropiación⁶⁹ o la responsabilidad extracontractual; la institución de la nulidad como vicio en origen;⁷⁰ la contratación administrativa; o el régimen legal de la propiedad...⁷¹ La justicia administrativa, con todo, se sitúa en el epicentro del entero sistema y acapara los mejores esfuerzos (y, dentro de aquella, el foco de atención del control jurisdiccional se dirige a la discrecionalidad administrativa, en todas sus variantes o especies, señaladamente). Es esta la joya de la corona. Por lo demás, en la protección de los derechos individuales, la sombra y el influjo del Derecho Privado sobre el Derecho Administrativo resultan alargados. Es, por otra parte, un Derecho administrativo concentrado en la fachada externa, en lo que sucede fuera del edificio administrativo.

Buena parte de los debates contemporáneos sobre la crisis del Derecho Administrativo, su ocaso o pérdida de identidad o de terreno, en realidad, se refieren al Derecho Administrativo tradicional,⁷² que se corresponde con

67. Las clases de acto, por ejemplo, responden igualmente a la idea de defensa o protección: definitivo o de trámite, expreso o presunto, declarativo de derechos o restrictivo, firme y consentido, agota o no la vía administrativa, etc.

68. Modelado a tal propósito a la luz del patrón del proceso judicial (civil o penal), como mecanismo de defensa.

69. Concebido, entre otros aspectos, como procedimiento escalonado, de racionalización y ponderación de los distintos juicios que han de emitirse: presencia de interés general, necesidad de ocupación, justiprecio...

70. Entendida como fórmula reparadora de la lesión cometida.

71. Así, al tiempo que la función social justifica o legitima la delimitación del contenido dominical, se establecen los límites o umbrales, a partir de los cuales esa delimitación se transforma en una intervención susceptible de compensación...

72. *Vid.* en particular CASSESE, Sabine, *El Derecho Administrativo: historia y futuro*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2014, p. 443 y ss., originariamente

esta primera fase o modalidad, y no resultan, a nuestro juicio, reproducibles sin más ante las etapas que le han seguido, y de las que a continuación se da cuenta.

b) Período moderno: Estado social y la actividad administrativa de prestación. Intereses difusos y colectivos

En el segundo tercio del pasado siglo comienza paulatinamente a cobrar relevancia la tutela de bienes, intereses, valores y derechos de carácter colectivo. Surge así el “Derecho Administrativo de la tutela colectiva”. El medio ambiente, la sanidad, el acceso a la cultura, la creación de empleo, la defensa de la competencia, la urbanización de la ciudad, o la seguridad en el trabajo, no son sino simples muestras de un movimiento de enorme calado, evidente en las sociedades altamente industrializadas. Aun cuando estos bienes sean susceptibles de “individuación” –de conversión en derechos individuales, en ocasiones para servirse del ciudadano como “agente colaborador”–,⁷³sobresale su dimensión colectiva, como colectivo o de conjunto es su adecuado tratamiento o respuesta. A tal fin, obedece la intensa actividad gubernamental y administrativa de producción normativa que se desarrolla a partir de la segunda mitad del pasado siglo, sin duda el fenómeno más trascendente de la Administración moderna.⁷⁴

Se trata de una Administración que realiza políticas públicas para toda la población y no solo actúa para una pluralidad determinada de

publicado en inglés: “New PathsforAdministrativeLaw: A Manifest” en *International Journal of ConstitutionalLaw*, vol. 10(3), 2012, pp. 603-613. Asimismo, GAUDEMET, Y., “Le critère de droitadministratif: une questionnécessaire, une response impossible”, en *Florilèges du droitpublic*(en honor a J.P. Boivin), *La memoire du droit*, París, 2011. BARNÉS, Javier, *Transformaciones (científicas) del Derecho Administrativo. Historia y retos del Derecho Administrativo contemporáneo*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2015 (disponible en <http://es.globallawpress.org/portfolio/transformaciones-cientificas-derecho-administrativo/>).

73. Por ejemplo, la defensa de la competencia se traduce en derecho subjetivo con un cierto carácter estratégico o de colaboración del sujeto económico afectado por prácticas contrarias a la misma.

74. Vid. STRAUSS, Peter, “Los procedimientos de elaboración de reglamentos y disposiciones administrativas en EE.UU.”, en BARNÉS, Javier(ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global LawPress-Editorial Derecho Global, 2008.

destinatarios; que establece programas, planes, o reglamentos de toda clase; que interviene activamente en la vida económica... La participación en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales o en el planeamiento territorial y urbanístico; la proliferación de complejos procedimientos de carácter multilateral y de masas; o la independencia de las agencias compuestas por técnicos, entre otros, constituyen expresión de ese Derecho de la “defensa colectiva”, frente y ante el poder.

Es, por contraste con el anterior, un Derecho administrativo que mira hacia adentro, que parece concentrarse en el ámbito interno, que en el fondo piensa que lo que se halla dentro del edificio a este pertenece y no afecta a los derechos individuales.

Es, sin embargo, en términos comparativos, un Derecho Administrativo menor –en razón de su extensión– y menos evolucionado –si se mira al instrumental–. Por lo que a este último extremo se refiere, baste notar que la participación en la elaboración de disposiciones generales, con notables excepciones en el panorama comparado,⁷⁵ ha sido durante décadas un tanto rudimentaria: representa una participación tardía (cuando ya está confeccionado el “producto”)⁷⁶ y puntual (esto es, concentrada en un solo elemento formal, y no abierta al ciclo completo de la actividad).⁷⁷ En realidad, resulta ser una participación “pro forma”, dentro de un proceso jerárquico (de arriba hacia abajo), en el que no parece percibirse la necesidad de recabar del sector privado la información que este posee, para la adopción de una decisión bien informada. Se trata aún de una Administración autárquica, que sabe lo que quiere, y cómo lograrlo.

75. Es el caso norteamericano, refrendado, más que inaugurado, con la Ley federal de Procedimiento Administrativo, de 1946, y en el que desde finales de siglo XIX las agencias y sus procedimientos se conciben como maquinarias de obtención de la información necesaria en manos del sector privado. Cfr. BARNÉS, Javier, *Tres generaciones de procedimientos administrativos*, capítulo primero, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2012.

76. Valga la imagen gastronómica: el plato está ya cocinado, y apenas cabe añadir sal y pimienta.

77. No se extiende a la fijación de prioridades o de agenda; al estudio y debate de opciones y alternativas; a la evaluación de cada uno de ellas por su impacto regulatorio; a la adopción e implementación de la finalmente asumida; al control y seguimiento; reforma y revisión; etc. Piénsese, por ejemplo, en el art. 24 de la Ley española 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, expresivo de ese estado de cosas, ciertamente generalizado, aunque en evolución a instancias de organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, o internacionales, como la OCDE.

Esta situación, sin embargo, se verá por completo desbordada en el último tercio del siglo XX, hasta el punto de invertirse: ninguna Administración o agencia nacional sabe todo lo necesario, ni tiene la capacidad para conseguirlo, en amplios sectores o ámbitos. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero es suficiente para refrendar tal aseveración con recordar los mercados financieros, o de servicios; el comercio internacional; la seguridad pública, alimentaria o aeronáutica; las telecomunicaciones o Internet, el medio ambiente...

*c) Período contemporáneo. El Estado garante de la prestación.
La colaboración interadministrativa y
de las Administraciones con el sector privado*

El “Derecho Administrativo del trabajo en común” surge, pues, por “necesidades del guion”: la interdependencia social, económica, ambiental o informativa, en que consiste la globalización, reclama la colaboración de todos, de autoridades nacionales y supranacionales, de organizaciones públicas, privadas y mixtas, dentro y fuera de las fronteras.

Desde la perspectiva del “Derecho Administrativo del trabajo en común”, la cuestión no se agota en la acción exterior de las Administraciones nacionales, cualesquiera que sean los foros o sistemas en que se asienten o traben sus relaciones. La colaboración –o, mejor, la “corresponsabilidad regulada”– del sector privado con el público constituye un elemento consustancial, a un lado y a otro de las fronteras nacionales. En otras palabras: no es ya que las agencias u organismos reguladores se necesiten mutuamente en tantos ámbitos a nivel nacional, supranacional e internacional, sino que la relación de dependencia recíproca se da igualmente entre la esfera pública y la privada (como se acredita, por ejemplo, en los mercados financieros).⁷⁸ A su disciplina y racionalización habrá de contribuir el Derecho Administrativo de este tercer período.

78. Por ejemplo, organismos reguladores nacionales y supranacionales en materia de bancos, seguros, bolsa o riesgos sistémicos; FMI, Banco Mundial o Comité de Basilea... O, del lado privado, las asociaciones nacionales e internacionales en materia de contabilidad, la gobernanza corporativa de las entidades financieras, las agencias de calificación crediticia, etc.

El “trabajo en común” es, pues, obligado. Tal es la primera nota que importa ahora destacar. La globalización entendida como recíproca dependencia puede ser fruto, bien de una opción política largamente esperada (por ejemplo, la apuesta por la apertura del comercio internacional);⁷⁹ bien de una forzosa coordinación por razones tecnológicas para el funcionamiento mismo del sistema (como sucede con la gobernanza de Internet),⁸⁰ o porque la naturaleza de las cosas así lo reclama (la lucha contra el cambio climático, contra una pandemia); bien de una deseada cooperación internacional entre agencias regulatorias nacionales, por razones de economía de medios (como propugnan los EE.UU. o la Unión Europea);⁸¹ o bien de la necesaria aportación de los conocimientos científicos y técnicos del sector privado para la adecuada toma de decisiones; etc.

La segunda característica reside en la eficacia. Se trabaja en común para conseguir resultados. Ha de asegurarse de forma efectiva la seguridad en el trabajo, la creación de empleo, o el funcionamiento de los mercados financieros, por ejemplo. Aquí, el Derecho Administrativo de la “luz roja”, o de la “prohibición de circulación”, ha de dar paso al Derecho Administrativo de la “luz verde” y de las “señales de orientación” o “recomendación”. Resulta ineludible, en efecto, un Derecho Administrativo “positivo”, de la “acción eficaz”, de la “regulación adecuada”, de la “prestación efectiva” de los servicios esenciales... Se busca un Derecho que sepa preservar los bienes colectivos, los derechos individuales, al tiempo que incentiva la economía y la creación de empleo, o mejora el medio ambiente y el bienestar social.

79. Para, a su vez, evitar la discriminación, la práctica desleal, o los daños medioambientales, o favorecer la competencia y a los países en desarrollo, como propugna la OMC.

80. Pej., la ICANN o *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* que, según su propia página oficial, *is the private sector, non-profit corporation created in 1998 to assume responsibility for IP.*

81. Con la finalidad de encontrar mejores soluciones, ahorrar costes y evitar diversidades regulatorias innecesarias. Paradigmático, por ejemplo, Executive Order 13609 of May 1, 2012, Promoting International Regulatory Cooperation, del presidente Obama (disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-05-04/pdf/2012-10968.pdf>). Por parte de la Unión Europea, y en relación con EE.UU. en igual sentido, véanse las actividades y documentos destacados en las respectivas webs oficiales: http://www.whitehouse.gov/omb/oira_irc_europe y http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/regulatorycooperation/index_en.htm.

El Derecho Administrativo habrá de estar a la altura. No bastará entonces con dictar una norma o aprobar un plan o un programa, o que estos, por ejemplo, se ajusten al sistema de fuentes. Las decisiones que subyacen a estos tienen que acertar y alcanzar el objetivo perseguido. Han de conseguir lo que pretenden; suscitar adhesión en sus destinatarios; llevarse a su puro y debido efecto. Por ello, habrán de revisarse y actualizarse de continuo... El crecimiento debe de ser sostenible, la alimentación segura, el sistema financiero estable. El “Derecho Administrativo del trabajo en común” hará uso de procedimientos compuestos, en los que participan autoridades nacionales en las distintas fases; de principios o componentes procedimentales de última generación que guíen la acción de los sujetos privados que participan en tareas regulatorias; de evaluaciones de impacto regulatorio; de mecanismos de medición, control y seguimiento de los efectos que producen las resoluciones adoptadas; de organizaciones más abiertas y ágiles, que trabajan en red; etc. Es un Derecho, por ejemplo, que no se preocupa solo del límite –de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad en sentido clásico)–para ocuparse también de la prohibición de defecto, que prohíbe “quedarse corto” en la tutela y consecución de determinados valores o bienes; que no se limita al acto administrativo nacional, unilateral, estable y meramente aplicativo, porque le interesa también el acto administrativo transnacional, pactado, provisional y fuente del Derecho...

2. Una nota sobre la evolución expansiva del Derecho Administrativo contemporáneo

La complejidad creciente del Derecho Administrativo, a efectos del análisis comparado, se pone de manifiesto desde diversos frentes.

En primer lugar, el Derecho Constitucional no ya solo incorpora cada vez más técnicas nacidas en el seno del Derecho Administrativo (justicia administrativa, principios de la acción administrativa, organización, interdicción de la arbitrariedad, principio de proporcionalidad, proceso de amparo, etc.), sino que también ha instalado una suerte de “puertas abiertas” al Derecho Internacional o a organizaciones supranacionales (valga, por todos, el ejemplo del art. 93 CE y sus correspondencias en

tantas Constituciones), rellenando –y multiplicando así entre otras consecuencias– la complejidad del principio de vinculación o sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho, que ya no es solo el Derecho interno (Constitucional y Administrativo, de entrada), sino el de origen convencional, o meramente transnacional o global aplicable dentro del Estado sin intermediación legislativa con no poca frecuencia.⁸² A lo que se suma el carácter de Administración indirecta que cumple la Administración nacional respecto de una miríada de organizaciones globales (OMC, Comité de Basilea, Banco Mundial, etc.). Una misma Administración puede serlo del ordenamiento nacional, del transnacional o del global.

Al mismo tiempo, el Derecho Administrativo rivaliza con el Derecho Internacional, por cuanto, una vez creada una organización mediante el tratado, surge con frecuencia un complejo aparato administrativo a su servicio, de estructura variable, y ello sin contar con las “filiales” que esa misma organización pueda establecer y que el Estado ya no controla, llamadas todas ellas a seguir una (adaptada) cultura del Derecho Administrativo, en cuya labor el análisis comparado resulta obligado (aquí para construir, a partir de valores o principios comunes o prevalentes, lo que corresponda).⁸³

Estas interacciones y expansiones han de ser tenidas en cuenta en todo análisis comparado, y, con más razón o aún antes, en todo estudio del propio Derecho Administrativo nacional, que ya no puede ser entendido en sentido “provinciano”, aislado de toda influencia externa (sea del espacio exterior al Estado o de otras ramas).⁸⁴

82. El ejemplo más elocuente de nuevo lo proporciona la UE, pero son numerosas las organizaciones globales que dictan actos de directa aplicación (el Consejo de Seguridad puede ser otro ejemplo). En otros muchos supuestos, la implementación corresponde al Estado, aunque esa tarea –de desarrollo, ejecución y cumplimiento– se halla condicionada, en ocasiones también con reglas de procedimiento *ad hoc*, por las normas emanadas desde esas organizaciones más allá del Estado. Sobre el tema, por todos, KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016.

83. *Vid.* CASSESE, Sabine, *Derecho Administrativo: historia y futuro*, INAP-Global LawPress / Editorial Derecho Global, 2014, en particular, 399 y ss. Asimismo, MONTAÑA PLATA, A. y OSPINA GARZÓN, A. F. (eds.), *La constitucionalización del Derecho Administrativo*, XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

84. Me remito a mi “Nota introductoria del editor”, en KINGSBURY, Benedict y

Aquí, sin embargo, queremos hacer referencia desde otra perspectiva a la expansión cualitativa que experimenta el Derecho Administrativo a resultas de la apertura de sus lindes tradicionales, lo que abre, sin duda, nuevos campos a la investigación jurídica, que el análisis comparado, por su parte, no puede ignorar. Veámoslo más despacio.

a) Expansión hacia el mundo privado, hacia el mundo globalizado y hacia nuevas formas colaborativas de hacer políticas públicas

Baste aquí, a mero título introductorio y por sus consecuencias sobre la justicia y el procedimiento administrativo, hacer referencia, dentro del vasto campo de las transformaciones del Derecho Administrativo contemporáneo, al surgimiento de nuevos supuestos, que, como puntos de fuga del sistema tradicional clásico, reclaman una honda reflexión.

La primera observación previa consiste en advertir que se ha producido una suerte de “gran explosión” del Derecho Administrativo.

Ha de destacarse, en efecto, la notable expansión experimentada por la acción administrativa, sea esta desempeñada, como de ordinario, bien por el sujeto “Administración pública”, vestido de uniforme o de civil, o bien por actores privados, y ya se realice por unos u otros dentro y/o fuera de las fronteras. Y es que, como se abunda de seguido, la acción administrativa no es solo estatal, sino que se extiende más allá del Estado; además, la acción administrativa se entremezcla con los agentes o actores privados en la satisfacción de numerosas actividades de interés general (prestacionales, actividades de carácter regulatorio);⁸⁵ y la acción administrativa ha multiplicado su protagonismo en no pocas políticas públicas (urbanismo, planificación territorial, recursos y espacios naturales, medio ambiente, seguridad alimentaria, seguridad pública, salud pública...).

STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016, pp. 26-34.

85. BARNÉS, Javier, “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”, en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

Con ello no aludimos, sin más, a un crecimiento de su espacio vital, sino a algo distinto. Pues no se ha generado solo una enorme expansión –la aparición de nuevas constelaciones–, sino también cambios cualitativos, el surgimiento de nuevos centros de gravedad. Antes, por ejemplo, solo importaba que la acción administrativa fuera legal;⁸⁶ hoy más que ayer, que, además, acierte y obtenga los mejores resultados. La sociedad parecía carecer de interés (Estado y sociedad, Administración y ciudadano, se situaban en ambas orillas de un mismo río sin llegar a juntarse); toda la atención se concentraba en el ejercicio del poder formal por las Administraciones intraestatales. Las órbitas que antes describían las distintas categorías y elementos que integran el Derecho Administrativo tradicional han sufrido perturbaciones o han perdido el lazo gravitacional con su sistema originario; la centralidad de algunas instituciones clásicas ya no será la misma.⁸⁷

b) La imagen del desbordamiento de los diques o fronteras tradicionales del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo ha superado los tres diques que delimitaban sus señas de identidad como Derecho nacional, Derecho del poder, y como Derecho de vocación ejecutiva

Una imagen apropiada para describir la expansión actual podría ser la de un dique de contención. Así, podría decirse, el Derecho Administrativo desde sus orígenes habría vivido encerrado dentro de tres *diques* o de un conjunto de caracteres típicos, de acuerdo con los cuales, primero, constituye un Derecho nacional, un producto típicamente estatal o “estadocéntrico”(i); segundo, es un Derecho propio del ejecutivo y de las Administraciones cuando ejercen potestades públicas –un sistema que se activa ante el ejercicio del poder público, es decir, ante el *imperium* o la autoridad (ii); y, finalmente, representa un Derecho de marcada vocación ejecutiva: la Administración aplica lo que el legislador ha preestablecido;

86. Véase el capítulo primero de SCHMIDT-AßMANN, E., “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en la obra colectiva *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, *op. cit.*, p. 88 y ss.

87. Véase el siguiente epígrafe.

esta se halla vinculada a la Ley y al Derecho; y ocupa un papel puramente subordinado– (iii).

Todas las señas de identidad del Derecho Administrativo tradicional –y las de la justicia con ella– se enmarcan, y se explican, dentro de esas coordenadas. Hasta ahora.

c) La apertura de cada una de las fronteras tradicionales. Breve ejemplificación

Hoy, como se ha notado, se han visto desbordados los tres diques que lo contenían en esas funciones, ciertamente limitadas. Ninguno de ellos ha permanecido incólume al impacto.

El Derecho Administrativo contemporáneo, en efecto, ya no se concibe a sí mismo solo y exclusivamente como un sistema aislado, encerrado en los esquemas y conceptos que lo vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de aplicación cuasi-mecánica de una omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas ha permanecido inalterada a lo largo del tiempo.⁸⁸

Como simple recordatorio de fenómenos conocidos:

- Hay acción administrativa de carácter supranacional. De un lado, el “espacio exterior” está poblado de toda clase de organizaciones públicas, privadas y mixtas, que cumplen relevantes funciones “administrativas” (regulatorias y prestacionales) más allá del Estado (piénsese, por ejemplo, en el Comité de Basilea). De otro, en el “espacio interior” las Administraciones nacionales se erigen en protagonistas en la gestión indirecta del Derecho emanado al otro lado del Estado (Unión Europea, OMC...).

- Hay acción administrativa aun cuando no exista ejercicio del poder o autoridad en numerosos ámbitos, como sucede en el caso de actividades regulatorias de carácter no vinculante (Derecho blando, por

88. Para mayor abundamiento véase la obra colectiva: BARNÉS, Javier, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2012, capítulos primero, segundo y cuarto (partes segunda y tercera).

ejemplo), y en el de la prestación directa de servicios públicos, tareas ambas que comparte con los sujetos privados (por ejemplo, en el campo del establecimiento de estándares, o de los sectores regulados, respectivamente).⁸⁹

- Hay acción administrativa más allá de lo puramente ejecutivo. No faltan, como se ha dicho, “superagencias”, en tantos sectores, responsables de lo normativo y de lo ejecutivo (ya desde antaño en el urbanismo o en el planeamiento territorial; más modernamente, en el medio ambiente, la seguridad pública, alimentaria, en la regulación de los mercados financieros...).

En síntesis, y si, como aquí se postula, el Derecho Administrativo ha de extenderse por esos terrenos, podríamos expresar esa *gran expansión*—y la pluralidad de centros de gravedad que de ella se sigue— del siguiente modo:

- De un Derecho (solo) nacional a (también) un Derecho supraestatal y global.

- De un Derecho (solo) público, a un Derecho (también) privado, y en donde importa no solo la acción administrativa sometida al Derecho privado, sino asimismo la acción privada sujeta al Derecho Administrativo.⁹⁰

- De un Derecho (solo) de ejecución o aplicación, a (también) un Derecho de realización de políticas públicas.

Y, a partir de ahí, podríamos añadir otros deslizamientos de la disciplina tradicional, en realidad consecuencia de los primeros, tales como:

89. A mayor abundamiento, puede verse mi trabajo “¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho privado?”, en la obra colectiva BARNÉS, Javier(ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, segunda edición, Sevilla, Global LawPress, 2012, p. 305 y ss.

90. *Infra* III.1. A mayor abundamiento, puede verse mi trabajo “¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho privado?”, en la obra colectiva *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, *op. cit.*, p.305 y ss.

- De un Derecho esencialmente forense, centrado en el control judicial, a un Derecho (también) rodeado de otros controles previos o preventivos y a estructuras o estrategias que evitan la patología.⁹¹

- De un Derecho “contra” la Administración a un Derecho (también) de la eficacia, del acierto, de la excelencia de las acciones administrativas.

- O, lo que es lo mismo, de un Derecho de contenido (solo) negativo y defensivo (lo que está prohibido), a un Derecho (también) de carácter positivo y prestacional.⁹²

Los ejes, en definitiva, se desplazan; surgen otros puntos de interés, nuevas tareas que acometer. El Derecho Administrativo como ciencia del siglo XXI se encuentra en su infancia.

d) Algunos retos del sistema tradicional del Derecho Administrativo

El sistema científico del Derecho Administrativo contemporáneo se enfrenta así a numerosos cambios. No se halla sujeto con ello a una mera operación de ensanche –sumar al sistema de la defensa individual y colectiva un nuevo esquema–, sino a una verdadera transformación.

En este tercer período, en realidad, el Derecho Administrativo ha visto desbordados los diques que lo contenían en unas funciones ciertamente limitadas. El Derecho Administrativo contemporáneo ya no se concibe a sí mismo como un sistema aislado, encerrado en los moldes que lo vieron nacer, es decir, como Derecho típicamente nacional (i), concentrado en el ejercicio de poder o de autoridad (ii), y como Derecho de vocación “eje-

91. Por ejemplo, además de los controles de disciplina financiera, o contable, por ejemplo, el control del público sobre la Administración actuante, por medio de la transparencia y el acceso a la información (en materia de medio ambiente, como dispone el Convenio de Aarhus), y de la participación en las distintas fases del ciclo de la política pública; control de una Administración sobre otra (como sucede entre la Administración medioambientalmente responsable que vigila y supervisa el procedimiento de la Administración interviniente o competente, en el ámbito de la evaluación estratégica ambiental); etc.

92. Sobre ello volvemos en el último epígrafe.

cutiva” o de aplicación cuasi-mecánica de una todopoderosa y omnisciente legislación primaria (iii). Ninguna de esas tres coordenadas ha permanecido inalterada a lo largo del tiempo.⁹³

La red de actores –públicos y privados– que se insertan en la cadena regulatoria de cualquier sector o ámbito deviene sumamente compleja y cambiante, cada uno de ellos con funciones o roles específicos. Red de actores y multiplicidades de tareas y responsabilidades, que, como se ha ejemplificado y se abunda en el presente libro, no se queda detrás de las fronteras nacionales; no se expresa (siempre) en manifestaciones de poder formal o de autoridad;⁹⁴ ni (habitualmente) ejerce funciones meramente ejecutivas.⁹⁵

Este simple dato –la complejidad de la cadena o actividad regulatoria, quebrados los muros tradicionales– muestra la ingente tarea que el Derecho Administrativo contemporáneo tiene ante sí, tanto en el plano científico, como normativo.

Con todo, y por paradójico que pudiera resultar, la globalización comienza “en casa”. Y ello por múltiples razones. Entre otras, primero, porque el Estado, y sus Administraciones, así como las organizaciones privadas que se encuentran en su suelo, habrán de participar, con reglas de juego renovadas, en la fase ascendente y descendente en la formación de la voluntad (doble proceso este subrayado en el ámbito de la Unión Europea y con frecuencia olvidado en tantas otras manifestaciones de la intensa “vida exterior”);⁹⁶ segundo, porque la ley parlamentaria ha de contemplar este fenómeno para establecer las condiciones de las delegaciones, transferencias, reconocimientos o encomiendas;⁹⁷ tercero, porque la ejecución

93. Para mayor abundamiento véase la obra colectiva: BARNÉS, Javier, *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2012, capítulos primero, segundo y cuarto (partes segunda y tercera).

94. Por ejemplo, estandarizaciones o estándares voluntarios, certificaciones, evaluaciones o controles, etc.

95. El caso ya citado de los sujetos públicos y privados en los mercados financieros resulta elocuente.

96. Piénsese, por ejemplo, en la participación del propio Banco central en el Comité de Basilea: si realmente, en la fase ascendente y descendente, antes y después de acudir a este, somete sus planteamientos, propuestas o análisis a consultas...

97. *Vid.* BARNÉS, Javier, “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores

del Derecho más allá del Estado sigue siendo, en buena medida, interna; y, cuarto, porque, cuando la aportación de cualquier sujeto público o privado a nivel interno pueda presentar una dimensión global, habrá de incorporar responsablemente los principios y valores propios de la cultura jurídico-administrativa.

Baste un simple ejemplo, que apenas apunta a una pequeña parcela de esa interconexión, y es la participación de las instituciones nacionales en el espacio global. Un caso que de entrada pone de manifiesto que la globalización comienza “en casa”, o, lo que es lo mismo, que el Derecho Administrativo nacional se sabe regidor no solo de unas Administraciones que tan solo obedecen a los impulsos estatales, que son “estadocéntricas”, sino que hacen buena parte de su trabajo fuera, que tienen una “doble”, cuando no una “triple nacionalidad”.

Piénsese, en efecto, en la fase ascendente y descendente que habrían de cursar, desde la renovada perspectiva que ofrece una visión más allá de nuestras fronteras, las instituciones nacionales, y en particular las Administraciones, cuando operan más allá del Estado, en cualesquiera de las estructuras y fórmulas posibles (como pueden ser las redes transnacionales de reguladores, por ejemplo). Así, un Banco central, bien cuando se reúne, en el caso europeo, en Frankfurt, o a nivel global en Basilea, no puede operar como si solo jugara en casa, ni, menos aún, con una doble vara de medir: en el interior, sujeto a toda una suerte de exigencias procedimentales básicas y a tantos otros requerimientos sustantivos; y, en el exterior, sin su respeto u observancia. En este supuesto, las consultas públicas y la participación (de la industria financiera, de los usuarios, de las Administraciones implicadas...), tanto a la hora de “hacer las maletas”, como al volver de sus respectivas reuniones, en las que se adoptan decisiones vinculantes o no vinculantes, pero efectivas, que afectan no solo al propio país, sino a terceros países, e incluso a individuos y empresas en particular radicadas en otros, constituyen ejemplos elocuentes.

Este planteamiento se hace extensivo a los parlamentos nacionales y a los tribunales. Los parlamentos nacionales también se ven cada vez

privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”, en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

más involucrados –y deben verse aún más– en la supervisión y control de lo que sus respectivas autoridades nacionales realizan más allá del Estado, antes de que estas presten su conformidad. El diálogo de los tribunales nacionales (en particular, los constitucionales) con otros tribunales en la construcción del sistema jurídico global no es más que otra expresión del mismo fenómeno.

El principio democrático que ha de alimentar a las instituciones globales se fortalece también “desde casa”, aunque sea en una pequeña medida, puesto que depende de la estructura administrativa global. Así, la autoridad nacional que participan en una red intergubernamental habrá de servirse de mecanismos e instrumentos que hagan que sus decisiones tomadas fuera puedan controlarse mejor dentro, y responder en última instancia ante los representantes del pueblo.

Ha de evitarse, pues, una nueva fuga. Si a comienzos del siglo XX se hablaba de la “huida al Derecho privado”, a inicios del presente no debiera poder hablarse de la “huida al espacio exterior”, donde los sujetos públicos y privados resuelven y deciden sin los principios que les rigen en el plano doméstico, y donde “lavan” las normas o prácticas que no podrían establecer en el seno de los Estados democráticos, sujetos a mayores controles, tanto del legislador y de los tribunales, como de los grupos afectados y de la sociedad en su conjunto. Como también ha de prevenirse, en otras palabras, la confusión a que inducen en ocasiones las clásicas divisiones “interior-exterior”, “nacional-supranacional”, “nacional-internacional”, entendidas como “nosotros” y “ellos”, y donde los “otros” –de nuevo– no son sino una ficción, como con notable artificio tantas veces se contemplan las decisiones europeas, y más aún las “globales”, en las que parece que el Estado no ha participado, ni haber formado parte.

3. ¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo contemporáneo? ¿El “final del Derecho Administrativo” o el surgimiento de un “nuevo Derecho Administrativo”?

- Naturalmente, y aunque aquí no podamos dar debida cuenta de esta rica problemática, las cosas podrían plantearse al modo inverso, es decir: si las premisas sobre las que nació el Derecho Administrativo se han visto ampliamente desbordadas, entonces este quedaría circunscrito a

su recinto originario de cuatro paredes, concentrado en lo que “le es propio”. Y esos nuevos fenómenos no serían de su competencia. Sabino Cassese ha sintetizado este dilema: “The literature of the last ten years contains numerous references to two opposite trends: on one hand, ‘the end of administrative law,’ on the other, the ‘new administrative law’”.⁹⁸

- En este contexto, no está de más recordar que el Derecho Administrativo ha vivido con una permanente crisis de identidad. Piénsese que todos los intentos de definir lo que sea Administración a la luz del principio de la división de poderes han resultado frustrantes. No ha podido existir acuerdo acerca del ámbito material de las actividades que desempeñaba la Administración en contraste y a diferencia de los demás poderes públicos. Lo más que puede decirse con certeza es “lo que no es”, como sostiene la teoría residual o negativa, que, como tal, resulta insatisfactoria. La Administración, se dirá, se deja describir, no definir.

- Pues bien, a esa tensión conceptual cabe añadir hoy otra, más profunda aún, y que se refiere a la delimitación o ámbito de la disciplina, a la extensión de sus confines y desde luego de su objeto. ¿Hasta dónde llega el Derecho Administrativo? ¿Es de aplicación a los sujetos privados cuando ejercen actividades esenciales o de servicio público, o cuando participan en la cadena regulatoria? ¿Y si esos actores privados operan fuera de las fronteras nacionales? ¿Resulta aplicable a la Administración pública cuando hace las maletas y acude a foros informales, más allá del Estado? ¿Y cuando la Administración no ejerce potestades públicas (dicta derecho blando, intercambia o gestiona información...)? Y, en su caso, bajo qué formas o formatos, dado que, y ello parece poco discutible, la mayor parte de las herramientas del Derecho Administrativo se han desarrollado para unos escenarios distintos: en esencia, para los supuestos en que la Administración ejerce potestades o autoridad *ad intra*.⁹⁹

98. CASSESE, Sabine, “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, *I-CON*, 2012, Vol. 10, Nº3, p. 603.

99. Simbólicamente, el acto administrativo como decisión unilateral y las técnicas coercitivas a su servicio, pero también el procedimiento, la organización..., y, desde luego, la justicia administrativa.

Ha de reconocerse que si, como aquí se postula, los diques que contenían la disciplina tradicional se abren, su ámbito se expande, con perfiles *cualitativos* necesariamente distintos. Y en lo que al control judicial de la acción administrativa se refiere, esta habrá de correr en paralelo a la expansión material del Derecho Administrativo (acción privada,¹⁰⁰ acción exterior,¹⁰¹ acción “blanda”,¹⁰² acción “poderosa”...),¹⁰³ de un lado, y, de otro, servirse de los adecuados parámetros o cánones¹⁰⁴ cualquiera que sea la jurisdicción a la que se le atribuya.

- A nuestro juicio, se trata, en primer término, de una cuestión práctica, antes que “filosófica”. Téngase en cuenta, en efecto, primero, que los nuevos escenarios o fenómenos (globalización, privatización, y las correspondientes formas de gobernanza) no pueden quedar fuera del Derecho y, en consecuencia, del subsiguiente control judicial; y, segundo, que la rama que más experiencias tiene acumuladas en esos terrenos y funciones es, sin duda, el Derecho Administrativo. Ciertamente, desde este enfoque, nos adscribimos a la tesis de un nuevo Derecho Administrativo, aunque en realidad se trata de la emergencia de una nueva capa o sedimento, que se suma a los demás, en una escala evolutiva.

¿Por qué el Derecho Administrativo no ha de seguir siendo lo que fue, un Derecho *nacional, público y ejecutor*? ¿Por un mero prurito de “caza y captura”, de reconquista de las pérdidas padecidas? Porque hasta ahora las escapadas, ya centenarias, al Derecho privado, más allá de los reproches doctrinales y jurisprudenciales de que ha sido objeto, y del levantamiento

100. Administración sujeta al Derecho Privado; Actores privados sujetos al Derecho Privado, con exigencias y principios de Derecho Administrativo.

101. Acción exterior de la Administración, sea en foros informales, redes u organizaciones mixtas.

102. Acción que no es ejercicio de autoridad: creación de Derecho blando, negociaciones, actuaciones materiales de obtención o gestión de la información...

103. Esto es, la acción “legislativa-ejecutiva” de las superagencias (bancos centrales, agencias de seguridad alimentaria, del medicamento...).

104. Principios o valores extraídos del Derecho Público (participación, representatividad, objetividad, imparcialidad, transparencia, motivación, control...).

de ciertos límites y condiciones, no han deparado, parece, reacción alguna. El Derecho Administrativo no cruzaba la raya.

La respuesta que ahora puede avanzarse ha de ser necesariamente un tanto esquemática y acaso superficial. Y reside, en primer término, en razones de orden práctico: la realidad desgajada del Derecho Administrativo tradicional, la que ha desbordado esos diques, puede ser dominada con los valores o experiencias del Derecho Administrativo, más que con ninguna otra rama.

Antes la regulación era pública e imperativa, o no era regulación —o eso se creía—; los servicios públicos se gestionaban de forma directa o indirecta por la Administración, pero sin la participación del mercado; la vida exterior conocida era la que protagonizaban un par de centenares de organizaciones internacionales, y todo lo demás parecía no existir. Antes el Derecho privado se presentaba no ya como un Derecho más flexible y libre, sino como un Derecho que giraba en torno a la propiedad, a cuyo servicio se hallaba la autonomía de la voluntad; era, pues, un Derecho “individualista”.¹⁰⁵ Hoy, en cambio, la regulación es pública, pero también privada; los servicios públicos se prestan en régimen de monopolio y en régimen de mercado; la vida exterior, ajena al Derecho internacional clásico, es de una inusitada intensidad. Las instituciones clásicas del Derecho privado (propiedad...) han perdido la centralidad de antaño, y, sobre todo, han incorporado elementos indisponibles que lo aproximan a la cultura del Derecho público, y en cuya virtud pretende alcanzarse la colaboración en la consecución de valores que antes parecía monopolizar el Derecho Administrativo.¹⁰⁶

En ese contexto, en efecto, la rama que mejor ha cultivado durante dos siglos el dominio del poder ejecutivo y administrativo; la dirección de los servicios públicos; y la disciplina de la regulación,¹⁰⁷ ha sido, sin duda, el Derecho Administrativo. De su sistema habrán de nacer, a nuestro juicio, y

105. Vid. GROSSI, Paolo, *Los bienes: itinerantes entre la “modernidad” y la “posmodernidad”*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013 (en prensa).

106. Garantías y contrapesos ante posiciones de supremacía material; representatividad de los sujetos que establecen regulaciones privadas; mecanismos de control; evitación de conflicto de intereses; etc.

107. Reglamentos de toda clase, anteproyectos de ley, planes territoriales y urbanísticos, programas, instrumentos de planificación económica...

así está siendo de hecho,¹⁰⁸ los esfuerzos por disciplinar esos nuevos espacios que han estado por definición extramuros del Derecho Administrativo.

- No parece casual que el florecimiento mundial del Derecho Administrativo—comenzando por los países del *commonlaw*—¹⁰⁹ se haya producido precisamente cuando, como fruto de la globalización y de la privatización entre otros fenómenos, parecía que el Estado iba en retirada para transformarse en una suerte de Estado minimalista. Resulta irónico, en efecto, y desde luego llamativo, que cuando la globalización adquiere unas dimensiones sin precedentes se empiece a hablar de “Derecho Administrativo Global”.¹¹⁰ Y que cuando la (mal llamada) privatización, esto es, cuando la corresponsabilidad entre el sector público y el privado en tareas regulatorias y en actividades esenciales se convierte en un proyecto que ha cambiado el panorama político y administrativo a nivel mundial, y tantos servicios antes prestados por el propio Estado se externalizan, sea el momento en el que el administrativista se pregunte por la extensión de su disciplina a esos nuevos territorios (régimenes mixtos, sectores regulados...),¹¹¹ Serán muchos los que, por ejemplo, apuesten por expandir los valores del Derecho Administrativo a través del Derecho Privado, en lugar de establecer normas administrativas que rivalicen con aquel,¹¹² lo que exige entre otras cosas destilar esas esencias del Derecho Administrativo (consultas y participación, transparencia, motivación, representatividad, independencia y objetividad, control y rendición de cuentas...), para transportarlas a las áreas “desregu-

108. *Infra*núm.IV.3.

109. Véase TAGGART, M., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, p. 2.

110. Por todos, <http://www.iilj.org/gal/>

111. “It might be no coincidence that the self-conscious identification of public law values dates back to the early 1980s in Britain and was a response to deregulation, privatisation and the underlying theoretical attacks on the ‘public-regarding’ starting point of administrative law”, *Ibidem*, p. 3 y nota 10.

112. HARLOW, Carol, “The ‘Hidden Paw’ of the state and the publicisation of private law”, en DYZENHAUS, David, HUNT, Murray and HUSCROFT, Grant (eds.), *A Simple Common Lawyer: Essays in Honour of Michael Taggart*. Oxford, UK, Hart Publishing, 2009, pp. 75-97; McLEAN, Janet (University of Dundee), “British Idealism and the Administrative State”, consultado en <http://www.law.yale.edu/academics/conference.htm>, Conferencias sobre Derecho Administrativo Comparado, en la Yale Law School, en 2009, unpublished manuscript, p. 23. Asimismo Jody Freeman, “Extending Public Law Norms Through Privatization”, *116 Harv. L. Rev.*, 2002-2003.

ladas” o “privatizadas”.¹¹³ A nuestro juicio, en efecto, la primera estrategia ante estos fenómenos es la interiorización en el seno del Derecho privado de los valores públicos antes citados.¹¹⁴

4. Nuevos perfiles cualitativos del Derecho Administrativo

No estamos, por tanto, ante una mera expansión territorial del ámbito material del Derecho Administrativo. Es, más bien, una redefinición cualitativa, lo que exige una reflexión sobre sus lindes, puesto que los pilares del Derecho Administrativo se hallan en proceso de transformación. En lo que ahora importa, y a nuestro limitado propósito, es suficiente con notar que el “formato” del Derecho Administrativo habrá de ser en cierto modo distinto, en cada caso. No es lo mismo una Administración de corte ministerial en pleno ejercicio su autoridad, o un banco central independiente, que una sociedad anónima de capital público creada para gestionar infraestructuras aeroportuarias, que una empresa privada en los sectores regulados que contrata según los principios de la contratación pública, como tampoco lo es el Derecho Administrativo nacional sin repercusiones hacia fuera, que el Derecho Administrativo que han de practicar las organizaciones transnacionales.¹¹⁵

Así, si lo que se pretende es proyectar –inocular, transponer o infectar– valores públicos en organizaciones privadas, dentro y fuera del Estado, habrá que recurrir a los valores públicos en forma de *principios y criterios generales*, y a su interiorización por parte del Derecho Privado, nunca a una mecánica aplicación en bloque de las normas concretas de procedimiento administrativo o de contratación pública, por ejemplo, a los actores privados, pues en caso contrario se disolvería el Derecho Privado.¹¹⁶

113. TAGGART, M., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, p. 3.

114. BARNÉS, Javier, “¿Le importan al Derecho Administrativo las organizaciones y los procedimientos sujetos al Derecho Privado?”, en BARNÉS, Javier(ed.), *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, 2ª edición, pp. 305-338.

115. Me remito a mi “Nota introductoria del editor”, en KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016, pp. 26-34.

116. Me remito a mi trabajo “New Frontiers of Administrative Law: A Functional

IV. LA COMPLEMENTARIEDAD DEL ANÁLISIS HISTÓRICO Y EL (JURÍDICO) COMPARADO. EL EJEMPLO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. La práctica del análisis comparado en materia de procedimiento administrativo, una constante histórica

a) *El auge de la comparación del procedimiento administrativo*

El estudio comparado del procedimiento es tan antiguo como el procedimiento mismo,¹¹⁷ como lo son las influencias recíprocas entre ordenamientos. Pocas instituciones del Derecho Administrativo han despertado tanto interés “comparatista”.¹¹⁸ Y ello pese a que, en teoría, la doctrina clásica parecía centrarse en su respectivo “producto nacional” –sin filiación o relación de pertenencia a comunidad–.¹¹⁹ Sea como fuere, las huellas del influjo e interacción que el procedimiento ha tenido en cada país resultan apreciables.

Por ejemplo:

(i) El modelo español, a partir de 1958, inspiró numerosas leyes de la antigua América hispánica, mientras que la legislación austriaca de 1925 sirvió de ejemplo para otros países de su entorno, pertenecientes al recién extinto Imperio Austro-Húngaro.

and Multi-Disciplinary Approach. Private Life of Administration – Public Life of Private Actors”, en BLANKE, H.J., CRUZ VILLALÓN, P., KLEIN, T., ZILLER, J. (eds.), *Common European Legal Thinking (Essays in Honour of Albrecht Weber)*, Springer, pp. 563-588 (accesible en https://www.researchgate.net/publication/284444411_Common_European_Legal_Thinking_Essay_in_Honour_of_Albrecht_Weber).

Un *Working-Paper* de esta publicación se encuentra accesible en https://www.researchgate.net/publication/280231783_W_PAPER_ICON-S_2015_New_Frontiers_of_Administrative_Law_July_21_2015?ev=prf_pub.

117. La comparación puede ser *ad intra*, dentro del propio Estado, entre distintos procedimientos, y en sus distintos niveles (federal y federado, por ejemplo), o *ad extra*, entre diversos sistemas u ordenamientos jurídicos. *Vid.* BARNÉS, Javier, 1993.

118. Al fin y al cabo, procedimiento y organización constituyen las primeras piedras en la construcción de la Administración contemporánea, a partir del siglo XIX.

119. La doctrina de cada país se ha concentrado con frecuencia en su propio sistema, lo que ha terminado por generar conceptos “nacionales” de procedimiento administrativo.

(ii) EE.UU. ha ejercido su influjo a distintos niveles y en diversos momentos (Japón, Unión Europea). Japón, un país que practica el análisis comparado de forma sistemática antes de elaborar cualquier texto legal, como ha quedado dicho,¹²⁰ ha tenido presentes diversos modelos durante décadas en materia de procedimiento.¹²¹ Así, pudo mirar hacia el modelo austriaco en una primera etapa, para luego inspirarse abiertamente en el esquema norteamericano.¹²²

b) Algunas razones o factores desencadenantes del comparatismo

(i) Sin duda, una de las razones que, a nuestro juicio, explican este singular fenómeno –transmisibilidad, interacción, interés recíproco– responde al hecho de que toda obra “codificadora” del procedimiento administrativo –sea en forma de leyes generales o comunes, a modo de principios, o sea de reglas de detalle– ha sido fruto, de ordinario, del trabajo de la doctrina científica, y de la experiencia de altos funcionarios y prácticos del Derecho, de los expertos, en suma. A ellos, y no a los jueces –que han establecido históricamente no pocas garantías de procedimiento–, correspondía hacer abstracción y crear sistema en medio de la multiplicidad y singularidades de los procedimientos especiales. Entre los estudiosos siempre ha estado presente el comparatismo, en cualesquiera de sus manifestaciones, niveles o análisis.¹²³

(ii) A ello se añade que, en el Estado administrativo de nuestro tiempo, el procedimiento administrativo parece seguir la misma lógica de la vieja *Lex Mercatorum* medieval, en su búsqueda de normas y principios comunes que favorecieran el comercio entre los mercaderes más allá de las fronteras. Hoy día la globalización evidencia que el procedimiento no solo sirve para atender cuestiones internas y de organización doméstica, sino también la actividad transnacional. La inversión extranjera, el comercio internacional o el establecimiento y prestación de servicios, o el medio ambiente, por solo

120. *Supra* I.3. Sobre el tema, me remito a mi trabajo *Tres generaciones de procedimientos administrativos*, Sevilla, Global Law Press, 2013.

121. *Ibidem*.

122. *Ibidem*.

123. *Ibidem*.

citar algunos ejemplos, reclaman “códigos” y valores homologables.¹²⁴ La autorización a la que se sujetan esas actividades para el acceso al mercado, por ejemplo, ha de resolverse en términos equivalentes. El Estado que no responda a las necesidades comunes de esas actividades (fiabilidad, consistencia, seguridad, celeridad, entre otras) quedará fuera de juego. Y del establecimiento de esa “infraestructura” jurídica se encarga justamente el procedimiento administrativo.

- Así, por ejemplo, el diseño de los procedimientos autorizatorios (para la inversión o la instalación de una industria extranjera en el país) requiere una cierta convergencia por ambas partes, como son la previsibilidad y claridad de las reglas de juego, la firmeza y consolidación de las decisiones, la motivación y el control, la transparencia y la rapidez, la simplificación entendida como servicio al ciudadano, la economía...¹²⁵

- Por ejemplo, el Gobierno norteamericano consideró la falta de transparencia y de procedimientos bien definidos en la Administración japonesa como un impedimento estructural y determinante para las relaciones económicas entre los dos países. Ello contribuyó a precipitar definitivamente la aprobación de la Ley japonesa de 1993.¹²⁶

- En consecuencia, si la legislación de procedimiento diseña las reglas de juego más elementales en lo que hace a la interacción entre la Administración con el ciudadano y el empresario, y de

124. Vid. señaladamente KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016.

125. Prueba de su relevancia, a título de ejemplo, son los servicios de asesoramiento que en esta materia despliega el International Finance Corporation (IFC) en favor de los gobiernos (<https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/>), del Grupo del Banco Mundial. Así, puede consultarse el documento *How to Reform Business Licenses*, 2010 (anexo E). O, más aún, los esfuerzos de la OCDE en materia de procedimiento administrativo en general, y por su relación con la inversión, en particular: véanse en tal sentido el documento *Streamlining administrative procedures* y, en unión, con la United Nations Industrial Development Organisation (UNIDO), el estudio *Effective Policies for Small Business* (anexo E).

126. BARNÉS, Javier, *Tres generaciones*, op. cit.

las Administraciones entre sí, el recurso al análisis comparado representa un método inexcusable, a fin de identificar y registrar los principios generales comunes, esto es, los “códigos” o valores que han de practicar las Administraciones de los Estados, o las organizaciones globales, las necesidades a satisfacer. O, cuando menos, para reflexionar sobre las experiencias acumuladas en otros sistemas jurídicos. Las reglas básicas sobre la audiencia del interesado o la participación del público y de la industria afectada en la elaboración de reglamentos, la motivación de las decisiones, la transparencia o la seguridad jurídica, por ejemplo, tienen amplias consecuencias o efectos a nivel internacional.¹²⁷

La universalización de los básicos estándares procedimentales, de un lado, y las expectativas que se generan en los agentes económicos de los diversos países, de otro, constituyen un factor fundamental que retroalimenta el análisis comparado.¹²⁸

c) Pluralidad

Ahora bien, esa apertura hacia el exterior no es sinónimo de uniformidad: el procedimiento sigue a la organización, y, en última instancia, a las responsabilidades y tareas que a la Administración se le encomienden en cada tiempo y lugar. La “biodiversidad” es orgánica y funcional.

Y es que, en efecto, la existencia de una comunidad de valores comunes al procedimiento no implica la adopción de soluciones idénticas. Es más, la cercanía en el espacio y en el tiempo, unida a la proximidad de culturas y ordenamientos jurídicos, no han impedido notables divergencias, sea en razón del contenido –como el caso de Japón y Corea (1994)–¹²⁹ o en virtud de la estrategia codificadora a seguir –como sucede con la Ley italiana de 1991 y la española de 1992.¹³⁰

127. *Ibidem.*

128. *Ibidem.*

129. Sobre el tema, GINSBURG, Tom, “Comparative Administrative Procedure: Evidence from Northeast Asia”, en *Constitutional Political Economy*, 13, 2002, 247-264.

130. La primera recoge principios generales y algunas reglas aisladas, mientras que la segunda un procedimiento tipo, de petición y de recurso, la teoría del órgano, del acto, la responsabilidad y los principios de la potestad y procedimientos sancionadores.

A ello coadyuvan, sin duda, múltiples causas, que van desde las singularidades o idiosincrasia de cada estilo de administrar, pasando por las estructuras constitucionales y formas de distribución territorial del poder, hasta la diversidad de familias jurídicas en las que se inscribe cada Estado u organización. La práctica administrativa del propio país, los problemas y los objetivos que cada ley nacional pretende conjurar¹³¹ son igualmente elementos a considerar. Los detalles de una ley se explican y entienden en función de la respectiva praxis.¹³²

La pluralidad, sin embargo, no impide hallar los hilos conductores, los vínculos y similitudes, en definitiva, los tipos de procedimiento y, más aún, los modelos o especies de procedimientos. Para ello, conviene centrar previamente el problema.

3. ¿Qué comparar?

La primera cuestión a resolver reside en qué comparar (el término de la comparación) y la segunda, en realidad inescindible, en determinar el método y los valores a cuyo trasluz se ha realizar ese contraste o cotejo. La primera podría expresarse así: ¿qué cabe comparar con sentido y utilidad? Y la segunda: ¿cómo se compara? ¿Por épocas, países, familias jurídicas o por generaciones o especies? Y, sobre todo, ¿en qué criterios valorativos ha de basarse esa comparación?

4. ¿Cómo comparar?

a) Comparar con su contexto jurídico

Los ejemplos anteriores evidencian la necesidad metodológica de analizar las técnicas, componentes o principios procedimentales en su conjunto y en su *contexto finalista*.

131. Por ejemplo, la comisión creada en 1879 en España; el Informe Final, de 1941, para el caso norteamericano; comisiones en Japón; etc. Cfr. BARNÉS, Javier, *Tres generaciones*, *op. cit.*

132. *Ibidem.*

(i) Lo primero –la *panorámica general*– constituye una cautela elemental, habida cuenta de la íntima relación que guardan las distintas piezas del sistema. Mover una de ellas de ordinario produce efectos multiplicadores sobre el conjunto.

Si la instrucción recae en exclusiva sobre una única Administración, por hipótesis el consumo de tiempo para la formación de la voluntad podría ser mayor, y el volumen de información manejada de más difícil consecución. Y, a la inversa, si se reparte la tarea de instruir (de obtener la información necesaria para resolver) entre el ciudadano y la Administración, y esta además no actúa aisladamente, sino en colaboración con otras muchas, podrá ganarse en tiempo y calidad de la información, aunque serán otros los problemas a los que habrá de darse respuesta (identificación de responsabilidades de los distintos sujetos intervinientes, supervisión y fiabilidad de la información aportada por el sector privada, coordinación, etc.).

En suma, el estilo y tradición administrativas, la estructura constitucional en la que se insertan, el tipo o clase de Administración, la modalidad de acción o de gobierno, o el sector en que trabaja cada Administración, entre otros factores, han de ser tenidos en cuenta, puesto que pueden variar considerablemente, en cada tiempo y lugar.

(ii) Lo segundo –*el análisis contextual*– permite apreciar la polivalencia funcional de esas técnicas, principios o componentes procedimentales, las distintas estrategias que cabe diseñar. En definitiva, un contraste en tres dimensiones, y no una evaluación plana y mecánica. Por ejemplo:

(a) El procedimiento como mecanismo de *control*: el reparto de control entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial. Un sistema jurídico, y valga la simplificación, podría apostar por un amplio y profundo control judicial (control *ex post*) de la discrecionalidad, y utilizar, en cambio, el procedimiento administrativo como instrumento menor (Alemania), mientras que otro país, por el contrario, puede aventurarse por un procedimiento administrativo muy estricto para el dictado de actos administrativos singulares (Austria) o la aprobación de reglamentos técnicos que afectan a la economía (EE.UU.), dejando en manos del juez, en esencia, la fiscalización, no del fondo (salvo excepciones), sino de la observancia del procedimiento (control *ex ante*). Ello supone, en consecuencia, que cualquier análisis comparado de

cualesquiera de los elementos particulares que integran cada uno de los respectivos procedimientos administrativos ha de llevarse a cabo a la luz de ese contexto y de la posición adjetiva o principal que juegan en sus respectivos ordenamientos. Y es que la tutela jurídica individual se sustancia, en esencia, a través de dos piezas estratégicas: el procedimiento (a modo de “medicina preventiva”), y el proceso judicial (a modo de “intervención quirúrgica”). Es este un simple ejemplo de combinación de la visión microjurídica con la macrojurídica.

(b) La *finalidad* que inmediatamente se quiera satisfacer con un determinado elemento procedimental juega un papel, en fin, de primer orden, que no puede minusvalorarse, a la vista de la versatilidad que una misma opción en diseño y configuración puede presentar. Así, por ejemplo, una medida de transparencia y publicidad (normas y criterios ciertos y claros) puede servir para que el ciudadano adquiera confianza en que las cosas se hacen bien (EE.UU.), o para evitar la arbitrariedad o el abuso de poder en la práctica del asesoramiento personal para el otorgamiento de autorizaciones (Japón).¹³³ En el primer caso, la medida de transparencia sirve a la generación de seguridad y al control de las políticas públicas; en el segundo, por el contrario, a la defensa individual, a la evitación del trato discriminatorio. La dimensión funcional deviene esencial en el análisis comparado.

(iii) Análisis de conjunto y de contexto, que, además de conducir a conclusiones consistentes, evite de contrario apresuradas extrapolaciones y fáciles equívocos.

Por ejemplo, el término “informalidad” (del procedimiento) significa, en contra de lo que pudiera pensarse, cosas muy distintas en cada sistema, cuando se examinan los diversos sistemas bajo ese prisma o perspectiva más amplia:

- Así, por ejemplo, procedimiento “informal” en EE.UU. es aquel que no se sujeta a las solemnes audiencias públicas, aunque sigue siendo un procedimiento formalizado, por cuanto contiene elementos formales e inalterables y sigue un curso lineal.¹³⁴

133. *Ibidem.*

134. *Ibidem.*

- “Informal” en Japón se refiere a las actividades de Derecho blando objeto propio de las denominadas “directrices administrativas”.¹³⁵

- En el modelo ibero-americano se alude al principio espiritualista o antiformalista para destacar la flexibilidad del procedimiento y el carácter adjetivo o instrumental de las normas procedimentales (lo importante es que la Administración acierte en su decisión). Expresiva resulta en ese sentido la Ley federal argentina, cuando habla de “informalismo”.¹³⁶

- En Alemania, “informalidad” o “no formalidad” del procedimiento administrativo hace referencia, en cambio, a la libre elección de medios de actuación, siempre que no se haya previsto una concreta forma de proceder, y ello por exigencias del principio de celeridad y eficacia,¹³⁷ y de los límites constitucionales. El resultado aquí es que el procedimiento no significa ni supone transitar por un camino marcado necesariamente.

Informal, pues, para un norteamericano es la ausencia de un concreto y específico trámite (sin duda complejo y solemne); para un japonés, el recurso a mecanismos de Derecho blando; para un español, la flexibilidad en la satisfacción de ciertos requisitos procedimentales que corresponden al ciudadano, y la subsanabilidad o la relativa gravedad también de las infracciones procedimentales que cometa la Administración (dos caras de una misma medalla); para un argentino, la subsanabilidad de todo lo que no sea esencial;¹³⁸ para un alemán la libertad de formas de actuación, siempre que no se haya prescrito otra cosa...

135. *Ibidem.*

136. Afirma el art. 1.c) que las normas de procedimiento se ajustarán entre otros al principio o criterio del informalismo, en cuya virtud se excusará “de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente”. Informalismo aquí es, en otras palabras, subsanabilidad.

137. Art. 10 de la Ley de 1976.

138. Así, el art. 1.c) dispone que por “informalismo” se entiende la “excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente”.

- Y, por lo mismo y a la inversa, el término “procedimiento formal” o “procedimiento formalizado”, al que se hace referencia en algunas legislaciones,¹³⁹ no significa que el resto de procedimientos sea “informal” o no esté sujetos a formalidades.

(iv) El contexto más relevante, con todo, viene marcado por el modelo de gobierno, lo que da lugar a especies o generaciones de procedimientos.¹⁴⁰

b) Comparar el sistema en su conjunto

La regulación del procedimiento como *sistema de normas procedimentales* en un ordenamiento determinado –y no solo su ley general o común– constituye un referente obligado para el análisis comparado. Históricamente las fuentes del Derecho del procedimiento conforman un sistema vivo y complejo, en continua interacción, si se dan determinadas condiciones.¹⁴¹ Por ejemplo:

139. Sobre el caso norteamericano, *ibidem*. Respecto de la Ley federal alemana de 1976, arts. 63 y ss., relativo a procedimientos particularmente previstos y solemnes.

140. Sobre el tema, me remito a mis trabajos “Towards a third generation of administrative procedure”, en ROSE-ACKERMAN, Susan and LINDSETH, Peter L. (eds.), *Comparative Administrative Law*, 20, Edward Elgar Publishing, Research Handbooks in Comparative Law, 2011; “Tres generaciones del procedimiento administrativo”, en *Revista de la Facultad de Derecho / Derecho PCUP*, N°67, 2011, número monográfico *El procedimiento administrativo a los diez años de entrada en vigencia de la LPAG*, pp. 77-108, 0251-34 Pontificia Universidad Católica del Perú; “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, (*ReDA*) N°5, 2011, Chile, pp. 1-24, “Tres Generaciones de Procedimientos Administrativos en el Derecho Comparado: Actos Administrativos. Reglamentos. Nuevas Formas de Gobernanza y de Hacer Políticas Públicas, basadas en la colaboración interadministrativa y público-privada”, en *Los Procedimientos Administrativos: Situación Actual, a los 30 Años de Promulgación de la LOPA*, Isla Margarita, Venezuela, 2011; “Una reflexión sobre los principios generales del procedimiento administrativo. Tres generaciones de procedimiento, tres variedades de principios procedimentales”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, San Salvador, Corte de Justicia, Sección de Publicaciones, 2011, pp. 403-449, “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, en ABERASTURY, Pedro & BLANKE, H.J. (dir.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo - Análisis comparado del procedimiento administrativo latinoamericano*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires y Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 119-164.

141. *Ibidem*.

(i) Leyes generales o comunes –allí donde existen– combinadas con leyes especiales;(ii) normas que llevan el nombre de procedimiento, y de normas que no lo llevan; (iii) prácticas administrativas internas no vinculantes y de prácticas externas mantenidas por sujetos privados; (iv) discrecionalidad procedimental en manos de la Administración, de mayor o menor escala; directrices jurisprudenciales a los distintos niveles; (v) Leyes convergentes emanadas por acuerdo entre distintas plantas de poder.

Ello ha de tenerse en cuenta no solo a la hora de hacer historia, sino también de comparar. Un somero análisis histórico y comparado pone de relieve de inmediato que el procedimiento como institución representa un *conjunto* que se integra por múltiples vías o poros, a consecuencia de un largo y complejo proceso de sedimentación de materiales diversos.

Enjuiciar, por ejemplo, el procedimiento administrativo de la España del siglo XIX desde la Ley de 1889; o el procedimiento administrativo de los Estados Unidos del XX, a partir de la Ley de 1946, y tan solo por sus respectivas leyes de cabecera, carecería de sentido desde una perspectiva científica, como sucedería con una análisis constitucional que no atendiera a la legislación que lo ha interpretado, a sus raíces históricas, a la jurisprudencia que la ha desarrollado, o al contexto comparado y supraestatal. No se trataría en uno y otro caso más que de meros análisis de textos olvidando entonces que, de entrada, todos tienen su historia y prehistoria; su contexto y su pretexto; su práctica administrativa y su interpretación jurisprudencial; sus reformas y sus complementos con múltiples normas y criterios.

Si el análisis sistemático en el seno de cada ordenamiento presenta, por de pronto, una notable dificultad, la perspectiva comparada habrá de ser aún más ponderada.

Comparar por leyes generales de procedimiento sin más –allá donde existan–¹⁴²constituiría, pues, como sucede con otras instituciones, un error metodológico:

142. Así, porejemplo, como se ha notado, la ley norteamericana de 1946, por sí sola, ofrece escasa información acerca de cómo es el procedimiento norteamericano: además de su historia y precedentes, y la razón misma de aquella ley, será necesario conocer las reglas específicas de cada una de las agencias, establecidas bien por el legislador, bien por la propia agencia; así como la jurisprudencia básica del Tribunal Supremo, varios centenares de sentencias.

- (i) Primero, porque deja fuera otras fuentes del procedimiento;
- (ii) Segundo, porque ignora las razones que explican el contenido de cada ley, tales como las de orden competencial (que pueden impedir la regulación de determinados elementos o dimensiones y postular incluso un concepto estricto de procedimiento);¹⁴³ o de carácter histórico (práctica existente, jurisprudencia habida, etc.).
- (iii) Y, tercero, porque la comparación no ha de hacerse tanto por leyes nacionales, generales o sectoriales, cuanto por generaciones de procedimientos.¹⁴⁴

143. Por ejemplo, en España, al legislador central solo le corresponde la regulación del “procedimiento administrativo común” (art. 149.1.18ª C.E.); en Alemania, al legislador federal le cabe establecer exclusivamente la actividad externa de la Administración imperativa (art. 84 GG) y, en consecuencia, la actividad de ejecución de las decisiones singulares, esto es, un concepto muy limitado de procedimiento; en cambio, al legislador federal austríaco le incumbía, en 1925, la entera regulación del procedimiento; etc.

144. Sobre el tema, me remito a mis trabajos “Towards a third generation of administrative Procedure”, en ROSE-ACKERMAN, Susan and LINDSETH, Peter L. (eds.), *Comparative Administrative Law*, 20, Edward Elgar Publishing, Research Handbooks in Comparative Law, 2011; “Tres generaciones del procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho / Derecho PCUP*, N°67, 2011, número monográfico *El procedimiento administrativo a los diez años de entrada en vigencia de la LPAG*, pp. 77-108, 0251-34 Pontificia Universidad Católica del Perú; “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, (*ReDAd*) N°5 de 2011, Chile, pp. 1-24; “Tres Generaciones de Procedimientos Administrativos en el Derecho Comparado: Actos Administrativos. Reglamentos. Nuevas Formas de Gobernanza y de Hacer Políticas Públicas, basadas en la colaboración interadministrativa y público-privada”, en *Los Procedimientos Administrativos: Situación Actual, a los 30 Años de Promulgación de la LOPA*, Isla Margarita, Venezuela, 2011, “Una reflexión sobre los principios generales del procedimiento administrativo. Tres generaciones de procedimiento, tres variedades de principios procedimentales”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Corte de Justicia, Sección de Publicaciones, San Salvador, 2011, pp. 403-449, “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, en ABERASTURY, Pedro & BLANKE, H.J. (dir.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo - Análisis comparado del procedimiento administrativo latinoamericano*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires y Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 119-164.

c) *La oportuna selección de valores o criterios a cuyo trasluz realizar la evaluación (¿cuál es la “vara de medir”?)*

Y una vez despejada esa primera cuestión, ¿de qué parámetros habríamos de servirnos para valorar o enjuiciar los procedimientos? Es decir, hallados dos procedimientos de igual o semejante naturaleza –y, por tanto, susceptibles de contraste–, ¿cuáles habrían de ser los criterios valorativos en cuya virtud “clasificar” o “evaluar” cada uno de ellos?

Por ejemplo, ¿qué ha de tenerse en cuenta o valorarse *en más*? ¿La simplificación? ¿O la obtención y tratamiento de la mejor información disponible para la ponderación de la decisión más adecuada? ¿Se trata de asegurar la eficacia –entendida, por ejemplo, como una respuesta a tiempo– o la eficiencia –traducida, por ejemplo, como la mejor respuesta con el menor coste posible? ¿Se mide en términos de celeridad? ¿De aceptación de los destinatarios? ¿De evitación de la litigiosidad? Etc. Aquí entran en liza, desde luego, otras disciplinas científicas, con carácter auxiliar.

Naturalmente, no cabe elevar a categoría abstracta y general un criterio sobre otro, y menos aún con carácter absoluto. Dependerá a la postre de lo que se persiga o pretenda en cada caso y de las prioridades que se establezcan.

Así, si la preocupación dominante fuere la simplificación y la celeridad en la resolución de un procedimiento autorizatorio, la comparación girará en torno a ese criterio y las distintas vías para su consecución. En ese sentido, y también a título de ejemplo, habida cuenta de que el análisis y la evaluación suponen una comprensión sistemática y no segmentada, será preciso considerar que una mayor simplificación del procedimiento, en beneficio del ciudadano y de la celeridad, exigen una Administración más profesionalizada, activa y colaboradora, y una cooperación más intensa del sector privado.¹⁴⁵ Simplificar no es, pues, recortar o suprimir trámites (evaluaciones, informes, estudios) sin más. Es, desde luego, extirpar lo que carezca de sentido o actualidad. Pero es a un tiempo establecer alternativas (como la transferencia al sector privado de ciertas tareas y obligaciones); construir una Administración que aproveche mejor sus recursos, que colabore, que trabaje mejor en la “trastienda” con todas las Administraciones

145. Así sucede, por ejemplo, con la Directiva de Servicios Económicos de la Unión Europea (Directiva 2006/123/CE): http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/job_creation_measures/l33237_es.htm.

sectoriales y de distintos niveles implicadas (sistema de ventanilla única). No es una tarea fácil.¹⁴⁶

(iii) La función específica del jurista, sin embargo, consiste en evaluar a la luz de los principios constitucionales, de los principios generales del Derecho, de la dogmática jurídica en definitiva, las distintas soluciones, no en clave, pues, meramente descriptiva, sino prescriptiva, esto es, de lo que ha de hacerse en términos jurídicos.

(iv) Cuando se compara por generaciones o especies estas cuestiones encuentran una más fácil respuesta.¹⁴⁷

5. Contexto e interacción del análisis histórico y comparado: tres generaciones o especies de procedimiento administrativo

Por comparación entendemos aquí no ya solo el estudio de las experiencias de otros ordenamientos jurídicos, nacionales, supranacionales o globales, sino el cotejo y clasificación, sea dentro o fuera de un mismo

146. Ilustrativo resulta el documento de la OCDE *Why Is Administrative Simplification So Complicated?* (anexo E).

147. Sobre el tema, me remito a mis trabajos “Towards a third generation of administrative procedure”, en ROSE-ACKERMAN, Susan and LINDSETH, Peter L. (eds.), *Comparative Administrative Law*, 20, Edward Elgar Publishing, Research Handbooks in Comparative Law, 2011; “Tres generaciones del procedimiento administrativo”, *Revista de la Facultad de Derecho / Derecho PCUP*, N°67, 2011, número monográfico *El procedimiento administrativo a los diez años de entrada en vigencia de la LPAG*, pp. 77-108, 0251-34, Pontificia Universidad Católica del Perú; “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, (*ReDA*)N°5, 2011, Chile, pp. 1-24, “Tres Generaciones de Procedimientos Administrativos en el Derecho Comparado: Actos Administrativos. Reglamentos. Nuevas Formas de Gobernanza y de Hacer Políticas Públicas, basadas en la colaboración interadministrativa y público-privada”, en *Los Procedimientos Administrativos: Situación Actual, a los 30 Años de Promulgación de la LOPA*, Isla Margarita, Venezuela, 2011, “Una reflexión sobre los principios generales del procedimiento administrativo. Tres generaciones de procedimiento, tres variedades de principios procedimentales”, en *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Corte de Justicia, Sección de Publicaciones, San Salvador, 2011, pp. 403-449, “Hacia procedimientos administrativos de tercera generación”, en ABERASTURY, Pedro & BLANKE, H.J. (dir.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo - Análisis comparado del procedimiento administrativo latinoamericano*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires y Fundación Konrad Adenauer, 2011, pp. 119-164.

sistema, de las distintas especies o generaciones de cada institución o elemento del Derecho Administrativo.

El análisis comparado se enfrenta a un problema sobradamente conocido: el *complejo contexto* en el que se inserta toda institución de Derecho Público en el seno de cada ordenamiento o sistema. Resulta, por ello, más ilustrativo el análisis comparado de modelos o tipos de procedimiento equivalentes y sus respectivos elementos, dentro del contexto adecuado, es decir, y, esta es nuestra tesis, para comparar esta institución, en el marco del correspondiente modelo de gobierno y administración. El análisis de conjunto y de contexto conduce derechamente a una visión macrojurídica.

A mero título de ejemplo, cabe encuadrar su contexto histórico (a) y la identificación de tipos ideales que surge de la comparación (b), a la luz del modelo de gobierno y administración en el que se inserta cada clase de procedimiento:

a) Tres generaciones de procedimiento administrativo a la luz del análisis histórico y comparado

El procedimiento administrativo tradicional –primera generación– se ha resuelto en una secuencia de actos de autoridad encadenados, cuyo objeto no es otro que la elaboración o producción de una decisión o resolución final. Importa el resultado, su acierto y legalidad, más que el camino recorrido hasta su consecución.

- La institución del procedimiento administrativo, así entendida, comenzó a abrirse paso a lo largo del siglo XIX en paralelo al crecimiento de la intervención del Estado. Se trataba de poner orden en el seno de la Administración: el procedimiento nace para propiciar que las decisiones de la Administración sean acertadas, respondan a lo que la legislación ha previsto, se dicten a tiempo, y respeten los derechos de los ciudadanos. Un instrumento o mecanismo multifuncional y poliédrico, o con diversas caras.

En el contexto económico y político occidental decimonónicos y de comienzos del siglo XX, la acción administrativa y, con ella, el procedimiento, giran en torno al acto administrativo, protagonista indiscutible del Derecho Administrativo de la época. Por ello, el procedimiento tomó principio para el dictado de *actos administrativos* o *resoluciones unilaterales*, como expresión de autoridad o poder. El procedimiento nació vincula-

do a la “tecnología del acto administrativo”. Por ejemplo, para resolver reclamaciones económico-administrativas deducidas ante la Hacienda, o recursos administrativos frente a cualquier Administración; para decidir sobre pretensiones, solicitudes, autorizaciones, concesiones o ayudas; para preparar órdenes o revocaciones de una licencia; para adscribir un bien a un régimen jurídico determinado.¹⁴⁸

Esta primera generación, con ser válida aún en tantos casos, no da debida cuenta del estado de cosas actual, puesto que con ella conviven otras especies:

- Durante el siglo XX, en efecto, el procedimiento administrativo extendería su cobertura a la elaboración de toda clase de reglamentos, a la aprobación del planeamiento urbanístico y de la planificación territorial, o de los recursos naturales; así como a la contratación administrativa y a la celebración de convenios (urbanísticos, medioambientales, interadministrativos...) esto es, a la producción de los más diversos instrumentos normativos de rango infralegal y a la preparación de *pactos*, acuerdos, convenios o contratos. Se desplegó, pues, más allá de las resoluciones unilaterales, hacia las decisiones de carácter normativo y paccionado.

En suma, durante los siglos XIX y XX el producto del procedimiento ha consistido predominantemente en declaraciones de voluntad, aunque de distinta naturaleza: unilaterales, unas (acto administrativo); de carácter bilateral o multilateral, otras (contrato, convenio); o, en fin, normativo (reglamentos, planes).

- Con el paso del tiempo han emergido otras estructuras de procedimiento que se mueven en un medio ambiente distinto. Y ya no responden necesariamente a esa idea procesal. Tampoco se vincula siempre a una secuencia escrita, ni tiene por objeto exclusivo el dictado de actos, sino que rige e inspira otras múltiples actividades (obtención de información, en esencia, y no solo un proceso decisorio). Y se convierte en un instrumento que además de racionalizar el ejercicio de autoridad o de potestades administrativas, persigue la formulación de consejos y recomendaciones de carácter indicativo. Además, no resulta solo aplicable a la Administración nacional, sino a las Administraciones y otras organizaciones, públicas y privadas, dentro y fuera de las fronteras.

148. Por ejemplo, decidiendo la clasificación de un monte como público.

En las últimas décadas del pasado siglo el procedimiento ha continuado su imparable avance, hasta experimentar un salto cualitativo, que desbordaría sus fronteras “naturales” e históricas, en correspondencia con las profundas transformaciones del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. De un lado, porque crecería por terrenos en los que la Administración no actúa en ejercicio de autoridad o potestad ejecutiva, como sucede en la preparación de actos de carácter no imperativo ni vinculante (Derecho blando);¹⁴⁹ o en la realización de actividades materiales y prestacionales.¹⁵⁰ De otro, porque la lógica del procedimiento se transfiere o proyecta sobre la acción de sujetos que no son Administraciones públicas, bien cuando desarrollan actividades de interés general,¹⁵¹ o bien cuando despliegan actividades de carácter regulatorio.¹⁵² Por último, porque los principios y reglas de procedimiento administrativo se proyectan asimismo más allá del Estado, tanto sobre las Administraciones que operan en colaboración con otras o con las superagencias, señaladamente en entornos de incertidumbre y de riesgo,¹⁵³ cuanto sobre organizaciones privadas que realizan actividades relevantes a nivel global.¹⁵⁴

A ello se añade, en lo que hace a su morfología, que el procedimiento administrativo no es solo una cadena de actos de autoridad destinados a producir una resolución final, sino también un conjunto de directrices a modo de principios que guían —sin secuenciarlo— el actuar administrativo.

El procedimiento ha adquirido, en efecto, una función polivalente, un mayor protagonismo y presencia en nuestro tiempo, en justa correspondencia con la complejidad de las nuevas formas de gobierno y administración en un medio ambiente marcado por la globalización y la privatización. A falta de consenso, o previsibilidad, sobre normas sustantivas (si aprobar o no un medicamento, por ejemplo), las normas de procedimiento se erigen

149. Recomendaciones, interpretaciones, manuales de buenas prácticas...

150. Gestión de información; asistencia a un paciente, inspecciones o evaluaciones medioambientales...

151. Empresas privadas que se desenvuelven en los sectores regulados, con ocasión, por ejemplo, de la contratación; sociedades mercantiles de capital público; entidades de Derecho público cuando se sujetan al Derecho privado...

152. Establecimiento de estándares, certificaciones...

153. Agencias de seguridad alimentaria o de seguridad aérea; bancos centrales en el Sistema Europeo de Bancos Centrales, o el Comité de Basilea...

154. ICANN, por ejemplo.

en el centro, esto es, en el foro donde establecer nuevos criterios, estándares, resolver problemas, adoptar soluciones. El procedimiento ya no es meramente aplicativo, sino innovador o creativo.

Ahora bien, lo relevante de esta última generación, que conviven con las anteriores, no es ya su expansividad hacia otros ámbitos o su variedad estructural, sino el entorno en el que se inserta, que no es otro que el de una modalidad de gobierno y administración marcada por la necesidad del *trabajo en común*, en correspondencia con la tercera fase histórica de la evolución del Derecho Administrativo, a la que antes se ha aludido.¹⁵⁵ Dentro de esta especie o generación pueden hallarse procedimientos lineales y secuenciados para otorgar una licencia ambiental integrada, o procedimientos para la elaboración de disposiciones generales, por ejemplo. La clave para determinar la pertenencia a esta generación radica en que la Administración no es ya omnisciente, ni puede, aisladamente, tomar decisiones, sino que requiere de la colaboración del sector privado (amplias consultas y participación, instrucción privada, deberes de cooperación, participación en la cadena regulatoria de actores privados), y de otras Administraciones, dentro y fuera de las fronteras nacionales (colaboración interadministrativa, formación de Administraciones compuestas, colaboración internacional entre agencias nacionales, etc.).

b) El criterio que subyace a la clasificación: las modalidades de gobierno y administración en que se inserta cada especie de procedimiento

Esa multiforme variedad de expresiones y escenarios amenaza con romper la unidad de la institución. A nuestro juicio, sin embargo, esa crisis de crecimiento no impide hallar rasgos comunes y una adecuada categorización.

En ese sentido, el procedimiento administrativo es susceptible de clasificarse en tres grandes categorías, especies o generaciones, en virtud de la *modalidad* de la Administración actuante (imperativa o colaborativa, en sustancia) y de los modelos de gobierno y administración que se sigan. Se

155. *Supra* núm. II.1.

trata de generaciones o especies que conviven como necesarias, sin implicar una confrontación de lo “viejo” con lo “nuevo”.

- La primera generación, la tradicional, es de todos conocida: un procedimiento en manos de una Administración “de ordeno y mando”, que sigue un proceso de carácter decisorio, de naturaleza jerárquica, de arriba hacia abajo, y de la que desciende un acto aplicativo, con la fuerza del poder, y que extrae de la legislación material la solución prevista. Un procedimiento que se ahorma o se inspira en sus orígenes a semejanza del proceso judicial; y los actos en que finaliza terminan por afectar a derechos e intereses legítimos. Ejemplos característicos son, entre tantos, el otorgamiento o denegación de una autorización; la imposición de una sanción; o la resolución de un procedimiento competitivo (concurso para el acceso a la función pública, licitación de un contrato...). Un enorme número de los procedimientos administrativos existentes pertenecen a esta categoría. Nos hallamos ante el modelo clásico de gobierno y administración. La Administración resuelve aquí, y ello es un dato decisivo en esta especie, con autoridad e investida de poder. Se trata de una generación de goza de buena salud y que experimenta una constante revisión y mejoras técnicas en las sucesivas reformas legales.

- También es suficientemente conocida la segunda, aun cuando se halle menos desarrollada: un terreno ocupado por el procedimiento que ha de cursarse para la aprobación de normas reglamentarias, planes o programas de todo tipo y condición. Es también una Administración que sabe lo que quiere y cómo lograrlo, y donde la participación de otras Administraciones y de los ciudadanos no representa un aporte determinante para su aprobación definitiva. Un ejemplo paradigmático lo constituyen el reglamento ejecutivo en tantos países,¹⁵⁶ o la elaboración del planeamiento urbanístico, cuando esta no se hace a instancia de los particulares. En esta categoría se inscriben, pues, todas aquellas normas infralegales, cualquiera que sea su denominación y carácter (planes, programas, orde-

156. En el caso español, por ejemplo, el art. 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

nanzas, circulares, estatutos...) que son gestadas en un entorno en el que el peso y la información necesaria para decidir recae en la Administración competente. La participación externa (en forma, por ejemplo, de trámites de información pública) tan solo persigue tener en cuenta los intereses que puedan verse afectadas por el proyecto de norma o plan, y no obtener una información determinante y decisiva para adoptar la decisión de que se trate. Al fin y al cabo, aquí la Administración sabe lo que quiere (desarrollar una ley, establecer un plan con criterios previamente definidos por ella misma, etc.).

- Ulteriormente han emergido, como se ha visto, otros procedimientos donde el principio predominante del proceso decisorio no es ya el de autarquía, sino el de colaboración entre Administraciones, y entre estas y el sector privado y la sociedad en general (colaboración interadministrativa y público-privado, en sentido amplio). La Administración en este escenario no lo sabe todo, no lo puede todo, y, en consecuencia, colabora y se integra en una compleja red de actores públicos, privados y mixtos, dentro y fuera de las fronteras nacionales, para conseguir, en convergencia con los demás, los frutos apetecidos al tiempo que conjura los riesgos y las incertidumbres que tantos ámbitos generan.¹⁵⁷ Por ejemplo, el procedimiento de evaluación ambiental de planes y programas responde a esta concepción colaborativa,¹⁵⁸ al igual que el procedimiento para aprobar un medicamento.¹⁵⁹ La colaboración se constituye en elemento determinante de esta tercera especie. Ahora bien, la colaboración no se activa solo por “necesidades

157. El procedimiento que reconoce la Ley dominicana 107-13 para la elaboración de normas y planes (arts. 30 y 31) se corresponde con esta generación.

158. *Vid.* arts. 5 y ss. de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. En general, capítulo quinto.

159. Por ejemplo, el Reglamento (CE) N°726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario, modificado, entre otros, por el Reglamento (UE) N°1235/2010. Véase, por ejemplo, en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/;ELX_SESSIONID=W52zJ97SlNwJChwJNggkLSmGw4hFV2ZyMWith1Sc2KXQR70GTflgf!1421880177?uri=CELEX:32004R0726.

del guion”, ante escenarios de riesgo e incertidumbre (cómo regular mejor los mercados financieros, cómo hacer frente a una pandemia, autorizar o no la navegación aérea ante las cenizas de un volcán...), ni es tan solo consecuencia de la necesidad del trabajo en común ante la atomización del poder que entrañan la privatización o la globalización (las más relevantes políticas públicas se hallan entrelazadas a nivel interno, supraestatal y global, y además con los actores privados: tanto la energía, como la contaminación; la propiedad intelectual, como el comercio; la seguridad pública, como la seguridad alimentaria; la salud pública, como la educación superior; la emigración como la cooperación transfronteriza; etc.). La colaboración opera asimismo como fuente de legitimación y como contrapeso (la participación del público en general, en el medio ambiente de matriz europea resulta ilustrativa en este sentido). La colaboración, en suma, se inscribe en la preocupación de entender el procedimiento no tanto en clave procesal –para hacerle “hablar a la ley”, o, lo que es lo mismo, para indagar qué ha previsto la norma en relación con el caso–, cuanto de creación del Derecho, puesto que la solución no ha sido predefinida por la norma (qué haya de hacerse en concreto ante una pandemia desconocida; qué respuesta haya de darse ante un permiso para comercializar un nuevo medicamento, en qué condiciones se puede otorgar una licencia ambiental...).

6. Recapitulación y tesis para el debate en torno al procedimiento administrativo en perspectiva comparada

A la luz de las precedentes precisiones conceptuales y metodológicas es posible formular, por vía de síntesis, algunas de las conclusiones, presentadas a modo de tesis, en dos niveles, en punto a la institución del procedimiento administrativo.

a) Primeras tesis que arroja una perspectiva histórica y comparada: algunas consecuencias evidentes del cotejo

(i) La formación de grandes familias y tradiciones.
Históricamente, se han forjado familias jurídicas de procedimiento,

con especialidades y singularidades propias (ibero-americana, norteamericana, austro-húngara...).

(ii) De lo singular a lo abstracto, y de lo especial a lo general: escalones sucesivos

Primero, fue el procedimiento *singular* y *especial*: normas inseparablemente unidas a las previsiones sectoriales de carácter sustantivo (cómo solicitar una licencia o una concesión para el aprovechamiento de aguas terrestres, cómo reclamar o presentar una queja en materia de gestión de un servicio);¹⁶⁰ pronto le siguieron pronunciamientos jurisprudenciales (derechos de defensa, audiencia del interesado, *natural justice*).

Más tarde, el lento camino hacia una cierta abstracción o síntesis lo iniciarían el *recurso administrativo* en sus diversas variantes (a);¹⁶¹ las normas relativas al *modo interno de operar de los órganos de la Administración* (o procedimiento “interno” de la Administración) (b);¹⁶² y los procedimientos en *vía de petición* o a instancia de parte (señaladamente, procedimientos autorizatorios) (c).¹⁶³

Finalmente, cuando surgen las primeras leyes generales, obra siempre de la doctrina y de la participación de los expertos, se da un paso cualitativo en el camino de la abstracción y a su través se pretende unificar, simplificar o fijar normas comunes sobre los procedimientos de recurso, y los procedimientos en vía de petición (a); así como establecer nuevos procedimientos (revocación, sancionatorio, disposiciones generales...) (b). De ordinario lo que hacen esas leyes es fijar algunos elementos característicos de distintos procedimientos ideales o tipo.

(iii) Leyes representativas:

Entre 1881-89 y 2013 destacan algunas leyes por su aportación, significado y/o influencia. Por ejemplo: España (1881-1889, 1958), Austria

160. Por ejemplo, en España la Real Orden de 14 de mayo de 1846, dictando reglas para el establecimiento de nuevos riegos, fábricas y otras empresas agrícolas e industriales para el aprovechamiento del agua de los ríos.

161. Por ejemplo, procedimientos de recurso, reclamaciones económico-administrativas...

162. Por ejemplo, el funcionamiento de los órganos colegiados: convocatoria, orden del día, quórum, votación, acta...

163. Licencias, permisos, concesiones demaniales, etc.

(1925, 1991), EE.UU. (1946), Alemania (1976), Japón (1993, 2005). Más recientemente, República Dominicana (2013).

(iv) “Renacimiento procedimental”:

Contemporáneamente, hay un *florecimiento* o renacimiento de la institución del procedimiento administrativo, que recuerda al constitucionalismo decimonónico (el procedimiento como signo de progreso de la Administración de nuestro tiempo: ningún país quiere quedarse atrás).

(v) Expansión ostensible del contenido de la legislación de procedimiento

El nombre de “procedimiento” se ha quedado *corto* las más de las veces en la legislación general, puesto que ha incorporado rápidamente en muchos casos otros elementos de suma relevancia más allá del procedimiento en sentido estricto: organización, acto administrativo, derechos y deberes de los ciudadanos, cooperación interadministrativa, convenios, la elaboración de mecanismos de Derecho blando, responsabilidad extracontractual...

(vi) Expansión silenciosa

Paralelamente, no se hace justicia con la institución del procedimiento en numerosas leyes de procedimiento “sin nombre de procedimiento” (expropiación, contratación, urbanismo, normas de organización administrativa...). El procedimiento ocupa un lugar más destacado en el seno del Derecho Administrativo del que de ordinario se sospecha.

(vii) Las normas de procedimiento como suma o conjunto de capas que conviven

El régimen jurídico del procedimiento se integra por un conjunto compuesto y complejo, con diversos sedimentos o capas (leyes generales, especiales, jurisprudencia). El procedimiento, pues, en un ordenamiento dado, no se mide exclusivamente por su respectiva ley general, aunque esta constituya una pieza fundamental, su columna vertebral.

(viii) De la codificación civil a la “codificación” del procedimiento

Aunque han sido variadas las formas de “codificar” el procedimiento, las leyes generales de procedimiento no han codificado nunca el procedimiento “al modo del Código civil”, esto es, ni han sido leyes uniformadoras del procedimiento (no han impuesto un modelo único o unitario), ni han

llevado a un solo texto legal todos los procedimientos en uso. El juego o combinación entre una ley general o común, y la legislación especial, pervive siempre y ha sido una constante histórica, con fórmulas variadas e imaginativas. He aquí la clave.

(ix) Distanciamiento de los orígenes, alejamiento de los moldes originarios

La legislación de procedimiento se ha ido distanciando progresivamente del molde o modelo originario. El procedimiento administrativo “singular” o “aplicativo” (acto administrativo singular) ha abandonado poco a poco el esquema procesal en el que se inspiró (leyes de enjuiciamiento civil o criminal, códigos procesales). El procedimiento administrativo “general” (medidas de alcance general) se ha separado del esquema del proceso legislativo.

b) Tesis más allá de lo evidente. Hilos conductores, hilos invisibles, tendencias subyacentes

(i) Familias o generaciones: ¿qué es lo que reclama nuestra atención desde una perspectiva histórica y comparada?

Familias jurídicas de procedimiento, sí, pero la mayor “unidad familiar” se da en el plano generacional o, si se prefiere, en el de las especies. Hay, en efecto, mayor similitud y equivalencia entre las leyes de la misma especie o generación, que entre las de una misma familia. Son, más que familias, generaciones o especies de procedimiento lo que requiere nuestra dedicación e interés como juristas: procedimientos singulares y aplicativos, como si de un juez se tratara (i); procedimientos de elaboración de disposiciones generales y reglamentos de desarrollo de una legislación primaria, con escasa participación, como si de un legislador se tratara (ii); procedimientos en los que la colaboración interadministrativa y/o público-privado constituye un elemento fundamental.

(ii) Factores determinantes de la convivencia de diversas generaciones

Generaciones o especies que son fruto, en esencia, del *tipo* de Administración actuante en el procedimiento (jerárquica o cooperativa); de la *función* a cumplir a través del procedimiento (mera aplicación de la legalidad material predeterminada o búsqueda de soluciones no programadas, esto

es, procedimientos puramente “aplicativos” o “creativos”); y de *modo de gobierno* o administración (“orden y mando”; o cooperativo).

(iii) La distinción por generaciones, una clasificación prescriptiva o normativa

Con esa clasificación no se pretende sin más describir, retratar o relatar la realidad de un modo más ajustado y comprensivo, como haría la geografía. Se trata de algo más, a saber: de determinar qué reglas –o teorías generales– es necesario desarrollar en cada generación o especie. Por ejemplo, la teoría general de los vicios del procedimiento –un tanto indulgente con las infracciones– se ciñe y contrae a los actos dictados en el marco de procedimientos “aplicativos” o de primera generación.¹⁶⁴ A la postre, aquí, lo relevante es que la Administración acierte. En otras especies o generaciones, por el contrario, donde el procedimiento se convierte en el foro o escenario donde inducir, crear o hallar la solución más adecuada (para el crecimiento sostenible, o para la seguridad pública, para el urbanismo o para la planificación de los recursos naturales), la teoría de los vicios del procedimiento habría de ser muy distinta, más severa.¹⁶⁵

(iv) Expansión “natural” de la legislación general de procedimiento

La imparable expansión de la institución del procedimiento (sea explícita o silenciosa) obedece a causas heterogéneas y no coyunturales. Una primera razón estriba en el difícil deslinde entre normas *materiales* y normas *formales* en el seno del Derecho Administrativo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el proceso judicial ordinario. Y es que las leyes administrativas tienden a incorporar cuestiones que presentan una doble naturaleza, material y formal, como sucede con la seguridad jurídica (firmeza del acto, procedimiento de revocación). O con la no menos artificiosa disección entre *infracción de procedimiento* y sus efectos sobre el *producto final* que de él deriva (vicios del acto, vicios del reglamento, vicios del plan

164. La teoría de los vicios conecta con el principio espiritualista o antiformalista, esto es, si la decisión es la correcta, la prescrita por la ley, la infracción del procedimiento no altera el resultado final (salvo, claro está, que haya producido indefensión). El procedimiento cumple una función adjetiva.

165. Si aquí por ejemplo se prescribe la participación de los expertos y del público en general, es claro que su omisión o déficit no resulta subsanable, puesto que con esa participación la solución podría haber sido otra muy distinta.

o programa). En otro orden de consideraciones, en segundo término, hay materias, como la organización, que en la práctica resultan difícilmente separables del procedimiento, bien sea por su propia “naturaleza” (como en el caso del funcionamiento de los órganos colegiados, por ejemplo), bien sea por el concreto modelo legal subyacente (contratación, urbanismo, medio ambiente, etc.).

(v) La aportación de una ley general más allá de su ámbito de aplicación

La aportación de una ley general radica antes en la *cultura administrativa* que instaure y sirva de guía, más allá de lo que uniforme y unifique. La experiencia histórica pone de manifiesto que las leyes de procedimiento han regulado principios generales de actuación y procedimientos tipo a un tiempo, en el mismo cuerpo normativo. Esa común cultura se obtiene asimismo por la asunción de conceptos comunes (acto administrativo, procedimiento, derechos procedimentales...); el establecimiento de ciertas garantías o derechos¹⁶⁶ para un grupo o género de procedimientos,¹⁶⁷ así como deberes o cargas de la Administración y del ciudadano. Otra opción no excluyente, como en el presente trabajo se postula, consiste en determinar criterios relativos a cada una de las grandes especies o generaciones en que cabe clasificar el procedimiento.¹⁶⁸

(vi) ¿Cómo convertir un conjunto de procedimientos en un sistema coherente y vivo? De simple conjunto a sistema ordenado:

El conjunto de procedimientos (capas o sedimentos) se convierte en *sistema* cuando una ley general o común es capaz de establecer algo coherente y ordenado. Deja de ser entonces un conjunto amontonado de procedimientos, para convertirse en un instrumento que descifra lo ininteligible, que aporta racionalidad y coherencia, que da liza a algo cualitativamente distinto.

166. Acceso a la información; régimen de la subsanación y mejora de la solicitud; plazos máximos de resolución; etc.

167. Por ejemplo, los que se refieren al dictado de actos administrativos singulares.

168. Por ejemplo, garantías comunes para el dictado de actos administrativos singulares, potencialmente de gravamen o restrictivos de derechos; una común filosofía de fondo acerca de la aprobación de reglamentos ejecutivos; algunos criterios uniformes respecto del intercambio de información entre las agencias y la industria...

No basta, pues, la mera existencia de una ley general. Sistema sí, pero siempre y cuando, primero, las relaciones entre la innovación que deriva de los sectores especiales, de un lado, y, de otro, la estabilidad de la ley general, se sometan a una constante reflexión, examen y visión de conjunto; y, segundo, el conjunto se actualice y revise. No hay nada más viejo –y, eventualmente, más dañino– que una ley de procedimiento administrativo obsoleta. Si las relaciones entre lo especial y lo general no se revisan, la ley codificadora quedará *de facto* “descodificada”, fuera de la realidad. No han faltado ejemplos históricos de control y seguimiento.

(vii) ¿Por qué la emancipación del molde originario? Hacia un modelo propio de procedimiento por contraste con el esquema procesal y el proceso legislativo en el que pudo inspirarse

Distancia del esquema originario, sí, pero para caminar hacia un modelo propio, hacia el entendimiento del procedimiento como un proceso de obtención y tratamiento de la información. Lo que sucede es que este proceso varía sustancialmente en virtud de la generación de procedimiento de que se trate en cada caso. No es lo mismo obtener y procesar la información necesaria para imponer o no una sanción, o para autorizar la comercialización de un medicamento, que para elaborar un reglamento o adoptar medidas generales en materia de seguridad aérea o alimentaria.

(viii) De la idea de procedimiento como circuito cerrado o cauce procesal a una comprensión principalista del procedimiento

La vieja idea del procedimiento como una secuencia formalizada y escrita, destinada a la producción de un acto administrativo ya no se corresponde con la realidad, o, por mejor decir, no es más que una parte del todo.

Ello significa que la estructura clásica del procedimiento –curso lineal de mayor o menor longitud– ya no ostenta el monopolio, puesto que esa estructura sirve para el dictado de actos aplicativos que afectan a derechos y libertades, pero no para dirigir o guiar otras muchas actuaciones o actividades.

El procedimiento ha de ser, también, guía, a modo de GPS, por medio de principios de actuación, bien sean relativos al modo de relacionarse

las Administraciones con los ciudadanos,¹⁶⁹ bien al modo de resolver y decidir,¹⁷⁰ o de operar cuando no se trata necesariamente de resolver,¹⁷¹ o bien al trabajo en común con otras Administraciones.¹⁷²

(ix) La legislación de procedimiento y las vidas de la Administración

La legislación general de procedimiento ha de hacer referencia a otras “vidas” que, de ordinario, han quedado fuera de la legislación tradicional: la *vida privada de la Administración* (cuando esta se viste de “civil”); la *vida pública de los actores privados* (que participan en actividades regulatorias y de interés general o servicio público); la *vida exterior de la Administración pública*; la *vida pública de la Administración cuando no ejerce autoridad* (Derecho blando). Y el modo de hacer referencia podrá consistir en el establecimiento de principios de actuación, variables desde luego en función de los diversos escenarios, tales como consultas públicas y participación, transparencia, motivación, neutralidad

(x) ¿Codificación legislativa o actualización del “sistema operativo”?

La codificación no es un valor absoluto o abstracto (a); ni puede pensarse al modo propio del Derecho Privado (b). A la postre, la heterogeneidad de procedimientos se muestra tan irreductible como son las tareas de la Administración (c). *Tanta uniformidad y diversidad como sean necesarias en cada sistema, en cada tiempo y lugar.*

La cuestión no es “codificación, sí”, o “codificación, no”, sino qué codificar, en qué grado de uniformidad, y cómo hacerlo. Cuestiones estas que, primero, solo pueden hallar una respuesta medida y limitada, y, segundo, sin carácter definitivo.

169. Igualdad, proporcionalidad, acceso a la información...

170. En su caso, por ejemplo, con la participación del público en general y de los expertos, con la participación del sector privado y del conocimiento experto, etc.

171. Actividad de inspección, la confección de un mapa ambiental, por ejemplo.

172. Colaboración interadministrativa a nivel interno (por ejemplo, las evaluaciones estratégicas ambientales de planes y programas en el esquema de la Unión Europea y de otros países del ámbito angloamericano), o externo (Comité de Basilea...).

V. LA EVALUACIÓN DE UN SISTEMA DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DESDE LA EXPERIENCIA COMPARADA. INDICADORES Y TÉRMINOS DE LA COMPARACIÓN

A nuestro limitado propósito, se reseñan a continuación algunos de los indicadores y parámetros, que, a modo de término de la comparación, pueden servir para evaluar y medir la efectividad de la justicia administrativa en un sistema dado. El objeto de las páginas que siguen no es, pues, comparar concretos modelos entre diversos países. Esa tarea se da por realizada previamente. Ahora, en términos metodológicos, se proponen, por inducción y comparación, los criterios que pueden servir para una evaluación de la tutela jurisdiccional vista desde la perspectiva ciudadana.

A tal efecto, hemos de partir, primero, de tres cuestiones que enmarcan la comparación: el carácter crucial de la justicia administrativa en un Estado de Derecho (i); la justicia como bien escaso (ii); y la doble estrategia de tutelar al ciudadano a través del procedimiento administrativo y del proceso judicial (iii). De ello nos ocupamos en el primer epígrafe. A continuación, se apuntan los tres indicadores básicos, que, a nuestro juicio, autorizan a medir y sopesar el grado de efectividad y madurez de la justicia administrativa desde la perspectiva de la defensa del ciudadano (2 y 3); para poner, finalmente, el control judicial en el contexto de los demás controles, con los que, cuando menos a nivel estatal, ha de convivir (4). Ello permite concluir que la justicia administrativa, como la política regulatoria, se resuelve en el arte de la mezcla. De nuevo, emerge la necesidad del contexto, aun cuando se persiga una microcomparación.

1. Una triple premisa: la justicia administrativa como barómetro del Estado de Derecho (a); la justicia como bien escaso y la consiguiente necesidad de un reparto equilibrado de la escasez (b); y la dualidad en la protección y garantía de los derechos a través del procedimiento y del proceso (c)

a) El protagonismo y esencialidad del control judicial de la Administración

La justicia administrativa constituye el centro del Derecho Administrativo,¹⁷³ el motor del progreso jurídico,¹⁷⁴ y el broche de cierre de la división de poderes.¹⁷⁵ Representa la “coronación del Estado de Derecho”.¹⁷⁶ Su proclamación constitucional (el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva o al proceso debido, según los sistemas) permite hacer frente a la “soberanía del ejecutivo”¹⁷⁷ y ha traído consigo relevantes aportaciones en la construcción del Derecho Administrativo, señaladamente a partir de la segunda mitad del siglo XX. El Derecho Administrativo, en cada tiempo y lugar, se ha concentrado, desde su mismo nacimiento, en la incesante búsqueda de una más universal e intensa revisión judicial de las decisiones y normas emanadas por el Ejecutivo y la Administración. Tal ha sido su primigenia razón de ser: “embridar el poder con el Derecho”, una tarea siempre perfectible e inacabada.¹⁷⁸ Al fin y al cabo, la efectividad y realidad de los derechos individuales depende de su defensa judicial en caso de conflicto frente al poder público.

b) La justicia administrativa como bien escaso. El reparto de la escasez

Ha de notarse, en segundo término, que la tutela judicial constituye un bien escaso, un recurso limitado. Lo es, en primer lugar, como todos los demás bienes, porque la naturaleza es limitada, y así sucede también con la capacidad económica y financiera para poner a disposición de la justicia los recursos materiales y personales suficientes.

173. Piénsese, por ejemplo, en el conjunto de teorías y sistemas construidos desde esta clave: la teoría del control de la discrecionalidad administrativa y del concepto jurídico indeterminado; etc. Desde una perspectiva más amplia y comprensiva de la centralidad de la justicia administrativa en el conjunto del Derecho Administrativo, y sobre la insuficiencia de ese ángulo, puede verse: SCHMIDT-AßMANN, E., *La teoría del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid, INAP-Marcial Pons, 2003, capítulos primero, cuarto y sexto; así como la “Presentación a la traducción”; BARNÉS, Javier(ed.), *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, 2.0, Sevilla, Global LawPress- Editorial Derecho Global, 2006, capítulo quinto.

174. BARNÉS, Javier, *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, Cívitas, 1993, p. 139.

175. Sobre estas expresiones y su origen: *ibidem*, p. 144, p. 169 y ss.

176. Sobre estas expresiones y su origen: *ibidem*, p. 139.

177. Sobre estas expresiones y su origen: *ibidem*.

178. Sobre esta expresión, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 2ª ed., 1992, p. 29.

La escasez, en lo que ahora interesa, se manifiesta también en el tiempo que la justicia requiere para dispensar la tutela de los derechos e intereses. Ha de notarse que el producto típico del poder judicial es el *pensamiento*, el razonamiento, y no la acción, propia de la Administración. No es una actuación seriada o mecanizada, sino inevitablemente artesanal en su esencia.

Por consecuencia, el legislador ha de saber distribuir y gestionar adecuadamente el “reparto de la escasez”, a fin de alcanzar los equilibrios necesarios. La tutela judicial, en ese sentido, es antes subjetiva, que objetiva; no nace como sistema de control de la legalidad objetiva, esto es, para asegurar el respeto por parte de la Administración de todos los elementos del ordenamiento, sino, ante todo, para prestar la tutela subjetiva, esto es, la defensa en sede jurisdiccional de los derechos e intereses legítimo del ciudadano.

La acción popular, por el contrario, responde a la defensa de la legalidad objetiva. De ahí que de ordinario se reconozca restrictivamente para algunos ámbitos o sectores del ordenamiento (urbanismo, medioambiente...), como fórmula de colaboración con la Administración. En cambio, si se admite de forma generalizada la acción popular en todos los ámbitos y cualquier ciudadano, sin exigencia alguna de legitimación, puede poner en marcha la maquinaria judicial, podría romperse el necesario equilibrio, el reparto de la escasez, en perjuicio de la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos, lo cual, en su caso, sería contrario a las más elementales necesidades del Estado de Derecho, que reclama, entre otras cosas, la tutela por los jueces y tribunales de los derechos e intereses, señaladamente ante y frente al poder público. La mejor estrategia para acabar con la justicia administrativa sería justamente esa: colapsar el sistema mediante la inundación de acciones populares.

c) La dualidad del procedimiento administrativo y del proceso judicial en la tutela de los derechos

Como se ha notado en las páginas precedentes,¹⁷⁹ algunos ordenamientos jurídicos estatales, en la protección de los derechos, ponen el acento antes en el procedimiento administrativo previo a la toma de decisiones que afectan al ciudadano (“justicia en la Administración”), como EE.UU. y

179. *Supra* núm. IV.4.

Austria,¹⁸⁰ que en el proceso judicial (“justicia sobre la Administración”).¹⁸¹ O, más ampliamente, que en los países del *commonlaw* prevalece, o ha prevalecido, la justicia en la Administración (control *ex ante*), esto es, en el procedimiento, en tanto que en los países del *civil law* predomina la justicia sobre la Administración, es decir, a través del proceso (control *ex post*).¹⁸² De acuerdo con esta esquemática caracterización, la experiencia británica habría atribuido históricamente una gran importancia a las vías no jurisdiccionales, o no estrictamente judiciales, a la hora de establecer el equilibrio entre el poder público y la garantía ciudadana, de modo que la tradición de un procedimiento administrativo previo a la formación de la voluntad administrativa habría encontrado sus raíces en el *commonlaw* inglés, mucho antes de que se formara el régimen del Derecho Administrativo.¹⁸³ Similar a la experiencia inglesa es la de EE.UU., donde se desarrolla la *internallaw of administration*,¹⁸⁴ al menos hasta la aprobación de la Ley federal de Procedimiento Administrativo (APA, por sus siglas en inglés), en 1946. Esta distinción entre familias jurídicas puede explicarse a la luz de una multiplicidad de factores, a la que no es ajena, desde luego, la ya apuntada, la tradición cultural, y su respectivo constitucionalismo (Constituciones liberales *versus* Constituciones estatistas).¹⁸⁵ Acaso quepa añadir que los

180. En español, BARNÉS, Javier, *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, Cívitas, 1993. Del caso austríaco es cierta la afirmación respecto de los actos administrativos, no así de los reglamentos.

181. Tomo la expresión de CASSESE, Sabine, *El Derecho Administrativo: historia y futuro*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2014, p. 295.

182. *Ibidem*.

183. Cfr. D'ALBERTI, M., *Diritto amministrativo comparato. Trasformazione dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bolonia, Il Mulino, 1992, p. 80; y D'ALBERTI, M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Turín, Giapichelli, 2012, p. 165. *Apud* CASSESE, Sabine, *Derecho Administrativo: historia y futuro*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2014, p. 295.

184. CASSESE, Sabine, *ibidem*.

185. *Ibidem*, pp. 295-296. Así, en las Constituciones liberales la injerencia habría de encontrar frenos y contrapesos antes de hacerse efectiva: control parlamentario, control indirecto, control interno (participación, recurso administrativo), mientras que en las Constituciones de corte más estatista (como las francesas, las italianas y, añadimos, la española) la voluntad del Estado no puede padecer frenos, sino que debe imponerse directamente; luego el ciudadano tendrá que dirigirse a una autoridad distinta para recabar su revisión, esto es, para asegurar así la justicia sobre la Administración.

Con todo, se daría la paradoja, advierte Cassese, de que la insuficiencia del control

distintos momentos históricos por los que atraviesan unos y otros países, señaladamente a lo largo del siglo XIX y comienzos del XX, pueden haber jugado un papel relevante en esta diversa estrategia. Y es que mientras en los EE.UU., en plena revolución industrial, la amplia participación ciudadana –y de la industria afectada– en el seno del procedimiento administrativo permitía adoptar actos y, sobre todo, normas, sobre una base bien informada y ponderada en el ya entonces complejo mundo económico, en la convulsa Europa, en un estadio económico menos avanzado, se entendía que la Administración, sobre todo en el dictado de sus actos administrativos, no debiera sufrir obstáculos, sino “alcanzar con rapidez sus propósitos de forma que se garantice el interés público”.¹⁸⁶ Esta distinción, sin embargo, no ha resistido el paso del tiempo y hoy se aprecia una clara convergencia de ambas culturas.¹⁸⁷ Mientras los países del *civil law* comenzarían a establecer sus normas de procedimiento o de control *ex ante* (derechos de defensa y audiencia del interesado, acceso a la información, motivación...), los del *commonlaw* incorporarían nuevos mecanismos de revisión y control *ex post*. No se trata de una alternativa excluyente; la cuestión radica en la mezcla.

Baste esta breve nota de contexto histórico y comparado, a nuestro limitado propósito, para poner de manifiesto dos datos:

- La convergencia y aproximación entre ambas estrategias (justicia *en o sobre* la Administración) que se observa contemporáneamente se extiende, primero, a la creciente *especialización* de los jueces y tribunales en el enjuiciamiento de la Administración, y ello con independencia de que trabajen en el seno de los sistemas nacionales basados en una jurisdicción común para conocer de los asuntos civiles y administrativos (monistas), en una jurisdicción especializada (dualista), o en esquemas híbridos.¹⁸⁸ Y, segundo, a los parámetros o cánones de control para fiscalizar a la Administración (el principio

judicial en los países del *commonlaw* depararía que en el marco de Constituciones más liberales, sin embargo, la protección del ciudadano fuera inferior a la de los sistemas menos liberales (p. 296).

186. *Ibidem*. La hipótesis del factor del diferente nivel de las economías entre una y otra familia jurídica es nuestra.

187. *Ibidem*, p. 296 y ss.

188. A nuestros efectos, puede verse CASSESE, Sabine, *ibidem*, pp. 298-299.

de proporcionalidad constituye un ejemplo ilustrativo: inicialmente nacido en el sistema del *civil law*, se ha entendido por el *common-law*).¹⁸⁹ En otras palabras, la aproximación de la cultura jurídica del *civil law* y del *commonlaw* en lo que al control judicial concierne se aprecia tanto en la profesionalización y especialización de los jueces que han de controlar a la Administración, como en los criterios que permiten controlar la discrecionalidad administrativa.

- Por otra parte, el control judicial, también a efectos de comparación, ha de valorarse en su conjunto: desde la perspectiva del resto de controles de la Administración, externos o internos, *ex ante* o *ex post*, de oportunidad o de legalidad. No es fructífero comparar el control judicial o *judicial review* a la norteamericana o a la japonesa, aisladamente, con el contencioso-administrativo francés, alemán o español, como se ha señalado ya a propósito del procedimiento administrativo.¹⁹⁰ Ha de ponerse esa comparación —entre otras cosas, en las que ahora no nos detenemos—¹⁹¹ en el contexto más amplio que proporcionan el conjunto de controles. De entrada, porque forman un conglomerado, profundamente interrelacionado. Piénsese en la combinación de normas y garantías de procedimiento administrativo, previas a la decisión, tales como la transparencia, la participación o la motivación de la resolución o norma en cuestión, de un lado, con el ulterior control judicial, de otro. Forman una unidad a los efectos de la defensa ciudadana. Primero, porque un procedimiento muy riguroso en lo que a transparencia, participación y motivación atañe

189. *Ibidem*, pp. 295-301. Sobre algunas de las causas de esa convergencia o aproximación, vid. pp. 299-300, entre las que destaca la influencia de las organizaciones supraestatales, como la Unión Europea, desde la que se establecen medidas que se nutren de, y afectan a, sistemas del *civil law* y del *commonlaw*, o los tribunales regionales de derechos humanos, que han servido de “facilitadores de esta clase de transplantes y como estímulos de la emulación” (p. 300).

190. *Supra* núm. IV.3 y ss.

191. Por ejemplo, factores como la estructura administrativa (administración ministerial u organismo regulador independiente, por ejemplo); el grado de discrecionalidad, política o técnica, de la que disfrute la Administración; la posición y la función que esta cumpla en cada caso (implementación y ejecución de normas emanadas fuera del Estado o dentro del Estado, por ejemplo), constituyen variables fundamentales para delimitar con precisión el análisis comparado.

es susceptible de capturar eventuales desviaciones. Segundo, porque el juez no solo podrá examinar si el procedimiento (proceso decisorio previo) se ha respetado, sino también –por ejemplo, de la mano de una exigente motivación– si esta se corresponde con los hechos, pruebas, alegaciones y fundamentos jurídicos que constan en el expediente, y ello con independencia de que, a la luz del procedimiento administrativo, quepa, en su caso, además, un enjuiciamiento del fondo mismo con la ayuda de los principios generales del Derecho o el control de la desviación de poder. El control judicial es mucho más sólido si ha habido un procedimiento previo. En tal sentido, pues, conforman un combinado. El control *ex post* se sirve del control *ex ante*. Y la eventualidad de un ulterior enjuiciamiento condicionará el curso del procedimiento mismo.

2. Indicadores para la comparación entre sistemas de justicia administrativa

La perspectiva comparada y el análisis histórico, con su acervo acumulado de experiencias, permiten inducir tres parámetros o indicadores básicos, a modo de plantilla, para enjuiciar la calidad del control judicial, más allá, claro es, de su carácter profesional, independiente y objetivo, y de los diversos modelos históricos en que se haya expresado:¹⁹² *universalidad de la jurisdicción*, esto es, la efectiva accesibilidad al órgano jurisdiccional en defensa de *todos* los derechos e intereses preexistentes reconocidos por el ordenamiento (i); la *intensidad*, profundidad o densidad de ese control jurisdiccional, señaladamente cuando nos enfrentamos al clásico tema del enjuiciamiento de la discrecionalidad administrativa (ii); y el “factor tiempo” en términos procesales, esto es, una justicia a tiempo, en la conciencia de que una justicia tardía, al decir de una copiosa jurisprudencia nacional e internacional en materia de derechos humanos, es denegación de justicia, y una justicia tardía, añadimos, constituye asimismo una amenaza para la independencia judicial ante hechos muchas veces ya consumados (iii).

192. Véase, por ejemplo, DE PRETIS, Daria, “La giustizia amministrativa”, en *Corso di Diritto Amministrativo*, diretto da Sabino Cassese, Stratto da Diritto Amministrativo Comparato, Milán, Giuffrè Editore, 2007. En español, BARNÉS, Javier, *La justicia administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, Cívitas, 1993.

El análisis histórico y comparado¹⁹³ pone de relieve que la implantación de una efectiva justicia administrativa ha debido de enfrentarse, entre otros, a esos tres problemas fundamentales: la limitación del ámbito objetivo de la jurisdicción, esto es, la existencia de asuntos no susceptibles de control; la eventual dificultad del examen, bien sea de las cuestiones fácticas o de los hechos subyacentes a la acción administrativa, bien sea de los fundamentos jurídicos en que aquella se sustenta, singularmente cuando la Administración actúa con potestades discrecionales; y, finalmente, la excesiva duración del proceso y el problema del disfrute del objeto litigioso mientras pende la sentencia.

a) Ámbito material del control judicial de la acción administrativa: la legalidad subjetiva y la universalidad de la jurisdicción

El art. 19.IV de la Constitución alemana simboliza bien lo que aquí quiere expresarse: aquel que sea vulnerado en sus derechos tendrá abierta la vía judicial para su defensa.¹⁹⁴ Es a lo que se hace referencia con el primer indicador para comparar diferentes sistemas de justicia administrativa: la garantía judicial tiene por objeto la protección y defensa de los derechos e intereses que puedan verse afectados. El control jurisdiccional será tan extenso o amplio como lo sea el derecho o interés que se hace valer ante el juez o tribunal. La primera y más primaria manifestación de la tutela judicial es la accesibilidad a la justicia –por lo que la denegación de justicia y la no fiscalización de determinadas categorías de actos jurídicos constituye el primer obstáculo que pretende allanarse–. A esta expresión le siguen otras, en función del derecho o interés subyacente y de las circunstancias concurrentes, como la tutela cautelar, o la diversidad de acciones y de pretensiones a disposición del ciudadano.

La existencia de exenciones al control judicial ha sido contrarrestada con la progresiva proclamación de la universalidad de la jurisdicción, en

193. *Ibidem*.

194. En alemán, por todos, *vid.* el comentario de SCHMIDT-AßMANN, E., “Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG”, en Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, CH Beck, 2014. En español, *vid.* los capítulos correspondientes de BARNÉS, Javier (ed.), *La justicia administrativa en el Derecho Comparado* (obra colectiva), Madrid, Cívitas, 1993.

cuya virtud cualquier controversia que afecte a los derechos e intereses de los ciudadanos es susceptible de ser residenciada ante los jueces y tribunales para su defensa y garantía. Es la dimensión que podríamos denominar “cuantitativa” de la justicia administrativa: *la tutela judicial para ser real y efectiva ha de extenderse a la protección de la entera legalidad subjetiva*. La historia evidencia que la conquista ha sido lenta y gradual, nunca del todo alcanzada, en lo que hace a la extensión del control. No caben exclusiones al control jurisdiccional. La justicia administrativa ha de conocer de todos los asuntos en los que se encuentren involucrados derechos e intereses legítimos de los ciudadanos por imperativo del principio del Estado de Derecho y del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales relacionados (tutela judicial efectiva, derecho de acceso a la jurisdicción, derecho al proceso debido...).¹⁹⁵

Desde la consagración constitucional de la tutela judicial efectiva, señaladamente a partir del constitucionalismo de la segunda posguerra del pasado siglo (comenzando por las Constituciones de las potencias vencidas, Italia, Japón, Alemania), puede afirmarse que allí donde exista un derecho o un interés jurídicamente protegido, surgirá el derecho a la tutela jurisdiccional, es decir, el derecho a que se revise y enjuicie la legalidad de la actuación u omisión de que se trate en cada caso en defensa del ciudadano.

En la órbita de este indicador se sitúan, con las construcciones que en cada sistema se hayan establecido, el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, para que el órgano jurisdiccional tutele y proteja nuestros derechos e intereses legítimos, o, si se prefiere, nuestro patrimonio jurídico.¹⁹⁶ Este derecho de acceso a la jurisdicción, sin embargo, no garantiza el acceso a los jueces y tribunales para que estos conozcan de cualquier cuestión relacionada la legalidad ob-

195. Aquí se incardina, entre otras, la problemática de los denominados “actos políticos” o de Gobierno, excluidos del control en épocas pasadas. Uno de los enfoques para superar ese obstáculo, desde la perspectiva de la tutela judicial, consiste en entender que, aun cuando se trate de actos de Gobierno (relaciones internacionales, por ejemplo), su enjuiciamiento estará garantizado siempre que se tenga legitimación para recurrir en el entendimiento de que de esa decisión se pueda seguir que, en última instancia, remite a la posibilidad de invocar un derecho o interés jurídicamente protegido: si existe, se tendrá derecho a la tutela judicial.

196. *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª edición, Madrid, Cívitas, 2001.

jetiva, esto es, no comprende el derecho a poner en marcha la maquinaria judicial, y constituírnos en parte, ante cualquier infracción de la legalidad, aun cuando esta no impacte ni produzca efecto alguno sobre nuestros derechos e intereses.

En consecuencia, es objeto del control la actividad administrativa (en sentido material y formal), esté o no sujeta al Derecho Administrativo o al Derecho Privado, se refiera al fondo (contenido sustantivo)¹⁹⁷ o a la forma y al procedimiento.¹⁹⁸

La construcción de la universalidad de la jurisdicción y la tutela judicial misma, así como los derechos público-subjetivos, se han erigido en el eje del Derecho Administrativo tradicional. En nuestro tiempo, se plantean en esta sede nuevos problemas, sin embargo, a resultas de la globalización y de la privatización.¹⁹⁹ A consecuencia de la primera, ha de hacerse frente al reto que supone la existencia de múltiples organizaciones globales que adoptan decisiones, de aplicación inmediata o diferida —a cargo de las respectivas Administraciones nacionales— y que, sin duda, terminan por afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos de muchos Estados. Qué papel les corresponde a los tribunales internacionales, y a los nacionales, es una de las cuestiones a debate en la actualidad.²⁰⁰ Lo cierto

197. Señaladamente, el control sustantivo de los derechos materiales afectados: derechos humanos de ámbito regional, derechos constitucionales, derechos de origen legal o reglamentario, o con base en actos administrativos o derivados de contratos, convenios o pactos. Los cánones o parámetros que aquí se utilizan para el enjuiciamiento presentan dos notas características: a) son de carácter sustantivo (el juez o tribunal debe examinar si se ha respetado el contenido garantizado); y b) presentan una dimensión negativa o de prohibición en garantía o defensa del derecho o interés afectado (por ejemplo, prohibición de desbordar el contenido garantizado, prohibición de trato discriminatorio o desproporcionado, etc.).

198. En particular, el control de los derechos procedimentales en juego (por ejemplo, transparencia, participación y audiencia, derechos de defensa, motivación, ponderación suficiente de los intereses en conflicto, etc.). Los cánones o parámetros de enjuiciamiento se resuelven básicamente en las normas o reglas relativas al modo en que se toman las decisiones (esto es, normas de procedimiento administrativo, en esencia).

199. *Supra* núm. II.2 y 3.

200. Por todos, nos remitimos a la obra colectiva KINGSBURY, Benedict y STEWART, Richard B., *Hacia el Derecho Administrativo Global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2016, donde se abunda, a lo largo de los trece capítulos en esta problemática desde diversas perspectivas.

es que la instauración de un control judicial o cuasijudicial en el espacio administrativo global acaso sea el mayor desafío que el administrativista contemporáneo debe encarar. Son muchas las cuestiones que hoy quedan fuera de un control efectivo.²⁰¹ Por su parte, la privatización o, por mejor decir, la realización a cargo de sujetos privados de actividades de interés general y de carácter regulatorio suscita en este punto dos problemas. El primero es similar al anterior puesto que entre esas organizaciones globales que operan más allá del Estado con efectos sobre los ciudadanos se encuentran numerosas organizaciones privadas o mixtas (públicas y privadas).²⁰² El segundo es de carácter conceptual: si esas organizaciones, también dentro de las fronteras estatales, han de ser consideradas a efectos de control como si fueren Administraciones públicas. Nuestra respuesta es positiva.²⁰³ Con todo, el problema radica no en las actuaciones privadas, pero materialmente administrativas, realizadas dentro del Estado, puesto podrán enjuiciarse ante los tribunales internos, sino, de nuevo, las que se lleven a cabo en el espacio administrativo global. A efectos de control, pues, el problema permanece, con independencia de que se trate de organizaciones públicas o privadas.

b) Intensidad o densidad del control de la discrecionalidad administrativa

En lo que respecta a la *intensidad* del control, este ha de extenderse, con la profundidad necesaria en punto a los hechos y fundamentos de derecho, a la *discrecionalidad*, sea esta técnica o política (control de los hechos determinantes que subyacen a la decisión; observancia de los principios generales, como la igualdad o la proporcionalidad; respeto sustantivo de

201. *Ibidem*.

202. Por ejemplo, la ICANN o ISO.

203. Me remito a mi trabajo “New Frontiers of Administrative Law: A Functional and Multi-Disciplinary Approach. Private Life of Administration – Public Life of Private Actors”, en BLANKE, H.J., CRUZ VILLALÓN, P., KLEIN, T., ZILLER, J. (eds.), *Common European Legal Thinking (Essays in Honour of Albrecht Weber)*, Springer, pp.563-588 (accesible en https://www.researchgate.net/publication/284444411_Common_European_Legal_Thinking_Essay_in_Honour_of_Albrecht_Weber).

Un *Working-Paper* de esta publicación se encuentra accesible en https://www.researchgate.net/publication/280231783_W_PAPER_ICON-S_2015_New_Frontiers_of_Administrative_Law_July_21_2015?ev=prf_pub.

los derechos fundamentales; examen de la desviación de poder...). He aquí la clave de un control judicial de la acción administrativa que merezca tal nombre. Si el control fuera periférico o externo, tan solo de los elementos reglados y formales, no satisfaría las exigencias más elementales. Caería incluso el argumento histórico que sirviera para justificar la creación de una jurisdicción especial, formada por expertos, o, más en general, aun cuando no exista una jurisdicción especializada, sino común, como en el sistema de la *commonlaw*, para defender la especialización de los jueces que conocen de asuntos relacionados con la Administración. Si estos no son capaces de controlar la discrecionalidad técnica o política, hasta la frontera que la división de poderes permite entre ambos –ejecutivo y judicial–, la especialidad carecería de razón de ser. Para un control de las potestades regladas, no haría falta la existencia de una jurisdicción especializada, ni de jueces expertos en asuntos administrativos. *La justicia administrativa se justifica precisamente en el control de la discrecionalidad administrativa.*²⁰⁴

La dificultad para controlar a la Administración cuando actúa en el ejercicio de potestades discrecionales o en la interpretación de ciertos conceptos jurídicos indeterminados, o en la apreciación de los hechos en que se sustente la acción u omisión en cuestión, ha centrado los mejores esfuerzos del Derecho Administrativo de las últimas décadas en todos los Estados democráticos y de Derecho y se ha erigido en el centro del sistema. Son múltiples las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales que se han ido construyendo con el devenir del tiempo para aquilatar los criterios y las técnicas de control, en un delicado equilibrio entre el principio de división de poderes, del principio democrático y de la cláusula del Estado de Derecho.²⁰⁵ Representa la dimensión *cualitativa* de la tutela judicial frente al poder público: *para ser real y efectiva, la justicia administrativa ha de poseer una determinada cualidad o intensidad en su fiscalización.*

204. Sobre el tema, en perspectiva comparada, puede verse mi trabajo “Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en el volumen colectivo *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 226-244.

205. Piénsese, por ejemplo, en técnicas de control judicial de la discrecionalidad, como las que se basan en el examen de los hechos determinantes; el recurso a los principios generales del Derecho, como la igualdad o la proporcionalidad; la revisión de la desviación de poder; etc.

En este contexto, cabría hacer clasificaciones comparadas, en función de que los jueces otorguen o no un mayor margen de apreciación en beneficio de la Administración (deferencia), o, por el contrario, asuman un papel más activista o de injerencia judicial.²⁰⁶ Sin embargo, esta dialéctica (deferencia *versus* injerencia) resulta un tanto simplificadora o superficial, si la comparación se hace con trazo grueso, sin muchos matices. Todo un conjunto de factores han de considerarse a fin de identificar un adecuado término de la comparación: el grado de discrecionalidad que la ley haya reconocido en cada caso a la Administración; los criterios o parámetros que la ley ofrece al juzgador; la clase de Administración (de corte ministerial u organismo regulador, por ejemplo); la posición e instancia que ocupe el tribunal de que se trate y los recursos de que conozca; etc.

c) *Una justicia a tiempo*

Y en lo que hace a la dimensión *temporal* del control judicial, la tutela jurisdiccional tempestiva se sustenta en un doble fundamento: una justicia tardía es denegación de justicia; y una justicia tardía, al mismo tiempo, amenaza a la independencia judicial, ante situaciones ya muy consolidadas, cuando no consumadas, máxime si una declaración de nulidad lleva aparejada la retroacción de los efectos.

La excesiva duración de los procesos judiciales se muestra como un problema particularmente persistente. *La efectividad de la tutela judicial demanda una justicia a tiempo*. Son muchos los instrumentos utilizados para hacer frente a este grave problema.²⁰⁷ Con todo, las causas parecen

206. De interés son los recientes trabajos de JORDÃO, Eduardo y ROSE-ACKERMAN, Susan, "Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review", en *Administrative Law Review*, vol. 66, Number 1, Winter 2014, p. 1 y ss.; y de JORDÃO, Eduardo, "The Dynamics of Deference: the Creation and the Evolution of Deferential Standards of Judicial Review in Comparative Law", en *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 2, N°3, 2015 (disponible en https://www.academia.edu/20365407/La_dynamique_de_la_de_ference_creation_et_e_volution_des_mode_les_auto-restrictives_de_contro_le_jurisdictionnel_dans_le_droit_compare_).

207. Por ejemplo, la tutela cautelar y provisional; un efectivo sistema de recursos administrativos; técnicas de arreglo extrajudicial; la configuración de procesos rápidos y diferenciados en función de la naturaleza o clase de acción ejercida (impugnatoria, declarativa, de prestación, de condena de contestar expresamente, etc.); el reconocimiento del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; etc.

estructurales y residen en los propios fundamentos del sistema: la jurisdicción es víctima de su propia solidez, de su peculiar fisiología, puesto que su producto típico no es la acción, como en el caso de la Administración, sino el razonamiento, y ello exige tiempo.²⁰⁸

3. El significado y aportación del control judicial en el marco de los demás controles

Como ha quedado dicho, no puede hablarse de Estado de Derecho sin control judicial del ejecutivo y de las Administraciones. Nos interesa ahora ahondar en lo que de específico y singular tiene esta forma de control por contraste y comparación con los demás controles de la Administración.

En lo que ahora importa, y comenzando por lo más obvio, conviene retener tres datos:

- El control jurisdiccional de la acción administrativa no es el único control, sino el *último*. Es, y valga la imagen, lo que la cirugía a la medicina, el último remedio, aunque no el único. En cierto modo constituye una suerte de fracaso de todos los controles previos en favor de una vida sana y una medicina preventiva.

- La tutela judicial es *individual* (se calca y proyecta –de ordinario– sobre el derecho individual a proteger), y *singular* o *puntual*, es decir, no se extiende sistemáticamente al conjunto de la política pública en la que la decisión o norma combatidas se insertan. En otras palabras, y en cuanto derecho constitucional, la tutela judicial es de carácter subjetivo (se ocupa de la legalidad atinente a los derechos individuales), y no garantiza ni atribuye por sí misma el control de la legalidad objetiva (infracciones que no afecten a la esfera jurídica de los ciudadanos).

- El control judicial es de carácter *binario* (legal o ilegal) y *negativo* (expulsa lo que es contrario al ordenamiento jurídico, lo que no es

208. BARNÉS, Javier, *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, op. cit., pp. 30 y 196-197.

legal), pero no constituye un control de eficacia o excelencia, ni de contenido positivo (si la medida examinada pudo ser “mejor”, “más eficaz”, etc.).²⁰⁹

En suma: el control de la Administración, en otras palabras, no se agota en el control judicial, pese a su centralidad; el objeto preferente de este es el individuo como tal, sus derechos e intereses; consiste en un control concreto e individual; representa la última *ratio* o remedio; posee carácter artesanal, caso a caso, pues su producto es el pensamiento, no la acción.

De todo ello se infieren, a nuestro limitado propósito, tres consecuencias:

- Que el sistema del Derecho Administrativo ha de ofrecer otros mecanismos y garantías que, primero, sean de naturaleza preventiva;²¹⁰ segundo, se refieran al conjunto de la política pública y no a la decisión aislada, objeto de impugnación;²¹¹ y, tercero, que sean capaces de medir la eficacia de la acción administrativa y la calidad de los servicios que la Administración presta.²¹²

- Que el procedimiento administrativo guarda una estrecha relación estratégica con la justicia administrativa, no ya solo porque puede hacer de control previo o *ex ante*,²¹³ “capturando” el conflicto antes

209. El control judicial, en otras palabras, delimita en términos negativos lo que no es legal, legítimo, válido, justo. Discurre en una suerte de razonamiento binario: legal/ilegal; legítimo/ilegítimo; válido/inválido; bueno/malo; luz roja/luz verde.

210. Por ejemplo, el procedimiento administrativo previo no solo tiene por finalidad garantizar el acierto en la decisión, sino la tutela de los derechos e intereses afectados. Un procedimiento administrativo bien diseñado y aplicado contribuye decisivamente a evitar desviaciones de la legalidad.

211. Así, por ejemplo, las evaluaciones de impacto regulatorio *ex ante* y *ex post* constituyen igualmente un instrumento de control de la política pública en su integridad. Sobre el tema, *vid.* AUBY, Jean-Bernard y PERROUD, Thomas (eds.), *La evaluación de impacto regulatorio*, Sevilla, Global LawPress - Editorial Derecho Global, 2013.

212. Son numerosos los instrumentos de control y medición de la calidad de los servicios, y, más en general, de las políticas públicas. Baste el ejemplo de la nota anterior.

213. Piénsese, por ejemplo, en un procedimiento administrativo de recurso, o en un procedimiento administrativo en vía de petición –autorizatorio, por ejemplo–, en el que se haya practicado una completa instrucción, se hayan estudiado en profundidad

de que tenga que ingresar en la jurisdicción, sino también porque determinados procedimientos, o bien se diseñan específicamente para tutelar los derechos e intereses individuales,²¹⁴ o bien se erigen en foros donde de forma participada (público, industria, conocimiento experto) se adoptan decisiones técnicas innovadoras, y que no resultan fácilmente permeables al control jurisdiccional de fondo.²¹⁵ En este último caso, por ejemplo, el peso de la tutela jurídica se desplaza hacia el procedimiento administrativo, quedando en manos del juez la supervisión de que se han observado las exigencias procedimentales, incluida la ponderación de todos los bienes, valores o intereses, sin perjuicio de un control eventual o menor del fondo.²¹⁶ La sabia conjunción de ambos brazos, procedimiento administrativo y proceso jurisdiccional, permite obtener mejores resultados. A ello se añade que en el seno de un procedimiento administrativo se pueden controlar más cosas que las relativas a la mera legalidad. Y ello no ya solo porque eventualmente en un recurso administrativo puedan hacerse valer consideraciones de oportunidad y no solo de legalidad,²¹⁷ sino porque representa también un medio que puede servir de garantía de una mejor regulación; de realización de una política pública de más

las alegaciones realizadas por el interesado, y finalmente se haya motivado la decisión de forma convincente, no autoritaria.

214. Piénsese, por ejemplo, en un procedimiento sancionador. El modelo austríaco de procedimiento administrativo responde a esta idea: la tutela jurídica se concentra en el procedimiento, antes que en el proceso judicial. Véase BARNÉS, Javier, *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*, Madrid, Cívitas, 1993; del mismo, *Tres generaciones de procedimientos administrativos*, Sevilla, Global LawPress, 2013.

215. La aprobación de un medicamento para el consumo humano, o de un reglamento en materia medioambiental o de seguridad en el trabajo; la adopción de una medida de prevención sobre la seguridad aérea ante la erupción de un volcán; etc.

216. Tal es el modelo norteamericano. Véase la bibliografía citada en la penúltima nota.

217. Así sucede en Alemania, con el recurso administrativo, a través del que caben plantear cuestiones de legalidad y de oportunidad, según se desprende del artículo 68 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa alemana, relativa al procedimiento administrativo previo (*Vorverfahren*).

calidad;²¹⁸ y, en suma, de un gobierno más moderno y eficaz,²¹⁹ señaladamente cuando la propia ley no ha predeterminado la solución y es en el seno del procedimiento donde han de hallarse las soluciones.²²⁰

- Que uno de los secretos mejor guardados del siglo XX acaso sea que no haya mejor control, por su alcance y efectos, que el que puede realizar otra Administración: el control de una Administración sobre otra. Y ello por muchas razones: primero, porque por principio sería capaz de reproducir en caso de debate el mismo juicio técnico que el órgano originario, es decir, no se quedaría, como si de un juez se tratase, en los aspectos de legalidad “externa” (procedimiento, competencia...), y el (limitado) control de fondo mediante las técnicas de control de la discrecionalidad (principios de proporcionalidad o prohibición de exceso, prohibición de trato discriminatorio...); segundo, porque puede prevenir la generación del conflicto.²²¹ Por ejemplo, cuando se trata de supervisar y garantizar políticas públicas, o acciones o medidas de alcance general, proyectadas sobre un sector social en su conjunto: cuando la Administración medioambientalmente responsable supervisa que la Administración competente para llevar a cabo un programa energético o urbanístico atiende los requerimientos del crecimiento sostenible;²²² cuando una organización más allá del Estado –por ejemplo, el Banco Mundial– controla y exige la participación

218. Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos en los que se insertan evaluaciones ambientales, evaluaciones de impacto regulatorio, y similares. El procedimiento constituye aquí el foro para la adopción de decisiones que no están predeterminadas en la ley.

219. Ese fue el proceso confesado de los redactores de la Ley de procedimiento administrativo norteamericana.

220. Tal es el caso de la legislación del medio ambiente en la Unión Europea, que se resuelve en esencia en un ordenamiento de naturaleza procedimental.

221. Un control previo y disuasorio. En Europa, el esquema de la evaluación estratégica ambiental, en el que la Administración medioambiental vigila y supervisa la acción de la Administración competente, puede constituir un ejemplo elocuente.

222. Así, la legislación ambiental de matriz europea, en particular en lo que hace a las evaluaciones estratégicas ambientales. Véase por ejemplo la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (por ejemplo, http://europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/128036_es.htm).

ciudadana en la aprobación de un proyecto de obra pública.²²³Ello valdría también en materia de recursos administrativos siempre que, primero, el recurso se extienda a todas las cuestiones de legalidad, y, en su caso, de oportunidad, y, segundo y sobre todo, la Administración o el órgano que resuelve sea en verdad independiente y neutral (tribunales administrativos, organismos reguladores independientes...).

El control judicial, desde la perspectiva de la teoría general de los controles,²²⁴ posee sus singularidades. Basta hacer un breve recorrido para saber dónde situar el judicial: el control puede ser *ex ante* o *ex post*; preventivo o retrospectivo; de eficacia o de legalidad; general (política pública) o individual (medida singular); permanente y sistemático (evaluaciones periódicas) o puntual y esporádico; afirmativo (evalúa y propone alternativas), o corrector (si se ajusta o no a lo previsto)...El control judicial, en efecto, es jurídico (el juez lo es de la legalidad, no de la excelencia ni de la eficacia); es un control formalizado; *ex post*; iniciado desde fuera de la Administración; puntual, eventual o esporádico; y con un enorme potencial sancionador.

El control judicial, obvio es decirlo, no convive en solitario. La clave del control reside en el arte de la mezcla.

4. A modo de recapitulación. Algunos desafíos de la justicia administrativa en el siglo XXI

Hemos puesto de manifiesto la evolución del Derecho Administrativo y sus transformaciones contemporáneas.²²⁵ Ha quedado subrayado igualmente que en esa evolución emergen modalidades de gobierno y administración, que, aun conviviendo con las tradicionales (actividad administrativa de policía, *command and control regulation*), requieren un paralelo

223. CASSESE, Sabine, *Los tribunales ante la construcción de un sistema jurídico global*, Sevilla, Global LawPress, 2010, p. 57 y ss.

224. Por todos, KAHL, Wolfgang, § 47 “Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle”, en *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band III, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2012, pp. 459-591.

225. *Supra* núm. II.

ajuste de las instituciones clásicas.²²⁶ Ello determina que hayan aparecido nuevas generaciones o especies de procedimiento administrativo.²²⁷ Resta por apuntar, a modo de recapitulación y por vía de síntesis, algunos de los desafíos a los que se enfrenta la justicia administrativa en el siglo XXI.

a) El alcance y fisiología del control judicial corre paralelo al contenido y capacidad directiva de la ley formal

La dosis o dimensión de control sustantivo o de fondo *versus* control de forma y procedimiento depende en una relación directamente proporcional del contenido y capacidad directiva de la ley. Cuanto mayor sea la predeterminación que el legislador haga de la respuesta que en cada caso deba dar la Administración (esto es, cuanto más preciso sea el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica a este anudada), tanto mayor será el control judicial de carácter material o sustantivo. Por el contrario, cuanto mayor sea la libertad o margen de apreciación que la ley conceda a la Administración, menor será el control de fondo, y mayor el control de forma o de procedimiento. Si antaño se supone que la ley dirigía y establecía la conducta material de la Administración, en nuestro tiempo, sin embargo, no son ya excepción los supuestos y sectores en los que la ley no puede anticiparse a la realidad y deja un mayor espacio a la Administración. La tutela se desplaza entonces hacia el procedimiento y el control judicial se concentrará en la observancia de este.

En efecto, en primer término, legislador, Administración y jueces adquieren una *posición relativapropia* en cada modelo. Así, por ejemplo, en el esquema clásico en el que naciera el Derecho Administrativo, la ley predetermina en detalle qué conductas resultan sancionables en el ámbito de la protección del medio ambiente, por ejemplo; por su parte, la Administración, mediante un acto administrativo (decisión unilateral, aquí de carácter reglado), subsume en el presupuesto de hecho de la norma la conducta de que se trate; y el juez, finalmente, revisa los hechos constitutivos del ilícito administrativo y la operación de subsunción. Se trata, en este caso, de una secuencia clásica y bien conocida. Si el legislador, por el contrario, apuesta por incentivar la colaboración con el sector privado y los acuerdos

226. *Ibidem.*

227. *Supra* IV.

medioambientales con las empresas contaminantes, la ley podrá establecer un marco general y flexible (objetivos y plazos mínimos, por ejemplo) y renunciar a fijar en detalle el conjunto de prohibiciones y mandatos para cada sustancia contaminante y área, con un plazo determinado, y un sistema de fomento para reducir el impacto. En tal caso, la función del juez consistirá en determinar, entre otras cuestiones (procedimiento, organización o competencia), si el contenido del acuerdo desborda el marco establecido, pero no tendrá por objeto revisar subsunción alguna, puesto que la ley no habría prefigurado materialmente cuál sea el contenido obligatorio del convenio para cada sustancia. Lo mismo sucede con multitud de sectores (seguridad alimentaria, aérea o pública; regulación de los mercados financieros; la lucha contra una pandemia; etc.).

b) Las técnicas jurídicas –y las categorías y conceptos– adquieren singularidades propias en el marco de cada modelo de gobierno y administración, y en donde la ley ocupa una posición relativa distinta

En segundo término, es necesario enjuiciar cada instrumento en el *contexto* del modelo en el que se inscriba, y no exclusivamente a la luz del modelo clásico hasta ahora predominante. Así, por ejemplo, el convenio medioambiental no ha de ser examinado por el órgano jurisdiccional como si de un acto administrativo se tratara, ni cuestionado por entenderlo como un mecanismo que pretende eludir o socavar lo que la ley dispone. Y es que la cuestión es previa: el convenio aquí se concibe como un instrumento al servicio de un modelo diverso, y en el marco de una ley que por hipótesis no determina todos los extremos, ni establece un programa material cerrado de actuación. Naturalmente, es esta una tarea que incumbe en primer término al legislador que ha de ajustar cada herramienta a su concreto modelo: por ejemplo, el procedimiento para negociar el convenio, si quiere beneficiarse de la creatividad y capacidad innovadora para la resolución de los problemas medioambientales y de la iniciativa privada habrá de diseñarse de un modo específico y distinto al esquema procesal. En suma, y por mantener el ejemplo, a los efectos de su enjuiciamiento, no puede olvidarse que mientras el acto administrativo puede –y el procedimiento en el que se dicta– pueden ser meramente aplicativos en el caso de que la ley haya predeterminado el programa de actuación, el convenio medioambiental, por el contrario, no será de mera aplicación –puesto que la ley no ha cerrado la cuestión– y

adquiere una evidente función creadora o innovativa. En el primer caso, el control sobre el fondo –si la resolución administrativa acierta y es conforme con lo dispuesto por la ley– se impone; en el segundo, y en la medida en que la ley no haya preestablecido la solución, el control tendrá que centrarse en los límites que el convenio no puede desbordar, y en el procedimiento para su aprobación.

c) La diversa funcionalidad del procedimiento en cuanto mecanismo de control

El *foco* y el énfasis de la revisión judicial puede desplazarse también como consecuencia de la inserción de la técnica o herramienta de que se trate en uno u otro modelo de gobierno y administración. Piénsese, en particular, en la institución del *procedimiento administrativo*, cuya función y estructura varía en virtud de que se utilice al servicio del esquema regulatorio tradicional o en un modelo de gobernanza. En el primero, el procedimiento administrativo posee una función adjetiva (al servicio del Derecho material o sustantivo), hasta el extremo de que algunas infracciones de forma carecen de fuerza invalidante del procedimiento, si la decisión de la Administración resulta materialmente correcta. En ese escenario, de acuerdo con una conocida tradición, lo relevante es que la resolución que ponga fin al procedimiento sea conforme a Derecho. El juez realiza un control material o de fondo y los vicios del procedimiento, en términos generales, suelen ser considerados con cierta indulgencia, si la decisión finalmente adoptada se ajusta a la legalidad material. Por el contrario, cuando el procedimiento se utiliza en el contexto de otros métodos de administración y gobernanza, como los que se caracterizan por dejar abierta en la ley la solución final para diferirla a un complejo procedimiento participativo (como ocurre, por ejemplo, en el urbanismo, o en el medio ambiente en la Unión Europea, etc.), la atención del juez se centrará precisamente en el procedimiento establecido por la ley, para revisar todos sus elementos (participación, colaboración, diálogo y ponderación de todos los intereses, motivación, etc.). El examen de la decisión final, en sí misma considerada, pasa en el control judicial a un segundo plano, puesto que la ley no la habría programado o preestablecido (por ejemplo, la ley no decide por dónde crece la ciudad, sino que difiere la decisión a la Administración competente). Aquí, la tutela se desplaza hacia el procedimiento y su observancia habría de ser sancionada judicialmente

con la mayor severidad. Por lo demás, ese desplazamiento del control hacia el procedimiento no supone en modo alguno un control de segunda clase, si se tiene en cuenta la trascendencia que esa clase de procedimientos poseen. En suma, una misma técnica —el procedimiento, por ejemplo— adquiere un sentido distinto, y con él la misma justicia administrativa, en función del modelo regulatorio en el que se instale.

d) El control de la acción administrativa más allá del Estado

En ocasiones, la utilización de un instrumento —como el procedimiento— en un nuevo esquema de administración y gobernanza genera problemas específicos para la justicia administrativa, que es necesario atender. Piénsese, por ejemplo, en los procedimientos administrativos compuestos o mixtos, en los que intervienen diversas Administraciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea, y en los que resulta más complejo el control judicial y la determinación de la responsabilidad de cada una de las Administraciones intervinientes.

e) El control de la “vida pública” de los sujetos privados

En los supuestos en los que, mediante la privatización, se ha pasado de un modelo regulatorio tradicional, a un esquema de gobernanza que se articula sobre la cooperación entre el sector público y el privado y/o en los mecanismos de mercado, la revisión judicial y las técnicas de control propias de la justicia administrativa también se habrán de extender, como ha quedado dicho, a las acciones realizadas por esas entidades privadas que desempeñan actividades de interés general (por ejemplo, en el ámbito de las telecomunicaciones o la energía, en los casos en que así se haya procedido), o realizan actividades de carácter regulatorio (establecimiento de estándares, certificaciones, evaluaciones, validaciones...). Principios como el de intervención del conocimiento experto y técnico, independencia y ausencia de conflicto de intereses, representatividad de todos los intereses en presencia, transparencia, entre otros, habrán de concentrar el control judicial.

La intensidad del control judicial habrá de ser de análoga a la que ejerce frente al poder público, cuando los sujetos privados realizan actividades de interés general o participan en la cadena regulatoria. La privatización

no debe suponer minoración alguna de las garantías de control judicial. Los valores, derechos y principios que se esgrimen ante el poder público pueden ser igualmente invocables ante los sujetos privados en el caso de los servicio público o actividades de interés general,²²⁸ o de su inserción en la cascada regulatoria,²²⁹ bien porque así puede deducirse de las Constitucionales nacionales,²³⁰ o en particular de la legislación ordinaria.²³¹ Al fin y al cabo, privatización no es sinónimo de desregulación: al legislador corresponde en primer término determinar las funciones que cada sujeto correspondan. La jurisprudencia tendrá en todo caso un indudable papel creativo en estos nuevos escenarios.²³²

228. Buena fe, igualdad y no discriminación, neutralidad, proporcionalidad, mínimo nivel prestacional, requisitos de procedimiento en su actuación, etc.

229. Ya se ha insistido en ello: transparencia, representatividad, objetividad, independencia, motivación, control...

Un ejemplo paradigmático lo constituye la Ley italiana de procedimiento administrativo: “soggetti privatiprepostiall’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”.

Esos principios han de ser observados en la misma forma que lo hace la Administración: “L’attività amministrativa [...] è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché da i principi dell’ordinamento comunitario”.

230. O de las exigencias derivables del *common law*. Sobre el caso norteamericano, véase FREEMAN, Jody, “The Private Role in Public Governance”, en *York University Law Review*, June, 2000, p. 588 y ss.

231. Ha de notarse, sin embargo, que la cooperación entre Administración y ciudadanos que caracteriza a algunas fórmulas modernas de gobernanza implica la superación de la vieja línea fronteriza entre público y privado para subrayar la interacción e interdependencia; véase FREEMAN, Jody, *The Private Role in Public Governance* (nota anterior), p. 591 y ss. Ello requiere, en lo que ahora interesa, un examen del conjunto del sistema, del método de producción normativa y de ejecución.

232. BARNÉS, Javier, “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”, en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

f) El control de la información que sirve de base para la acción administrativa

El intercambio de la información entre Administraciones y entre estas y los ciudadanos constituye un elemento fundamental en los nuevos escenarios, como también lo juega la denominada “regulación por información”. En ese contexto, la revisión judicial de las controversias sobre la calidad e integridad de la información gestionadas por la Administración –elemento de efectos multiplicadores también a efectos regulatorios– plantea problemas singulares y específicos. Por ejemplo, la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como está configurada, puede presentar ciertas limitaciones funcionales en lo que hace a la resolución de las controversias relativas a la información, cuando se quieren enjuiciar las posibles violaciones de los derechos y deberes en este ámbito. El bien “información” tiene una vida muy corta, vinculada a un concreto y efímero contexto informativo. La información no constituye un fin en sí mismo, sino un instrumento de cara a la adopción de una mejor resolución. Si surge una controversia en torno a la información ofrecida en el seno de un procedimiento administrativo (p.ej., alegaciones, participación o audiencia en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria o de un plan urbanístico), y esta no se resuelve de modo inmediato, las decisiones que se adopten podrán nacer con un déficit informativo irreparable.²³³

h) Más allá del control como legislador negativo. Criterios o parámetros positivos de la acción administrativa

El acento en la justicia administrativa –que se fortalece con razón después de la segunda posguerra europea del pasado siglo– ha hecho olvidar en ocasiones que la Administración y las tareas que se le encomiendan tienen por objeto organizar bien la sociedad. La función principal de la Administración no reside, pues, en evitar la sanción judicial a consecuencia de la infracción del ordenamiento, sino, además

233. Sobre este y otros problemas, muy someramente, puede verse BARNÉS, Javier, “Una reflexión introductoria sobre el Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº40, 2000, núm. VII, y la bibliografía allí recogida.

y por encima de ese “aprobado”, en elegir las mejores opciones para la resolución de los problemas que dentro del marco jurídico caben. Y es que el Derecho no solo establece límites (reserva de ley, jerarquía normativa, respeto de los derechos, por ejemplo), sino también mandatos, encargos, responsabilidades, tareas, objetivos y finalidades..., que la Administración ha de satisfacer.

La acción administrativa ha de ser conforme a Derecho, desde luego. Pero también ha de ser correcta, la mejor posible, desde la perspectiva de otros principios, cuya juridificación comienza a consolidarse. Así, la acción ha de ser eficaz y eficiente, sostenible en términos ambientales, acorde con el estado de la ciencia en cada momento, basada en la mejor información disponible...

Una cosa es el principio y otra el mecanismo de control y las consecuencias de su inobservancia. El control judicial resulta idóneo, sobre todo, como legislador negativo, para desterrar la interdicción de la arbitrariedad, para expulsar una resolución que no respeta la reserva de ley o la jerarquía normativa. Es decir, su función principal radica en anular aquello que no sea conforme a Derecho, y no tanto aquello que no sea suficientemente eficaz, eficiente, sostenible ambientalmente... La juridificación creciente de estos últimos conceptos o parámetros en positivo permitirá, sin embargo, un paralelo aumento del control judicial. Ahora bien, el control no ha de ser necesariamente judicial. Un tribunal o cámara de cuentas –de carácter no jurisdiccional– puede controlar la eficiencia y rentabilidad de una determinada decisión, política, plan o programa, por ejemplo. Si una opción es la mejor desde el punto de vista de sus sostenibilidad puede ser controlado e impulsado por un procedimiento ampliamente participativo, en el que intervenga el público en general, los expertos, otras Administraciones interesadas, por ejemplo. El control, como se ha visto, no termina en lo judicializable o justiciable.

Como aquí se ha sostenido, el control judicial de la acción administrativa debiera ser contemplado en el contexto y a la luz de los demás controles. No se trata solo de más y mejores “quirófanos”, por decirlo gráficamente. La adecuada combinación con los demás controles no deja de ser una exigencia inexcusable. Y en ese marco, el procedimiento representa una institución fundamental, señaladamente en los territorios de expansión.

i) Una reflexión final

En suma, si se admite la expansión del Derecho Administrativo hacia el “exterior” o “hacia arriba” (globalización), hacia la sociedad y su reparto de responsabilidades (“privatización”) y “hacia adentro” (emergencia de las superagencias, o la disolución del esquema binario “legislación material-ejecución”, por ejemplo), habrá entonces que extraer dos consecuencias: la primera resulta obvia y es la paralela extensión del control judicial por esos territorios. La segunda es que el Derecho Administrativo, en algunos de sus formatos, adquiere una versión “funcional” y no subjetiva: se extiende allí donde hay una función administrativa que atender, aunque no exista Administración.²³⁴ Y se extiende porque se retienen a la postre esas actividades como “administrativas” (actividades esenciales o de servicio público, actividades regulatorias). En otras palabras: habrá de hablarse, en consecuencia, antes de control de la acción administrativa (así, en sentido objetivo o material), que de control de la Administración pública como sujeto dotado de potestades públicas. Y ello porque tal control no tiene ya por objeto exclusivo la acción de la Administración como persona jurídica. Una consecuencia que cabe derivar de ese nuevo ángulo es que la intensidad del control judicial ha de ser de mayor calado, por tratarse de una actividad materialmente administrativa, con independencia del sujeto que la lleve a cabo. Si el derecho a la tutela judicial efectiva que numerosas Constituciones reconocen se activa justamente ante

234. Me remito a BARNÉS, Javier, “El sujeto privado en la Constitución económica: de la vertiente de defensa de los derechos y libertades, a la dimensión activa de los actores privados en cuanto protagonistas y corresponsables de la vida económica”, en *Constitución Económica*, Actas de las XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (2011), coeditado por el Tribunal Constitucional y el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, así como a mi trabajo “La transposición de valores públicos a los agentes privados por medio de elementos de organización y de procedimiento”, en MERCÈ DARNACULLETA, ESTEVE, M. J., SPIEKER, I. (eds.), *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 281-311 (disponible en https://www.researchgate.net/publication/280493412_La_transposicion_de_valores_publicos_a_los_agentes_privados_por_medio_de_elementos_de_organizacion_y_de_procedimiento).

la presencia del poder ejecutivo –de potestades administrativas–,²³⁵ con lo que ello entraña en lo que hace a la intensidad y densidad del control, es posible postular la extensión de estas garantías y exigencias a las actividades materialmente administrativas, sean desplegadas por la Administración sin ejercicio de autoridad, o por el sujeto privado sometido al Derecho Privado.

235. Así, específicamente, la Constitución alemana, en su art. 19.IV, al que ya se ha hecho referencia en notas anteriores. En el caso español, la STC (Sentencia del Tribunal Constitucional) 48/1998, afirmaría que al Alto Tribunal le compete “enjuiciar si, en el caso concreto, se ha podido producir una violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su faceta más genuina, cual es la del acceso a la jurisdicción para la defensa de los derechos e intereses legítimos previamente reconocidos por el ordenamiento, frente a un acto del poder público (art. 24.1 y 106.1 C.E.)” (f.j. 3.b).

El método en el Derecho Comparado

*Alejandra Rodríguez Galán**

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Si bien la historia del Derecho Comparado, como disciplina académica autónoma, es relativamente joven, los estudios comparados han transitado en casi todos los países occidentales un largo camino a través del tiempo.

La condición relevante de todo estudio comparado reside en el método.

Así, ya había sido advertido por destacados pensadores en otras ramas de las ciencias sociales, como los padres de la sociología y de la política comparada, Max Weber, Émile Durkheim y Robert Michels, entre otros. Un ejemplo más próximo lo proporciona la obra de Giovanni Sartori, cuyo trabajo sobre la vinculación de los sistemas de partidos y los sistemas electorales y las conclusiones a las que llega sobre la estabilidad y gobernabilidad de los regímenes políticos que examina en perspectiva comparada, constituye un referente clásico en la materia.¹

Si retrocedemos en el tiempo, los juristas alemanes Konrad Zweigert y Hein Kötz señalan como el primer estudio comparativo *Las Leyes* de Platón, obra en la que el célebre pensador compara el derecho de las ciudades-Estado griegas. Por cierto, el filósofo no solo describe los derechos de la polis, sino que valora su eficacia a la luz de la construcción de la república ideal. Tam-

*Abogada. Master in Political Science, City University of New York. Secretaria General de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Secretaria Letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1. SARTORI, Giovanni, *Parties and Party System, a Framework for analyses*, Cambridge University Press, 1979.

bién Aristóteles comparó las constituciones de diversas ciudades, aunque solamente se conozca la parte dedicada a Atenas.²

Plutarco en *Vidas Paralelas*, Maquiavelo con sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, ya incursionaron en el tema, y Montesquieu, en sus *Cartas Persas*, expresa su preocupación por los regímenes políticos más o menos despóticos de acuerdo a la extensión del territorio. Más tarde, Alexis de Tocqueville, enviado por Beaumont a estudiar el sistema carcelario norteamericano, terminó escribiendo una obra insoslayable sobre la *Democracia en América*.

Por su parte, René David alude a las comparaciones que precedieron a las leyes de Solón, en Atenas, y la Ley de las XII Tablas, que representa la primera gran ley escrita del derecho romano, aprobada entre los años de 451 a 449 a.C. Recuerda el destacado autor que los juristas franceses antiguos al comparar las costumbres pudieron determinar los principios de un derecho común consuetudinario, lo mismo que sucedió en Alemania con relación al “Derecho privado alemán” (*DeutschesPrivatrecht*).³

A su vez, el derecho inglés surgió tras la indagación y comparación de los elementos comunes de los diferentes derechos de los reinos sajones, que Guillermo el Conquistador había ordenado después de la conquista de Inglaterra, en el año de 1066; el resultado constituyó lo que los normandos llamaron el derecho común que los tribunales reales debían aplicar en todo el territorio.

Más allá de los antecedentes aludidos, René David explica que el nombre “Derecho Comparado” no se utilizó sino hasta mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, cuando se iniciaron los estudios de Derecho Comparado de una manera sistémica. Ello expuso, a criterio de David, la necesidad que han experimentado los juristas, tras una etapa de signo nacionalista, de restituir la ciencia jurídica a su anterior universalismo, en cuanto este es atributo de toda ciencia, y motivó la creación de institutos dedicados a la materia, la realización de congresos, coloquios y en general ámbitos de intercambio sobre la disciplina.⁴

En esa línea cabe mencionar la creación, en Francia, de la Sociedad de Legislación Comparada, en 1869, y la Oficina de Legislación Extranjera, en

2. ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *An Introduction of Comparative Law*, 2da Ed., North Holland Publishing Company, 1992, p. 48.

3. DAVID, René, *Los grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1968.

4. *Ibidem*.

1876. Así como el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, que fue celebrado en París en el año 1900, al que asistió un representante de la familia jurídica del *CommonLaw*, sir Frederick Pollock.

Al finalizar la Primera Guerra Mundial, se inició una tarea en pos de la unificación legislativa, en el marco de actuación de la Sociedad de las Naciones se crea el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en Roma, en 1926.

Como bien señala Marta Morineau, en sus estudios sobre el tema:

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y en gran medida como resultado de la Segunda Guerra Mundial, y de los grandes descubrimientos tecnológicos, sobre todo en los medios de comunicación, se ha tendido a la unificación del derecho por vía legislativa, para lo cual son indispensables los estudios de Derecho Comparado. Todo ello ha originado la aparición de diversos organismos de carácter mundial o regional, de los que se destaca la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. La integración de estos organismos ha hecho necesarios los estudios jurídicos-comparativos de muy diversa índole y ha propiciado, sino una unificación jurídica, cuando menos una armonización de los diversos derechos nacionales, tarea que coincide con el pensamiento de René David, cuando expresa: “El nacionalismo jurídico, es más bien provincialismo, inconcebible con el auténtico espíritu científico, y representa un empobrecimiento y un peligro para el desarrollo y la aplicación del derecho nacional”.⁵

Luis Moisset de Espanés nos recordaba:

Nuestro trabajo se efectúa en el marco de Derecho Comparado, y al investigar sobre diversos temas resulta indispensable acudir a esa herramienta tan valiosa que es la comparación de sistemas jurídicos, que facilitará nuestra tarea y nos permitirá obtener óptimos frutos para el mejor conocimiento de nuestro sistema nacional.⁶

5. MORINEAU, Marta, “Evolución de la familia romano-canónica”, en *El Derecho Comparado*, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/5>.

6. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “El Cambio Social y el Derecho Comparado”, en *Boletín Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba*. Año XLIV, 1980, p. 207 y ss.

Por su parte, MossetIturraspe señalaba que para lograr la cabal comprensión del sistema hay que atender a la inspiración filosófica que lo nutre y le da características propias. Las bases filosóficas que están en el trasfondo del sistema jurídico orientan la interpretación de las normas legales y hacen que marche por determinados senderos o carriles. Este hecho es el que sustenta nuestra convicción de que es posible comparar sistemas jurídicos y de que esa comparación resulta provechosa.⁷

Julio César Cueto Rúa nos acercó al *CommonLaw* hizo aportes significativos al conocimiento en nuestro medio de esa disciplina;⁸ veta que más tarde profundizó el académico Dr. Fernando Barrancos y Vedia, quien en su paso por EE.UU. la desarrolló focalizándose en el control judicial de constitucionalidad y anticipándose con claridad y lucidez a muchos temas de debates en la actualidad.⁹

No es casual que en determinados momentos de la historia de una civilización, surjan en distintas naciones inquietudes jurídicas comunes.¹⁰ La similitud de problemas es la consecuencia de que las civilizaciones –en las distintas etapas de su existencia– marchan inspiradas por idénticos sustentos filosóficos, que repercuten en todas las manifestaciones de la cosmovisión que impulsan.

Nuestra ciencia, que regula las relaciones sociales, no puede permanecer ajena a esa evolución de ideas, a esa transformación en las formas de vida, y entonces los sistemas jurídicos de los pueblos que pertenecen a una misma civilización, y comparten ideales similares, con idéntico sustento filosófico, van siguiendo caminos semejantes.

En este punto podemos acordar que las necesidades de reforma del Derecho suelen aparecer en las mismas épocas; y así hemos visto surgir la corriente del constitucionalismo; el movimiento de codificación a comienzos

7. *Ibidem*.

8. CUETO RÚA, Julio César, *El CommonLaw*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1997.

9. BARRANCOS Y VEDIA, Fernando N., “Legitimidad del control de Constitucionalidad”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2004. Comunicación de fecha 13 de agosto de 2003.

10. Como ejemplo, baste citar los cambios que en nuestro país se han introducido en fecha reciente con la reforma del Código Civil y Comercial, y en la región, en la legislación sustantiva (vgr. el matrimonio igualitario en sus diversas modalidades).

del siglo XIX, en Europa, siguiendo el modelo del Código Napoleón y el Código de Austria; y extenderse por toda Hispanoamérica.

Más tarde, a comienzos de este siglo, hemos asistido a la modificación de muchos cuerpos legales, que buscaban mayor perfección técnica, siguiendo el modelo de los Códigos de Alemania y Suiza. También, de manera coincidente, se fueron formando nuevas ramas del Derecho, cuyas especificidades imponían la necesidad de darles un tratamiento especial: el Derecho Aeronáutico, Agrario, el de Aguas, el Registral, el de la Seguridad Social, y más modernamente, el de la Energía, del Medio ambiente, de la Salud, de los Consumidores y usuarios, de la Información y las comunicaciones, ente otros. Incluso se ha podido observar una tendencia de desplazamiento de instituciones, que han salido del ámbito del derecho privado para entrar en la órbita del derecho público, dando lugar a regulaciones de diversa fuente.¹¹

II.

La metodología comparada contemporánea como guía o cauce para la investigación jurídica recibe el impulso inicial más relevante del siglo XX a partir de la nueva sistemática.¹²

En ese sentido, Gloria Morán pone de resalto que Rabel parte de dos conceptos claves: *funcionamiento y contexto*. En ese orden de ideas refiere:

Por una parte, no se puede comparar sistemas, instituciones o normas sin conocer su funcionamiento; por otra, no se puede conocer tal funcionamiento si se ignora el contexto cultural, económico y jurídico de una determinada sociedad. De ahí que el papel que juega el Derecho Comparado está más próximo, por expresarlo metafóricamente, a la psicología jurídica que a la anatomía jurídica.¹³

11. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *op. cit.*, p. 207 y ss.

12. MORÁN, Gloria M., “El Derecho Comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del Derecho Comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°6, 2002, pp. 501-530.

13. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1925 (reeditado en

En general, los autores parten de la afirmación de que el mejor método debe ser descubierto a partir del intento y el error. Consideran que la metodología comparada no puede ser determinada a priori desde un esquema jurídico en particular. Así, a la hora de evaluar las distintas soluciones posibles a un problema jurídico, el criterio final es, con frecuencia, la constatación práctica y el sentido inmediato de la adecuación. Por ello, se pone de resalto la necesidad de atender a las demandas de la realidad mediante reglas operativas y funcionales.¹⁴

Así pues, si se observan los fenómenos jurídicos través del prisma de la funcionalidad, es posible sostener que los sistemas jurídicos de cada sociedad afrontan problemas similares y alcanzan con frecuencia soluciones similares, aun cuando el modo de resolver dichos problemas puede diferir notablemente. Se ha señalado con acierto que un error habitual al iniciarse en la metodología comparada consiste en asumir que el sistema jurídico propio o del que se parte ofrece todas las soluciones posibles, y en nada puede ser útil el conocer sistemas jurídicos ajenos. Y así el principio metodológico básico para aplicar la funcionalidad con éxito será evitar que los preceptos que nos aporta el sistema jurídico propio, en especial los relativos a las fuentes del derecho, sean determinantes. En efecto, cuando la investigación requiere de la interacción entre dos o más sistemas jurídicos implicando a aquellos de origen continental europeo junto a los de origen anglosajón, la combinación de la deducción asociada a los sistemas continentales que nos ofrecen la abstracción y generalización jurídicas, con la habilidad anglosajona de solventar problemas jurídicos concretos, se constatará que aunque las instituciones y los sistemas son muy diferentes realizan una función similar.¹⁵

Esta reflexión conlleva una regla básica en el Derecho Comparado: sistemas jurídicos diferentes, ofrecen soluciones similares a los mismos problemas jurídicos. Por ende—sostiene Morán— el estudio comparado sirve como principio heurístico, esto es, nos dice dónde buscar en un sistema jurídico extranjero para poder hallar similitudes y sustitutivos. Ciertamente los sistemas jurídicos “maduros” son frecuentemente empleados o imitados por otros, los llamados afiliados o pertenecientes a la familia jurídica básica y

RABEL, *Gesammelte Aufsätze* 111, (Leser, 1967). Cita de Rabel en Zweigert & Kötz, citado en Morán, *op. cit.*

14. MORÁN, Gloria M., *op. cit.* p. 521.

15. *Ibidem*, p. 521.

desarrollados a partir de esta. Por ello es sumamente útil en estos casos acudir al sistema originario de los de una misma familia, para después examinar los sistemas próximos dentro de esa misma familia jurídica.

El proceso de comparar jurídicamente comienza, en sentido estricto, una vez que se ha concluido el estudio y análisis de los sistemas jurídicos diversos al propio, lo que con frecuencia nos llevará a los dominios de otras ciencias sociales, como la Economía, la Ciencia política o la Sociología. A partir de aquí estaremos listos para afrontar el proceso de la comparación en sí mismo, cuyos retos incluyen las dificultades lingüísticas de sintaxis y terminología jurídica así como de comprensión de las reglas propias de esa sociedad, proceso encaminado a elaborar una estructura jurídica amplia y flexible en la que nos podamos mover con comodidad, que nos conduce a una visión de la ciencia jurídica comparada universalista a la que ya se refería Ihering a mediados de los años veinte.¹⁶

El empleo del método comparado, a criterio de Morán, nos confronta con algunas cuestiones prioritarias. Frente a la pregunta “¿cuáles son los principios básicos del método comparado?”, la autora postula un conjunto de principios, que en apretada síntesis se reseñan a continuación: i) Derecho comparado implica explícitamente la comparación y la mayoría del derecho extranjero que se estudia puede ser reforzado en sus argumentos jurídicos con el empleo explícito de la comparación; ii) el método comparado consiste esencialmente en centrar nuestra atención en las similitudes y las diferencias entre los sistemas jurídicos objeto de nuestra comparación sin olvidar la posibilidad de su equivalencia funcional. Es aquí donde el comparatista enfrenta el “enigma de la traducción” la similaridad o no de términos, su equivalencia, su radical diferencia, es una labor que exige tanto técnica como creatividad y ha de regirse por el principio de la congruencia que pondere la complejidad de los matices y la reflexión necesaria que requiere cada uno de ellos; iii) el proceso de la comparación jurídica es particularmente adecuado para obtener conclusiones relativas a los caracteres distintivos o individuales de un sistema jurídico; iv) uno de los mayores beneficios en el análisis comparado es

16. *Ibidem*, p. 522.

la tendencia a una mayor abstracción y a la vez una mejor equivalencia funcional, lo que necesariamente repercute en una potencial mejora de nuestro sistema jurídico al establecer categorías jurídicas más amplias que permitan acomodar términos y nociones jurídicas con una equivalencia funcional en nuestro orden jurídico; v) el diálogo que se establece entre los especialistas de los distintos sistemas jurídicos se ve notablemente enriquecido con el uso de las reglas de la comparación que permiten, además, poner de relieve los matices económicos, políticos, culturales y sociales que alejan o aproximan unas sociedades de otras, unos grupos sociales de otros y su modo de hacer y entender el derecho; vi) la importancia de las fuentes jurídicas propias de cada sistema jurídico, su interacción teórica y práctica, a lo que cabe añadir el conocimiento preciso y actualizado de la bibliografía más relevante sobre ellas, es lo que posibilita la suficiente sensibilidad para comprender un sistema jurídico ajeno, y su modo operativo mediante sus fuentes; vii) resulta insoslayable para un buen comparatista el conocimiento lingüístico, histórico y sociológico para evaluar e interpretar fiablemente los contenidos jurídicos de los sistemas jurídicos que compara, siendo de gran utilidad la posibilidad de conocer en primera persona el sistema jurídico que se estudia mediante la inmersión cultural y jurídica en él; viii) la formación investigadora debe por todo ello incorporar y enfatizar la comparación jurídica por los beneficios que de ella se derivan, es que conocer implica valorar y respetar otros órdenes culturales y jurídicos que nos son ajenos o nos pueden parecer ajenos, pero que en todo caso enriquecen nuestra formación humana y jurídica, y promueven una mayor comprensión e interacción entre comunidades y sociedades diversas.¹⁷

III.

El concepto de sistema es importante porque proporciona un instrumento analítico eficiente. Si se concibe al sistema como una totalidad organizada, la interacción dialéctica entre el todo y las partes, formulada de manera vaga ya en el siglo XIX, encuentra hoy una definición clara y

17. *Ibidem*, pp.523-524.

precisa en la teoría de sistemas complejos;¹⁸ categoría que se puede trasladar a las ciencias sociales.¹⁹

Señalaba con acierto MossetIturraspe que para lograr la cabal comprensión del sistema hay que atender a la inspiración filosófica que lo respalda y le da características propias.

Las bases filosóficas que están en el trasfondo del sistema jurídico orientan la interpretación de las normas legales y hacen que marche por determinados senderos o carriles. Este hecho es el que sustenta nuestra convicción de que es posible comparar sistemas jurídicos y de que esa comparación resulta provechosa y rinde frutos óptimos.

Es sabido que entre las principales tareas asumidas por la comparación se incluye la construcción de familias de sistemas. Se trata de una operación que exige en primer lugar el encuadre de la noción de “sistema”. Para hacerlo, a menudo se recurre a expresiones idóneas para equipararla con el uso corriente de la locución “tradición jurídica”. Ciertamente, la referencia a esta última puede hacer pensar en una diferencia sustancial entre las dos expresiones, que se puede identificar partiendo de la ausencia de una distinción—correspondiente a aquella entre “sistema” y “familia de sistemas”—entre “tradición jurídica” y “familias de tradiciones jurídicas”. Es decir, “sistema” podría constituir el indicio de la permanencia en una visión estatal del fenómeno derecho.²⁰

Sin embargo, se trata de una diferencia solo aparente. Desde hace tiempo la ciencia del Derecho Comparado ha establecido que la noción de sistema jurídico es distinta de aquella de Estado.

La clasificación de los sistemas se vincula a la individualización de los mecanismos a raíz de los cuales el derecho cambia, y supone la individualización de las unidades cuyos cambios se intenta descubrir. Enfoque que se traduce en las teorías sobre la mutación jurídica, basadas en la idea según la cual el progreso constituye un valor, en tanto la tradición puede

18. GARCÍA, Rolando, *Sistemas complejos, concepto, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*. Barcelona, Gedisa, 2006, p. 127 y ss.

19. La referencia a la obra de David Easton es obligada.

20. SOMMA, Alessandro, *Introducción Crítica al Derecho Comparado* (Somma, A.: Profesor Ordinario de Derecho Comparado, Derecho Privado Comparado, Derecho Privado europeo y Derecho angloamericano en la Universidad de Ferrara). <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2008/somma1>.

operar como un valor negativo. En la actualidad dicho enfoque ha sido examinado, no obstante, a criterio del autor, retorna en el recurso al método funcionalista, el que a su vez se vincula con el análisis económico del derecho, cuyos seguidores observan la tradición como un obstáculo para la valoración en términos de eficiencia, de los costos y de los beneficios de las elecciones individuales.²¹

Juan V. Sola argumenta:

Cuando un sistema jurídico adopta una norma o institución para tratar una necesidad social, generalmente tiene una alternativa entre: importar una norma de otro sistema o desarrollar esa norma por sí mismo.

Generalmente la mayor cantidad de cambios en un sistema legal son debidos a trasplantes jurídicos. Esto ocurre porque es mucho más sencillo y más barato tomar una norma ya existente y probada que desarrollar una norma propia. Ya que otros sistemas han trabajado los problemas jurídicos concernientes a un tema y han establecido una solución que puede ser reconocida como eficiente y equitativa. Probablemente a través de una investigación propia e independiente un sistema jurídico puede llegar a la misma conclusión, pero es difícil que se pueda ganar algo con esta experimentación si se puede tomar el resultado probado de otra jurisdicción. Esto es particularmente útil en el derecho constitucional, ya que nuestro sistema ha sido en gran medida tomado de otro modelo que existía con anterioridad, y al mismo tiempo, debido a que las normas paralelas se establecieron hace un tiempo prolongado, más de un siglo, existe en la actualidad la posibilidad de comparar de qué manera, normas similares han tenido desarrollos comunes o diferentes según las sociedades.²²

En esta línea de pensamiento, con respecto a la elección de los institutos o normas que adoptan otros sistemas jurídicos para encarar cambios en el sistema legal propio y atender a las demandas que genera la sociedad, Sola se plantea lo siguiente:

21. *Ibidem*, p. 15 y ss.

22. SOLA, Juan Vicente, "El Derecho Comparado en la Interpretación de la Constitución", en *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, Capítulo XII, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 191-209.

¿Cómo decidir qué norma tomar de otro sistema y cuál práctica o norma desechar? Una posibilidad habitual es el prestigio: tomar un sistema legal que sea por algún motivo reconocido o aun admirado. De acuerdo con esta hipótesis, el sistema que toma la norma jurídica percibe que toma de otro sistema legal más evolucionado, en el sentido que el sistema del cual tomamos la norma se ha planteado la misma cuestión social y ha desarrollado una norma jurídica que tiene las consecuencias deseadas por el legislador. Antes que reinventar la rueda, es preferible adoptar las normas jurídicas de un sistema que se considera más evolucionado y modificarlas de acuerdo con las necesidades propias.

Sin embargo, aclara el autor:

...el concepto de prestigio es un concepto equívoco, primero porque es muy difícil de medir, no se puede saber cuál sistema puede ser más prestigioso que otro. El segundo problema, es que no sabemos cuáles son las fuentes del prestigio. Si es debido a contactos educativos de quienes introdujeron esta propuesta, es decir, gente que fue y estudió en universidades en esos países, o es debido a contactos comerciales, a la facilidad del idioma, o a las posibilidades de becas en universidades que tienen sistemas parecidos.²³

Para ilustrar el punto, el profesor Sola toma el caso argentino; la Constitución Nacional y los fallos de la Corte Suprema de Justicia han seguido muy de cerca la jurisprudencia y la doctrina de los Estados Unidos. Recuerda en ese sentido que cuando se adoptó la norma constitucional, con principios similares, el prestigio de su jurisprudencia ya tenía un largo período de práctica. De esta manera, siguiendo la propuesta de Sarmiento, se fueron incorporando los precedentes norteamericanos como propios. Sin embargo, agrega que

...en las primeras décadas del siglo XX por una influencia completamente diferente se aceptó el prestigio del derecho administrativo francés que es contradictorio con el de origen norteamericano, porque, este último, proviene de un sistema de gobierno presidencial con división de poderes y con un sistema de control judicial de constitucionalidad difuso. Frente a ello el

23. *Ibidem*, pp. 192-193.

sistema de gobierno francés era parlamentario y sin control judicial de constitucionalidad. Normas de origen tan diverso causarían una gran dificultad para su integración. Ello se acrecentaría cuando el derecho administrativo comparado fue tomado de sistemas que además no eran democráticos como era el caso de Italia y España en gran parte del siglo XX.²⁴

De esta manera, concluye, “...tenemos una tradición de doctrina francesa de origen parlamentario, trasplantada en el derecho administrativo argentino que tiene un sistema presidencial con control judicial”.²⁵

También observa que

Puede ocurrir que por facilidades de idiomas se copien instituciones. Parte de alguna doctrina constitucional argentina contemporánea sigue las líneas del derecho español o del derecho alemán tomado por autores españoles y a pesar de las diferencias enormes que existen entre el derecho constitucional español y el argentino estas interpretaciones algo forzadas aparecen en la doctrina.²⁶

En contraste a la hipótesis del prestigio, Sola se pronuncia por la teoría económica, que permite asociar al Derecho Comparado el análisis de costo-beneficio.

La teoría económica no distingue entre importación e innovación doméstica en cuanto a las fuentes del cambio legal. Presumiblemente la elección entre importación e innovación tiene que ver con el análisis de costo beneficio y factores que hacen que una norma sea aceptable. Se favorecerá sistemáticamente los trasplantes legales jurídicos sobre innovación solamente cuando siempre tengan un beneficio neto social mayor o que sean considerados más aceptables para la sociedad. En lo mensurable se pueden tener en cuenta todos los costos y beneficios, incluyendo las valoraciones sociales o éticas.²⁷

En su opinión, es posible hacer una teoría del Derecho Comparado igualando algunos puntos que analizan o explican las diferencias y simili-

24. *Ibidem*, p.193.

25. *Ibidem*, p. 193.

26. *Ibidem*, p.194.

27. *Ibidem*, p.194.

tudes entre los sistemas jurídicos: “Las culturas jurídicas escogerán reglas jurídicas e instituciones ya sean de su propio sistema o de otro sistema cuando les parezca que esta elección es eficiente, es decir, tiene el beneficio social neto más elevado. En otras palabras cuando los beneficios de asumirla sean menores que los costos”.²⁸

IV.

Este es el valor del Derecho Comparado, que nos permite observar las grandes corrientes de evolución jurídica, y aprovechar el ejemplo de las experiencias vividas en otros países, sin descuidar los particularismos propios de la idiosincrasia de cada pueblo, cuya tradición tiene peculiaridades que harán que esos institutos reciban matices diferentes.

Los europeos lo resolvieron muy bien en el marco de la integración que les es propia, mediante la aplicación del estándar del “margen de apreciación nacional”, del que se vale la Corte Europea de Derechos Humanos, justamente para resguardar las características sociológicas y jurídicas de cada Estado parte. Todo lo cual constituye un desafío para nuestra región frente al creciente control de convencionalidad, y una invitación a pensar en las necesarias adecuaciones a nivel regional.²⁹

A propósito de la experiencia europea, no puede soslayarse en la misma línea de pensamiento la importancia de la doctrina alemana en la formulación de los criterios de proporcionalidad, la fórmula del peso, “los límites de los límites”, la garantía del contenido sustancial del derecho constitucional del afectado.³⁰

Estos criterios han sido receptados con acierto en nuestra región por la Corte Constitucional de Colombia, respetando el mandato de adecuación a los fines públicos, bien que bajo un sistema de control de constitucionalidad distinto al nuestro.³¹

28. *Ibidem*, p.195.

29. Disidencia del juez Carlos S.Fayt, *in re* Arancibia Clavel, considerando 30.

30. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

31. Corte Constitucional de Colombia. C20, 2008, caso de control del tabaco, entre otros.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha servido también de estos criterios –tributarios del principio de razonabilidad, de raigambre constitucional–³² en diversos pronunciamientos. Entre todos ellos cabe poner de resalto –como un postrero homenaje– el voto del juez Enrique Petracchi, en la causa *in re* “Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional -Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.- s/ amparo ley 16.986”, del año 1998³³–caso vinculado a la desaparición forzada de personas y el instituto de habeas data para obtener datos sobre la víctima por parte de su hermano–, tuvo oportunidad de aplicar estos criterios de proporcionalidad al acudir a la denominada “sentencia del censo”, en la que el Tribunal Constitucional alemán examinó la validez de la Ley de Censo en orden a la recolección y utilización de datos personales.³⁴

El punto fundamental de la argumentación del *Bundesverfassungsgericht* fue la consagración de la “autodeterminación informativa”. Según este concepto es el ciudadano quien debe decidir sobre la cesión y uso de sus datos personales. Este derecho –se dijo– puede ser restringido por medio de una ley por razones de utilidad social, pero respetando el principio de proporcionalidad y garantizando que no se produzca la vulneración del derecho a la personalidad (confr. Hassemer, *op. cit.*, p. 162 y ss.).

Es que, como bien se ha señalado, interesa la interacción o interlocución de las fuentes en las que abrevan las notas distintivas de sistemas jurídicos diversos.

32. Art. 28 de la Constitución de la Nación Argentina.

33. Fallos: 321:2767, voto del juez Petracchi.

34. “En la ‘sentencia del censo’ el Tribunal Constitucional alemán se expidió con relación a una Ley de Censo, votada por el Parlamento [*Bundestag*], según la cual, y a fin de mejorar el aprovechamiento de los recursos sociales, se compelió a los ciudadanos a responder un interrogatorio que abarcaba una serie de datos privados. Aunque los datos eran relevados en forma anónima, iban a ser cotejados con los registrados en los estados federados [*Länder*], y ello, hipotéticamente, permitiría identificar a sus titulares. El Tribunal, si bien confirmó la validez de la mayor parte de la ley, obligó a realizar modificaciones en ciertos puntos, relativos al modo en que se podía autorizar la recolección y almacenamiento de los datos, lo cual significó, finalmente, que el censo se postergara por cuatro años con un considerable costo para el Estado” (confr. *recensión* en Kommers, Donald, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Londres, Durham, 1989, p. 332).”

Así lo reconoce el *Justice* Stephen G. Breyer, miembro de la Suprema Corte de los Estados Unidos, quien en su último libro, *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*,³⁵ argumenta que en los Estados Unidos hay una necesidad creciente de jueces y abogados de tomar en cuenta las leyes extranjeras en su intento de resolver los conflictos que surgen no solo allí sino también en el extranjero. Sostiene el juez que el comercio global creciente y las crisis de seguridad nacional de Estados Unidos están llevando a los jueces a ser más conscientes de las leyes de otras naciones. A su criterio, frente a la naturaleza del mundo de hoy, el trabajo de la Corte ha cambiado, y para afrontar los problemas y responder a los casos, los jueces y los abogados tienen que conocer lo que está pasando más allá de las fronteras.

El juez Breyer examina el trabajo de la Corte Suprema de los Estados Unidos en un mundo cada vez más interconectado, en el que todo tipo de actividades, públicas y privadas, la conducción de la política de seguridad nacional, la realización de comercio internacional, obliga a la Corte de comprender y tener en cuenta las circunstancias más allá de las fronteras de Estados Unidos. Mientras que los estadounidenses deben determinar necesariamente sus propias leyes a través del proceso democrático, cada vez más, el buen funcionamiento de la ley estadounidense y, por extensión, el desarrollo de los intereses y valores estadounidenses, depende de su trabajo en armonía con el de otras jurisdicciones. Breyer describe cómo el objetivo de cultivar tal armonía, así como la expansión del estado de derecho, con sus consecuentes beneficios, ha motivado a los juristas americanos a encarar un nuevo papel de “diplomáticos constitucionales”, cada vez más importante en un mundo que cambia rápidamente.

Insiste el autor en que la necesidad de tener en cuenta las leyes extranjeras no reconoce base ideológica alguna, sino que emerge de las realidades del comercio privado y las preguntas de las libertades civiles que llegan cada vez más allá de las fronteras nacionales. “La mejor manera de preservar los valores constitucionales americanos es responder a los desafíos que el mundo, tal como se refleja en los casos concretos en nuestra lista de casos, en realidad presenta”, escribió. Del mismo, los jueces federales han

35. BREYER, Stephen G., *The Court and the World: American Law and the New Global Realities*, Nueva York, Knoph, 2015.

ido empujando los límites del análisis jurídico que incluya el examen de los tratados internacionales y las leyes extranjeras. Según Breyer, de alguna manera esto es inevitable.

No debe soslayarse que la peculiaridad de cada sistema jurídico reside en el delicado equilibrio entre cultura, derecho y sociedad. A ese fin es necesario ahondar en el sistema jurídico extranjero para comprender y asimilar su estructura e identidad jurídica, evitando importar un modelo ajeno sin la necesaria sensibilidad cultural e histórica que requiere tan delicado cometido. Por cierto, la viabilidad de la comparación que se emprenda depende de una serie de factores: los componentes socio-culturales y económicos de ambas sociedades, la relación que existe entre la administración y el administrado en los modelos jurídicos objeto de nuestra comparación, el nivel de desarrollo institucional o, por expresarlo de otro modo, el grado de madurez jurídica.

Gloria Morán cita la tesis de Örüçü, quien observa que el Derecho Comparado es sustancialmente Derecho Comparado crítico puesto que su función habría de ser eminentemente de anamorfosis, dotando de un ángulo en el que las imágenes distorsionadas pueden ser corregidas; de este modo el Derecho Comparado se nos presenta como la mejor herramienta para las reformas jurídicas ofreciendo modelos que contribuyan a comprender mejor los conceptos dinámicos en los que se mueve nuestra sociedad, conceptos como nación, soberanía, sistema jurídico, e incluso derecho o justicia. Y es ahí donde radica la importancia del papel constructivo del Derecho Comparado.³⁶

Como sostiene Markesinis:

el Derecho Comparado permite construir puentes entre sistemas jurídicos y juristas, aunque para ello haya que destruir algunos mitos cuyo papel ha sido eminentemente destructivo. Afirmaciones como que el sistema codificador dota de una formulación completa y accesible del derecho, o que dicho sistema es básicamente rígido o que el casuismo inglés se adapta especialmente a nuevas circunstancias jurídicas, o simplemente que un sistema extranjero no tiene nada que ofrecer al propio...³⁷

36. ÖRÜCÜ, *Critical Comparative Law...*, p. 130, citado por Morán, *op.cit.*, p. 526.

37. MARKESINIS, B., *Foreign Law*, p. 36, citado por Morán, *op.cit.*, p. 526.

El derecho, según Demleitner:

refleja y construye los valores y las normas que rigen una determinada sociedad, y esta función revela el poder del derecho sobre los cambios de la sociedad, y el Derecho Comparado tiene en este contexto una posición privilegiada como constructor y reflejo de los valores y normas de las distintas sociedades y su interacción.³⁸

Y si una de las funciones del Derecho es señalar el norte en la formación de los juristas del siglo XXI, resulta ineludible afrontar el reto y las ventajas que brinda el Derecho Comparado, cuya carta de navegación ofrece rutas más directas que conectan con eficacia la teoría y la práctica del derecho, al trascender los límites de los ordenamientos nacionales.

La comprensión del Derecho más allá de nuestras fronteras políticas y jurídicas, su aplicación y eventual armonización, y los beneficios que de ello derivan en este proceso de interacción, que nos confronta con un inconsciente localismo o provincialismo jurídico. Por ello el análisis comparado en la docencia e investigación del Derecho ha de caminar hacia un papel más activo en la formación de nuestros juristas y en el diálogo entre los cultivadores del derecho, mostrándose como herramienta insustituible en esta tarea de la construcción de un derecho para la sociedad multicultural del siglo XXI hacia la que inexorablemente caminamos.³⁹

En definitiva, en la comunidad de pensamiento que inspira a lo largo de su vida a cada civilización, se halla la razón de ser que fundamenta y justifica el que podamos hacer estudios de Derecho Comparado, sin alejarnos por eso de las necesidades de nuestro derecho nacional.⁴⁰

Pero, independientemente de ello, hay algo más profundo al observar los modelos comparados frente a las demandas de la sociedad: el inmovible punto de contacto entre el conocimiento y la realidad.

38. DEMLEITNER, N., *Challenge, Opportunity and Risk...*, p.647, citado por Morán, *op. cit.*, p. 526.

39. MORÁN, M. G., *op. cit.*, p. 527.

40. MOISSET de ESPANÉS, *op. cit.*

CONCLUSIÓN

Tal como se viene examinando, sociólogos, economistas, juristas y estudiosos de la ciencia política se han dedicado al estudio de las cuestiones enunciadas, apelando al empleo de la metodología comparada en sus tareas de investigación y construcción del pensamiento. También los juristas no pueden ser ajenos al conocimiento y aplicación de estas técnicas, máxime en un mundo globalizado y estrechamente comunicado. Tales herramientas permiten ubicar adecuadamente en un contexto histórico, social, económico y cultural el objeto de estudio, para que su valoración jurídica, sin perder la necesaria perspectiva y a la vez precisión, gane mayor riqueza de matices y mayor capacidad analítica y crítica. Así, al construir estos puentes científicos, podremos afrontar con más certeza y fiabilidad los objetivos de nuestro trabajo académico, viendo con mayor nitidez todas las soluciones posibles y evaluando las más viables y eficaces.

Al concluir este itinerario, subyace la pregunta acerca de la comparación como método y la comparación como ciencia, dialéctica que ciertamente ha acompañado su desarrollo. En rigor de verdad estas reflexiones han tenido en cuenta ese debate, bien que mucho se ha argumentado a favor de la segunda postura, al considerar que un rasgo típico de las ciencias consiste en acudir a una pluralidad de métodos para analizar los fenómenos de los cuales se ocupan. Sin embargo, se puede compartir esta conclusión si se adscribe a una noción de ciencia que trasciende la idea tradicional, es decir, como conocimiento que contiene en sí los parámetros de verificación de los propios enunciados o, al menos, si se consiente que dicha verificación no es definitiva.

El Derecho Comparado entonces se nos presenta como guía, fuente y reflexión.

Como corolario, puede afirmarse que el método utilizado en la investigación comparativa reconoce las diferentes modalidades por medio de las cuales el Derecho Comparado se ha presentado como conciencia crítica frente a la forma local como se entiende el derecho. En tal sentido, el trabajo del comparatista ha de consistir en la determinación de aquellos momentos relevantes en los discursos sobre el derecho formulados en los diversos ordenamientos, para hacer ver los valores que con ellos se quieren

promover y el sistema de poder capaz de alimentar el nexo entre los primeros y los segundos.⁴¹

Por su parte, la dinámica de las agendas legislativas en los distintos países exige recurrir a estas herramientas para un estudio más acabado de las reformas que requieren las comunidades políticas, en un mundo cada vez más interconectado como consecuencia de la globalización.

Finalmente, la vigencia del Derecho Comparado está dada también en el marco de los Congresos que organiza la Academia Internacional de Derecho Comparado, que nos convoca periódicamente a debatir sobre temas de interés y actualidad. Sin duda, estos encuentros académicos constituyen un ámbito fecundo como usina de pensamiento, en el cual se interpela la comunidad jurídica internacional.

41. SOMMA, Alessandro, *op. cit.*, p. 35.

Derecho Comparado e historia del derecho: amalgama de dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica*

*Agustín Parise***

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Comparado y la historia del derecho son dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica. Cada uno de estos pilares fue elevado de forma autónoma, con sus protagonistas, sus métodos y sus *corpora* de conocimiento, tornando así a estas disciplinas auxiliares en protagonistas del saber jurídico. Ambos pilares fundamentales pueden amalgamarse en una única disciplina denominada estudio comparado de la historia del derecho.

El estudio comparado de la historia del derecho se encuentra actualmente en boga en Europa y podría encontrar un antecedente, entre otros, en el celebrado trabajo de Paul Koschaker.¹ La temática encuentra acogida en

* Versiones abreviadas de este capítulo se encuentran disponibles en PARISE, Agustín, “El estudio comparado de la historia del derecho: aproximación a las ventajas y desafíos de su desarrollo en América Latina”, en RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. y PARISE, Agustín (eds.), *Años de investigación y docencia en historia del derecho*, Buenos Aires, en prensa; y en PARISE, Agustín, “Sobre el estudio comparado de la Historia del Derecho”, en *Revista de Historia del Derecho*, 42, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2011, pp. 212-218. Una versión en idioma inglés de este capítulo se encuentra disponible en PARISE, Agustín, *Ownership Paradigms in American Civil Law Jurisdictions: Manifestations of the Shifts in the Legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16th-20th Centuries)*, Maastricht, en prensa.

** Facultad de Derecho, Universidad de Maastricht (Maastricht, Países Bajos); Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Buenos Aires, Argentina); Asociación Argentina de Derecho Comparado (Buenos Aires, Argentina).

1. KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, München, Biederstein, 1947.

el currículo de derecho, anhelando el estudio de la historia del derecho con una aproximación comparativa. La aproximación comparativa a la historia del derecho ya comienza a reflejarse en los claustros,² en la bibliografía³ y en los círculos académicos.⁴

En la Argentina, así como en otras jurisdicciones latinoamericanas, podría generarse mayor número de estudios y movimientos que realicen una aproximación comparativa a la historia del derecho de la región. En las Américas los intentos colegiados y amplios ocurren ya desde hace varias décadas en el campo del derecho indiano. Sin embargo, en el período que sigue a los movimientos independentistas, esa perspectiva parecería perder fuerzas, si bien existen intentos de colegiar tareas en los ámbitos nacionales⁵ y regionales.⁶ La atención al ámbito comparado no significa descuidar el ámbito local, al contrario, implica anhelar una visión abarcadora que alcance un contexto regional. En este capítulo se demostrará que el estudio comparado de la historia del derecho en

2. Véase, por ejemplo, VAN RHEE, C. H. y VAN DER MEER, J. A. J. M., “Teaching European Legal History at Maastricht University in the Netherlands”, en MODÉER, Kjell Å. y NILSÉN, Per (eds.), *How to Teach European Comparative Legal History: Workshop at the Faculty of Law, Lund University, 19-20 August 2009*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2011, p. 143-155. Los autores elaboran sobre la enseñanza de historia del derecho dentro del *European Law School bachelor program de Maastricht University*, donde la enseñanza del derecho se extiende más allá de las fronteras de los Países Bajos.

3. La bibliografía que contiene aspectos de la temática es diversa. Véanse, entre otros, LESAFFER, Randall, *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; SUNDE, Jørn Ø. y SKODVIN, Knut E., *Rendezvous of European Legal Cultures*, Bergen, Fagbokforlaget, 2010; WESEL, Uwe, *Geschichte des Rechts: von den Frühformen bis zur Gegenwart*, Múnich, C. H. Beck, 4ª edición, 2014; y ROBINSON, O. F. et al., *European Legal History: Sources and Institutions*, Londres, Butterworths, 3ª edición, 2000.

4. MODÉER, Kjell Å. y NILSÉN, Per, “Introduction”, en MODÉER, Kjell Å. y NILSÉN, Per (eds.), *How to Teach European Comparative Legal History: Workshop at the Faculty of Law, Lund University, 19-20 August 2009*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2011, p. 9.

5. Véase *infra* la nota al pie 125. Véase también ASPELL, Marcela et al. (coord.), *Perspectivas y desafíos de la historia del derecho argentino. I encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Córdoba (8 y 9 de noviembre de 2007)*, Córdoba, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, 2010.

6. Véase *infra* la nota al pie 116.

América Latina tomó recientemente protagonismo en la literatura y en los círculos académicos.

La literatura jurídica de Europa y los EE.UU. refleja interés en la historia del derecho de América Latina. En Europa hay interés en estas jurisdicciones, tal como lo reflejan valiosas contribuciones que han sido elaboradas por la Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos, la cual hace ya varias décadas vincula a académicos a ambos lados del Atlántico.⁷ Proyectos doctorales también proporcionan (y han proporcionado) un puente entre América y Europa. Una Escuela de Graduados Alemana-Argentina-Brasileña fue creada en la década de 2010, y fue un esfuerzo conjunto del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires, del *Instituto Brasileño de História do Direito* y del *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*. En los EE.UU. existe un interés similar por las jurisdicciones latinoamericanas. Matthew Mirow, por ejemplo, alertó hace una década que “la actividad académica reciente brinda testimonio de la creciente importancia de la historia del derecho de América Latina como campo de estudio académico [en los EE.UU.], y aumenta el número de investigadores que se vuelcan a ese campo de estudio”.⁸ Por otra parte, en 2013, la reunión anual de la *American Society for Legal History* dirigió esfuerzos para atraer a estudiosos de otras jurisdicciones de las Américas.⁹

El presente capítulo aborda la función del estudio comparado de la historia del derecho como herramienta para el desarrollo de la ciencia jurídica en las jurisdicciones latinoamericanas. Apunta a reflejar que los juristas a ambos lados del Atlántico deben emprender –y eventualmente beneficiarse con– este tipo de estudios comparativos e históricos. El capítulo se divide en tres partes principales. La primera presenta al estudio comparado de la historia del derecho como una disciplina autónoma. Se abordan en esa primera parte los dos pilares de esta disciplina (*i.e.*, Derecho Comparado e historia del derecho) y se propone una definición. En segundo lugar, informa sobre el desarrollo de los estudios comparados de

7. Véase *Historia, Asociación de Historiadores Latinoamericanistas Europeos*, consultado en [<http://www.ahila.eu/historia>], en fecha 10 de mayo de 2015.

8. MIROW, M. C., “Latin American Legal History: Some Essential Spanish Terms”, en *Berkeley La Raza Law Journal*, 12, Berkeley, 2000-2001, p. 43.

9. Véase *2013 Annual Meeting, The American Society for Legal History*, consultado en [<http://aslh.net/upcoming-conference/2013-conference/>], en fecha 21 de abril de 2015.

historia del derecho en Europa y en las Américas. En esa segunda parte se exploran las condiciones favorables y los desafíos para el desarrollo de estos estudios en América Latina. En tercer lugar, destaca la interacción de los estudios comparados de historia del derecho y los trasplantes legales. Esa interacción es fundamental para la comprensión de la circulación de ideas y el flujo de paradigmas legales. Debe tenerse en cuenta que la existencia de raíces comunes entre las jurisdicciones latinoamericanas no implica una falta total de marcadas diferencias; mientras que las diferencias no deben considerarse como factores que impiden el diálogo entre jurisdicciones.¹⁰ El capítulo, ante todo, pretende reflejar que las jurisdicciones latinoamericanas se beneficiarían con un aumento en el número de estudios comparados de historia del derecho. El mismo ofrece una perspectiva latinoamericana, si bien ocasionalmente se focaliza en Argentina y en Chile, demostrando así que la temática no es el producto de un fenómeno únicamente local.

2. AMALGAMA DE LOS DOS PILARES

El Derecho Comparado y la historia del derecho ofrecen una combinación fructífera para el desarrollo de la ciencia jurídica. Édouard Lambert¹¹—quien estableció el *Institut de Droit Comparé* de Lyon—destacó en 1903 que “el comparatista está obligado a trabajar constantemente como historiador”.¹² Ignacio Winizky —más recientemente y ya en la Argentina—

10. TROIANO, Onofrio, “Prefazione”, en TROIANO, Onofrio *et al.* (eds.), *Harmonisation involves history?: il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia: Foggia, 20-21 giugno 2003*. Milán, A. Giuffrè, 2004, p. ix.

11. Para acceder a información adicional sobre Édouard Lambert véase MORÉTEAU, Olivier, “Édouard Lambert et l’enseignement du droit comme science sociale et comparative”, en DEROUSSIN, David (ed.), *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la IIIe République: la Faculté de Droit de Lyon: actes du colloque des 4 & 5 février 2004*, París, La mémoire du droit, 2007, pp. 193-212; y PETIT, Carlos, “Absolutismo jurídico y Derecho Comparado. Método comparativo y sistema de fuentes en la obra de Édouard Lambert”, en CAPPELLINI, Paolo *et al.*, *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 121-137.

12. LAMBERT, Édouard, *La fonction du droit civil comparé*, París, V. Giard & E. Brière, 1903, tomo 1, p. 3.

sostuvo que la “biblioteca con ser la base, el instrumento fundamental de [la técnica comparativa del derecho], debe ser completada con la vivencia del espíritu de los pueblos examinados, de los derechos comparados”.¹³ Así el comparatista debe “dominar sus medios de expresión, el idioma, y sus modos, la literatura, la poesía, el teatro, su música, sus artes plásticas, conocer su medio geográfico, sus medios técnicos de vida, su *standard* educacional, sus tradiciones [...]”,¹⁴ y aquí vale agregar naturalmente su historia. No debe sorprender por ende que los congresos generales de la *Académie Internationale de Droit Comparé* hace ya varias décadas incluyen mesas temáticas sobre cuestiones iushistóricas.¹⁵ Sin embargo, la historia del derecho y el Derecho Comparado evolucionaron como disciplinas diferentes, brindando estudios autónomos del derecho, una a través del tiempo y el otro a través del espacio, dejando así de lado un enfoque uniforme.¹⁶ Esa evolución autónoma de las dos disciplinas se tradujo también en la aparición del estudio comparado de la historia del derecho.

2.1 Irguiendo los pilares: Derecho Comparado e historia del derecho

El Derecho Comparado y la historia del derecho son pilares fundamentales a la hora de evaluar el valor de la disciplina autónoma que resulta de su amalgama. Nótese que esta sección pretende solamente destacar una selección de los aspectos de los dos componentes básicos que conforman el estudio comparado de la historia del derecho.

13. WINIZKY, Ignacio, “De la técnica comparativa en el derecho”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, 38, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 52.

14. *Ibidem*.

15. *V. gr.*, en Brisbane (2002) se trató sobre la estructura de los sistemas jurídicos, en Utrecht (2006) se trató sobre las tradiciones legales nacionales y el trasfondo histórico y en Washington D.C. (2010) la temática bordada fue la cultura jurídica y los trasplantes legales. Véase *General Congresses History, International Academy of Comparative Law*, consultado en [http://iuscomparatum.info/?page_id=132], en fecha 5 de septiembre de 2015.

16. GORDLEY, James, “Comparative Law and Legal History”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 772.

Hay una necesidad inminente de incluir el elemento comparativo en la investigación jurídica debido, entre otras razones, al impacto de la globalización. Konrad Zweigert y Hein Kötz alertaron que a menudo es la insatisfacción con una solución local lo que motiva al comparatista a buscar soluciones mejores en otros sistemas.¹⁷ Varios juristas, en diversas jurisdicciones, han abordado el valor y el propósito del Derecho Comparado ya desde hace décadas. Por ejemplo, el jurista italiano Mario Rotondi, quien fuera director del *Instituto di Diritto Comparato Angelo Sraffa* de Milán, caracterizó el objeto del Derecho Comparado como la confrontación de los ordenamientos jurídicos de distintas jurisdicciones.¹⁸ Rodolfo Sacco, también desde Italia, señaló correctamente que el Derecho Comparado tiene como objetivo brindar conocimiento sobre las normas y las instituciones que son sujetas a comparación, y que una multiplicidad de estudios comparativos puede resultar en mayor conocimiento de un sistema jurídico determinado.¹⁹ El *maestro* italiano destacó, además, que el Derecho Comparado puede ayudar en la identificación de la conexión, la diversificación y el trasplante de las instituciones jurídicas atravesando jurisdicciones.²⁰

Uno de los propósitos de la historia del derecho es ayudar a entender un sistema jurídico en un espacio determinado y en un tiempo pretérito.²¹ Por lo tanto, la historia del derecho atiende el desarrollo del derecho a través del tiempo.²² La historia del derecho, sin embargo, no debe limi-

17. ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tubinga, Mohr, 2ª edición, 1984, tomo 1, p. 34.

18. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “Nota Bibliográfica de Mario Rotondi, Derecho Comparado”, en *Lecciones y Ensayos*, 34, Buenos Aires, UBA, 1967, p. 197. Algunos de los dogmas de Mario Rotondi se encuentran disponibles en ROTONDI, Mario, “Technique du droit, dogmatique et droit comparé”, en *Revue internationale de droit comparé*, 20:1, París, Société de Legislation Comparée, 1968, pp. 5-18.

19. SACCO, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)”, en *The American Journal of Comparative Law*, 39, American Society of Comparative Law, 1991, p. 6.

20. SACCO, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)”, en *The American Journal of Comparative Law*, 39, American Society of Comparative Law, 1991, p. 388.

21. LESAFFER, Randall, “Law and History: Law between Past and Present”, en VAN KLINK, Bart y TAEKEMA, Sanne (eds.), *Law and Method: Interdisciplinary Research into Law*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2011, p. 136.

22. LEVAGGI, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino (Castellano-Indianol*

tarse a la reconstrucción del derecho en un período determinado; debe también tratar de reflejar cómo el derecho se desarrolló a través de períodos sucesivos, revelando sus elementos persistentes y sus variaciones.²³ Estos estudios, a diferencia de los de otras disciplinas, proporcionan una aproximación empírica al derecho cuando atienden la evolución y el cambio en los conceptos, métodos, ideas y paradigmas.²⁴ La historia del derecho sirve así como un medio para demostrar la relatividad del derecho, relatividad que se desprende de su evolución y de los cambios en relación con, entre otros, los conceptos y las interpretaciones.²⁵

El estudio científico del derecho resulta incomprensible cuando carece de una perspectiva histórica.²⁶ La historia es en efecto una de las tres dimensiones para el estudio científico del derecho, las otras siendo el análisis dogmático del derecho actual (*de lege lata*) y el estudio filosófico de lo que el derecho debería ser (*de lege ferenda*).²⁷ La historia es intrínseca al derecho y por lo tanto es imposible comprender plenamente el derecho cuando se deja de lado la historia.²⁸ El descuido de la historia resulta en un conocimiento fragmentario e incompleto del derecho, el cual alcanza solamente un conocimiento superficial y externo.²⁹

Existe proximidad y cooperación natural entre los dos pilares.³⁰ La inclusión de estudios comparativos e históricos en el análisis del derecho ayuda a transformar a los abogados en juristas.³¹ Estos últimos no se limitan a estudiar el derecho vigente fuera de todo contexto científico y social, sino

Nacional), Buenos Aires, Depalma, 2ª edición, 1996, tomo 1, p. 11; y MARTIRÉ, Eduardo, *Consideraciones Metodológicas sobre la Historia del Derecho*, Buenos Aires, Perrot, 1977, p. 18.

23. LEVAGGI, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, p. 11.

24. *Idem*, p. 7.

25. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *El Futuro de la Historia Jurídica en las Aulas*, Córdoba, Advocatus, 2010, pp. 86-87.

26. *Idem*, p. 86.

27. *Ibidem*.

28. LEVAGGI, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, p. 4.

29. *Ibidem*.

30. LIEBRECHT, Johannes, "Legal History", en BASEDOW, Jürgen *et al.* (eds.), *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, tomo 2, p. 1066.

31. Nótese que Abelardo Levaggi se refirió exclusivamente a la historia del derecho. LEVAGGI, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, p. 4.

que, por el contrario, entre otras cualidades, indagan sobre los orígenes y la recepción de los institutos jurídicos en distintos puntos geográficos y períodos de tiempo.³² Los juristas que se benefician de los estudios comparativos e históricos podrán, por lo tanto, conocer la *raison d'être*, el significado y el valor del derecho vigente.³³ La exigencia científica de conocer las causas, las explicaciones y los precedentes del derecho se alcanzará mediante el estudio de la evolución histórica y comparativa.³⁴

2.2 Autonomía disciplinar: el estudio comparado de la historia del derecho

El estudio comparado de la historia del derecho puede considerarse una disciplina autónoma, incluso cuando sus dos pilares se encuentran relacionados. Lambert, por ejemplo, se desempeñó en el siglo XIX como historiador del derecho y como comparatista en Francia.³⁵ Rafael Altamira y Crevea, desde su cátedra de historia del derecho en la Universidad de Oviedo, asimismo abogó por la enseñanza de historia extranjera y de legislación comparada durante el período 1897-1910.³⁶ Altamira y Crevea sostuvo incluso que los estudios comparativos “tanta luz arrojan sobre la historia de las instituciones”.³⁷ En Italia, a partir de la segunda mitad del siglo XX, Sacco ha indicado que “la perspectiva comparativa es histórica por excelencia”.³⁸ El derecho en efecto experimenta una dimensión histórica omnipresente que debe emerger en cada estudio comparativo.³⁹ Es

32. Véase PARISE, Agustín, “La imperiosa remisión al Derecho Comparado en las investigaciones de carácter jurídico”, en *Revista Universitaria La Ley*, 4:6, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 36-37.

33. LEVAGGI, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, p. 4.

34. *Idem*, p. 5.

35. PETIT, Carlos, “Lambert en la *Tour Eiffel*, o el Derecho Comparado de la *Belle Époque*”, en PADOA-SCHIOPPA, Antonio (ed.), *La comparazione giuridica tra Otto e Novecento: In Memoria di Mario Rotondi*, Milán, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, p. 61.

36. ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael, *Cuestiones de Historia del Derecho y de Legislación Comparada*, Madrid, Sucesores de Hernando, 1914, pp. 9-10.

37. *Idem*, p. 14.

38. SACCO, “Legal Formants... (Installment I of II)”, *op. cit.*, p. 24.

39. BRAND, Oliver, “Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies”, en *Brooklyn Journal of International Law*, 32, Brooklyn,

por lo tanto natural considerar a la historia del derecho como “un derecho comparado en el tiempo”.⁴⁰

Comparatistas e iushistoriadores viajan a través del espacio y del tiempo, respectivamente.⁴¹ Quienes se dedican al estudio comparado de la historia del derecho necesariamente atraviesan ambas dimensiones. Esos estudios bidimensionales ya no pertenecen exclusivamente al ámbito del Derecho Comparado o al de la historia del derecho. Los investigadores que realizan ese tipo de estudios pueden proclamar su independencia de los dos pilares. El estudio comparado de la historia del derecho puede considerarse una disciplina muy joven.⁴² En Europa se han forjado durante las últimas décadas caminos hacia el estudio de la historia del derecho más allá de los límites jurisdiccionales, rompiendo con las limitaciones vernáculas.⁴³ Los estudios iushistóricos ya no se circunscriben o reducen exclusivamente al derecho vernáculo o local:⁴⁴ se ha abierto un camino para el estudio comparado de la historia del derecho. Estos estudios facilitan la comprensión de los fenómenos de migración, flujo y circulación de ideas, mirando al producto de esos movimientos como un medio para caracterizar mejor una cultura jurídica específica.⁴⁵ David Ibbetson, desde University of Cambridge, indicó correctamente que “la historia jurídica sólo puede beneficiarse ante una superación de las fronteras nacionales o sistémicas”.⁴⁶

2007, p. 421.

40. TAU ANZOÁTEGUI, *El Futuro de la Historia...*, *op. cit.*, p. 86.

41. DONLAN, Seán P. y MASFERRER, Aniceto, “Preface”, en *Comparative Legal History*, 1:1, Oxford, 2013, p. iii.

42. LÖHNIG, Martin, “Comparative Law and Legal History: A Few Words about Comparative Legal History”, en ADAMS, Maurice y HEIRBAUT, Dirk (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2014, p. 116.

43. TAU ANZOÁTEGUI, *El Futuro de la Historia...*, *op. cit.*, p. 47.

44. ABÁSULO, Ezequiel, “Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX”, en ABÁSULO, Ezequiel *et al.*, *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX: aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, p. 16.

45. *Ibidem*.

46. IBBETSON, David, “The Challenges of Comparative Legal History”, en *Comparative Legal History*, 1:1, Oxford, 2013, pp. 1-2.

El estudio comparado de la historia del derecho apela al uso de diferentes perspectivas para abordar un problema similar, enriqueciendo así la comprensión de aquello que motiva al derecho.⁴⁷ James Gordley ya supo alertar que lo que sucedió en otros lugares o en otros momentos no debe ser ignorado.⁴⁸ Quienes realizan estudios comparados de historia del derecho no asumen que el derecho consiste de compartimentos estancos, donde cada jurisdicción experimenta sus propios eventos. Por el contrario, reconocen que los sistemas actuales son el resultado de la vinculación de soluciones anteriores.⁴⁹ El derecho en un tiempo y un espacio determinados no debe considerarse como un objeto aislado de estudio,⁵⁰ ya que un análisis en compartimentos estancos resultaría en un obstáculo para el desarrollo de los estudios comparados de historia del derecho y para alcanzar una comprensión acabada.

Se han ofrecido diversas definiciones para el estudio comparado de la historia del derecho. Heikki Pihlajamäki, por ejemplo, lo definió de forma simplificada como lo opuesto al estudio puro de la historia del derecho nacional.⁵¹ El jurista finlandés proporcionó recientemente una explicación más elaborada que entiende que la disciplina:

puede utilizar un método sistemático de comparación tal como lo hace el Derecho Comparado. Él [estudioso de esta disciplina] puede pues [...] elegir un número determinado de características esenciales que los objetos de comparación tienen en común y luego analizar su funcionamiento [...]. Pero el estudio comparado de la historia del derecho también puede ser menos sistemático. Él [estudioso de esta disciplina] puede tomar una institución jurídica nacional o regional como tema, tal como lo haría un iushistoriador tradicional que se desenvuelve dentro de los límites de un sistema jurídico

47. OOSTERHUIS, Janwillem, *Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century: Remedies in an Age of Fundamental Rights and Industrialisation*, Leiden y Boston, Martins Nijhoff Publishers, 2011, pp. 3-4.

48. GORDLEY, *op. cit.*, p. 763.

49. *Ibidem*.

50. GORDLEY, *op. cit.*, p. 757.

51. PIHLAJAMÄKI, Heikki, "When Small is Beautiful: Teaching Comparative Legal History in the Periphery", en MODÉER, Kjell Å. y NILSÉN, Per (eds.), *How to Teach European Comparative Legal History: Workshop at the Faculty of Law, Lund University, 19-20 August 2009*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2011, p. 40.

nacional. Sin embargo, y esto es una gran diferencia con el método tradicional, él [estudioso de esta disciplina] siempre posicionará el objeto de investigación dentro de un contexto internacional.⁵²

Otros juristas europeos se han referido recientemente al estudio comparado de la historia del derecho como “la comparación de las personas, las ideas y las instituciones –independientemente o interrelacionadas– partiendo de dos o más tradiciones jurídicas”.⁵³ La narrativa jurídica de los EE. UU. también se sumó al debate disciplinario y propuso una caracterización para el estudio comparado de la historia del derecho. La caracterización entiende que esos estudios:

requieren el posicionamiento de dos sistemas jurídicos lado a lado, en todos sus aspectos. Deben entenderse las generalizaciones de nivel superior que subyacen tras las declaraciones de las reglas y doctrinas, debe entenderse la historia en la que están inmersas esas declaraciones, debe entenderse cómo la sociedad y las instituciones operan con el fin de entender cómo las normas y doctrinas operan dentro de la sociedad. Sólo cuando uno entiende todos estos aspectos puede con seguridad realizar comparaciones.⁵⁴

Por último cabe mencionar que Ibbetson abogó por una caracterización que entiende a esta disciplina como “el estudio de fenómenos relacionados o paralelos en dos o más lugares diferentes o en períodos de tiempo diferentes”.⁵⁵

En este capítulo se propone una definición que entiende a esta disciplina autónoma como el estudio de aspectos externos y/o internos del derecho realizado necesariamente a través de diferentes períodos de tiempo y de diferentes jurisdicciones. El estudio comparado de la historia del derecho debe entonces cumplir con los dos requisitos: estudio de un aspecto

52. PIHLAJAMÄKI, Heikki, “Comparative Contexts in Legal History: Are We All Comparatists Now?”, en ADAMS, Maurice y HEIRBAUT, Dirk (eds.), *The Method and Culture of Comparative Law: Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 129-130.

53. DONLAN y MASFERRER, *op. cit.*, p. iii.

54. DONAHUE, Charles, Jr., “Comparative Legal History in North America”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 65, 1997, p. 11.

55. IBBETSON, *op. cit.*, p. 3.

del derecho al menos en dos períodos de tiempo diferentes y en al menos dos jurisdicciones diferentes. Así, el estudio comparado de la historia del derecho requiere investigación a lo largo de los ejes vertical y horizontal. Nótese que la circulación de ideas y el flujo de paradigmas legales sólo pueden ser plenamente comprendidos mediante un enfoque histórico y comparado. Esin Örüci señaló acertadamente que se necesitan comparaciones verticales y horizontales al momento de rastrear transferencias normativas.⁵⁶ El Cuadro 1 brinda una ilustración de un estudio comparado de la historia del derecho en el cual se analizan eventos en tres períodos de tiempo diferentes y en tres jurisdicciones diferentes:

Cuadro 1

	Jurisdicción 1	Jurisdicción 2	Jurisdicción 3
Tiempo 1	x	x	x
Tiempo 2	x	x	x
Tiempo 3	x	x	x

Un estudio que compare un aspecto del derecho en un momento específico, si bien en jurisdicciones diferentes, será meramente un estudio de Derecho Comparado. Ese estudio podrá, sin dudas, beneficiarse mediante la utilización del método iushistórico para entender mejor ese aspecto del derecho en ese período de tiempo específico. El Cuadro 2 brinda una ilustración de un estudio de Derecho Comparado en el cual se analizan eventos en tres jurisdicciones diferentes en un período único de tiempo:

Cuadro 2

	Jurisdicción 1	Jurisdicción 2	Jurisdicción 3
Tiempo 1			
Tiempo 2	x	x	x
Tiempo 3			

56. ÖRÜCÜ, A. Esin, "Methodology of Comparative Law", en SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 451.

Un estudio que compare un aspecto del derecho en una jurisdicción determinada, si bien en períodos de tiempo diferentes, será meramente un estudio iushistórico. Ese estudio podrá beneficiarse mediante la utilización del método comparativo para contrastar ese aspecto específico del derecho en esa jurisdicción determinada. El Cuadro 3 brinda una ilustración de un estudio de historia del derecho que se ocupa de una jurisdicción determinada a través de tres períodos de tiempo diferentes:

Cuadro 3

	Jurisdicción 1	Jurisdicción 2	Jurisdicción 3
Tiempo 1	x		
Tiempo 2	x		
Tiempo 3	x		

Quienes realizan estudios comparados de historia del derecho no se embarcan en proyectos exclusivamente comparativos o exclusivamente iushistóricos. El producto de sus investigaciones se beneficia de las técnicas y aproximaciones utilizadas en ambas disciplinas autónomas. Ese producto es, sin embargo, más que la mera suma de los dos pilares: proporciona un medio para entender la evolución de la ciencia jurídica a través del tiempo y del espacio de manera colegiada. Las comparaciones a través del tiempo y del espacio pueden ayudar a develar el *porqué* de los eventos que se llevaron a cabo y no solo *qué* eventos se llevaron a cabo.⁵⁷ También pueden ayudar a identificar un precedente (el origen de un aspecto del derecho), una consecuencia (el destino o la suerte de un aspecto del derecho) y una concordancia o diferencia (grados de paralelismo).⁵⁸ Los estudios comparados de historia del derecho deben articular el producto de sus esfuerzos con el de otras expresiones contemporáneas con el objetivo de identificar similitudes o diferencias, al tiempo que superan las limitaciones que surgen de experiencias circunscritas a ámbitos nacionales o locales.⁵⁹

57. IBBETSON, *op. cit.*, p. 2.

58. Véase PARISE, “La imperiosa remisión...”, *op. cit.*, pp. 36-41. Esa nota se refiere exclusivamente al Derecho Comparado.

59. ABÁSULO, Ezequiel, “Las actuales reflexiones latinoamericanas sobre historia jurídica, iluminadas por la experiencia disciplinar argentina de la primera mitad del siglo XX”, en *Forum Historiae Iuris* (07. Mai 2009), consultado en [http://www.forhistiur.

Los estudios comparados de historia del derecho pueden asimismo ayudar a alcanzar una mayor comprensión, caracterización y diferenciación de los ordenamientos locales.⁶⁰ Estos estudios ayudan a comprender mejor el derecho en un tiempo y lugar determinado, mientras que posicionan a ese mismo derecho local dentro de un contexto más amplio, ayudando así a comprender mejor sus rasgos. El derecho puede ser entendido como una composición de soluciones dadas a situaciones enfrentadas en el pasado⁶¹ y no necesariamente dentro de una jurisdicción única. Esos problemas quizá desencadenaron nuevas ideas –en palabras de Sacco, “formantes”– con sus orígenes más allá de las fronteras de una jurisdicción particular y en otro momento.⁶²

Las historias del derecho vernáculas se desarrollaron de manera constante durante los últimos siglos⁶³ y es ahora tiempo de explorar la historia del derecho de distintas jurisdicciones en períodos de tiempo diferentes. Un estudio amplio, sin embargo, no puede existir cuando las historias locales o vernáculas no fueron previamente exploradas.⁶⁴ Los estudios comparados de historia del derecho requieren elaboraciones y especializaciones que no se pueden montar en un único acto.⁶⁵ Cuanto más detallado sea uno de estos estudios, más necesidad habrá de recurrir a trabajos colegiados.⁶⁶ En efecto existe una necesidad de lograr colaboraciones amplias⁶⁷ y los estudios vernáculos existentes pueden servir como medio para lograr esa amplitud, ya que los estudios iushistóricos han alcanzado un nivel satisfactorio en el

de/2009-05-abasolo/], en fecha 21 de abril de 2015, en § 4.

60. GARCÍA-GALLO, Alfonso, “Bases para una programación de la enseñanza de la Historia del Derecho y en especial de la del Derecho Indiano”, en GARCÍA-GALLO, Alfonso, *Los orígenes Españoles de las Instituciones Americanas: Estudios de Derecho Indiano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1987, p. 1078.

61. GORDLEY, *op. cit.*, p. 762.

62. *Ibidem.*

63. IBBETSON, *op. cit.*, p. 2.

64. DUVE, Thomas, “European Legal History—Concepts, Methods, Challenges”, en DUVE, Thomas (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History*, consultado en [<http://dx.doi.org/10.12946/gplh1>], en fecha 21 de abril de 2015, en pp. 60-61.

65. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 1077.

66. IBBETSON, *op. cit.*, p. 3.

67. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 1077.

ámbito local.⁶⁸ La reconstrucción de una imagen común del pasado histórico de las jurisdicciones latinoamericanas debe reconocer la existencia de estudios vernáculos previos.

La disciplina autónoma sujeta a estudio puede ayudar a entender que el derecho es una ciencia social. Una ciencia que al aplicarse a una sociedad debe contemplar al menos tres cuestiones. En primer lugar, que la aplicación no siempre encuentra límites geográficos. En segundo lugar, que la aplicación no siempre se limita a un idioma. Por último, que la aplicación no se limita a un determinado período histórico.⁶⁹ El derecho intenta reflejar, entre otros, el *ethos* y las vivencias de una sociedad determinada. Para ello se puede valer de textos forjados en otras latitudes, en otros idiomas e, incluso, en otros períodos.⁷⁰ El *ethos* de una sociedad específica, *mutatis mutandis*, también puede manifestarse en otras sociedades y el investigador puede entonces enfrentar un *ethos* local que encapsula elementos globales.⁷¹ Por ejemplo, Reinhard Zimmermann destacó el valor de los estudios históricos para identificar los puntos de convergencia entre los sistemas jurídicos nacionales europeos que comparten tradiciones comunes.⁷² Afirmó que estos estudios proporcionan herramientas para entender la estimulación intelectual y la migración de normas jurídicas, ideas, o paradigmas legales.⁷³ Michael Stolleis, por su parte, resaltó la utilidad de los estudios comparados de historia del derecho cuando se refirió al desarrollo de la historia del derecho europeo.⁷⁴ Desde las Américas, Julio C. Rivera, refiriéndose también al derecho europeo, sostuvo que “con relación explícita al derecho común se dice que el Derecho Comparado, en la concepción contempo-

68. *Idem*, p. 1078.

69. PARISE, Agustín, *Historia de la Codificación Civil del Estado de Luisiana y su Influencia en el Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Eudeba, 2013, p. 376. Nótese que estas tres cuestiones se aplican también a la historia del derecho y al derecho comprado como disciplinas autónomas.

70. *Ibidem*.

71. Véase PARISE, “La imperiosa remisión...”, *op. cit.*, pp. 36-41.

72. ZIMMERMANN, Reinhard, “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 575.

73. *Ibidem*.

74. STOLLEIS, Michael, *La Historia del Derecho como Obra de Arte*, trad. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Granada, Comares, 2009, p. 29.

ránea dominante, toma en consideración el aspecto evolutivo y exige, así, una aproximación histórica”.⁷⁵ Quien fuera presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado agregó en esa misma oportunidad que:

el estudio comparativo y el estudio histórico se condicionan recíprocamente con motivo de esta cuestión que es el derecho común europeo; ambas disciplinas ayudan, cada una de ellas a su manera, a reconocer y a presentar los principios y las instituciones comunes, más allá de las legislaciones y de las casuísticas nacionales que revisten, en general, formas diferentes.⁷⁶

2.3 Gestación y desarrollo disciplinar

El estudio comparado de la historia del derecho es una disciplina importante para el desarrollo de la ciencia jurídica en las Américas. Las nuevas ideas no son ajenas a las jurisdicciones americanas incluso cuando Europa parece estar tomando la iniciativa en el desarrollo disciplinar. El impulso de estos estudios en América Latina presenta algunas ventajas y algunos desafíos cuando se lo compara con Europa. Estos estudios brindarán asimismo algunos beneficios a ambos lados del Atlántico y, en última instancia, ayudarán a alcanzar una mayor comprensión y desarrollo de las disposiciones e ideas legales en las diferentes jurisdicciones.

2.3.1 Orígenes

El estudio comparado de la historia del derecho evoluciona de manera desigual en las diferentes partes del mundo. Los escenarios, los contextos y la eventual producción académica naturalmente difieren cuando los estudios se centran en África, Asia, Australia, Europa o América, o en una combinación de jurisdicciones de esos continentes. Esa divergencia depende, *inter alia*, de los intereses de los juristas, de la disponibilidad de fuentes primarias y secundarias, del idioma y de la interacción jurisdiccional que

75. RIVERA, Julio C., “El derecho privado en los grandes espacios económicos (Unión Europea, Mercosur, Área de Libre Comercio de las Américas)”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, II:3, México, UNAM, 2005, p. 253.

76. *Ibidem*.

prevalece o se encuentra ausente en las jurisdicciones sujetas a estudio. A continuación se analiza la evolución de la disciplina en Europa y, en mayor detalle, en América Latina.

2.3.1.1 Europa

La temática se transformó en una necesidad europea con la adopción de la *Magna charta universitatum europaeum* de Bolonia (1988), la cual generó nuevos intercambios académicos y nuevos cursos.⁷⁷ También supo ganar protagonismo recientemente en los círculos académicos como resultado de la creación de la *European Society for Comparative Legal History*, que sirve como plataforma para la interacción de los juristas interesados en el desarrollo de la disciplina.⁷⁸ La idea de una integración europea tuvo asimismo impacto en el estudio de la historia del derecho y del Derecho Comparado en las universidades y ofreció una perspectiva europea que aún prevalece.⁷⁹

Pihlajamäki explicó que en Europa existen jurisdicciones centrales y periféricas.⁸⁰ En las jurisdicciones periféricas se torna necesario mirar más allá de las fronteras de cada jurisdicción para poder entender acabadamente la historia del derecho local. Por una parte, el jurista finlandés indicó que la temática tiene mayor acogida en jurisdicciones pequeñas o ‘periféricas’ (*v.gr.*, Bélgica, Países Bajos).⁸¹ Por otra parte, el autor resaltó que el ámbito vernáculo es acogido por jurisdicciones grandes o ‘centrales’ (*v.gr.*, Alemania, España).⁸² Pihlajamäki encontró en su experiencia docente un reflejo de cómo jurisdicciones ‘periféricas’ se valen en mayor medida de aproximaciones comparativas.⁸³ Así, por ejemplo, experiencias en la *Universiteit Gent*

77. MODÉER, Kjell Å., “Is European Comparative legal History Running Wild? From Function and Texts to Perspectives and Contexts”, en MODÉER, Kjell Å. y NILSÉN, Per (eds.), *How to Teach European Comparative Legal History: Workshop at the Faculty of Law, Lund University, 19-20 August 2009*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2011, pp. 613-14.

78. Esa agrupación fue establecida en 2009. DONLAN, Seán P. y MASFERRER, Aniceto, “Preface”, en *Comparative Legal History*, 1:1, Oxford, 2013, p. iii.

79. LESAFFER, *European Legal History...*, *op. cit.*, p. viii.

80. Véase, en general, PIHLAJAMÄKI, “When Small is Beautiful...”, *op. cit.*, pp. 39-45.

81. *Idem*, pp. 39-40.

82. *Ibidem*.

83. PIHLAJAMÄKI, “When Small is Beautiful...”, *op. cit.*, p. 40.

indican que la historia del derecho belga requiere el estudio de la historia del derecho francés.⁸⁴ Mientras que en los Países Bajos, otra jurisdicción periférica, los docentes de *Maastricht University* exploran la historia del derecho y aspectos de la historia europea en general.⁸⁵

Es interesante plantarse qué límites temporales y espaciales deben tener los estudios comparados de historia del derecho de Europa. No se descarta el estudio de aspectos de derecho antiguo (*v.gr.*, babilonio, egipcio) ya que proveen antecedentes importantes al derecho actual.⁸⁶ Estos estudios también ayudan a ampliar el contexto y, en última instancia, la comprensión de los conceptos medievales y modernos. Tampoco se descarta, por similares motivos, que se atienda a la división entre Imperio Romano de Occidente e Iglesia Católica Apostólica Romana por un lado, e Imperio Bizantino e Iglesia Católica Apostólica Ortodoxa por el otro.⁸⁷ Más atención debe dedicarse a las jurisdicciones de Europa del Este, ya que algunas no han sido aún incluidas entre las participantes principales de la narrativa disciplinar.⁸⁸ Finalmente se entiende que algunos aspectos de la historia del derecho musulmán deben ser incorporados al currículo debido a la influencia que tuvieron tempranamente, aun antes de su incursión en la península ibérica.⁸⁹

2.3.1.2 América Latina

Las facultades de derecho atraen a un gran número de estudiantes en América Latina.⁹⁰ Por ejemplo, en la Argentina se enseña abogacía en

84. Véase, en general, HEIRBAUT, Dirk, “European Comparative Legal History as a Necessity: The Belgian Experience”, en MODÉER, Kjell Å. y NILSÉN, Per (eds.), *How to Teach European Comparative Legal History: Workshop at the Faculty of Law, Lund University, 19-20 August 2009*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2011, pp. 94-105.

85. Véase, en general, VAN RHEE y VAN DER MEER, *op. cit.*, pp. 143-155.

86. Véase, en general, OSIPOVA, Sanita, “Europäische Rechtsgesichte: Geopolitisch, kulturell oder historisch gebildete Wissenschaft”, en MODÉER, Kjell Å. y NILSÉN, Per (eds.), *How to Teach European Comparative Legal History: Workshop at the Faculty of Law, Lund University, 19-20 August 2009*, Lund, Juristförlaget i Lund, 2011, pp. 77-83.

87. Véase, en general, *ibidem*.

88. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 30.

89. Véase, en general, OSIPOVA, *op. cit.*, pp. 77-83.

90. PARISE, Agustín, “Las Revistas Jurídicas en el Ámbito Universitario: Foros de Expresión y Laboratorios de Escritura”, en *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 15, Buenos Aires, UBA, 2010, pp. 126-127.

78 sedes universitarias.⁹¹ En 2008 las matrículas de esas sedes sumaban 200.511 alumnos que estudiaban abogacía.⁹² Ese número es significativo, en una población total de 40 millones de habitantes,⁹³ si se lo compara, por ejemplo, con los 152.033 estudiantes⁹⁴ matriculados en las 200 instituciones que enseñan derecho en los EE.UU.,⁹⁵ de una población total de 308 millones de habitantes.⁹⁶ Este escenario es similar en otras partes de América Latina. Por ejemplo, hace una década Brasil contaba con 292.728 alumnos en las facultades de derecho, mientras que México sumaba 188.422 y Venezuela 44.000.⁹⁷ Para esta fecha los números de alumnos en estos países seguramente han cambiado. Sin embargo, es muy probable que los números no reflejen una drástica disminución y, por el contrario, reflejen un alza que acompañe la tasa de crecimiento poblacional.⁹⁸

No se puede afirmar que el estudio comparado de la historia del derecho sea aún una necesidad para los alumnos e investigadores en América Latina. Empero, se puede afirmar que los estudios histórico-jurídicos

91. Conforme el Ministerio de Educación de Argentina, la carrera de derecho se dicta en 78 sedes de universidades nacionales y privadas. *Idem*, p. 127.

92. *Ibidem*; y *Secretaría de Políticas Universitarias 2008, Anuario 2008 de Estadísticas Universitarias, Buenos Aires, 2009*, consultado en [http://www.mcy.gov.ar/spu/documentos/Anuario_2008.pdf], en fecha 21 de abril de 2015, en p. 37.

93. El Censo 2010 indicó que la población total de la Argentina es de 40.117.096. Véase *Resultados definitivos. Censo Argentino 2010*, consultado en [http://www.censo2010.indec.gov.ar/resultadosdefinitivos_totalpais.asp], en fecha 21 de abril de 2015.

94. AMERICAN BAR ASSOCIATION y LAW SCHOOL ADMISSION COUNCIL, *ABA-LSAC: Official Guide to ABA-Approved Law Schools – 2010 Edition*, Newtown, Law School Admission Council, 2009, p. 870.

95. *Idem*, p. i.

96. El Censo 2010 indicó que la población total de los EE.UU. es de 308.745.538. Véase *2010 Census Data. United States Census 2010*, consultado en [<http://www.census.gov/2010census/data/>], en fecha 21 de abril de 2015.

Nótese que los estudios de abogacía en los EE.UU. se inician luego de completar estudios de grado en los *colleges* (universidades). Por lo tanto, los estudios de derecho (*juris doctor*) que se realizan en las escuelas de derecho (*law schools*) serían estudios de posgrado para los estándares latinoamericanos. Ello podría justificar la menor cantidad de alumnos en los EE.UU.

97. Véase PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, *Latin American Lawyers: A Historical Introduction*, Stanford, Stanford University Press, 2006, p. 105.

98. Véase CENTRO DE ESTUDIOS DE LA EDUCACIÓN ARGENTINA, *CEA Informe*, 4:34, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 2015.

tienen una rica tradición en la región.⁹⁹ La primera cátedra de historia del derecho fue creada en Perú en 1875, en la Universidad de San Marcos.¹⁰⁰ En América Latina la disciplina histórico-jurídica creció significativamente recién durante la segunda mitad del siglo XX. Por ejemplo, en 1952 un Congreso Internacional de Juristas se celebró en Perú y abogó por la necesidad de crear institutos y cátedras de historia del derecho.¹⁰¹ En la década siguiente, en 1961, durante la II Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho, se abogó por la enseñanza de la historia del derecho como materia básica en los currículos.¹⁰² Abelardo Levaggi sostiene en su *Manual de Historia del Derecho Argentino* que, junto a la Argentina, “otras naciones hispanoamericanas que sobresalen por su producción iushistoriográfica son Chile, México y el Perú”.¹⁰³ Desde hace ya unos años la disciplina se desarrolla activamente también en otras jurisdicciones, entre ellas Brasil.

Alfonso García-Gallo supo decir que el estudio de la historia del derecho debe realizarse siempre en el marco de una comunidad o nación.¹⁰⁴ Sin embargo, ello no es impedimento para que pueda comparárselo con otros derechos para alcanzar una mejor caracterización, diferenciación y comprensión del propio.¹⁰⁵ El marco podría extenderse ahora a toda América Latina. Enrique Aftalión sostuvo en 1963 que toda historia es historia universal.¹⁰⁶ No obstante, en la práctica, la historia del derecho siguió siendo abordada desde una visión nacional. Puede así mencionarse que

99. Abelardo Levaggi presentó en el IV Encuentro del Instituto Latino Americano de Historia del Derecho un exhaustivo estudio titulado *Trayectoria de la historiografía jurídica latinoamericana*. Ese estudio, al momento inédito, debería ser de lectura obligatoria en todos los cursos de historia del derecho que atiendan aspectos comparativos. Véase LEVAGGI, Abelardo, *Trayectoria de la Historiografía Jurídica Latinoamericana*, presentado en el IV Encuentro del Instituto Latino Americano de Historia del Derecho, en 14 de junio de 2013, inédito.

100. LEVAGGI, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, p. 18.

101. TAU ANZOÁTEGUI, *El Futuro de la Historia...*, *op. cit.*, p. 91.

102. “II Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho”, en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 1, Ponce, Pontificia Universidad Católica, 1961, p. 95.

103. LEVAGGI, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, p. 23.

104. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 1078.

105. *Ibidem*.

106. DÍAZ COUSELO, José M., “Enrique R. Aftalión y la Historia del Derecho”, en *Revista de Historia del Derecho*, 34, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, p. 40.

los principales textos y los planes de estudio en las facultades de derecho siempre siguieron vinculándose a las diferentes jurisdicciones, por medio de los correspondientes adjetivos gentilicios (*v.gr.*, Historia del Derecho Argentino, Historia del Derecho Chileno).¹⁰⁷

Es oportuno ampliar el estudio de la historia del derecho al ámbito regional, habiendo ahondado ya, en cierta medida, en el ámbito local.¹⁰⁸ En América Latina ya existen algunos trabajos comparativos sobre los períodos nacionales. Víctor Tau Anzoátegui¹⁰⁹ resalta que Bernardino Bravo Lira elaboró en el área del derecho constitucional,¹¹⁰ mientras que Alejandro Guzmán Brito lo hizo en el área de la codificación civil,¹¹¹ ambos con una aproximación comparativa. Ismael Sánchez Bella sostuvo que el trabajo de Jorge Basadre en Perú cumple “perfectamente el intento de ‘descubrir raíces y de abrir horizontes en el campo de la historia del derecho nacional’, no sólo peruano sino de cualquier otro hispano-americano”.¹¹² Mirow, por su parte, proporcionó un enfoque comparativo sobre el derecho privado de América Latina a través del tiempo en idioma inglés, ofreciendo atención a un número de eventos vernáculos.¹¹³

El interés comparativo es aislado, si bien tuvo un comienzo temprano en la región. Ricardo Levene reconoció ya en la década de 1930, tal como lo recuerda Tau Anzoátegui, que el ámbito nacional no resultaba suficiente para estudiar acabadamente el pasado argentino y “de ahí que expandió su visión hacia un ámbito geográfico mayor, el mundo americano entroncado con España”.¹¹⁴ Se necesitaba mirar a otras ramas del mismo árbol y eso

107. TAU ANZOÁTEGUI, *El Futuro de la Historia...*, *op. cit.*, pp. 46-47. Véase, por ejemplo, el adjetivo gentilicio en LEVENE, Ricardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, Editorial G. Kraft, 3ª edición, 1962.

108. Víctor Tau Anzoátegui sugirió extender el estudio a Iberoamérica y así incluir a Brasil. TAU ANZOÁTEGUI, *El Futuro de la Historia...*, *op. cit.*, pp. 48-49.

109. *Idem*, p. 49.

110. BRAVO LIRA, Bernardino, *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición, 1993.

111. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

112. SÁNCHEZ BELLA, Ismael, “Book Reviews”, en *Hispanic American Historical Review*, 38:3, 1958, p. 401.

113. MIROW, M. C., *Latin American Law: A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, Austin, University of Texas Press, 2004.

114. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, “Historia, derecho y sociedad. En torno a la

motivó estudios de derecho indiano. Así, las actividades de las coronas españolas y portuguesas en América han sido estudiadas desde diferentes perspectivas. Estos estudios ganaron importancia con la creación en 1966 del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.¹¹⁵ El instituto promueve la interacción de especialistas en la materia y también ha invitado a estudios realizados por juristas europeos y americanos. Un paso importante se tomó con la reciente creación del Instituto Latino Americano de Historia del Derecho.¹¹⁶ El ámbito de ese instituto excede el derecho indiano y sus tareas pueden evitar un aislamiento de la región del resto del mundo académico, alcanzando un contexto regional. Es ahora el momento de avanzar y comenzar a comparar jurisdicciones en América, ya dentro del período nacional. José María Díaz Couselo abogó por un estudio amplio y sostuvo que “pueden realizarse estudios supranacionales, sin pretender ser universales, reducidos a un ámbito espacial que tiene las mismas influencias [...] o bien realizarse con relación a ciertas instituciones”.¹¹⁷ Los investigadores podrán de esa manera realizar una aproximación regional al estudio de aquellas jurisdicciones que comparten un tronco común.

concepción histórico-jurídica de Ricardo Levene”, en *Investigaciones y Ensayos*, 35, separata, Buenos Aires, Academia Nacional de la Historia de la República Argentina, 1987, pp. 114-115.

Véase también DAGROSSA, Norberto C., “Las ideas iushistoriográficas de Ricardo Smith”, en ASPELL, Marcela *et al.* (coord.), *Perspectivas y desafíos de la historia del derecho argentino. I encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Córdoba (8 y 9 de noviembre de 2007)*, Córdoba, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, 2010, p. 496; y PIHLAJAMÄKI, “Comparative Contexts...”, *op. cit.*, pp. 124-125.

115. TANZI, Héctor J., “III Congreso del Instituto internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos). Madrid, 1973”, en *Revista de Historia de América*, 81, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1976, p. 210.

116. *Instituto Latino Americano de Historia del Derecho*, consultado en [http://www.ilahd.org/], en fecha 21 de abril de 2015; y ABÁSULO, “Las actuales reflexiones...”, *op. cit.*, § 12.

117. DÍAZ COUSELO, José M., “Reflexiones sobre relaciones entre la Historia del Derecho y la ciencia jurídica”, en ASPELL, Marcela *et al.* (coord.), *Perspectivas y desafíos de la historia del derecho argentino. I encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Córdoba (8 y 9 de noviembre de 2007)*, Córdoba, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, 2010, p. 268.

El estudio comparado de la historia del derecho no debe descuidar los estudios sobre pueblos indígenas y su cultura jurídica. Estos pueblos son también actores fundamentales en la formación del derecho. Un discurso común pan-indígena latinoamericano ha surgido y tiene como objetivo reconstruir y fomentar las identidades indígenas dentro de sociedades que son multiculturales y multiétnicas.¹¹⁸ Ese discurso analiza el papel y el lugar de los diferentes grupos indígenas durante los diferentes períodos de tiempo.¹¹⁹ El estudio comparado de la historia del derecho podría en última instancia ayudar a continuar desarrollando conocimiento sobre pueblos indígenas.

2.3.1.2.1 Historiografía jurídica en Argentina

La historiografía jurídica tiene una larga tradición en América Latina. Por ejemplo, juristas de Argentina y Chile produjeron –y producen– importantes aportes para la historiografía jurídica: una colección de trabajos que se valen de un rico acervo de fuentes primarias y secundarias.

Argentina tiene una larga y rica tradición iushistórica. La historia del derecho ya se enseñaba en las universidades argentinas hacia finales del siglo XIX. Por ejemplo, en 1895, la historia del derecho se enseñaba en la Universidad Nacional de Córdoba,¹²⁰ sin lugar a dudas una de las *cunas de cultura* del país. Institutos de historia del derecho han sido creados en Argentina, vinculando a quienes comparten intereses similares por la disciplina. El Instituto de Historia del Derecho se estableció en Buenos Aires en 1936, dentro del ámbito de la Universidad de Buenos Aires, a raíz de la iniciativa de Levene.¹²¹ El Instituto de Investigaciones de Historia del

118. ROJAS, Hugo, “Cambios Sociales y Cambios Jurídicos en Chile: Construyendo Nuevos Puentes entre Sociología y Derecho en la Promoción del Realismo Jurídico Latinoamericano”, en *Berkeley La Raza Law Journal*, 13, Berkeley, 2002, p. 480.

119. *Ibidem*.

120. ASPELL, Marcela, “Cómo enseñó Historia del Derecho en las aulas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba”, en ASPELL, Marcela *et al.* (coord.), *Perspectivas y desafíos de la historia del derecho argentino. I encuentro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Córdoba (8 y 9 de noviembre de 2007)*, Córdoba, Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho, 2010, p. 16.

121. TANZI, Héctor J., “Los Estudios de Historia del Derecho en la Argentina”, en *Revista de Historia de América*, 114, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1992, p. 165; y LEVENE, Ricardo, “Diez años de historia jurídica argentina, 1940 a 1950”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 21, 1953, p. 108.

Derecho fue establecido en 1973, también en Buenos Aires, si bien fuera del ámbito universitario y dirigido por Ricardo Zorraquín Becú,¹²² ofreciendo un foro luego de la intervención política del primer instituto.¹²³ El Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas fue establecido en Córdoba en 1986 dentro del marco de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, bajo la dirección de Roberto I. Peña.¹²⁴ En las últimas décadas se advirtieron nuevos avances en los estudios histórico-jurídicos en Argentina. Estos avances se ven reflejados en la creación de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho en 2005.¹²⁵

Un importante número de especialistas se han abocado al estudio de la historia del derecho en la Argentina. Los estudios iushistóricos en Argentina fueron durante décadas realizados tradicionalmente por juristas, si bien algunos de esos especialistas también eran historiadores de carrera. Más recientemente los historiadores han sabido ganar acceso a la disciplina, desarrollando nuevas líneas de investigación y en ocasiones incluso superando en número a los juristas. Argentina proporcionó a las Américas un importante grupo de historiadores del derecho, entre muchos otros, Levene, Levaggi, José María Mariluz Urquijo, Tau Anzoátegui y Zorraquín Becú. Los especialistas argentinos muestran interés por el estudio de la historia del derecho más allá de sus fronteras. Tau Anzoátegui, por ejemplo, plasmó su interés en sus reflexiones de cinco décadas de enseñanza de historia del derecho, al decir que es conveniente la extensión de la disciplina en dos direcciones: “a la historia del derecho iberoamericano, con una visión integral; y a la historia del derecho contemporáneo (siglo XX)”.¹²⁶ Levaggi, por su parte, incluyó hace tiempo referencias a estados miembros del Mercosur en su trabajo. Levaggi incluyó así en su emblemático *Manual* referencias a la historia del derecho de Brasil, Paraguay y Uruguay.¹²⁷ Nótese que

122. TANZI, “Los Estudios de Historia del Derecho...”, *op. cit.*, p. 165.

123. *Ibidem*.

124. Véase *Objetivos. Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas “Roberto I. Peña”*, consultado en [<http://www.psi.unc.edu.ar/acaderc/institutos/instituto-de-historia-del-derecho>], en fecha 21 de abril de 2015.

125. “Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho”, en *Iushistoria Revista Electrónica*, 3, 2006, consultado en [<http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/issue/view/157>], en fecha 21 de abril de 2015.

126. TAU ANZOÁTEGUI, *El Futuro de la Historia...*, *op. cit.*, p. 78.

127. Véanse, por ejemplo, las referencias a la codificación en esas jurisdicciones.

una ponencia presentada durante una reciente reunión de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho destacó que se debe “capacitar al estudiante de Derecho para que adquiriera una conciencia histórica de la realidad socio-jurídico de su país, con especial relación en el contexto hispanoamericano.”¹²⁸ Las principales publicaciones periódicas sobre la materia en Argentina incluyen la *Revista de Historia del Derecho* (1973), los *Cuadernos de Historia* (1990) e *Iushistoria* (2005).¹²⁹ Cabe agregar la ya desaparecida *Revista del Instituto de Historia del Derecho* (1949),¹³⁰ una precursora en la materia para América Latina.

2.3.1.2.2 Historiografía jurídica en Chile

Chile ha contribuido activamente al desarrollo de la historiografía jurídica en las Américas.¹³¹ La historia del derecho se enseñaba en las universidades chilenas ya a comienzos del siglo XX.¹³² Por ejemplo, en 1902, la historia del derecho abarcaba un curso obligatorio para completar la licenciatura en derecho.¹³³ El Instituto Chileno de Historia del Derecho y Derecho Romano se estableció en 1975, debido principalmente al apoyo de la Universidad Católica de Valparaíso.¹³⁴ Ese instituto comenzó, por lo tanto,

LEVAGGI, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, pp. 239-242.

128. ASPELL, “Cómo enseñó Historia del Derecho...”, *op. cit.*, p. 19.

129. LEVAGGI, *Trayectoria de la Historiografía...*, *op. cit.*, p. 7.

130. TANZI, “Los Estudios de Historia del Derecho...”, *op. cit.*, p. 166; y LEVAGGI, *Manual de Historia...*, *op. cit.*, p. 23.

Esa revista alteró de nombre en dos ocasiones: *Revista de Historia del Derecho “Ricardo Levene”* y *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene.”* Véase *Publicaciones del Instituto. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”*, consultado en [http://www.derecho.uba.ar/investigacion/inv_inst_gioja_publicaciones.php#rihdr], en fecha 21 de abril de 2015.

131. Véase DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio y EYZAGUIRRE, Felipe V., *La Escuela Chilena de Historiadores del Derecho y los estudios jurídicos en Chile*, Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1999-2000, tomos 1-2.

132. PALMA GONZÁLEZ, Eric E., “Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile”, en *Forum Historiae Iuris* (30. März 2009), consultado en [<http://www.forhistiur.de/2009-03-palma-gonzalez/>], en fecha 21 de abril de 2015, en § 9.

133. PALMA GONZÁLEZ, Eric E., “Historia del derecho en América Latina en el siglo XXI: el caso de Chile, Colombia y México”, en *Ambiente Jurídico*, 11, Manizales, Universidad de Manizales, 2009, p. 45.

134. PALMA GONZÁLEZ, “Pasado, presente y futuro...”, *op. cit.*, n. 17.

a ofrecer un foro para quienes participarían en las actividades de la llamada “Escuela Chilena de Historia del Derecho”.¹³⁵ Los principales exponentes de esa “escuela” son Alamiro de Ávila Martel, Javier Barrientos Grandón, Antonio Dougnac Rodríguez y el ya mencionado Guzmán Brito.¹³⁶ La “escuela” se interesa en una serie de temas, entre otros, el derecho romano (y su papel en la conformación de las tradiciones jurídicas occidentales) y el derecho indiano (como elemento común a través de las Américas).¹³⁷

Al igual que en la Argentina, un importante número de especialistas chilenos se han abocado al estudio de la historia del derecho. Los trabajos iushistóricos fueron llevados a cabo en Chile casi exclusivamente por juristas.¹³⁸ Cabe mencionar en este punto a los siguientes historiadores del derecho chileno, quienes representan solamente a algunos de los destacados especialistas que ese país ofreció al continente: Aníbal Bascañán, Bravo Lira y Fernando Campos Harriet.¹³⁹ Mención especial merece Mario Góngora, quien interactuó activamente con académicos e institutos más allá de las fronteras de Chile.¹⁴⁰ Los historiadores del derecho en Chile sin dudas miran más allá de sus fronteras, ofreciendo un contexto más amplio para la comprensión tanto de la historia del derecho vernácula como extranjera. Bravo Lira, como ya se ha mencionado, abordó los aspectos histórico-jurídicos del derecho constitucional de forma comparativa; mientras que Guzmán Brito ofreció quizás la obra más completa sobre la historia del derecho de la codificación civil americana.¹⁴¹ Las principales publicaciones periódicas sobre la materia en Chile incluyen la *Revista Chilena de Historia del Derecho* (1959) y la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (1976).¹⁴²

135. *Ibidem*.

136. *Ibidem*.

137. PALMA GONZÁLEZ, “Pasado, presente y futuro...”, *op. cit.*, § 29.

138. *Idem*, n. 17 § 9.

139. Véase, en general, LEVAGGI, *Trayectoria de la Historiografía...*, *op. cit.*

140. BRAVO LIRA, Bernardino, “Dougnac, Antonio y Vicencio, Felipe, *La escuela chilena de historiadores del derecho*”, en *Revista Chilena de Derecho*, 27:1, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2000, p. 622.

141. MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro J., “Examining the Codification of History and the Search for First Principles in Professor Alejandro Guzmán Brito’s History of the Codification of Civil Law in Iberoamerica”, en *University of Miami Inter-American Law Review*, 39, Coral Gables, University of Miami School of Law, 2008, p. 527.

142. PALMA GONZÁLEZ, “Pasado, presente y futuro...”, *op. cit.*, § 25 y n. 17; LEVAGGI, *Trayectoria de la Historiografía...*, *op. cit.*, p. 7; y *Portada. Revista Chilena*

2.3.2 Condiciones para el desarrollo de los estudios

América Latina, como toda región, presenta condiciones favorables y desfavorables para el desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho. Juan Beneyto Pérez afirmó en 1953 en las páginas del *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* que las Américas en general proporcionan un terreno fértil para esta clase de estudios. Sostuvo en esa misma oportunidad que:

una investigación en torno a la estructura del Derecho ha de empezar clasificando aquellos órdenes jurídicos vigentes en relación con lo que les es común y lo que constituye su diferenciación extrínseca e intrínseca. [...] Precisamente la obtención de estas ideas-madres, de esas hondas raíces nos ofrecerá el método que ahora dejará ver su utilidad: habrá que ir a la observación y confrontación de los diversos sistemas históricamente elaborados, y habrá que deducir una especie de jurisprudencia bicéfala en cuanto comparativa y en cuanto nacionalmente experimentada.¹⁴³

Los siguientes dos apartados apuntan a generar atención sobre algunas condiciones particulares. Un estudio exhaustivo seguramente arroje otras cuestiones que merecen atención.

2.3.2.1 Favorables

América Latina presenta condiciones favorables para la aproximación comparativa a la historia del derecho. La región brinda un terreno fértil para la implementación de la temática e incluso ha sido definida por expertos como el *sueño* de los comparatistas.¹⁴⁴ Las condiciones son al menos tres, cuando se compara a la región con Europa.

Una primera condición se relaciona a las raíces comunes y a un sistema jurídico predominante. Las raíces comunes se remontan al período colonial castellano y portugués. Ricardo Rabinovich-Berkman sostuvo correctamente que “la permanente e importante emisión de normas comunes,

de Historia del Derecho, consultado en [<http://www.historiadelderecho.uchile.cl/>], en fecha 21 de abril de 2015.

143. BENEYTO PÉREZ, Juan, “Derecho histórico y orden jurídico mundial”, en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 21, 1953, p. 57.

144. ROSENN, Keith S., “Teaching Latin American Law”, en *The American Journal of Comparative Law*, 19, American Society of Comparative Law, 1971, p. 692.

el intercambio de funcionarios entre las diversas regiones y la movilidad de vecinos, mantuvieron siempre la realidad y la conciencia común de una identidad jurídica”.¹⁴⁵ Varias jurisdicciones formaron parte de los mismos virreynatos y comparten diversos aspectos específicos del derecho indiano. Las raíces comunes deben ser estudiadas por los investigadores de los períodos nacionales para rastrear similitudes y diferencias, para advertir cuestiones que sobrevivieron y otras que fueron erradicadas. En la región prima el sistema continental europeo, el cual se heredó de España y Portugal. Existe un tronco común entre jurisdicciones latinoamericanas, donde se comparte en gran medida una historia del derecho que se bifurca al finalizar el período indiano. Compárese con la aproximación europea, donde, por ejemplo, el *common law* podría generar un currículo paralelo e imposible de obviar, debido a la gravitación del Reino Unido. Nótese que la división entre el *common law* y el sistema continental europeo no implica necesariamente que el estudio comparado de la historia del derecho sea imposible entre jurisdicciones de los referidos sistemas.

Una segunda condición favorable la proporciona la existencia de una mayor uniformidad idiomática. El castellano prima en la región, si bien el portugués y el francés no deben descuidarse. También debería invitarse al discurso académico norteamericano (*v.gr.*, en regiones que fueron colonias españolas y en aspectos del derecho público). La uniformidad idiomática no solamente favorece la vida diaria y el comercio, también facilita las actividades de investigación. Es más sencillo realizar trabajos de cooperación y acceder a trabajos elaborados por investigadores en otras jurisdicciones. Para ampliar horizontes a otros ámbitos académicos en la región se podría explorar la posibilidad de hacer disponibles trabajos también en idioma inglés, invitando de esa forma al discurso externo. Aproximaciones transatlánticas requerirán conocimiento del idioma francés (*i.a.*, para evaluar el impacto de la codificación y de la escuela de la exegesis) y del idioma alemán (*i.a.*, para evaluar el impacto de la escuela histórica del derecho y de la ciencia de las Pandectas o jurisprudencia de conceptos).

El potencial para la cooperación presenta una tercera condición favorable para el desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho

145. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 241.

en América Latina. Nótese que el potencial para la cooperación también existe en otras regiones. La cooperación abarca dos aspectos: migración de recursos humanos y fomento de la comunicación académica.

García-Gallo sostuvo en 1972 la necesidad de entablar cooperación para la elaboración de cursos de historia del derecho.¹⁴⁶ También abogó por la concesión de becas para estudio en otras jurisdicciones y así poder adquirir nuevas herramientas y conocimiento, para luego importarlo a las jurisdicciones de origen.¹⁴⁷ Esto naturalmente lograría aumentar la movilidad de alumnos, docentes e investigadores, las cuales ya comienzan a sentirse entre distintas jurisdicciones latinoamericanas. La migración de alumnos es sensible a nivel de posgrado, cuando los alumnos ya adquirieron aspectos histórico-jurídicos en sus ámbitos locales.¹⁴⁸ La migración temporaria de docentes e investigadores –la cual ya existe en cierta medida– debería ir desarrollándose aún más a través de nuevos convenios de movilidad entre diferentes universidades e institutos de investigación.

El fomento de la comunicación académica es necesario para el desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho. Michael Hoeflich y Steve Sheppard sostuvieron que la promoción de medios de comunicación académica es necesaria para el desarrollo de la historia del derecho.¹⁴⁹ Así, por ejemplo, los textos universitarios tendrían que incluir una aproximación comparativa. Los materiales de curso también parecerían contar con ventajas en América Latina, tanto por elementos comunes como por una mayor armonía idiomática. Habría que ampliar horizontes de aproximación, algo no ajeno a la región, donde, como ya se mencionó, Levaggi incluyó hace tiempo referencias a estados miembros del Mercosur en su trabajo. Otra herramienta se encuentra en la digitalización de archivos.¹⁵⁰ Estas bases de

146. GARCÍA-GALLO, *op. cit.*, p. 1090.

147. *Ibidem.*

148. Nótese, por ejemplo, la participación de alumnos de América Latina en la Modalidad Intensiva del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

149. HOEFLICH, Michael H. y SHEPPARD, Steve, “Disciplinary Evolution and Scholarly Expansion: Legal History in the United States”, en *The American Journal of Comparative Law*, 54, American Society of Comparative Law, 2006, Supplement Issue, p. 24.

150. Véase, por ejemplo, ROCCA MONES-RUIZ, Gabriel, “Fuentes clásicas de la historia del derecho hispanoamericano en formato digital: Romanas”, en *Iushistoria*

datos tienden a eliminar los límites geográficos para la investigación. Ayudan también al traslado de fuentes primarias entre jurisdicciones, a un alto costo inicial, pero a muy bajo costo con el pasar de los años. Una última herramienta se encuentra en el dictado de cursos virtuales. Estos ayudan a desarrollar áreas sin costos de traslado o movilidad alguna. Un ejemplo en el área específica de la historia del derecho se dio con el programa OZCAN.¹⁵¹ Este vincula universidades de Australia y Canadá y apunta a comparar la evolución legal de dos jurisdicciones que fueron colonias británicas.¹⁵² El siguiente pasaje ilustra sobre el valor del programa OZCAN:

En las reuniones que derivaron en la creación del programa sus arquitectos advirtieron una base pedagógica y académica sólida para el vínculo entre la historia del derecho australiano y canadiense. La comparación de las experiencias y de las culturas de dos colonias británicas “de pobladores” permite explorar similitudes y diferencias a lo largo de diversas trayectorias históricas y socio-jurídicas.¹⁵³

La experiencia de OZCAN podría repetirse en América Latina, donde la presencia británica podría remplazarse por la presencia castellana o portuguesa.

2.3.2.2 *Desafíos*

América Latina también presenta desafíos para la aproximación comparativa a la historia del derecho. La región, cuando se la compara con Europa, presenta al menos tres desventajas o desafíos. Los desafíos se encuentran principalmente reflejados en aspectos geográficos y económicos.

Un primer desafío es simplemente geográfico. Existen grandes dis-

Revista Electrónica, 6, 2009, consultado en [<http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistorial/issue/view/132>], en fecha 21 de abril de 2015, en p. 105-121.

151. *Australian-Canadian Colonial Legal History Website. OZCAN*, consultado en [<http://web2.uvcs.uvic.ca/courses/lawdemo/>], en fecha 21 de abril de 2015; y OZCAN, “Webbing the Pacific: Teaching an Intercontinental Legal History Course”, en *Law and History Review*, 18:2, American Society for Legal History, 2000, pp. 445-456.

152. MCLAREN, John, “Internet Teaching in Reparations Law: The Ozcan Model”, en *Windsor Year Book of Access to Justice*, 22, Windsor, University of Windsor Faculty of Law, 2003, p. 202.

153. OZCAN, *op. cit.*, pp. 447-448.

tancias que separan las jurisdicciones en la región. Las principales ciudades de América Latina se acomodan a lo largo del eje Norte-Sur, forzando mayores distancias entre ciudades. Esto, comparado con el ámbito europeo, es claramente un desafío cuando se trata de movilidad. Grandes distancias no solamente requieren más tiempo para atravesarse, también requieren mayores recursos económicos. El coste de oportunidad no permite el reposicionamiento de recursos financieros, por ejemplo, los necesarios para promover la comunicación académica.

Un segundo desafío lo brinda la inestabilidad económica que afecta a la región. La referida inestabilidad torna difíciles las oportunidades de movilidad académica y también hace más escasos los recursos de investigación. Ello queda reflejado desde las dificultades para la digitalización de recursos hasta en la publicación de los resultados de un proyecto. Es asimismo más sensible el proyectar trabajos de cooperación a largo o mediano plazo, ya que es difícil asegurar que los recursos estarán disponibles en el futuro.

Un tercer desafío se refiere a una supuesta falta de innovación dentro de los planes de estudio de las facultades de derecho de la región. La enseñanza del derecho es tradicional en estas jurisdicciones y consiste principalmente en clases magistrales,¹⁵⁴ dejando relegado el uso del método socrático o del aprendizaje basado en problemas. Incluso cuando se están implementando cambios, se ha afirmado que un mayor grado de innovación debe ser bienvenido. Por ejemplo, un estudio publicado recientemente en el *Journal of Legal Education* sostuvo que las facultades innovadoras en la región aún ofrecen relativamente pocas opciones para fomentar en los estudiantes una mejor y más amplia comprensión del contexto histórico-jurídico y filosófico.¹⁵⁵ El estudio comparado de la historia del derecho podría facilitar la ampliación de los contextos jurídicos, aportando enfoques más interdisciplinarios para la enseñanza y el aprendizaje del derecho. La inclusión de cursos de contenido histórico y comparativo en los planes de estudio ampliaría necesariamente los ámbitos de aprendizaje, tanto a través del tiempo como del espacio.

154. MONTROYA, Juny, “The Current State of Legal Education Reform in Latin America: A Critical Appraisal”, en *Journal of Legal Education*, 59, Association of American Law Schools, 2010, pp. 546-547.

155. *Idem*, p. 562.

2.3.3 Beneficios de los estudios a ambos lados del Atlántico

El desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho puede ser beneficioso para juristas a ambos lados del Atlántico.¹⁵⁶ Podría ayudar a analizar y comprender los desarrollos en América Latina, alcanzando una explicación más satisfactoria de las diferencias y similitudes en la región. Nótese que en ocasiones los investigadores ajenos a la región tienden a adoptar aproximaciones simplistas para entender a América Latina. Por ejemplo, muchas veces se lee que América Latina simplemente adoptó el *Code Napoléon*. Estudios detallados, como el de Guzmán Brito, claramente reflejan que hubieron elaboraciones locales y polinización cruzada, especialmente entre los códigos civiles de Argentina, Brasil y Chile.

Existe un segundo aspecto por el cual la comunidad científica podría beneficiarse con el desarrollo de los estudios comparados de historia del derecho. El estudio comparado de la historia del derecho podría demostrar que los escenarios legales que los investigadores estudian no son exclusivos de sus regiones, ya que muchos escenarios son compartidos o se repiten en las diversas jurisdicciones. Distintas sociedades pueden efectivamente experimentar eventos similares en momentos iguales o diferentes: la circulación, la migración y el flujo en la sociedad también resultan en la transferencia de necesidades y eventos. Este segundo aspecto podría relacionarse con la idea de una “recurrencia de ciclos jurídicos” (*recurrence of legal cycles*), tal como lo postuló John Henry Wigmore en 1912. En esa ocasión el jurista estadounidense alertó que “problemas, métodos, abusos [y] remedios similares parecen repetirse, en medio de diversos entornos”.¹⁵⁷ En efecto un número de instituciones jurídicas europeas se reprodujeron en las Américas, con diferentes resultados. Un ejemplo se encuentra en el estudio del régimen de las mercedes de tierras en América, una institución que tuvo sus orígenes en la península ibérica. América Latina por lo tanto podría proporcionar

156. Una visión de los beneficios más allá de América Latina se encuentra disponible en REIMANN, Mathias y LEVASSEUR, Alain, “Comparative Law and Legal History in the United States”, en *The American Journal of Comparative Law*, 46, American Society of Comparative Law, 1998, Supplement Issue, p. 15.

157. WIGMORE, John H., “Editorial Preface to this Volume”, en WIGMORE, John H. et al. (eds.), *General Survey of Events Sources Persons and in Continental Legal History* [1. The Continental Legal History Series], Boston, Little, Brown, and Co., 1912, p. xlii.

mayor número de estudios de casos para evaluar el funcionamiento de las instituciones europeas. Las Américas podrían servir como un laboratorio abierto para el estudio. Manlio Bellomo señaló correctamente:

El panorama europeo, que se puede contemplar en el espejo de la cultura jurídica indiana, se presenta con sus elementos centrales y fundamentales, mientras se esfuman y desaparecen del todo las asperezas de contrastes varios o presuntos que pertenecen solo a aspectos marginales de la historia europea, y más todavía a la historiografía europea del Ochocientos y del Novecientos. Esto es por lo que, a mi parecer, entre otras importantes razones, el historiador del derecho europeo tiene que indagar en las obras de los juristas indianos: para mirarse en ellas como en un espejo y para comprender mejor los rasgos fisonómicos del derecho europeo medieval.¹⁵⁸

Un tercer aspecto se refiere a la distinción entre jurisdicciones centrales y periféricas. América Latina podía considerarse —meramente para fines de estudio— como un conjunto de jurisdicciones periféricas: ya que un número de elementos comunes “atan” a estas jurisdicciones periféricas, mientras que otros elementos comunes las vinculan a jurisdicciones centrales (*i.e.*, España y Portugal). Por ejemplo, América Latina comparte un tronco común y una “conciencia común de una identidad jurídica”,¹⁵⁹ donde se conlleva en gran medida una historia del derecho que se bifurca al finalizar el período indiano. La interacción de jurisdicciones centrales y periféricas podría aplicarse al contexto americano, donde nuevas perspectivas podrían resultar para los especialistas a ambos lados del Atlántico. Por otra parte, los investigadores podrían mirar las experiencias americanas y evaluar jurisdicciones periféricas europeas a la luz de los acontecimientos que tuvieron lugar en el nuevo continente.

Los beneficios de los estudios comparados de historia del derecho van más allá de los tres aspectos mencionados *supra*. Los estudios podrían

158. BELLOMO, Manlio, “¿Por qué un historiador del derecho europeo tiene que investigar las obras de los juristas indianos?”, en GONZÁLEZ VALE, Luis E. (coord.), *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. San Juan, 21 al 25 de mayo de 2000. Actas y Estudios*, San Juan, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 2003, tomo 1, p. 16.

159. RABINOVICH-BERKMAN, *op. cit.*, p. 241.

también generar una comprensión más acabada de la historia del derecho interna y externa, colaborando en la comprensión del contexto actual nacional y regional. Por otra parte, un mayor interés en la disciplina podría aumentar la movilidad de alumnos, docentes e investigadores, alcanzando de esa manera una mayor identidad regional. La colaboración académica entre investigadores de distintas jurisdicciones también podría aumentar. Es innegable que los esfuerzos colegiados generan visibilidad para los proyectos, alcanzando exposición en un número mayor de foros. Así se podrían ampliar los trabajos colegiados en la región, los cuales adquirirían fuerza y mayor exposición en círculos externos. Sin embargo, tal como sostiene Andrés Botero Bernal, la iushistoria centra su estudio en espacio-tiempos vitales,¹⁶⁰ un aspecto especialmente importante para estudios comparativos. Vale reiterar que un estudio del ámbito comparado no significa descuidar el ámbito local; implica anhelar una visión abarcadora que alcance un contexto regional. Las comparaciones tanto en el tiempo y en el espacio podrían ayudar a mejorar las disposiciones locales ya existentes o las que se creen en el futuro, y podrían ayudar a una mejor comprensión de la circulación de ideas y el flujo de los paradigmas legales.

3. IMPACTO DE LOS DOS PILARES SOBRE LOS TRASPLANTES LEGALES

Los estudios comparados de historia del derecho tienen un impacto en la teoría de los trasplantes legales. Uno de los objetivos de este tipo de estudios comparados es ampliar la perspectiva y el conocimiento de las disposiciones e ideas legales. Mediante la comparación, tanto en tiempo y en espacio, estos estudios pueden mejorar las elaboraciones locales ya existentes o las que se creen en el futuro. Cuando los juristas analizan disposiciones e ideas legales foráneas o pretéritas tienden a “tomar prestadas” esas disposiciones e ideas legales. Los encargados de elaborar disposiciones legales pueden mirar hacia elaboraciones foráneas o pretéritas y encontrar allí una valiosa fuente para sus tareas. Los encargados de elaborar disposiciones

160. BOTERO BERNAL, Andrés, “Presupuestos epistemológicos y metodológicos de la iushistoria”, en *Precedente - Anuario Jurídico 2010*, Santiago de Cali, Universidad Icesi, 2010, p. 58.

pueden adoptar algo “extraño” cuando parece adecuado para su propio marco jurídico: pueden “tomar prestadas” esas disposiciones e ideas. Ese préstamo puede convertirse en lo que Alan Watson denominó “trasplante legal”, es decir, “el movimiento de una regla o un sistema jurídico de un país a otro, o de un pueblo a otro”.¹⁶¹ También puede convertirse en una “transferencia normativa”, es decir, la recepción de legislación, costumbres, doctrina y/o jurisprudencia foráneas o pretéritas.¹⁶² El préstamo de disposiciones e ideas legales ha experimentado en las últimas décadas un crecimiento exponencial que resulta del desarrollo económico, de la democratización y de la globalización.¹⁶³ Por otra parte el flujo de elementos ha distorsionado la clasificación teórica y artificial de jurisdicciones dentro de familias jurídicas.¹⁶⁴ Nótese también que la difusión del derecho a través de jurisdicciones, de hecho, se enfrenta a una serie de obstáculos que deben ser considerados.¹⁶⁵

La adopción de una disposición o idea legal foránea o pretérita hace que el destinatario de ese préstamo sea su nuevo propietario. A su vez, el destinatario hace que el producto prestado se transforme en algo nuevo, porque cuando el producto original interactúa con el *ethos* de la sociedad receptora la interacción da lugar a un cuerpo propio.¹⁶⁶ El préstamo de

161. WATSON, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edimburgo, Scottish Academic Press, 1974, p. 21.

162. PARISE, Agustín, “Libraries of Civil Codes as Mirrors of Normative Transfers from Europe to the Americas: The Experiences of Lorimier in Quebec (1871-1890) and Varela in Argentina (1873-1875)”, en DUVE, Thomas (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History*, consultado en [<http://dx.doi.org/10.12946/gplh1>], en fecha 21 de abril de 2015, en p. 317.

163. MILLER, Jonathan M., “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process”, en *The American Journal of Comparative Law*, 51, American Society of Comparative Law, 2003, p. 839.

164. FEDTKE, Jörg, “Legal Transplants”, en SMITS, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 434.

165. NIGLIA, Leone, “Of Harmonization and Fragmentation: The Problem of Legal Transplants in the Europeanization of Private Law”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 17:2, Maastricht University, 2010, p. 135.

166. PARISE, Agustín, “Legal Transplants and Codification: Exploring the North American Sources of the Civil Code of Argentina (1871)”, en SÁNCHEZ CORDERO, Jorge A. (ed.), *Legal Culture and Legal Transplants. La culture juridique et l'acculturation du droit*, México, IACL, UNAM, y CMDU, 2012, tomo 1, p. 71.

disposiciones e ideas legales puede ser experimentado, por otra parte, tanto de forma activa como pasiva. El préstamo activo ocurre cuando buscamos una disposición o idea legal foránea o pretérita para luego incorporarla a nuestro propio marco legal local y actual. El préstamo pasivo tiene lugar cuando otra persona busca una disposición o idea legal local o pretérita que nos pertenece para luego incorporarla a su marco legal foráneo y actual.¹⁶⁷

El préstamo puede ser de un sistema completo o de disposiciones e ideas individuales, y ha existido por miles de años.¹⁶⁸ Hace más de dos mil años Platón explicó que los préstamos pueden colaborar en la constitución de una colonia exitosa. El filósofo griego abordó el tema en el Libro III de *Las Leyes*, donde sostuvo –en el contexto de una conversación entre el Ateniense, Clinias y Megilo– que:

Tenemos el encargo de escoger de entre nuestras leyes las que más nos satisfagan y de recurrir a las de los extranjeros, sin reparar en que sean o no extranjeras, con tal que las juzguemos mejores que las nuestras. Ayudadme, por lo tanto, a elegir entre todo lo que se ha hablado, y construyamos una ciudad así en conversación, como si echáramos sus cimientos. Por este medio llegaremos igualmente al descubrimiento de lo que buscamos, y al mismo tiempo este plan podrá servirme para la ciudad que se me ha encargado fundar.¹⁶⁹

Las ideas tienden a diseminarse rápidamente cuando se implementan con éxito. Las ideas legales no son una excepción y los juristas están familiarizados con los préstamos de ideas legales.¹⁷⁰ Los préstamos, para tener éxito, deben ser adecuados para la cultura general y jurídica de la sociedad receptora.¹⁷¹ Asimismo, los préstamos tienen sus propias historias que requieren examen¹⁷² y, tal como lo manifestó Watson, “el derecho se

167. PARISE, Agustín, “Libraries of Civil Codes...”, *op. cit.*, p. 317.

168. PARISE, Agustín, “Legal Transplants and Codification...”, *op. cit.*, p. 72.

169. PLATÓN, *Las Leyes*, México, Porrúa, 1991, p. 72.

170. PARISE, “Legal Transplants and Codification...”, *op. cit.*, p. 71.

171. DEL DUCA, Louis F. y LEVASSEUR, Alain A., “Impact of Legal Culture and Legal Transplants on the Evolution of the U.S. Legal System”, en *The American Journal of Comparative Law*, 58, American Society of Comparative Law, 2010, Supplement Issue, p. 1.

172. NELKEN, David, “Comparatists and transferability”, en LEGRAND, Pierre y MUNDAY, Roderick (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*,

encuentra enraizado con el pasado de una manera realmente sorprendente”.¹⁷³ El estudio comparado de la historia del derecho demuestra que los préstamos, tanto activos como pasivos, se producen sin limitación geográfica o temporal. Ibbetson señaló correctamente que una transferencia normativa puede representar una ruptura con el pasado y que quienes realizan ese tipo de estudios deben reconocer primero el préstamo y luego reconocer su potencial para romper con el pasado: así podrán comprender plenamente el impacto de la transferencia.¹⁷⁴

El estudio de la circulación de ideas y el flujo de paradigmas legales se ve beneficiado cuando se aplica la teoría de los trasplantes legales, ya que estos últimos reflejan claramente el movimiento. Los trasplantes legales son una herramienta útil para evaluar la relación entre los diferentes sistemas jurídicos y la interacción de la influencia que en efecto ejercen.¹⁷⁵ Los trasplantes legales asimismo ayudan en la indagación de la historia genética de las disposiciones e ideas legales.¹⁷⁶ Nótese, sin embargo, que existen elaboraciones vernáculas que exceden el terreno de los préstamos. Quienes realicen estudios comparados de historia del derecho deben entonces entender que las jurisdicciones no se limitan a realizar préstamos; las jurisdicciones también dan la bienvenida a un número de desafíos intelectuales relacionados con la creación y adaptación de disposiciones e ideas legales.¹⁷⁷

Las elaboraciones que son sujetas a préstamo pueden ser objeto de críticas en las jurisdicciones receptoras y en consecuencia aplicarse únicamente luego de un análisis más profundo.¹⁷⁸ Las innovaciones vernáculas

Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 459.

173. WATSON, *op. cit.*, p. 95.

174. IBBETSON, *op. cit.*, p. 10.

175. SÁNCHEZ ECHEVARRÍA, Ada I., “*Legal transplants: una propuesta metodológica para el Derecho Comparado*”, en ABÁSULO, Ezequiel *et al.*, *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX: Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, p. 60.

176. Véase la referencia a la “genética”, en EIDENMÜLLER, Horst *et al.*, “The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law”, en *The Edinburgh Law Review*, 16.3, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2012, p. 307.

177. PARISE, Agustín, “Libraries of Civil Codes...”, *op. cit.*, p. 354.

178. Véase el ejemplo mexicano en KEISER, Thorsten, “Social conceptions of Property and Labour—Private Law in the aftermath of the Mexican Revolution and European

originales y las elaboraciones prestadas coexisten y en última instancia resultan en elaboraciones legales distintivas.¹⁷⁹ La convivencia de innovaciones vernáculas y elaboraciones prestadas dentro de un tiempo o un espacio determinado es uno de los muchos caminos que los historiadores del derecho y los comparatistas recorren en sus investigaciones.

4. RECAPITULACIÓN Y ACOTACIONES

El Derecho Comparado y la historia del derecho se presentan como dos pilares fundamentales para el desarrollo de la ciencia jurídica. Una amalgama de ambos pilares puede resultar en el estudio comparado de la historia del derecho. Estos estudios deberán evolucionar inicialmente entre jurisdicciones que han alcanzado estudios vernáculos sólidos. El alcanzar el estudio de las identidades vernáculas permitirá en aquellas jurisdicciones un movimiento hacia un nivel multijurisdiccional.¹⁸⁰ Los estudios comparados de historia del derecho podrán entonces valerse de los excelentes trabajos existentes de derecho indiano¹⁸¹ y los que se han realizado a nivel jurisdiccional. Las repúblicas de Argentina y Chile, entre otras, han desarrollado una historiografía jurídica valiosa que puede ofrecer un terreno fértil para el desarrollo del estudio comparado de la historia del derecho.

El capítulo presentó primero al estudio comparado de la historia del derecho como una disciplina autónoma. En consecuencia el Derecho Comparado y la historia del derecho se identificaron como dos pilares fundamentales para la disciplina autónoma resultante. Esa misma primera parte también propuso una definición que entiende a esta disciplina autónoma como el estudio de aspectos externos y/o internos del derecho realizado necesariamente a través de diferentes períodos de tiempo y de diferentes jurisdicciones. Esa definición tiene como objetivo ayudar a diferenciar los

Legal Science”, en *Rechtsgeschichte*, 20, Fráncfort del Meno, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2012, p. 271.

179. GRAZIADEI, Michele, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 474.

180. TAU ANZOÁTEGUI, *El Futuro de la Historia...*, *op. cit.*, p. 49.

181. *Ibidem*.

estudios disciplinarios de aquellos realizados exclusivamente por historiadores del derecho y comparatistas. Esa definición implica un movimiento a través de los ejes horizontal y vertical de espacio y tiempo, ayudando así a alcanzar el marco necesario para entender cabalmente la circulación de ideas y el flujo de paradigmas legales.

El capítulo luego elaboró sobre los orígenes de los estudios comparados de historia del derecho en Europa y América Latina. Esa segunda parte también dedicó especial atención a la Argentina y Chile, dos jurisdicciones que tienen una larga y rica tradición iushistoriográfica. En esa parte también se presentaron un conjunto de condiciones favorables y de desafíos para el desarrollo de la disciplina en América Latina. Por un lado se mencionaron las condiciones favorables que se presentan en la uniformidad del idioma, en las raíces históricas comunes y en el potencial para la cooperación. Por el otro lado se mencionaron los desafíos que presentan la geografía, la economía y la supuesta falta de innovación en la enseñanza del derecho. Esa segunda parte finalmente abordó algunos de los beneficios que el estudio comparado de la historia del derecho podría generar incluso más allá de América Latina.

El capítulo finalmente resaltó la interacción de los estudios comparados de historia del derecho y los trasplantes legales. El análisis de la circulación de ideas y de flujos de paradigmas legales requiere la comprensión de esa interacción. El estudio comparado de la historia del derecho, debido a su diseño a través de ambos ejes horizontal y vertical, tiende a cruzar su camino con la teoría de los trasplantes legales. Descuidar o ignorar esos “préstamos” puede ser perjudicial para la producción de aquellos que realizan estudios comparados de historia del derecho. El derecho, tal como se sostuvo anteriormente en este capítulo, no consiste de compartimentos estancos, donde cada jurisdicción experimenta sus propios eventos sin relación con sucesos pretéritos e foráneos. El derecho de un tiempo y espacio determinado no debe considerarse como un objeto independiente de estudio, ya que los estudios en compartimentos estancos proporcionan visiones incompletas del derecho. Trasplantes legales, “préstamos” y transferencias normativas son de suma importancia para el desarrollo del valor disciplinario de los estudios comparados de historia del derecho.

El capítulo, ante todo, intentó reflejar que un aumento en el número de estudios comparados de historia del derecho será beneficioso para las

jurisdicciones latinoamericanas. Los beneficios podrán extenderse a los especialistas más allá de esas jurisdicciones, ya que podrán adquirir nuevas perspectivas para explicar las diferencias y las similitudes con y dentro de las Américas. Al mismo tiempo podrán notar nuevamente que el derecho no consiste de compartimentos estancos y que los fenómenos jurídicos pueden manifestarse entre diferentes jurisdicciones de manera inadvertida o involuntaria. El Derecho Comparado y la historia del derecho ayudan en efecto a advertir que la ciencia jurídica es una ciencia social en movimiento.

Derecho Romano y Cultura Europea*

*Reinhard Zimmermann***

I. CULTURA EUROPEA

Los conceptos que se entrelazan en el tema del presente artículo, “Derecho Romano y Cultura Europea”, así como las relaciones implícitas que se dan por sentadas, son discutibles, problemáticas y, en cualquier caso, requieren una explicación. Con “cultura”, noción evidentemente multifacética, recurrente sobre todo en la antropología y en la sociología, se pretende abarcar la particularidad de una sociedad determinada. En este contexto tiene por lo general una función delimitadora, aunque no es extraño

*Hamburgo. Esta es una versión ligeramente más amplia del artículo publicado en el *Juristenzeitung* 1 (2007). Este escrito fue también destinado al libro en homenaje al profesor Alejandro Guzmán Brito, en curso de publicación en Chile. Agradezco inmensamente a Catalina Salgado Ramírez, de la Universidad Externado de Colombia, su traducción al castellano para su publicación en la *Revista de Derecho Privado* 28, 2010, pp. 5-34. El autor ha cedido gentilmente el presente material para su publicación en el presente libro, por lo cual la Asociación le agradece especialmente.

** Profesor de Derecho romano, Historia jurídica comparada y Derecho privado. Miembro Académico y director del Instituto Max Planck de Derecho Comparado en Hamburgo (2002) y presidente de la Sección de Ciencias Sociales, Culturales y Humanas de la Sociedad Max Planck (2006), ha ejercido como profesor en las más prestigiosas universidades norteamericanas e inglesas. Junto a sus ocho doctorados honoris causa ha de mencionarse la concesión en 1996 del Premio Leibniz del Consejo de Investigación Alemán, el mayor galardón a la investigación en Alemania. Editor o coeditor de numerosas publicaciones colectivas y autor de centenares de publicaciones, entre sus obras mejor conocidas se encuentran: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990); *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (2001, basada en sus Clarendon Lectures); *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription* (2002, basada en su trabajo en la Commission on European Contract Law) y *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives* (2005). Correo electrónico: r.zimmermann@mpipriv.de

encontrarla con connotaciones de exclusión o defensa, como cuando en los siglos XVIII y XIX se hacía el llamado a la preservación de la cultura alemana frente a los ideales universalistas franceses provenientes de la otra parte del Rin.¹ En realidad, cualquier intento de determinación del concepto resulta prácticamente imposible. Es así como pueden hallarse más de 150 definiciones de “cultura” en el período transcurrido entre 1920 y 1950.²

Por su parte, “Europa” tampoco es un concepto determinable de modo unívoco, toda vez que se usa la expresión, como es usual desde Heródoto,³ en un sentido más político o cultural que exclusivamente geográfico. Especialmente, el confín oriental, fue desde siempre tan abierto y estuvo sujeto a tantas transformaciones que se lo ha parangonado con una costa sometida al capricho de las mareas (*tidal Europe*).⁴ Sin lugar a dudas Suiza y Noruega pertenecen a “Europa”, aunque en la actualidad normalmente se asocia a esta última tan solo con el conjunto de Estados conformados por la Unión. Muchos ingleses la reducen a su parte continental, pese a que el Reino Unido forma parte de la Unión Europea (aun cuando no sea partícipe en la unión monetaria). Se discute desde hace más de 500 años si Rusia es o no un Estado europeo, y en tiempos recientes le ha correspondido el turno a Turquía. Tanto la Federación Rusa como Turquía son miembros del

1. H. Patrick GLENN, “Legal Cultures and Legal Traditions”, en Mark VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, 2004, p. 7 y ss.

2. Cfr. Adam KUPER, *Culture: The Anthropologists' Account*, 1999, p. 56 y ss. (quien refiere a A.L. KROEBER, Clyde KLUCKHOHN, *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*, 1952).

Recientemente, por ejemplo, Udo DI FABIO, *Die Kultur der Freiheit*, 2005, p. 1 y ss., 18 y ss.

3. “Lo que no tiene duda es que al Asia y a las naciones bárbaras que la pueblan, las miran los persas como cosa propia suya, reputando a toda la Europa, y con mucha particularidad a la Grecia, como una región separada de su dominio”; Heródoto de Alicarnaso. Los nueve libros de Historia. I, 4 al final. (Traducción de P. Bartolomé Pou, S. J. [1727- 1802]. Versión para eBooksBrasil, contenido disponible bajo los términos de GNU Free Documentation: www.gnu.org/copyleft/fdl.html, 2006.

4. Cfr. Norman DAVIES, *Europe: A History*, 1996, p. 7 y ss. También Peter HÄBERLE, “Europäische Rechtskultur”, en *idem*, *Europäische Rechtskultur*, 1997, p. 13 y ss., entiende Europa como “concepto abierto”; del mismo modo Ulrich BECK, Edgar GRANDE, *Das kosmopolitische Europa*, 2004, p. 19. Acerca de la pregunta sobre dónde quedan las fronteras de Europa véase Adolf MUSCHG, “Was ist europäisch?”, en *Reden für einen gastlichen Erdteil*, 2005, p. 67 y ss.

Consejo de Europa (esta última ya desde 1949), al cual pertenecen además otra serie de Estados, entre ellos Georgia y Azerbaiyán.

Es evidente entonces que el significado de la locución compuesta “cultura europea” no resulta ser más fácil de determinar que el de sus dos elementos. El cuño cristiano ha sido considerado en gran medida como característico de la cultura europea⁵ y es por ello que antes que hablar de Europa se habló por mucho tiempo del Occidente Cristiano o de la *res publica Christiana*. Pero los cristianos vivieron siempre entre el ideal de unidad y la realidad de la separación y tuvieron que confrontarse con los miembros de las otras dos religiones monoteístas y, por contera en este proceso, desarrollar una conciencia frente a la diferencia y a la pluralidad.⁶ Entre ellos mismos reinaron el desacuerdo y los resquebrajamientos: desde las controversias alrededor del arrianismo, pelagianismo y del monofisismo, la división de la iglesia en romano-latina y greco-ortodoxa en el cisma de 1054, hasta la última separación que sucedió a la reforma de Lutero, por mencionar solo algunos de los ejemplos más representativos.

A menudo se aduce como elemento característico de la cultura europea su racionalidad,⁷ que es legado de la antigüedad clásica griega y romana,⁸ en la que se presenta una tensión constante entre *ratio* y *fides*; dos términos que, al menos en el medioevo, no se ven como contrapuestos.⁹ Incluso la Biblia, con su contraste entre antiguo y nuevo Testamento, así como con la coexistencia de

5. Sobre lo que ello puede significar en la actualidad véase J. H. H. WEILER, *Ein christliches Europa: Erkundungsgänge*, 2004.

6. Ver Michael BORGOLTE, *Europa entdeckt seine Vielfalt 1050-1250*, 2002, p. 242 y ss.; *idem*, “Wie Europa seine Vielfalt fand”, en Hans JOAS, Klaus WIEGANDT (eds.), *Die kulturellen Werte Europas*, 2005, p. 144 y ss. En esencia es también el tema de MUSCHG, *op. cit.* (nota 4), p. 37 y ss.

7. Al respecto Wolfgang SCHLUCHTER, “Rationalität - das Spezifikum Europas?”, en JOAS/WIEGANDT (eds.), *op. cit.* (nota 6), p. 237 y ss.

8. Cfr. Christian MEIER, “Die griechisch-römische Tradition”, en JOAS/WIEGANDT (eds.), *op. cit.*, (nota 6), p. 93 y ss.

9. Desde una perspectiva actual ver la Encíclica *Fides et Ratio* del papa Juan Pablo II del 14 de septiembre de 1998, que empieza con las siguientes palabras: “Fe y razón [...] son como las alas con las que el espíritu humano alcanza la contemplación de la verdad”; al respecto también el entonces cardenal Joseph RATZINGER, “Der angezweifelte Wahrheitsanspruch - Die Krise des Christentums am Beginn des dritten Jahrtausends”, en Joseph RATZINGER, Paolo FLORES D'ARCAIS, *Gibt es Gott?*, 2006, p. 7 y ss. (originariamente en el *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* del 8 de enero de 2000).

cuatro evangelios, ofrece suficientes puntos de partida para una crítica histórica y para el surgimiento de una teología científica. Además de su dimensión escatológica, la fe cristiana lleva consigo un marcado interés con respecto a lo terreno. De allí resultó la pretensión papal de soberanía universal, que a su vez colisionaba con la del emperador; de allí también el esfuerzo por el dominio intelectual del mundo. Y así, *intellege ut credas, crede ut intelligas* (entender para creer, creer para entender) fue el *Leitmotiv* de la filosofía europea en la Edad Media. Se sentó de este modo una de las bases para el reconocimiento y la asimilación práctica de los fundamentos ideológicos y de las conquistas culturales de la antigüedad: la primera recepción sustancial del mundo antiguo, a la cual sucederían muchas otras.¹⁰ La posición de los filósofos griegos y romanos sobre conceptos como la verdad o el bien podía ser tomada como si desde entonces hubiere estado inspirada por el *logos* divino; se trataba por así decirlo, de cristianos *avant la lettre*. Con la revelación de Cristo se realizaba la sabiduría de la antigüedad y se conducía a su destino.¹¹

En este sentido, puede considerarse como constitutivo de Europa inclusive el “principio dialógico”, el encuentro fecundo de diferencias, antagonismos, rivalidades y complementariedades:¹² *fides* y *ratio*, el Emperador y el Papa, el imperio y los territorios individualmente considerados, Roma y Bizancio, la antigüedad greco-romana, la tradición judeo-cristiana, las repetidas irrupciones musulmanas facilitadoras del surgimiento de una conciencia de identidad europea,¹³ el rol de las revoluciones en la formación así como en la preservación

10. Sobre el tema antigüedad y cristiandad ha sido publicada una gran cantidad de literatura desde que Franz Joseph DÖLGER (1879-1940) adoptara el término. A modo de sumario, cfr. por ejemplo Hans Dieter BETZ, “Antiquity and Christianity”, en *Journal of Biblical Literature* 117 (1998), p. 3 y ss. En general, sobre la antigua recepción en Europa, ver Walther LUDWIG (ed.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart*, 1993, y en modo más amplio, Manfred LANDFESTER, Hubert CANKIK, Helmuth SCHNEIDER (eds.), *Der Neue Pauly, Enzyklopädie der Antike*, Vol. 13-15 (Rezeptions- und Wissenschaftsgeschichte), 1999-2003. de 2000).

11. Esto es evidente en el programa iconográfico de la Stanza della Segnatura, la biblioteca privada del papa Julio II en el Vaticano, pintada por Rafael. Al respecto Marcia HALL (ed.), *Raphael's School of Athens*, 1997.

12. BORGOLTE, en JOAS/WIEGANDT *op. cit.* (nota 6), p. 129 refiriéndose a Edgar MORIN, *Europa denken*, 1991.

13. Franco CARDINI, *Europa und der Islam: Geschichte eines Mißverständnisses*, 2000, p. 13.

de tal identidad;¹⁴ libertad y vínculo, vida activa y vida contemplativa,¹⁵ un único Dios en cuanto Trinidad, Cristo encarnado y como Divinidad, el Cristo que renuncia a este mundo que también acepta: para quien de hecho hay algo más importante que aquél y por ello precisamente puede amarlo más que quien solo se encuentra aferrado a lo terreno.

En una perspectiva histórica, Europa y Cultura Europea son concepciones conformadas por una variedad rica de contrastes.¹⁶ Esta tensión entre unidad y multiplicidad explica la dinámica particular y la capacidad de desarrollo de la Cultura Europea.¹⁷

II. DERECHO Y CULTURA

Pero volvamos al título de este escrito, “Derecho Romano y Cultura Europea”. A continuación resultará aún más claro que “derecho romano” es indudablemente un concepto que requiere explicación y justamente porque no existe “el” derecho romano. El mismo “y” del título, que tal vez hace presuponer la idea del aporte del derecho romano a la cultura europea, genera

14. Este es el gran tema de Eugen ROSENSTOCK-HUESSY (*Die europäischen Revolutionen*, 1931; *idem*, *Out of Revolution: The Autobiography of Western Man*, 1938) y que retoma Harold J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983; *idem*, *Law and Revolution II*, 2003; ver también Robert I. MOORE, *The First European Revolution, c. 970-1215*, 2000.

15. Al respecto Lucas 10, 38-42 (la historia de las hermanas Martha y María), Kurt FLASCH, “Wert der Innerlichkeit”, en JOAS/WIEGANDT (eds.), *op. cit.* (nota 6), p. 219 y ss.

16. Esto es una especie de *cantus firmus* de la moderna literatura europea. Véase por ejemplo DAVIES, *op. cit.* (nota 4), p. 16; BORGOLTE, *op. cit.* (nota 12), p. 356 y ss.; Hans JOAS, “Die kulturellen Werte Europas: Eine Einleitung”, en JOAS/WIEGANDT (eds.), *op. cit.* (nota 6), p. 11 ss.; Jacques LE GOFF, *Das alte Europa und die Welt der Moderne*, 1996, p. 53; HÄBERLE, *op. cit.*, (nota 4), p. 26 y ss.; BECK/GRANDE, *op. cit.* (nota 4), p. 29; con mucha agudeza también, Rudolf SCHIEFFER, “Einheit in Vielfalt”, *FAZ* del 6 de diciembre de 2005, p. 7. Toma distancia MUSCHG, *op. cit.* (nota 4), p. 57, con la tesis de que la integración de Europa podría conducir “solamente a una unidad en todo caso dividida”.

17. En modo similar MUSCHG, *op. cit.* (nota 4), p. 56 y ss.: la historia europea fue “una historia de separaciones críticas en cada una de las cuales intervenía un momento integrativo que la llevaba a una unidad superior”.

cuestionamientos, porque da por sentado que se asume el Derecho sobre todo como un fenómeno cultural, como elemento constitutivo o manifestación de una cultura específica.¹⁸ Ello podría ser puesto en entredicho por quien adopte frente al derecho comparado una postura extremadamente funcionalista. Porque –se alega algunas veces– la alteridad del derecho condicionada por la cultura a duras penas podría ser notada, o en todo caso, tendría que ser marginalizada o superada¹⁹ por quien parta de la base de que el sistema legal de toda sociedad se enfrenta a los mismos problemas y de que la cuestión, en últimas, radica en encontrar para ellos la mejor solución funcional.²⁰ Pero también, quien defienda la tesis de que el desarrollo del derecho consiste fundamentalmente en una sucesión de recepciones y que de este modo obedece a una dinámica intelectual autónoma, pone en duda, además del fundamento económico, el anclaje cultural del derecho.²¹ Con todo y ello, un análisis de derecho comparado orientado de acuerdo al principio funcional reconoce también que, aunque los resultados sean a menudo iguales, los ordenamientos jurídicos llegan a la solución de los problemas por diversos caminos, y que estos contrastes pueden estar condicionados culturalmente.²² Tampoco puede conducir a resultado distinto la observación de los procesos de recepción, en particular de los trasplantes

18. Ya en 1885, Josef KOHLER, *Das Recht als Kulturerscheinung. Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft*; actualmente sobre la influencia cultural del derecho ver particularmente Bernhard GROSSFELD, *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, 1984, p. 80 y ss.; sobre el significado culturalmente influyente del derecho ver Helmut COING, “Das Recht als Element der europäischen Kultur”, en *Historische Zeitschrift* 238, 1984, p. 1 y ss. La clave de lectura de la fabulosa y apasionada obra de Paul KOSCHAKER es que el derecho romano sea un exponente de la cultura europea: *Europa und das römische Recht*, 4ª ed., 1966. En qué medida se refleje el derecho romano en la cultura europea es el tema de la investigación de Peter BLAHO, “Europa und das römische Recht nebst dessen Reflexion in der Literatur, Kunst und Wissenschaft”, en Wolfgang ERNST, Eva JAKAB (eds.), *Usus Antiquus Juris Romani*, 2005, p. 13 y ss.

19. Pierre LEGRAND, “Paradoxically Derrida: For a Comparative Legal Studies”, 2005, 27, en *Cardozo Law Review* 631, p. 639 y ss.

20. Cfr. por ejemplo Konrad ZWEIGERT, Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed., 1996, p. 33.

21. Alan WATSON, *Roman Law and Comparative Law*, 1991, p. 97 y ss.; *idem*, “Aspects of Reception of Law”, 1996, 44 *American Journal of Comparative Law*, p. 335 y ss.

22. Sobre el método funcional del derecho comparado ver la reciente contribución de Ralf MICHAELS, “The Functional Method of Comparative Law”, en Mathias REIMANN, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 339 y ss.

jurídicos interculturales (por ejemplo el acogimiento del derecho alemán en Japón o del derecho suizo en Turquía): por una parte, una recepción tiene como consecuencia la transformación de la cultura jurídica del país receptor, pero por otra, esta última no deja inalterado el derecho recibido.²³ Una interacción entre derecho y cultura es por lo tanto siempre plausible, aunque no siempre es sencillo establecer su influencia recíproca, pues el paso del derecho hacia la cultura general es siempre bastante amplio. Además, el punto de referencia para un enfoque cultural es problemático: ¿radica en una cultura europea o en las muchas culturas nacionales de Europa? Los mismos representantes de una aproximación cultural enfática al derecho comparado argumentan curiosamente de tanto en tanto que los estados nacionales modernos y su cultura deben ser preservados frente a las aspiraciones de europeización.²⁴

Por otra parte, el punto de referencia del presente análisis es ‘europeo’, si bien el enfoque del tema debe ajustarse un poco, en el sentido de que este estudio se concentra fundamentalmente en el carácter romano de una *tradición*, cuyas peculiaridades son específicamente europeas y por ello puede valer como expresión y elemento de una cultura europea. Por ello propongo echar mano del concepto de ‘tradición jurídica’ como puente entre los conceptos ‘derecho’ y ‘cultura’ enunciados en el título. Probablemente otros habrían acudido en este lugar al concepto de ‘cultura jurídica’, que viene siendo utilizado desde hace algún tiempo para recalcar que la

23. Para el caso de Japón véase Zentarō KITAGAWA, *Die Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, 1970; Helmut COING (ed.), *Die Japanisierung des westlichen Rechts*, 1990; Guntram RAHN, *Rechtsdenken und Rechtsauffassung in Japan*, 1990; para el caso de Turquía véase Ernst E. HIRSCH, “Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei”, en *Schweizerische Juristenzeitung* 1954, p. 337 y ss.; *idem*, “Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht”, en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 95, 1976, p. 223 y ss.; Erich PRITSCH, “Das Schweizerische Zivilgesetzbuch der Türkei: Seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung”, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 59, 1957, p. 123 y ss. Sobre el fenómeno de la recepción jurídica ver en general Michele GRAZIADEL, “Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions”, en REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), *op. cit.* (nota 22), p. 441 y ss.

24. Ver Jürgen BASEDOW, “Rechtskultur - zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 4, 1996, p. 379 y ss.; Nicholas ROOS, “NICE Dreams and Realities of European Private Law”, en Mark VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, 2004, p. 210 y ss.

comparación jurídica va más allá de una simple comparación de reglas.²⁵ Pero tal connotación la expresa del mismo modo el concepto de tradición jurídica, además de hacer énfasis desde un inicio en la construcción histórica del derecho y la cultura jurídica, en su carácter impregnado por el pasado,²⁶ y esquivar de paso la connotación de confrontación que está inmersa, en modo latente, en el concepto de cultura.²⁷

III. DERECHO ROMANO EN LAS CODIFICACIONES MODERNAS

Cuando actualmente en el derecho alemán se hace referencia a acciones que tratan de recuperar la propiedad, se diferencia entre una reclamación basada en la propiedad o reivindicación (*rei vindicatio*; en alemán *Vindikation*) y otra basada en el enriquecimiento injusto (*condictio*; en alemán *Kondiktio*).²⁸ Cuando un poseedor hace mejoras en un objeto que no le

25. Al respecto, por ejemplo las contribuciones que se encuentran en David NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, 1997; Heinz MOHNHAUPT, “Europäische Rechtsgeschichte und europäische Einigung: Historische Beobachtungen zu Einheitlichkeit und Vielfalt des Rechts und der Rechtsentwicklungen in Europa”, en *Recht - Idee - Geschichte, Festschrift für Rolf Lieberwirth*, 2000, p. 657 y ss., así como el reciente escrito de Roger COTTERRELL, “Comparative Law and Legal Culture”, en REIMANN/ ZIMMERMANN (eds.), *op. cit.* (nota 22), p. 709 y ss.

26. Ver también KOSCHAKER, *op. cit.* (nota 18), p. 4; HÄBERLE, *op. cit.* (nota 4), p. 21 y ss.; MOHNHAUPT, *op. cit.* (nota 25), p. 657 y ss.; Géza ALFÖLDY, *Das Imperium Romanum – ein Vorbild für das vereinte Europa?*, 1999, p. 7; Peter WAGNER, “Hat Europa eine kulturelle Identität?”, en JOAS/WIEGANDT (eds.), *op. cit.* (nota 6), p. 498 y ss.

27. Patrick GLENN, “Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions”, en REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), *op. cit.* (nota 22), p. 421 y ss.; *idem*, en VAN HOECKE, *op. cit.* (nota 1), p. 7 y ss.; *idem*, *Legal Traditions of the World*, 2ª ed., 2004, p. 1 y ss.; el título de la obra más conocida de Samuel P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations*, 1996, se convirtió en una fórmula estándar; cfr. también por ejemplo Otto HONDRICH, “Kampf der Kulturen”, en *FAZ* del 13 de abril de 2006, p. 6.; Karl Kardinal LEHMANN, “Kampf der Kulturen?”, en *FAZ* del 20 de septiembre de 2006, p. 8.

28. Los conceptos se encuentran también en comentarios al BGB como el de Othmar JAUERNIG (ed.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11ª ed., 2004 (cfr. § 985, 1, donde incluso se emplea el término latino *rei vindicatio*; Vor §§ 987-993, n. 3: “Vindikationslage”; § 812, I. “Voraussetzungen der Leistungskondiktio”, II. “Kondiktio wegen Bereicherung in sonstiger Weise”).

pertenece y que no está legitimado para retener (por ejemplo, un objeto que se ve obligado a devolver en virtud de una *rei vindicatio*) tiene derecho a reclamar una compensación del propietario. Las pretensiones correspondientes, inspiradas en el modelo romano de la restitución de las *impensae*,²⁹ se encuentran reguladas en los §§ 994 y siguientes del BGB.

El caso más representativo de enriquecimiento injusto, recogido en el § 812 I 1, alternativa 1ª del BGB, se señala a menudo como *condictio indebiti* (de *indebitum solutum*, que es el pago de lo no debido). En el § 812 I 2 del BGB se hallan además la *condictio ob causa finitam* (por la pérdida de la causa jurídica, *Wegfalls des rechtlichen Grundes*) y la *condictio causa data non secuta* (por ausencia de causa, *Zweckverfehlung*).³⁰ El § 817 I del BGB nos pone frente a la *condictio ob turpem vel iniustam causam*, que sin embargo puede ser excluida de conformidad con el principio *in pari turpitudine melior est causa possidentis*, es decir que si ambas partes actuaron en modo no conforme al derecho, el poseedor se encuentra comparativamente en una posición mejor y por ello no debe proceder a la restitución (§ 817, 2 del BGB).³¹ No siempre la terminología corriente permite reconocer de manera tan clara el origen romano de nuestro derecho privado moderno. El término *Delikt* se remonta directamente al *delictum* romano, pero también la palabra alemana para contrato, *Vertrag* (proveniente de *sich vertragen*, llevarse bien, ser compatible, reconciliarse), se ha acuñado con base en el *pactum* latino³² (de *pacisci*, hacer las paces) que podemos encontrar en el edicto del pretor (“*pacta conventa [...] servabo*”).³³ El modo en

29. Así actualmente se sigue haciendo diferencia de acuerdo con el modelo del derecho romano entre mejoras útiles, necesarias y voluptuarias (*impensae necessariae, utiles* und *voluptuariae*): ver por ejemplo Othmar JAUERNIG, en JAUERNIG (nota 28), Vor §§ 994-1003, n. 8 (aunque el BGB solo hace referencia a los dos primeros tipos de mejoras).

30. También en estos casos se encuentran los términos en latín en comentarios como el de Astrid STADLER, en JAUERNIG (nota 28) § 812, n. 13 y 14.

31. JAUERNIG/STADLER (nota 28) § 817, n. 1, menciona solamente la primera frase, no la máxima posterior. Para una breve discusión en inglés sobre el enriquecimiento injusto alemán apenas mencionado, cfr. R. ZIMMERMANN, “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, 1995 15 oJls, p. 403 y ss. Una visión histórica en R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, p. 857 y ss.

32. Christian WOLFF, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle, 1754, § 438; también Klaus- Peter NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, 1983, p. 164 y ss.

33. *Ulp.* D. 2, 14, 7, 7; véase ZIMMERMANN, *Law of Obligations, op. cit.* (nota

que se interpretó por las Cortes alemanas la cláusula general del § 242, poco después de la entrada en vigencia del BGB, tiene su origen en la doble raíz de la *exceptio doli* y de la *bona fides*, uno de los motores más importantes del desarrollo del derecho romano de los contratos.³⁴ El ejercicio de un derecho derivado de un contrato es inadmisibles, si con este comportamiento quien lo ejerce contradice uno suyo anterior (*venire contra factum proprium*), si no ha actuado de conformidad con el contrato (*tu quoque*), o si pretende del deudor lo que tendría que restituirle inmediatamente después (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*); máximas del derecho romano que pueden extraerse del § 242 del BGB.³⁵ En otros casos, el legislador del BGB recogió máximas de esta índole en modo directo aunque obviamente sin referirlas en latín, como es el caso por ejemplo de *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur* (§ 117 del BGB), o de la *interpretatio contra eum qui clarius loqui debuisse* (o regla *contra proferentem*: § 305 c II del BGB).³⁶ Distinciones sistemáticas como contrato y delito, derechos absolutos y relativos, y ligada a esta última la de derechos reales y derechos personales, se encuentran inspiradas en construcciones del derecho romano; tipos contractuales como la compraventa, la permuta, la donación, el mandato, el depósito y la fianza, como también la distinción entre préstamo de uso y préstamo de consumo. Criterios generales de responsabilidad civil, como el dolo, la culpa y la *diligentia quam in suis*,³⁷ regímenes especiales de

31), p. 508 y ss.

34. Simon WHITTAKER, Reinhard ZIMMERMANN, “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, en Reinhard ZIMMERMANN, Simon WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, 2000, p. 16 y ss.; Martin Josef SCHERMAIER, “Bona fides in Roman contract law”, en ZIMMERMANN/WHITTAKER (eds.), *op. cit.*, p. 63 y ss.; R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 2001, p. 83 y ss. El intento más influyente de una sistematización de la jurisprudencia sobre el § 242 está también claramente inspirado en el derecho romano: Franz WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, 1956.

35. Son mencionadas por Heinz-Peter MANSEL, en JAUERNIG, *op. cit.* (nota 28) § 242, n. 39, 47, 48; cfr. también n. 37 y 44 con la diferenciación entre *exceptio doli praesentis* y *exceptio doli praeteriti*.

36. Al respecto, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (paperback edition), 1996, p. 639 y ss.; Stefan VOGENAUER, en Reinhard ZIMMERMANN, Joachim RÜCKERT, Mathias SCHMOECKEL (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Vol. II, 2007, §§ 305-310. *Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen* III, n. 13 y ss.

37. Ver Martin SCHERMAIER, en ZIMMERMANN/RÜCKERT/SCHMOECKEL

responsabilidad civil independientes de la culpa, como el del arrendador del § 356 a del BGB³⁸ o el del posadero del § 701 y siguientes del BGB³⁹ y finalmente un sinnúmero de instituciones jurídicas y reglas particulares: desde la nulidad del negocio jurídico contrario a la moral (contrato *contra bonos mores*),⁴⁰ las reglas sobre la mora del deudor (*mora debitoris*) y del acreedor (*mora creditoris*),⁴¹ la resolución de la venta o la reducción del precio en el régimen de vicios de la cosa vendida (*actio redhibitoria* y *actio quanti minoris*)⁴² hasta la gestión de negocios (*negotiorum gestio*)⁴³ y la responsabilidad del tenedor de animales (*Tierhalterhaftung*) del § 833 del BGB.⁴⁴ Estos son solo algunos de los ejemplos que reflejan con claridad la influencia romana del BGB, los cuales además se circunscriben solamente a uno de los campos del derecho privado, más precisamente, al del derecho de las obligaciones. En otras áreas del derecho privado, en particular en el derecho de bienes y de sucesiones, pueden encontrarse otros tantos.⁴⁵ Lo

(eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, *op. cit.* (nota 36), Vol. II, 2007, §§ 276-278. *Verantwortlichkeit des Schuldners, passim*.

38. Al respecto Klaus LUIG, “Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB”, en *Festschrift für Heinz Hübner*, 1984, p. 121 y ss.

39. ZIMMERMANN, “Die Geschichte der Gastwirthschaftung in Deutschland”, en Hans-Peter HAFERKAMP, Tilman REPGEN (eds.), *Usus modernus: Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der frühen Neuzeit - Symposium aus Anlass des 70 Geburtstages von Klaus LUIG*, 2007, p. 271 y ss.

40. § 138 I del BGB; ver *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 713 y ss.

41. §§ 286 y ss. y 293 y ss. del BGB; ver *Law of Obligations, ibidem*, p. 790 y ss. y 817 y ss.

42. §§ 459 y ss. del BGB (originales); ver *Law of Obligations, ibidem*, p. 305 y ss. Las reglas fueron reformadas en el año 2002; véase ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, 2005, p. 79 y ss.

43. §§ 677 y ss. del BGB; ver *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 433 y ss.

44. § 833 del BGB; ver *Law of Obligations, ibidem*, p. 1116 y ss.

45. Sobre la relación entre derecho romano y BGB véase Max KASER, “Der römische Anteil am deutschen bürgerlichen Recht”, en *JuS* 1967, p. 337 y ss.; Rolf KNÜTEL, “Römisches Recht und deutsches Bürgerliches Recht”, en Walter LUDWIG (ed.), *Die Antike in der europäischen Gegenwart*, 1993, p. 43 y ss.; Eduard PICKER, “Zum Gegenwartswert des Römischen Rechts”, en Hans BUNGERT (ed.), *Das antike Rom in Europa*, 1985, p. 289 y ss. Cfr. también la tabla de fuentes romanas citadas en los trabajos preparatorios del BGB, recopiladas por Rolf Knütel y Markus Goetzmann en Reinhard ZIMMERMANN, Rolf KNÜTEL, Jens Peter MEINCKE (eds.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 2000, p. 679 y ss.

mismo puede decirse de otras codificaciones modernas.⁴⁶ El *Code civil* de 1804 en algunos puntos es incluso más romano que el BGB:⁴⁷ así al rechazar en el Art. 1121 el contrato a favor de tercero (*alteri stipulari nemo potest*),⁴⁸ o cuando insiste, en el Art. 1591, en la determinación del precio como presupuesto para la validez del contrato de venta (el *pretium certum* del derecho romano),⁴⁹ o cuando en el 1290 dispone que la compensación opera “de plen droit par la seule force de la loi, même à l’insu des débiteurs” (en el derecho romano: *ipso iure*)⁵⁰ o al conservar las categorías sistemáticas de contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito.⁵¹

IV. ¿QUÉ TAN ROMANO ES EL DERECHO ROMANO ACTUAL?

Nuestro derecho moderno, así como nuestro pensamiento jurídico, han sido moldeados en esos como en otros tantos aspectos por el derecho romano, aunque solo en la menor parte de los casos (si es que se dan) las reglas modernas son idénticas a las reglas de derecho romano (o incluso lo son entre ellas mismas);⁵² en ocasiones inclusive se ha invertido el modelo romano. El cuasidelito, como

46. Sobre el nuevo código civil holandés, Hans ANKUM, “Römisches Recht im neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch”, en ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE (eds.), *op. cit.* (nota 45) p. 101 y ss.; en general sobre el tema remitirse a Alexander BECK, “Römisches Recht in unserer Rechtsordnung”, en *Horizonte der Humanitas. Freundesgabe Walter Wilí*, 1960, p. 120 y ss.; Reinhard ZIMMERMANN, “The Civil Law in European Codes”, en David L. CAREY MILLER, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, p. 259 y ss.; Alfons BÜRGE, “Das römische Recht als Grundlage für das Zivilrecht im künftigen Europa”, en Filippo RANIERI (ed.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft*, 2002, p. 19 y ss.

47. En este sentido James GORDLEY, “Myths of the French Civil Code”, en *American Journal of Comparative Law* 42, 1992, p. 459 y ss.

48. *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 45 y ss.

49. *Ibid.*, p. 253 y ss.

50. *infra* IV.

51. Cfr. Libro III, Título IV, Capítulos I y II del *Code civil*. Sobre la correspondiente cuatripartición justinianea de las fuentes de las obligaciones (Inst. III, 13, 2) cfr. *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 14 y ss.

52. Sobre el ejemplo de la ilegalidad y la inmoralidad ver ZIMMERMANN, *The Civil Law in European Codes, op. cit.* (nota 46), p. 267 y ss.

lo entendemos hoy en día, fue una categoría sistemática empleada en casos de responsabilidad extracontractual independiente de la culpa, separados de la responsabilidad delictual, dependiente esta sí de la culpa;⁵³ sin embargo, durante mucho tiempo se partió de la base de que la responsabilidad delictual se fundaba en el dolo mientras la cuasidelictual en la culpa.⁵⁴ Este malentendido se debió al intento justiniano de encuadrar las fuentes clásicas dentro del requisito general de la *culpa* y afectó también la comprensión del legislador francés. La distinción entre responsabilidad delictual y cuasidelictual perdía así cualquier relevancia práctica, como quiera que la responsabilidad por actos ilícitos cometidos en modo culposo fue equiparada a la de los actos dolosos. Más aún, a partir de entonces faltó un lugar preciso para la ubicación sistemática del creciente e importante fenómeno de la responsabilidad objetiva por la creación de riesgos en el sistema de derecho privado.⁵⁵

Se debe también a un malentendido la interpretación de la locución *ipso iure* en el sentido de *sine facto hominis* (lo que quiere decir que se produce automáticamente) en las fuentes romanas sobre la compensación. Con tal expresión simplemente se entendía que la compensación no tenía que ser efectuada por el juez sino que el demandante se encontraba obligado, por el derecho mismo, a sustraer del monto de su propia demanda el monto de la pretensión de la contraparte.⁵⁶ Además, las fuentes al respecto tienen que ver solamente con un tipo de compensación, a saber: el *agere cum compensatione* del banquero. A diferencia del derecho moderno, el derecho romano no conoció un instituto unitario de la compensación con supuestos de hecho estandarizados; de hecho, como reflejo de su carácter procesal, coexistían cuatro formas diferentes de compensación.⁵⁷ En los *bonae fidei iudicia* por ejemplo, tenía que ser alegada y Justiniano refiere en una de sus

53. Ver *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 16 y ss.

54. Cfr, por ejemplo, Robert Joseph POTHIER, "Traité des obligations", en *idem, Traité de droit civil*, Vol. I, 1781, n. 116.

55. Ver *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 16 y ss.

56. Pascal PICHONNAZ, *La compensation: Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, 2001, p. 127 y ss.; ZIMMERMANN, en ZIMMERMANN/RÜCKERT/SCHMOECKEL (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, op. cit.* (nota 36) §§ 387-396. Aufrechnung, n. 6.

57. Detalladamente PICHONNAZ, *op. cit.* (nota 56), p. 9 y ss.; para una visión panorámica Max KASER, *Das römische Privatrecht*, Vol. I, 2ª ed., 1971, p. 644 y ss.; HKK/ZIMMERMANN *op. cit.*, (nota 36) §§ 387-396, n. 5 y ss.

constituciones que debía ser declarada,⁵⁸ regla que condujo en definitiva al conocido modelo de la compensación del § 388 del BGB.⁵⁹

De modo que estamos frente a dos soluciones completamente diferentes a una misma problemática y ambas tienen su origen en el derecho romano, fenómeno que no es nada extraño. Así, no solo la concepción de la *mora creditoris* que se abrió camino en el BGB derivó del derecho romano (el acreedor no infringe un deber frente a su deudor y por ello no es responsable por los perjuicios causados, sino que solamente compromete su propia posición en ciertos aspectos), sino también el modelo contrario, por el cual la mora del acreedor en cierto modo refleja la *mora debitoris* (que se enfoca en la violación de un deber, culpa, y por tanto implica indemnización de perjuicios).⁶⁰ Otro ejemplo conocido lo ofrece el principio de abstracción (*Abstraktionsprinzip*) y la doctrina de la *iusta causa traditionis* en la transferencia de la propiedad.⁶¹ Puede darse incluso la coexistencia de dos soluciones diferentes que se apoyan en un mismo fragmento del Digesto. Es el caso por ejemplo de Gai. D. 19, 2, 25, 7, en el que se considera como responsable a quien se ha obligado a transportar unas columnas por los daños ocasionados al bien transportado, “si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit” (si hubiere acontecido por culpa de él mismo y/o de aquellos cuyo trabajo utilizase). Si se entiende que el *que* en *eorumque* es disyuntivo,⁶² el texto ofrece el fundamento para una responsabilidad estricta del transportador independiente de su propia culpa por la culpa de su empleado, solución que puede encontrarse en el campo extracontractual en el Art. 1384 del *Code civil*.⁶³ Por el contrario, en el derecho de pandectas alemán del siglo XIX se leía: responsabilidad por daños ocasionados con intervención de la propia culpa y la culpa de quienes se sirve

58. C. 4, 31, 14.

59. Los particulares en HKK/ZIMMERMANN, *op. cit.* (nota 36) §§ 387-396, n. 11 y ss.

60. Al respecto ver *Law of Obligations, op. cit.* (nota 36), p. 817 y ss.

61. Véase Filippo RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 2ª ed., 2003, p. 383 y ss.

62. Actualmente es la posición de los romanistas; cfr. Rolf KNÜTEL, “Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 100, 1983, p. 419 y ss.; *Law of Obligations, op. cit.* (nota 36), p. 397 y ss.; Hartmut WICKE, *Respondeat Superior*, 2000, p. 69 y ss.

63. Alan WATSON, *Failures of the Legal Imagination*, 1988, p. 6 y ss., 15 y ss.; ZWEIGERT/KÖTZ, *op. cit.* (nota 19), p. 639 y ss.

para la ejecución del deber.⁶⁴ El texto así interpretado era coherente con uno de los más grandes axiomas jurídicos de aquel tiempo, el principio de la culpa que dominaba la responsabilidad delictual⁶⁵ y que trajo consigo el requerimiento de la culpa en la responsabilidad por el hecho del empleado que aún puede encontrarse en el § 831 del BGB.⁶⁶

El principio según el cual de un acuerdo formado “nudo consensu”, esto es, por el mero acuerdo informal de las partes, pueden surgir obligaciones exigibles, se remonta al derecho romano, si bien inicialmente estaba circunscrito a hipótesis determinadas. El principio general era “nuda pactio obligationem non parit” (lo que significaba que un acuerdo informal no daba lugar a una acción),⁶⁷ no obstante lo cual, en el derecho antiguo fueron haciéndose exigibles un número cada vez mayor de *pacta*. Y así se sentaron en el derecho romano las bases para la elaboración del principio *pacta sunt servanda*⁶⁸ (o más precisamente *pacta quantumcunque nuda servanda sunt*), basilar para el derecho moderno, que pese a estar expresado en latín no es como tal romano, sino que fue formulado por primera vez en el *Corpus Iuris Canonici*, la recopilación medieval de derecho canónico.

Muy similar es la historia de tres figuras que actualmente tienen gran importancia: el contrato a favor de tercero, la representación y la cesión de créditos. El hecho de que en el derecho romano la relación crediticia fuera concebida durante tanto tiempo como un vínculo jurídico estrictamente personal entre las partes que celebraban el contrato fue ciertamente una piedra en el camino para el reconocimiento de tales instituciones jurídicas.⁶⁹ No obstante, ya el *Corpus Iuris Civilis* ofrece algunos puntos de partida que permiten superar esta concepción

64. Cfr. por ejemplo Bernhard WINDSCHEID, Theodor KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9ª ed., 1906, § 401, p. 5.

65. Sobre el particular ver Hans-Peter BENÖHR, “Die Entscheidung des BGB für das Verschuldensprinzip”, en *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 46, 1978, p. 1 y ss.

66. Sobre el desarrollo histórico Hans Hermann SEILER, “Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht”, en *JZ* 1967, p. 525 ss; *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 1124 y ss.

67. Ulp D. 2, 14, 7, 4; *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 508 y ss.

68. Para más detalles ver *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 542 ss; Peter LANDAU, “Pacta sunt servanda: Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie”, en *“Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert”*: *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, p. 457 y ss.

69. Inst. 3,13 pr.: “[O]bligatio es iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvenae rei secundum nostrae civitatis iura...”.

tan restrictiva.⁷⁰ Un fragmento poco llamativo del *Codex* de Justiniano⁷¹ se convirtió en el catalizador de la *actio de in rem verso* general del derecho francés,⁷² que como tal no corresponde al derecho romano. La *condictio indebiti* del derecho moderno alemán toma ciertamente como modelo el derecho romano, aunque en todo caso se diferencia de él considerablemente, al concentrarse en el enriquecimiento presente y no en el originariamente recibido⁷³ y porque no presupone que quien pretenda la restitución haya pagado por *error* lo que no debía. Dos fuentes contrastantes del Digesto (una atribuida a Papiniano,⁷⁴ la otra a Diocleciano y Maximiniano)⁷⁵ evidencian particularmente cómo generaciones de juristas se ocuparon de la relevancia del error de derecho al respecto.⁷⁶ La *condictio causa data causa non secuta* perdió en gran parte su función debido al reconocimiento del principio *pacta sunt servanda* mientras que la *condictio ob turpem vel iniustam causam* la perdió del todo.⁷⁷ Como resultado, la aplicación de la regla *in pari turpitudine* también se volvió problemática.⁷⁸ Visto que las *conditiones* romanas complementaban el fragmentario derecho contractual,⁷⁹

70. Para el desarrollo histórico remitirse a *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 34 y ss., 45 y ss., y 58 y ss.

71. C. 4, 26, 7, 3: “Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit”.

72. Berthold KUPISCH, *Die Versionsklage*, 1965; *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 878 y ss.

73. A diferencia de los §§ 812 y y ss. del BGB la *conditio* romana no perseguía el entero patrimonio del enriquecido, ya que el deudor estaba obligado a la devolución de lo originariamente recibido. Tanto el contenido como el destino de tal obligación se regían por las reglas generales. Sobre esta figura y su desarrollo posterior ver Wolfgang ERNST, “Werner Flumes Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung”, en Werner FLUME, *Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, 2003, p. 2 y ss.

74. Pap. D. 22, 6, 7: “Iuris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet”.

75. C. 1, 18, 10: “Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio”.

76. D. P. VISSER, *Die rol van dwaling by die condictio indebiti, Dissertation Leiden*, 1985, p. 66 y ss.; *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 868 y ss.

77. Para más detalles ver *Law of Obligations, op. cit.*, p. 857 y ss.

78. *Law of Obligations, op. cit.*, p. 863 y ss.

79. Berthold KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung: geschichtliche Entwicklungen*, 1987, p. 4 y ss.; *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 841 y ss

con el formarse de la concepción general del contrato en la edad moderna, se abrió el camino para una responsabilidad generalizada por enriquecimiento; camino que recorrieron desde diferentes puntos de partida especialmente Hugo Grocio,⁸⁰ la *Cour de cassation* francesa⁸¹ y Friedrich Carl von Savigny.⁸² Con la generalización de la responsabilidad por enriquecimiento injusto, una vez más perdieron su significado originario algunas reglas de derecho romano, por ejemplo aquellas sobre el reconocimiento de mejoras: porque si a partir de entonces un poseedor que había hecho mejoras tenía a su disposición una acción por enriquecimiento, no era necesario otro tipo de protección adicional. Así las cosas, cuando los autores del BGB decidieron conservar la institución de la indemnización por mejoras en los §§ 994 y siguientes, al mismo tiempo dieron un vuelco a su *ratio*.⁸³ La decisión de conservar reglas de derecho romano en un entorno dogmático-jurídico distinto y con otras perspectivas de política del derecho resultó ser bastante desafortunada.⁸⁴

La responsabilidad delictual también fue generalizándose paso a paso en la jurisprudencia medieval y moderna.⁸⁵ Así se reanudaron los intentos de

80. Al respecto Robert FEENSTRA, “Grotius’ Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: Its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law”, en E. J. H. SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment: The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, 2ª ed., 1999, p. 197 y ss.; Daniel VISSER, “Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung”, en Robert FEENSTRA, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *Das römisch-holländische Recht. Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, 1992, p. 369 y ss.

81. Ver Alfons BÜRGE, “Der Arrêt Boudier von 1892 vor dem Hintergrund der Entwicklung des französischen Bereicherungsrechts im 19. Jahrhundert”, en *Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger*, 2004, p. 3 y ss.

82. Sobre el particular Nils JANSEN, “Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution? Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Savigny”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung* 120, 2003, p. 106 y ss.

83. En detalle Dirk A. VERSE, *Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Eine kritische Betrachtung aus historisch-vergleichender Sicht*, 1999; más en general también R. ZIMMERMANN, *Europa und das römische Recht*, AcP 202, 2002, p. 259 y ss., así como *Roman Law, op. cit.* (nota 34), p. 45 y ss.

84. Los problemas son analizados por VERSE, *op. cit.* (nota 83), p. 1 y ss.

85. Horst KAUFMANN, *Rezeption und usus modernus der actio legis Aquiliae*, 1958; Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, vol. I, 1985, p. 509 y ss.; *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 1017 ss.; Jan SCHRÖDER, “Die zivilrechtliche Haftung für schuldhaft Schadenzufügungen im deutschen usus modernus”, en *La responsabilità*

los juristas romanos de convertir la *lex Aquilia* —una ley del siglo III a.C., estructurada de manera bastante singular y con un ámbito de aplicación muy restringido— en un pilar central de la responsabilidad delictual romana.⁸⁶ Durante el medioevo y la edad moderna se hacía referencia a una responsabilidad “aquiliana” aunque se diferenciara considerablemente de su origen romano, más de lo que un ave se diferencia de un cuadrúpedo.⁸⁷ Ello instó a inicios del siglo XVIII a Christian Thomasius a arrancarle la máscara aquiliana a la acción de indemnización de perjuicios en materia extracontractual;⁸⁸ y no obstante ello, nuestra dogmática de la responsabilidad extracontractual sigue impregnada hoy día de concepciones que tienen su origen en el derecho romano (particularmente: antijuridicidad y culpa) las cuales precisamente por ello plantean dificultades, puesto que en comparación con el derecho romano, la función del régimen de la responsabilidad delictual ha cambiado sustancialmente.⁸⁹

La extensión del régimen de la compraventa romana (que solamente conocía la compraventa de cuerpo cierto) a la venta de bienes determinados por el género se debe a uno de los muchos “malentendidos productivos”⁹⁰ de las fuentes romanas producidos por la jurisprudencia medieval.⁹¹ Ello constituyó un paso marcadamente progresista como quiera que la compraventa de género en términos prácticos iba adquiriendo más importancia que la compraventa de cuerpo cierto; pero en tal proceso dejaron de encajar una serie de reglas romanas, en especial la antigua regla de distribución del riesgo *emptioe per-*

civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, 1995, p. 142 y ss.

86. Más detalles en *Law of Obligations*, *op. cit.* (nota 31), p. 953 y ss.

87. “[A]ctio nostra, qua utimur, ab actione legis Aquiliae magis differat, quam avis a quadrupede”: THOMASIUS, *Larva Legis Aquiliae*, § 1.

88. Christian THOMASIUS, *Larva Legis Aquiliae*, traducido y editado por Margaret HEWETT, 2000.

89. Lo explica claramente Nils JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, 2003.

90. Término aportado a la historia del derecho por H. R. Hoetink (quien a su vez lo tomó de la literatura teológica); cfr. H. R. HOETINK, “Over het verstaan van vreemd recht”, en *idem*, *Rechtsgeleerde opstellen*, 1982, p. 34 y ss.; *idem*, *Historische rechtsbeschouwing*, en *idem*, *Rechtsgeleerde opstellen*, 1982, p. 266 y ss.

91. Martin BAUER, *Periculum Emptoris. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, 1998, p. 98 y ss.; Wolfgang ERNST, “Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskaufs”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 612 y ss.; Reinhard ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, 2005, p. 84 y ss.

*fecta periculum est emptoris*⁹² y el régimen de responsabilidad por vicios de la cosa.⁹³ Al primero de estos problemas dio solución finalmente el legislador del BGB con la regla del §446,⁹⁴ apartándose del derecho romano, mientras que el segundo, a pesar de la solución intermedia de la versión antigua del § 480, quedó en esencia sin resolver.⁹⁵

V. CARACTERÍSTICAS INFLUYENTES DEL DERECHO ROMANO ANTIGUO

Estos pocos ejemplos nos ponen de presente una serie de particularidades del derecho romano bastante significativas para el posterior desarrollo del derecho europeo. (i) Se trata de una rama específica de conocimiento cuyo altísimo grado de desarrollo se debe a los juristas, lo que constituye algo único en el mundo antiguo. (ii) En estrecha relación con esto se encuentra una delimitación del derecho (o con una expresión de Fritz Schulz: aislamiento)⁹⁶ frente a la religión, la moral, la política y la economía: una separación entre lo jurídico y lo no jurídico. (iii) Se aúna a lo anterior un énfasis bastante fuerte en el derecho privado y por lo tanto en el procedimiento civil; por el contrario, al parecer para los juristas romanos el derecho penal y el derecho administrativo en gran medida no podían someterse a criterios jurídicos específicos. (iv) El derecho romano fue en esencia un derecho de los juristas (*Juristenrecht*); no se encontraba sistemáticamente ordenado de conformidad con una ley general, sino que era aplicado y desarrollado por juristas expertos y de gran experiencia.⁹⁷ (v) Ello explica la gran elasticidad y realismo del derecho romano, y el porqué de tantas controversias que se generaban tendencialmente en torno a la resolución de los problemas jurídicos. (vi) Fiel reflejo de la dinámica misma del derecho romano, de su desarrollo constante, son precisamente estas controversias. Entre Publius Mucius Scaevola (cónsul en el 133 a.C.), a quien un manual

92. *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 281 y ss.

93. *Ibidem*, p. 305 y ss.

94. *Ibidem*, p. 291 y ss.

95. ZIMMERMANN, *New German Law of Obligations, op. cit.* (nota 42), p. 87 y ss.

96. Fritz SCHULZ, *Prinzipien des Römischen Rechts*, 1934, p. 13 y ss.

97. Al respecto ver la discusión en BÜRGE, *op. cit.* (nota 46), p. 21 ss; *idem*, *Römisches Privatrecht*, 1999, p. 17 y ss.

de mitad del siglo II d.C. señala como uno entre “qui fundaverunt ius civile”,⁹⁸ y Aemilius Papinianus (prefecto del pretorio del 205 al 212 d.C.), el jurista más eminente del período clásico tardío, transcurre un lapso de tiempo de más de trescientos años, durante los cuales tanto el Estado y la sociedad, como la cultura jurídica romana y el derecho romano estuvieron sometidos a cambios fundamentales. (vii) Y en esta medida es que resulta inexacta la referencia a “el” derecho romano. Más aún, el antiguo derecho romano desarrolló una tradición en la que los autores más recientes se basaban en la jurisprudencia de los más antiguos, la cual creó una relación de discusión que abarcó generaciones enteras de juristas. Un ejemplo lo hace más claro.⁹⁹ En D. 24, 3, 66 pr. la compilación justiniana conserva un fragmento atribuido a Iavolenus¹⁰⁰ (jurista ubicado en la transición de la época clásica temprana a la clásica tardía) fruto de una reelaboración de textos póstumos de Marcus Antistius Labeo (contemporáneo de Augustus; considerado uno de los juristas romanos más sobresalientes)¹⁰¹ y que contiene una regla según la cual el marido responde por *dolus* y *culpa* respecto de las cosas que, fuera del dinero, haya recibido como dote. Como argumento de autoridad para esta regla, se cita al jurista más sobresaliente del período preclásico, Servius Sulpicius Rufus,¹⁰² quien a su vez se había basado en una decisión tomada en un caso concreto por Publius Mucius.¹⁰³ Este pleito tenía que ver con objetos de la dote de Licinia, esposa de Gaius Sempronius Gracchus, que se perdieron como consecuencia de los disturbios generados con ocasión de la reforma agraria de los Graco. (viii) El derecho romano era por consiguiente bastante complejo. Se basaba fundamentalmente en las soluciones de casos concretos. Fue desarrollándose siglo tras siglo construyendo así una tradición. Se encontraba documentado en una

98. Pomp D. 1, 2, 2, 39.

99. Inspirado en Jens Peter MEINCKE, *JZ* 2006, 299.

100. Sobre quien puede consultarse en Wolfgang KUNKEL, *Die römischen Juristen: Herkunft und soziale Stellung*, 2ª ed., 1967, p. 138 y ss.

101. Wolfgang WALDSTEIN, J. Michael RAINER, *Römische Rechtsgeschichte*, 10ª ed., 2005, p. 201; KUNKEL, *ibidem*, p. 32 y ss.

102. Sobre quien puede consultarse en WALDSTEIN/RAINER, *ibidem*, p. 135; KUNKEL, *ibidem*, p. 25.

103. Sobre Publius Mucius Scaevola, ver WALDSTEIN/RAINER, *ibidem*, p. 133; KUNKEL, *ibidem*, p. 2.

vasta literatura¹⁰⁴ y se sostenía en dos pilares conceptual e históricamente diferentes: el núcleo tradicional de la antigua organización ciudadana (*ius civile*) y el *ius honorarium* que, como testimonia Papiniano, fue introducido por los pretores en interés público “adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia”¹⁰⁵ (para ayudar, suplir y corregir el *ius civile*). (ix) No obstante, el derecho romano no tejió una maraña de detalles impenetrable. Por el contrario, los juristas romanos desarrollaron una pluralidad de figuras, conceptos y reglas jurídicas que trataron de armonizar con el fin de evitar contradicciones internas. De modo que se generó una especie de sistema “abierto”, que no obstante el rigor intelectual garantizaba al mismo tiempo gran flexibilidad al momento de resolver cuestiones prácticas.¹⁰⁶ Los juristas se dejaban guiar por una serie de valores y principios fundamentales, como por ejemplo la libertad de la persona, los imperativos de la *bona fides* y de la *humanitas*, o la protección de los derechos adquiridos, en particular, de la propiedad.¹⁰⁷ (x) Otra peculiaridad de la jurisprudencia romana, que la convirtió en un objeto muy fructífero para el análisis jurídico, era que para la solución de los casos concretos a menudo no se daban motivaciones o apenas se aludía a ellas.¹⁰⁸ De ahí que los textos de las fuentes romanas estén llenos de asunciones tácitas y presuposiciones que pueden y tienen que ser desentrañadas en un proceso de interpretación. De nuevo

104. Los compiladores justinianeos en el siglo VI d.C. pudieron hacer uso de cerca de dos mil obras (C.1, 17, 2, 1); la literatura clásica pudo haber consistido en un número mucho mayor. Véase WALDSTEIN/RAINER, *ibidem*, p. 199.

105. Pap. D. 1, 1, 7, 1. Generalidades en Max KASER, Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18ª ed., 2005, p. 22 y ss., quienes subrayan el carácter no unitario del derecho romano, el cual se componía de varios “estratos” jurídicos (*ibidem*, p. 19).

106. Comparar también WALDSTEIN/RAINER, *op. cit.* (nota 101), p. 196 y ss. Resumiendo la visión dominante actualmente KASER/KNÜTEL, *op. cit.* (nota 105), p. 27.

107. Ver en particular SCHULZ, *Prinzipien*, *op. cit.* (nota 96), p. 95 y ss. (libertad), p.128 y ss. (humanidad), 151 y ss. (lealtad), y 162 y ss. (seguridad en el sentido de estabilidad de los derechos adquiridos). Sobre la equidad en el derecho romano ver Peter STEIN, “Equitable Principles in Roman Law”, en STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, 1988, p. 19 y ss.

108. Esencial para la legitimidad de los juristas era su *auctoritas*, basada en el conocimiento adquirido gracias a su experiencia práctica. Sobre la autoridad como característica formante del derecho romano véase SCHULZ, *Prinzipien*, *op. cit.* (nota 96), p. 112 y ss. (sobre los juristas, *ibidem*, p. 125 y ss.).

un ejemplo ilustra la situación. En Marc. D. 18, 1, 44 se encuentra este breve texto: “Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio”. Vendidos dos esclavos por un precio global, viviendo al tiempo de la celebración del contrato solamente uno de ellos, no era posible exigir la entrega en razón de la nulidad de la venta. En el *ius commune* tal consecuencia se fundamentó en la regla “impossibilium nulla obligatio”.¹⁰⁹ Pero ¿podía exigir el vendedor de todos modos la entrega del segundo esclavo? Este planteamiento daba lugar al problema de la nulidad parcial de los negocios jurídicos, sobre el cual se transmite desde la época de los glosadores la regla general “utile per inutile non vitiatur”.¹¹⁰ la parte ‘útil’ de un contrato no tiene por qué resultar afectada por la parte ‘inútil’, lo inválido no debe afectar lo válido. Tal regla se origina en un fragmento de Ulpiano,¹¹¹ en el cual sin embargo se concebía no como regla general, sino que se relacionaba en modo directo con la solución a un caso concreto. Muestra de que “utile per inutile non vitiatur” no pudo haber sido reconocida como regla general en el derecho clásico se evidencia en la citada decisión de Marcianus: el contrato es inválido también con respecto al segundo esclavo, consecuencia ligada a que el precio a pagar por tan solo uno de los esclavos no estaba determinado o no era determinable con certeza, careciendo así el contrato celebrado de uno de los requisitos de validez de la compraventa romana (*pretium certum*).¹¹²

VI. LA JURISPRUDENCIA ROMANA Y SU TRANSMISIÓN

El surgimiento de una ciencia del derecho privado con estas características seguramente no habría sido posible sin la recepción de la filosofía y

109. Se basa en D. 50, 17, 185 (Celsus), pero tendió a ser malentendido, también por los redactores del BGB; ver el § 306 del BGB (antes de la modificación). Más detalles en *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 686 y ss.

110. Ver *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 75 y ss.

111. Ulp. D. 45, 1, 1, 5 al final: “...neque vitiatur utilis per hanc inutilem”.

112. Hans Hermann SEILER, “‘Utile per inutile non vitiatur’: Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht”, en *Festschrift für Max Kaser*, 1976, p. 130 y ss. Sobre el requisito del *pretium certum* cfr. *Law of Obligations, op. cit.* (nota 31), p. 253 y ss.

la epistemología griegas en la Roma republicana.¹¹³ Determinante fue sin embargo el rol de los expertos juristas en la aplicación y el desarrollo del derecho, de lo cual la misma Grecia careció. Crudamente dicho, el derecho griego fue un derecho sin juristas: se decidía una controversia jurídica por un número de profanos determinados por sorteo, que con anterioridad al inicio del litigio no tenían idea alguna sobre el objeto del mismo y dictaban sentencia –además por mayoría simple y voto secreto– sin que hubiera habido lugar a discusiones o a preguntas, debido a la oralidad del proceso, en el que cada parte contaba solamente con un tiempo reglamentario para exponer sus argumentos.¹¹⁴ No es difícil constatar que este no era el ambiente apto para el surgimiento de una ciencia del derecho privado.

Sin embargo, para la trascendencia europea del derecho romano fue decisivo un elemento ajeno al derecho romano clásico: una legislación omnicompreensiva concebida por el emperador Justiniano, quien en el siglo VI d.C. ordenó elaborar una inmensa recopilación de fragmentos provenientes de las obras jurídicas clásicas (los *digestos*), que promulgó junto con otra contentiva de las constituciones de los emperadores y un manual de introducción al derecho. Los *digestos* fueron elaborados además con alcance universal, como lo demuestra su denominación en griego “*Pandectas*” (de allí también la ciencia del derecho de *pandectas*, o *pandectística*), lo que también en principio es extraño al pensamiento romano.

“...[Q]ue en lo sucesivo no se atreva jurisconsulto alguno a aplicarle comentarios, ni a introducir confusión con su vana palabrería en el compendio del mencionado Código...”,¹¹⁵ decretaba Justiniano, lo que no fue sino una espe-

113. Una visión panorámica en WALDSTEIN/RAINER, *op. cit.* (nota 101), p. 134 y ss. Más en detalle Fritz SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 1946, 38 y ss.; Franz WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, 1988, Vol. 1, *passim*, por ejemplo, p. 351 y ss. (con referencias cruzadas) y p. 618 y ss.; Martin SCHERMAIER, *Materia*, 1992, p. 35 y ss.

114. Ver por ejemplo Ernst HEITSCH, “Beweishäufung in Platons Phaidon”, en *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse*, 9, 2000, p. 492 ss; Gerhard THÜR, “Recht im antiken Griechenland”, en Ulrich MANTHE (ed.), *Die Rechtskulturen der Antike*, 2003, p. 211 y ss.

115. C. 1, 17, 1, 12; cfr. también C. 1, 17, 2, 21. Esto fue normalmente entendido como una prohibición general de hacer comentarios; ver Hans-Jürgen BECKER, “Kommentier- und Auslegungsverbot”, en *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 1978, Vol. 2, col. 963 y ss. Pero recientemente ha sido discutido: la prohibición se habría referido solamente a comentarios escritos en los libros justinianeos

ranza ingenua, pues Justiniano no podía prohibir a la ciencia hacer objeto de ella una obra de la ciencia misma. Más todavía, tal labor se hizo necesaria visto el alto grado de complejidad que Justiniano imprimió al cuerpo de fuentes: porque hizo que textos centenarios fueran reformados y adecuados a las condiciones de su tiempo (las llamadas interpolaciones); que textos que obedecían a diferentes etapas de desarrollo del derecho romano fueran igualmente vigentes y que una recopilación (¡realizada en tan solo tres años!) contuviera una gran variedad de fragmentos que reflejaban las controversias de los juristas romanos, los cuales reunidos en un ‘código’ debían conducir ineludiblemente a contradicciones difícilmente conciliables.

VII. TRANSFORMACIONES EN LA PERCEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO

Siempre se ha considerado la Universidad como “la institución europea por excelencia”.¹¹⁶ Sus orígenes, que no se remontan a la antigüedad, se encuentran más bien en la revolución educacional de Occidente de postrimerías del siglo XII, que tuvo como epicentro a Bolonia y que llegó a ciudades tales como París y Oxford, para finalmente extenderse a otros lugares en Europa oriental, central y meridional.¹¹⁷ A pesar de no haber sido una disciplina académica impartida en la Universidad, la jurisprudencia romana puede ser descrita como ciencia. Y cuando en el alto medioevo la revolución educacional alcanzó al derecho, fue el derecho romano el que se prestó como ningún otro ordenamiento jurídico contemporáneo (con excepción del derecho canónico, estrechamente ligado al derecho romano) para ser objeto de la interpretación analítico-escolástica y así, objeto de las lecciones universitarias.¹¹⁸ De este modo, las fuentes romanas se

mismos; ver WALDSTEIN/RAINER, *op. cit.* (nota 101), p. 252. [N. d. t.: la traducción del fragmento utilizado ha sido tomada de García del Corral].

116. Walter RÜEGG, Prefacio, en *idem* (ed.), *Geschichte der Universität in Europa*, Tomo I, 1993, p. 13.

117. Ver por ejemplo BORGOLTE, *op. cit.* (nota 6), p. 296 y ss. (con el capítulo intitulado “Die abendländische Bildungsrevolution” [“La revolución educacional de Occidente”]), así como el índice y los mapas instructivos en Jacques VERGER, “Grundlagen”, en RÜEGG, *ibidem*, Vol. 1, p. 70 y ss.

118. En realidad esto puede predicarse de las escuelas privadas de derecho de Bolonia ya en la segunda mitad del siglo XI y después en el siglo XII, en particular de la escuela de quien es considerado el candil del derecho (*lucerna iuris*), Irnerius. Sobre la importancia

convirtieron en el centro de atención del derecho secular. En todas las universidades que se fundaron en Europa bajo el modelo de la Universidad de Bolonia fue así hasta la época de las grandes codificaciones; en Alemania, hasta finales del siglo XIX. Pero el modo de abordar el derecho romano sufrió transformaciones considerables.¹¹⁹ La jurisprudencia medieval consideraba las fuentes como un todo lógicamente consistente y se esforzaba por establecer una *Concordantia discordantium legum*, lo que provocó una reacción del humanismo jurídico del renacimiento, que en primer lugar trató de desentrañar el contenido originario de los textos, es decir, el significado que verdaderamente tenían para sus autores antiguos: se daba así inicio a la historia de la historia del derecho. Pero los humanistas consideraban los textos romanos no solo como un modelo de justicia y equidad de la antigüedad, sino también de su propio tiempo, por lo que se vieron enfrentados nuevamente con fuentes contradictorias entre sí, que no respondían al planteamiento de nuevas problemáticas o que ofreciendo una respuesta, lo hacían sobre la base de ideas y presupuestos vetustos. Estas dificultades fueron abordadas por los representantes del *usus modernus pandectarum* (del uso moderno del Digesto), quienes por haber experimentado en cierta medida la Ilustración del Humanismo dejaron de considerar los textos del *Corpus Juris* como absolutamente vinculantes, a diferencia de los juristas medievales. Ello permitió generalizar y desarrollar las ideas contenidas en los textos, criticarlos o incluso considerarlos abrogados por desuso.¹²⁰ Al mismo tiempo fue muy influyente otra escuela de pensamiento que reconocía que el derecho romano contenía lagunas y que a veces a duras penas lograba esbozar las bases sobre las cuales determinar lo justo y lo equitativo, de modo que se dio a la tarea de extraer las verdades fundantes por

de Irnerius véase Franz DORN, en Gerd KLEINHEYER, Jan SCHRÖDER (eds.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4ª ed., 1996, p. 211 y ss.

119. Detalladamente Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., 1967; KOSCHAKER, *op. cit.* (nota 18), p. 55 y ss.; más en general por ejemplo en Peter G. STEIN, *Römisches Recht und Europa. Die Geschichte einer Rechtskultur*, 1996, p. 68 y ss.; para un análisis conciso y reciente remitirse a James GORDLEY, "Comparative Law and Legal History", en REIMANN/ZIMMERMANN (eds.), *op. cit.* (nota 22), p. 753 y ss.

120. Así, por ejemplo, fue posible escribir obras como la de Philibert BUGNYON, *Tractatus legum abrogatarum et inusitatarum in omnibus curiis, terris, jurisdictionibus, et dominiis regni Franciae* (1563) y la de Simon VAN GROENEWEGEN VAN DER MADE, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus* (1649).

medio del análisis filosófico de los textos: la segunda escolástica, posteriormente escuela secular del derecho natural. El siglo XIX fue dominado en Alemania por la Escuela Histórica (con fuerte influencia en otros países europeos)¹²¹ con la que prevaleció un enfoque del derecho romano primordialmente desde el punto de vista del derecho contemporáneo y que puso el análisis histórico al servicio de las necesidades y el derecho vigentes. En la interpretación de los textos eran recurrentes consideraciones sobre la aplicación del derecho común, de las que el BGB liberó a los romanistas, quienes, como resultado, de dogmáticos del derecho se transformaron en históricos del derecho. Ello trajo como consecuencia, por una parte, un enorme desarrollo en el campo de la historia del derecho antiguo, y por otra, una ciencia del derecho separada de la historia.¹²²

VIII. DERECHO ROMANO Y *IUS COMMUNE*

Esta es en líneas generales la historia de la denominada “segunda vida del derecho romano”, es decir, el efecto de este en el pensamiento

121. Sobre la influencia de la Escuela Histórica ver por ejemplo Jan-Olof SUNDELL, “German Influence on Swedish Private Law Doctrine 1870-1914”, en *Scandinavian Studies in Law*, 1991, p. 237 y ss.; J. H. A. LOKIN, “Het NBW en de pandektistiek”, en *Historisch vooruitzicht, Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht, BW-krant jaarboek*, 1994, p. 125 y ss.; Reiner SCHULZE (ed.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1990; Alfons BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, 1990; *idem*, “Ausstrahlungen der historischen Rechtsschule in Frankreich”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 5, 1997, p. 643 ss; Werner OGRIS, *Der Entwicklungsgang der österreichischen Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, 1968; Pio CARONI, “Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert”, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 16, 1994, p. 243 y ss.; Peter STEIN, “Legal Theory and the Reform of Legal Education in Mid-Nineteenth Century England”, en *idem, The Character and Influence of the Roman Civil Law*, 1988, p. 238 y ss.; Alan RODGER, “Scottish Advocates in the Nineteenth Century: The German Connection”, en *Law Quarterly Review* 110, 1994, p. 563 y ss.; John CAIRNS, “The Influence of the German Historical School in Early Nineteenth Century Edinburgh”, en *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 20, 1994, p. 191 y ss.

122. Para más detalles véase ZIMMERMANN, “Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch ‘Auseinanderdenken’”, en ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE, *op. cit.* (nota 45), p. 1 ss; *cf.* también ZIMMERMANN, *Roman Law, op. cit.* (nota 34), p. 6 ss. y 40 y ss.

jurídico europeo desde los días de la “recepción”. El derecho romano se convirtió en el fundamento de un derecho desarrollado en modo científico, basado en el estudio académico; un derecho que giraba en torno a valores éticos uniformes, vertido en un cuerpo de literatura homogéneo en Europa y apoyado en una enseñanza también uniforme en las universidades europeas: el *ius commune*.¹²³ Pero en todo caso no surgió aislado, sino siempre de la mano con otros fenómenos. La tensión entre Imperio e Iglesia, entre el Emperador y el Papa, se vio a su vez reflejada en el dualismo derecho romano y derecho canónico, jurisdicción laica y jurisdicción eclesiástica, legistas y canonistas. En algunas ocasiones la jurisdicción canónica llegó a extenderse a aspectos nucleares del derecho civil.¹²⁴ Se presentaban conflictos de jurisdicción y cambios de competencia que reflejaban las diferencias en el poder político de gobernantes espirituales y seculares. Pero sobre todo se establecieron relaciones intelectuales de largo alcance. El derecho canónico había surgido en la iglesia romana y sus fundamentos reposaban en el derecho romano, pero al mismo tiempo repercutía en el derecho común laico.¹²⁵ El principio general *pacta sunt servanda* descende del derecho canónico,¹²⁶ así como por ejemplo el de la restitución *in natura*.¹²⁷ Junto al derecho romano y

123. Al respecto COING, *op. cit.* (nota 85), p. 7 y ss.; R. C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future*, 2002, p. 22 y ss. y 73 y ss.

124. Particularmente lo referente a cuestiones matrimoniales, testamentarias y promesas afirmadas por el juramento. Una visión panorámica en Winfried TRUSEN, “Die gelehrte Gerichtsbarkeit der Kirche”, en COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 1973, Vol. 1, p. 483 y ss. En general, para Inglaterra puede verse el *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1, 1993, p. 21 y ss.

125. Sobre la relevancia del derecho canónico véase Peter LANDAU, “Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur”, en Reiner SCHULZE (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, 1991, p. 39 y ss.; Heinrich SCHOLLER (ed.), *Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, 1996; Hans-Jürgen BECKER, “Spuren des kanonischen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch”, en ZIMMERMANN/KNÜTEL/MEINCKE (eds.), *op. cit.* (nota 45), p. 159 y ss.

126. Ver *supra* (nota 68).

127. Al respecto Udo WOLTER, *Das Prinzip der Naturalrestitution nach § 249 BGB*, 1985; Nils JANSEN, en ZIMMERMANN/RÜCKERT/SCHMOECKEL (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tomo II, §§ 249-253, 255 n. 17 y ss.

al derecho canónico coexistía también el derecho feudal, que sin embargo había sido integrado al cuerpo del derecho romano por medio de los *Libri feudorum*;¹²⁸ en España se encontraban los delineamientos sistemáticos y las doctrinas de la segunda escolástica¹²⁹ y los posteriores del derecho natural racionalista, que por una parte estaban fuertemente moldeados por el derecho romano y, por otra, influenciaban el *ius commune*. Había *consuetudines* que, confinadas en su ámbito de aplicación, eran reconocidas en el marco del *ius commune* y se sometían al análisis científico; también costumbres y reglas, en su mayor parte no escritas, que a partir del siglo XII fueron surgiendo del intercambio comercial en ferias y plazas de mercado, así como en las ciudades portuarias del Mediterráneo, las costas del Atlántico y el mar Báltico, para cuya aplicación eran competentes tribunales comerciales especiales.¹³⁰ Y aquí también se daba una interacción con el derecho romano y el derecho común romano-canónico. Pero sobre todo, había una gran cantidad de fuentes de derecho regionales y locales que, en teoría, tenían preferencia de aplicación ante los tribunales, pues el *ius commune* era de aplicación subsidiaria; aunque, sin embargo y con frecuencia se impuso en la práctica. De acuerdo con la literatura jurídica moderna temprana, había incluso una presunción en favor de la aplicación del derecho común (*fundata intentio*),¹³¹ que

128. Ver COING, *op. cit.* (nota 85), p. 27 y ss. y 352 y ss.; también por ejemplo Michael MITTERAUER, *Warum Europa? Mittelalterliche Grundlagen eines Sonderwegs*, 2003, p. 109 y ss.

129. Sobre el particular ver sobre todo James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991; *idem*, *Foundations of Private Law*, 2006.

130. Sobre la así llamada *lex mercatoria* (en inglés: *law merchant*) ver COING *op. cit.* (nota 95), p. 519 y ss.; BERMAN, *Law and Revolution I* (nota 14), p. 348 y ss.; Albrecht CORDES, “Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der Lex mercatoria”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 118, 2001, p. 168 y ss.; Karl Otto SCHERNER, “‘Lex mercatoria’ - Realität, Geschichtsbild oder Vision?”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 118, 2001, p. 148 y ss.; *idem*, “Goldschmidts Universum”, en *Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*, *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, p. 859 y ss.; así como el artículo en Vito PIERGIOVANNI (ed.), *From lex mercatoria to commercial law*, 2005; cfr. también (para Inglaterra) *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1, 1993, p. 29 y ss.

131. Wolfgang WIEGAND, “Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel ‘habere fundatam intentionem’”, en *Festschrift für Hermann Krause*, 1975, p. 126 y ss.; COING, *op. cit.* (nota 85) 132 y ss.; Klaus LUIG, “Usus modernus”, en *Handwörterbuch zur*

pese a ello tampoco reflejaba una realidad jurídica que se transformaba con el pasar del tiempo, además de ser variable dependiendo tanto del territorio como del campo del derecho. Incluso la práctica jurídica en el sacro imperio romano germánico, el ámbito central de la recepción, se caracterizaba por un “pluralismo jurídico a duras penas imaginable”.¹³² Pero se trataba de una diversidad enmarcada en una unidad intelectual producto de la formación académica que, en toda Europa, tenía como base el conjunto de fuentes romanas. Este efecto unificador se haría nuevamente evidente en la Alemania del siglo XIX, en la que el derecho común gozaba de vigencia solamente en algunas partes del territorio, rigiendo para el resto una cantidad de regímenes jurídicos particulares, entre ellos el Código Prusiano de 1794, el *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* (ABGB) austríaco, el *Code civil* Francés, el *Landrecht* de Baden (el cual en esencia consistía en una traducción del *Code civil*), el *Landrecht* de Bavaria y posteriormente el BGB sajón.¹³³ Pero fue el derecho común el que brindó las bases para la comprensión de todos los ordenamientos particulares vigentes en Alemania,¹³⁴ y el que por lo demás, tuvo un rol fundamental en la formación de los juristas. Tales ordenamientos eran valorados, interpretados y aplicados con base en el derecho común y con

deutschen Rechtsgeschichte, Tomo V, 1998, col. 628 ss. Aparte de ello, las fuentes jurídicas divergentes del derecho común se interpretaban en el sentido a él más cercano: “statuta sunt stricte interpretanda, ut quam minus laedent ius commune”; al respecto ver Winfried TRUSEN, “Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit”, en *Festschrift für Heinrich Lange*, 1970, p. 108 y ss.; Hermann LANGE, “Ius Commune und Statutarrecht in Christoph Besolds Consilia Tubigensia”, en *Festschrift für Max Kaser*, 1976, p. 646 y ss.; Reinhard ZIMMERMANN, “Statuta sunt stricte interpretanda, Statutes and the Common Law: A Continental Perspective”, en *Cambridge Law Journal* 56, 1997, p. 315 y ss.

132. En este sentido la conclusión de Peter OESTMANN, *Rechtsvielfalt vor Gericht: Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*, 2002, p. 681.

133. Ver por ejemplo “Anlage zur Denkschrift zum BGB”, en Benno MUGDAN (ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1899, Vol. 1, p. 844 y ss., así como la nueva edición (1996) de *Diethelm Klippel del Allgemeine Deutsche Rechts- und Gerichtskarte*, 1896.

134. Así, aparte de haber sido directamente aplicable en algunas partes de Alemania, proveyó también la teoría fundamental del derecho privado donde quiera que se hubiera promulgado una codificación; ver KOSCHAKER, *op. cit.* (nota 18), p. 292.

él comparados permanentemente.¹³⁵ De este modo, la rama pandectista de la Escuela Histórica creó (o mejor, preservó) una uniformidad de la cultura jurídica obtenida gracias a la ciencia jurídica, que hizo posible una gran movilidad, tanto de profesores como de estudiantes, de Königsberg a Estrasburgo, de Giessen a Viena, o de Heidelberg a Leipzig.¹³⁶

IX. DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA

Se dijo anteriormente que la tensión entre diversidad y unidad es característica de la cultura europea,¹³⁷ y como ya debe resultar evidente, es también bastante significativa para la tradición jurídica europea,¹³⁸ moldeada por el *ius commune* a su vez basado fundamentalmente en el derecho romano. Si se indaga sobre otras peculiaridades de la tradición jurídica europea en comparación con otras tradiciones jurídicas del mundo (ctónica, talmúdica, islámica, hinduista y de Asia oriental)¹³⁹ se evidencia en cada caso la influencia del derecho romano. Una de ellas es el hecho de constar por escrito.¹⁴⁰ Que el derecho romano estuviera consignado en textos fue precisamente uno de los motivos para que alcanzara tal grado de influencia en la Europa medieval: valía como *ratio scripta*. Muestra de ello es no solamente el proceso de recepción sino también, desde finales del siglo XII, los esfuerzos para sentar por escrito el derecho consuetudinario en Europa (Glanvill y Bracton en Inglaterra, las *coutumes* en Francia, los *fueros* en España, *Sachsenspiegel* y *Schwabenspiegel* en Alemania) impulsados por los derechos cultos.¹⁴¹

135. Referencias más amplias en ZIMMERMANN, *Roman Law*, *op. cit.* (nota 34), p. 2 y ss.

136. Emil FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*, 1896, p. 7 y ss.

137. Ver *supra* I.

138. En igual sentido BERMAN, *Law and Revolution I*, *op. cit.* (nota 14), p. 10; MOHNHAUPT, *op. cit.* (nota 25), p. 657 y ss.

139. Ver la división hecha por Patrick GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2ª ed., 2004. Ninguna de las características mencionadas a continuación puede ser encontrada exclusivamente en la tradición jurídica europea, pero solamente allí se encuentran todas ellas reunidas.

140. Por el contrario, la tradición ctónica se caracteriza por su oralidad. Ver GLENN, *op. cit.*, (nota 1), p. 61 y ss.

141. Sten GANGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960, p. 288 y ss.

Pero aparte de ello, el derecho romano rigió durante muchos siglos como *ratio scripta*: como modelo de un derecho racional, esto es, conforme a la razón humana; era así al mismo tiempo expresión y fundamento de una pretensión de racionalidad del derecho, de su carácter científico, de coherencia intelectual, de sistema.¹⁴² Al mismo tiempo, sin embargo, la peculiar naturaleza de las fuentes romanas impedía la configuración de un sistema rígido e inflexible. Más aún, es propia del derecho europeo una capacidad particular de desarrollo. En palabras de Harold Berman:

The concept of a [...] system of law depended for its vitality on the belief in the ongoing character of law, its capacity for growth over generations and centuries—a belief which is uniquely Western. The body of law only survives because it contains a built-in mechanism for organic change.¹⁴³

El derecho europeo está sujeto a una transformación constante; puede reaccionar ante las exigencias y circunstancias que se van presentando y siempre ha demostrado una asombrosa capacidad de integración. El derecho romano medieval había dejado de ser el derecho romano antiguo, así como el *usus modernus pandectarum* no equivalía al *usus medii aevi* y la doctrina de pandectas no correspondía al *usus modernus*. Para decirlo en las conocidas palabras de Rudolf von Ihering, el desarrollo fue “más allá del derecho romano a través del derecho romano mismo”.¹⁴⁴

142. GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 143 y ss.; COING, *Historische Zeitschrift* 238, 1984, p. 7 y ss.; Franz WIEACKER, “Foundations of European Legal Culture”, en *American Journal of Comparative Law* 38, 1990, p. 25 y ss.; HÄBERLE, *op. cit.* (nota 4), p. 22 y ss. El derecho tónico por el contrario no se encuentra estructurado: GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 78 y ss.; la racionalidad de la tradición talmúdica no es de naturaleza sistemática: GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 106 y ss.; lo mismo para el derecho islámico, GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 190 y ss.

143. BERMAN, *Law and Revolution I*, *op. cit.* (nota 14), p. 9; GLENN, *ibidem*, p. 146 y ss.; MUSCHG, *op. cit.* (nota 4), p. 37 (“línea de tiempo”). Esto es diferente particularmente en las tradiciones tónica y de Asia oriental, que no tienen un concepto lineal de la historia y por ello no comparten la idea europea de progreso y desarrollo; ver GLENN, *ibidem*, p. 74 y ss. y 322 y ss. Sobre las tradiciones talmúdica, islámica e hinduista (que también se diferencian de la europea en este sentido) ver GLENN, *ibidem*, p. 110 y ss., 193 y ss. y 287 y ss.

144. Rudolf VON IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 6ª ed., Primera Parte, 1907, p. 14.

El derecho romano, en la antigüedad, de mero saber jurídico fue desarrollándose hasta convertirse en ciencia;¹⁴⁵ y en el medioevo se transformó en una disciplina académica: el derecho culto, el derecho como objeto de estudio en las universidades. De allí otra peculiaridad del derecho europeo estrechamente ligada a la anterior y que como ella tiene su origen en el derecho romano. La jurisprudencia es una profesión que se enseña y la aplicación y el desarrollo del derecho es tarea de quienes se dedican a su estudio, los juristas.¹⁴⁶ A ello se debe que la jurisprudencia sea en la tradición europea una disciplina independiente y, por ello, que el derecho sea concebido en principio como un sistema normativo independiente de otros ordenamientos y formas de control que tienen como fin regular la conducta humana y la sociedad, particularmente la religión.¹⁴⁷ Ello corresponde a la separación romana entre derecho y no derecho.¹⁴⁸

El predominio del derecho privado en la tradición del *ius commune* es también una herencia del derecho romano, así como su énfasis en un derecho de contratos diferenciado de forma precisa.¹⁴⁹ Y por último, el derecho en Europa tiene como pilares ciertos valores que reposan en la centralidad

145. Ver SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 2ª ed., 1954.

146. Ver KOSCHAKER, *op. cit.* (nota 18), p. 164 y ss. Sobre la tradición islámica ver al respecto GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 176 y ss.

147. COING, *Historische Zeitschrift* 238, 1984, p. 6 y ss.; WIEACKER, *American Journal of Comparative Law* 38, 1990, p. 23 y ss. Esto es diferente en la tradición cónica (“Cthonic law is [...] inextricably interwoven with all the beliefs of chthonic people and is inevitably, and profoundly, infused with all those other beliefs”), talmúdica (“The jewish tradition is a normative or legal tradition in much the same measure as it is a religious tradition. The two have become fused in the idea that the divine will express itself best in legal norms, which have sanctions, leaving relatively little outside the reach of the law, or halakhah”), islámica (“[Islamic law] has been described as a ‘composite science of law and morality’, and this must be understood not as a joint administration of the two separate concepts but as a fusion, or composition, of (almost all of) both”), e hinduista (“You may wish to talk about law and morals, but the reason it is law is because of the (religious) morals, which infuse all types of obligation”). Ver GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 69, p. 102 y ss. y 186, 282. Sobre derecho comparado y religión en general, ver el reciente estudio de BERMAN, “Comparative Law and Religion”, en REIMANN/ZIMMERMANN, *op. cit.* (nota 22), p. 739 y ss.

148. Ver *supra* (nota 96).

149. COING, *op. cit.* (nota 18), p. 8 ss; MOHNHAUPT, *op. cit.* (nota 25), p. 662. COING en este contexto subraya la diferencia con otras culturas jurídicas.

de la persona como sujeto y punto de referencia intelectual del derecho,¹⁵⁰ idea que se acentuó particularmente con la concepción de la dignidad atribuida al hombre por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, pero que era ya inherente al principio de libertad del derecho romano. Podría decirse por consiguiente que gracias a la revelación cristiana se realizó la sabiduría de la antigüedad y se condujo a su destinación verdadera.¹⁵¹ En modo semejante armonizan *aequitas canonica* y *fides* romana.¹⁵²

X. ¿CUÁN EUROPEA ES LA TRADICIÓN JURÍDICA EUROPEA?

El derecho moderno europeo aún se debate entre la unidad y la diversidad. Por ejemplo, los ordenamientos jurídicos continentales europeos se clasifican a menudo como pertenecientes a la familia jurídica romana o a la familia jurídica germana;¹⁵³ fuera de ellos hay una serie de ordenamientos jurídicos que se encuentran en medio de ambas familias jurídicas, entre otros el italiano y el holandés. Pero también los ordenamientos jurídicos de la familia germana presentan en parte diferencias relevantes tanto formal como sustancialmente. Las codificaciones civiles austríaca y alemana surgieron en épocas distintas y responden a diferentes corrientes de pensamiento. Se

150. WIEACKER, *op. cit.* (nota 142), p. 20 y ss.; ver también BORGOLTE, *op. cit.* (nota 6), p. 346 y ss. Para GLENN, esto parece ser una característica central de la tradición jurídica europea. Consecuentemente el título del capítulo respectivo es "A Civil Law Tradition: The Centrality of the Person". Sobre las tradiciones ctónica, islámica y del oriente asiático, en las que esto es diferente, ver GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 70 y ss., 192 y ss. y 319 y ss. Se relaciona con la centralidad de la persona como sujeto del derecho el desarrollo de la idea de los derechos subjetivos, que no es para nada obvia. Ver COING, "Zur Geschichte des Begriffs 'subjektives Recht'", en COING, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, 1982, Vol. 1, p. 241 ss; *idem*, *Historische Zeitschrift* 238, 1984, p. 8 ss.; *idem*, *op. cit.* (nota 85), p. 172 y ss. Ver también GLENN, *ibidem*, p. 140 y ss., quien hace el contraste con las otras tradiciones: p. 86 y ss. (ctónica); pp. 108, 109, 119 y ss. (talmúdica); pp. 192, 193, 209 y ss. (islámica); pp. 286, 187 (hinduista); y pp. 320, 312, 336, 337 (asiática).

151. Cfr. Hechos de los apóstoles 17, 23, así como Romanos 1: 19; ver también lo referido en la nota 11.

152. GORDLEY, "Good faith in contract law in the medieval *ius commune*", en ZIMMERMANN/WHITTAKER, *op. cit.* (nota 34), p. 93 y ss.

153. ZWEIGERT/KÖTZ, *op. cit.* (nota 19), p. 62 y ss.

dice que los rasgos característicos del código civil suizo “están fuertemente influenciados por las condiciones particulares de Suiza y por las tradiciones de su vida jurídica”.¹⁵⁴ Pese a ello, es difícil negar la existencia de un carácter propio de todos los ordenamientos pertenecientes a las familias romana y germana, que al parecer justifica el reunirlos, en algunos puntos fundamentales, en una tradición uniforme.¹⁵⁵ Por ello se ha acuñado en lengua inglesa el término *civil law* (o *civilian tradition*) que, de todas maneras, históricamente está ligado al derecho romano.¹⁵⁶

Pero, ¿puede hablarse de una tradición europea? La respuesta sería ciertamente afirmativa para los Estados del centro y del este de Europa, que hasta las guerras mundiales del siglo XX pertenecieron al espacio culturalmente influenciado por el derecho romano.¹⁵⁷ En algunos de ellos (particularmente Hungría y Polonia) la enseñanza del derecho romano, también durante la fase del dominio socialista, conservó el vínculo con la tradición común del occidente,¹⁵⁸ y desde el fin de la misma se experimenta un proceso de reintegración “gracias a la renovación del derecho civil por manos de la comparación jurídica”.¹⁵⁹ También los juristas de la Rusia zarista del siglo XIX utilizaron la dogmática y el método del derecho romano para superar los desafíos sociales y jurídico-políticos a los cuales no había podido hacer frente el derecho tradicional ruso. Ellos, así como los juristas de muchos otros países europeos, se inspiraron en los desarrollos jurídicos alemanes influenciados por el pensamiento de Savigny y de la Escuela Histórica del

154. ZWEIGERT/KÖTZ, *ibidem*, p. 174. Sobre el fenómeno de la recepción jurídica en Suiza ver el reciente escrito de Martin IMMENHAUSER, “Zur Rezeption der deutschen Schuldrechtsreform in der Schweiz”, en *Recht*, 2006, p. 1 y ss.

155. GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 125 y ss.

156. Sobre los diferentes significados de la expresión *civil law*, ver ZIMMERMANN, en MILLER/ ZIMMERMANN, *op. cit.* (nota 46) pp. 262 y 263. La conexión entre *civil law* y derecho romano es clara en la designación de las cátedras de derecho romano en Oxford y Cambridge como *Regius Chairs in Civil Law*.

157. Una visión general en ZWEIGERT/KÖTZ, *op. cit.* (nota 19), p. 154; Zdenek KÜHN, “Comparative Law in Central and Eastern Europe”, en REIMANN/ ZIMMERMANN, *op. cit.* (nota 22), p. 215 y ss.

158. Leer, por ejemplo, las sentidas palabras de Ferenc MÁDL (en aquel entonces presidente de la República de Hungría) en Jürgen BASEDOW, Ulrich DROBNIG y otros (eds.), *Aufbruch nach Europa*, 2001, vii.

159. Lajos VÉKÁS, “Integration des östlichen Mitteleuropa im Wege rechtsvergleichender Zivilrechtserneuerung”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 12, 2004, p. 454 y ss.

derecho.¹⁶⁰ Turquía acogió en 1926 el derecho privado suizo y “[con ello] abandonó definitivamente la familia jurídica islámica del derecho”.¹⁶¹ También los derechos nórdicos se cuentan en su mayoría dentro de la familia del *civil law* aunque en algunos aspectos tengan un estilo particular.¹⁶²

Para muchos la principal objeción para el reconocimiento de una genuina tradición europea la constituye la presencia del *common law* inglés, cuando consideran que se ha desarrollado en un “noble aislamiento” de Europa¹⁶³ y que es en esencia diverso.¹⁶⁴ Pero la idea del derecho inglés como conquista autóctonamente inglesa no es más que un mito, porque Inglaterra, en realidad, nunca estuvo incomunicada por completo con la cultura jurídica continental; por el contrario, existió un contacto intelectual continuo que ha marcado en modo determinante al derecho inglés.¹⁶⁵ Ya en

160. Al respecto ver los trabajos de Martin AVENARIUS, *Rezeption des römischen Rechts in Rußland - Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Isif Pokrovskij*, 2004; *idem*, *Das russische Seminar für römisches Recht in Berlin (1887-1896)*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 6, 1998, p. 893 y ss.; *idem*, “Savigny und seine russischen Schüler: Juristischer Wissenschaftstransfer in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts”, ponencia presentada con ocasión del Dies Academicus en la Universidad de Colonia en mayo de 2004, *Russische Fassung in ‘Ius Antiquum’* - *Drevnee Pravo* 15, 2005; *idem*, “Das pandektistische Rechtsstudium in St. Petersburg in den letzten Jahrzehnten der Zarenherrschaft”, en Wojciech DAJCZAK, Hans-Georg KNOTHE, *Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis*, 2005, p. 51 y ss.

161. Hans SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 10ª ed., 2005, p. 214, quien subraya que la recepción no fue ni extraordinaria ni sorpresiva en lo absoluto. Pero véase también ZWEIGERT/KÖTZ, *op. cit.* (nota 19), p. 175 y ss.

162. ZWEIGERT/KÖTZ, *op. cit.*, p. 271.

163. J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 3ª ed, 1990, p. 35; en la cuarta edición (2002) fue borrada la palabra “noble”.

164. Cfr. por ejemplo Klaus SCHURIG, “Europäisches Zivilrecht: Vielfalt oder Einerlei?”, en *Festschrift für Bernhard Großfeld*, 1999, p. 1102 y ss.; Eugen BUCHER, “Rechtsüberlieferung und heutiges Recht”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 8, 2000, p. 409 y ss.; lo subraya en modo marcado Pierre LEGRAND, “Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality”, en R. JAGTENBERG, E. ÖRÜCÜ, A. J. DE ROO (eds.), *Transfrontier Mobility of Law*, 1995, p. 63 y ss.; *idem*, “European Legal Systems are Not Converging”, en *International and Comparative Law Quarterly* 45, 1996, p. 52 ss. Legrand se refiere a un abismo epistemológico insuperable. Esta tesis es nuevamente exacerbada en modo grotesco en Pierre LEGRAND, “Antivonbar”, en *Journal of Comparative Law* 1, 2006, p. 13 y ss.

165. En lo subsiguiente ver Peter STEIN, *op. cit.* (nota 121), p. 151 ss; ZIMMERMANN, “Der europäische Charakter des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen

sus orígenes, consistía en el derecho feudal normando, consonante con el típico modelo medieval europeo.¹⁶⁶ Durante siglos latín y francés siguieron siendo las lenguas del derecho inglés. La religión católica llevó consigo el derecho canónico¹⁶⁷ y el comercio internacional la *lex mercatoria*. En Oxford y Cambridge, dos de las universidades europeas más antiguas, el derecho romano se estudió siguiendo los parámetros usuales en toda Europa. El pensamiento jurídico romano también llegó a Inglaterra descendiendo desde Escocia, que en su modernidad más temprana fue una provincia remota del *ius commune* que mantenía contactos intelectuales estrechos particularmente con Francia y Holanda.¹⁶⁸ El *common law* inglés se recubrió con otra capa de derecho conocida como *Equity*: un *ius honorarium* influenciado por la idea de justicia común a Europa (*aequitas*). A Inglaterra llegó el movimiento recopilatorio del derecho consuetudinario del alto medioevo, así como en tiempos más recientes el también común fenómeno europeo de los manuales institucionales. Fueron mediadores en los continuos procesos de recepción y adaptación autores como Bracton, Blackstone y Birks y jueces eminentes como Hale, Holt, Mansfield o Blackburn. El derecho moderno de contratos inglés está impregnado con ideas de autores como Domat, Pothier, Grotius, Pufendorf, Burlamaqui y Thibaut.¹⁶⁹

civil law und common law”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1, 1993, p. 4 y ss. También de interés en este contexto es la cuestión sobre la “relación íntima” entre el derecho romano (clásico) y el derecho inglés; ver Fritz PRINGSHEIM, “The Inner Relationship between English and Roman Law”, en *Cambridge Law Journal* 5, 1935, p. 347 y ss.; STEIN, “Roman Law, Common Law, and Civil Law”, en *Tulane Law Review* 66, 1992, p. 1591 y ss.; *idem*, “Logic and Experience in Roman and Common Law”, en *op. cit.* (nota 121), p. 37 y ss.

166. R. C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, 2ª ed., 1988.

167. Richard H. HELMHOLZ, *Canon Law and the Law of England*, 1987; *idem*, *Roman Canon Law in Reformation England*, 1990; Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo-American Law and Canon Law. Canonical Roots of the Common Law Tradition*, 1998.

168. Sobre la *civilian tradition* en Escocia véanse las contribuciones en Robin EVANS-JONES (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland*, 1995; David L. CAREY MILLER, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, y Kenneth REID, Reinhard ZIMMERMANN (eds.), *A History of Private Law in Scotland*, Tomo 2, 2000.

169. Al respecto véase sobre todo A. W. B. SIMPSON, “Innovation in Nineteenth Century Contract Law”, en *Law Quarterly Review* 91, 1975, p. 247 y ss.; GORDLEY, *Philosophical Origins*, *op. cit.* (nota 129), p. 134 y ss.; en general ver también David IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, 1999, quien abre su

Obviamente en muchos casos el impulso inspirado en el derecho romano condujo a resultados no romanos en lo absoluto; pero lo mismo sucedió en el derecho continental. “The real question in this case”, se dice por ejemplo en el más conocido de los casos relativos a la coronación del rey Eduardo VII, “is the extent of the application in English law of a principle of the Roman law which has been adopted and acted on in many English decisions”.¹⁷⁰ El principio referido es la regla de derecho común “debitor speciei liberatur casuali interitu rei”: el deudor se libera de su obligación por la pérdida fortuita del objeto de su prestación.¹⁷¹ Los tribunales ingleses habían empezado a interpretar el acuerdo de las partes de conformidad con esta regla desde mediados del siglo XIX,¹⁷² echando mano de una construcción dogmática proveniente asimismo del derecho romano: la inserción de una condición resolutoria (tácita).¹⁷³ Se sentaban así las bases para la “doctrine of frustration of contract”, que corresponde funcionalmente a la doctrina continental del *ius commune* de la *clausula rebus sic stantibus*, desconocida para el derecho romano, aunque elaborada a partir de sus construcciones.¹⁷⁴ Por doquier pueden encontrarse “instituciones jurídicas, procedimientos, valores, conceptos y reglas que el derecho inglés comparte con otros sistemas jurídicos

obra diciendo que el derecho de obligaciones inglés surgió de una mezcla de ideas autóctonas y refinadas doctrinas romanas.

170. Krell v. Henry [1903] 2 KB 740 (CA), pp. 747 y 748.

171. Al respecto Hermann DILCHER, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, 1960, p. 185 y ss.

172. Taylor v. Caldwell [1863] 3 B & S 826; también Max RHEINSTEIN, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, 1932, p. 173 y ss.; G. H. TREITEL, *Unmöglichkeit, 'Impracticability' and 'Frustration' im anglo-amerikanischen Recht*, 1991; Martin SCHMIDT-KESSEL, *Standards vertraglicher Haftung nach englischem Recht: Limits of Frustration*, 2003, p. 45 y ss.

173. Un examen detallado en ZIMMERMANN, “‘Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...’: Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts”, en *Archiv für civilistische Praxis* 193, 1993, p. 121 y ss. Sobre *implied terms* en el derecho moderno inglés ver SCHMIDT-KESSEL, “Implied Term - auf der Suche nach dem Funktionsäquivalent”, en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 96, 1997, p. 101 y ss.; Wolfgang GROBECKER, *Implied Terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*, 1999.

174. Véase ZIMMERMANN, *ibidem*, p. 134 y ss.

occidentales”,¹⁷⁵ siendo algo difícilmente puro; incluso “la declaración más importante del derecho consuetudinario y principio constitucional inglés”, la Carta Magna, fue en buena parte moldeada por influencias provenientes del *ius commune*.¹⁷⁶

Quien no se aferre a determinadas soluciones que ofrecen las fuentes del derecho romano, sino que tenga siempre presente la flexibilidad inmanente a la tradición que sobre él se funda, así como su capacidad de desarrollo continuo y de asimilación productiva, tendrá menos dificultades para considerar también el *common law* inglés como manifestación de la tradición jurídica europea.¹⁷⁷ Naturalmente el *common law* inglés desarrolló con el paso del tiempo una serie de peculiaridades, pero también es cierto que hoy día las particularidades se atenúan progresivamente a lado y lado del Canal de la Mancha. Basil Markesinis habla de una convergencia gradual,¹⁷⁸ James Gordley de una distinción superada (entre *civil* y *common law*),¹⁷⁹ lo que puede predicarse tanto del derecho material como de los supuestos institucionales y metodológicos.¹⁸⁰ Finalmente, si se tiene en cuenta la

175. BERMAN, *op. cit.* (nota 14), p. 18. Una evaluación sobre la tradición jurídica occidental en la visión de Berman en HELMHOLZ, “Harold Berman’s Accomplishment as a Legal Historian”, en *Emory LJ* 42, 1993, p. 475 y ss.

176. HELMHOLZ, “Magna Carta and the *ius commune*”, en *University of Chicago Law Review* 66, 1999, p. 297 y ss. (cita tomada de la p. 371).

177. Véase en particular, BERMAN, *op. cit.* (nota 14), quien se refiere a una “Western legal tradition”. GLENN, *op. cit.* (nota 1), p. 166 y ss., también sugiere que “we start thinking about the common law and the civil law as representing some of the same ideas, compared with other traditions. We can then talk about a universalizing western law”. Ver también los estudios en HELMHOLZ, *The ius commune in England: Four Studies*, 2001.

178. *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, 1994. Recientemente VAN CAENEGEM, “The Unification of European Law: a pipedream?”, en *European Review* 14, 2006, p. 33 y ss.

179. GORDLEY, “Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1, 1993, p. 498 y ss.

180. Stefan VOGENAUER en su amplio estudio, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, Vol. I y II, llega a la conclusión de que el derecho inglés puede ser descrito no solo como una provincia del *ius commune* históricamente hablando, sino que actualmente también puede observarse una uniformidad fundamental en lo referente a la interpretación de la ley por parte de los tribunales. Sobre el *stare decisis*, ver VOGENAUER, *ibidem*, pp. 1293 y 1294, e *idem*, “Zur Geschichte des Präjudizienrechts in England”, en *Zeitschrift für Neuere*

irradiación mundial del derecho europeo,¹⁸¹ entonces sigue vigente lo que Rudolf von Ihering formulara en la introducción de su *Espíritu del Derecho Romano*: “El significado de Roma para la historia mundial, y su misión, consiste en pocas palabras en la superación del principio de la nacionalidad merced a una idea de universalidad. [...] el significado del derecho romano para el mundo moderno no radica en la vigencia de la que temporáneamente gozó como fuente del derecho, sino en la revolución interior que trajo consigo y que cambió por completo nuestro pensamiento jurídico. El derecho romano devino, como el cristianismo, en un elemento cultural del mundo moderno”.¹⁸²

Rechtsgeschichte 28, 2006, p. 48. Sobre el rol de la doctrina véase Robert GOFF, *The Search for Principle*, reeditado en William SWADLING, Gareth JONES (eds.), *The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*, 1999, p. 313 y ss. Sobre la problemática atinente al “legal style” en la jurisprudencia inglesa ver Jonathan E. LEVITSKY, “The Europeanization of the British Legal Style”, en *American Journal of Comparative Law* 42, 1994, p. 347 y ss.

181. Sobre la cuestión en los Estados Unidos ver por ejemplo Mathias REIMANN, *Historische Schule und Common Law*, 1993; Michael HOEFLICH, *Roman and Civil Law and the Development of Anglo-American Jurisprudence in the Nineteenth Century*, 1997. Sobre Latinoamérica véase Eugen BUCHER, “Zu Europa gehört auch Lateinamerika!”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 12, 2004, p. 515 y ss. Sobre Sudáfrica, Reinhard ZIMMERMANN, Daniel VISSER (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, 1996. Sobre Asia oriental ver Zentaro KITAGAWA, “The Development of Comparative Law in East Asia”, en REIMANN/ZIMMERMANN *op. cit.* (nota 22), p. 237 y ss.

182. VON IHERING, *op. cit.* (nota 144), p. 1 y ss.

Crítica y diferencia: el Derecho Comparado en Italia*

*Pier Giuseppe Monateri***

El desarrollo del Derecho Comparado en Italia se encuentra profundamente caracterizado por sus relaciones con el derecho nacional. Es, en efecto, en los niveles de reflexión de los juristas, que el Derecho Comparado ha cambiado, en Italia, la forma convencional de abordar el derecho y ha permitido una amplia apertura a las culturas extranjeras. Ello no ha, evidentemente, impedido un profundo compromiso de los comparatistas en las cuestiones prácticas ligadas a la uniformización del derecho y a la formación de juristas. Estos pasos marcan hoy en día las singularidades del Derecho Comparado practicado en Italia en comparación a otras escuelas comparatistas.

Abordaremos, en la primera parte, la actitud del Derecho Comparado *vis à vis* con el derecho italiano para subrayar, en la segunda parte, la originalidad italiana frente a los extranjeros.

EL DERECHO COMPARADO FRENTE AL DERECHO NACIONAL

Para evaluar el Derecho Comparado en Italia es necesario colocarse, primeramente, en el plano de la teoría del derecho, luego en la práctica y en la formación.

* El presente artículo fue publicado en *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 51 N°4, Octubre-décembre 1999, pp. 989-1002. doi: 10.3406/ridc.1999.18192; http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1999_num_51_4_18192. MONATERI, Pier Giuseppe, "Critique et différence: le droit comparé en Italie". Se agradece al autor la posibilidad de incluirlo en el presente libro, traducido al español. Traducción: Pedro Aberastury.

** Profesor en la Universidad de Turín, Italia.

El Derecho Comparado en la teoría del derecho

La teoría del Derecho Comparado se ha desarrollado en Italia en tres direcciones.

Un primer componente se encuentra relacionado con los estudios comparativos de la historia (Gorla); un segundo movimiento giró hacia el funcionalismo (Cappelletti); el tercer enfoque ha desarrollado la comparación como conocimiento crítico (Sacco).

Estos tres caminos fueron, evidentemente, tomados a través de un largo periodo¹ de investigaciones comparativas,² pero el pensamiento italiano rápidamente se ha liberado de la visión *naïve* del Derecho Comparado, como una simple utilización de información extranjera.

De la historia a la función

Es con la obra de Gino Gorla que el Derecho Comparado ha comenzado a desarrollarse en el plano teórico. Y es en su estudio sobre el contrato³ que Gorla ha aunado al Derecho Comparado con la historia como una herramienta a ser utilizada contra el positivismo. El Derecho Comparado, así como la historia, es una ciencia empírica, que buscará los hechos, por oposición al método de definiciones dogmáticas de los juristas limitados con su propio sistema. El Derecho Comparado es entonces una reacción al modo, de inspiración alemana,⁴ de elaborar el sistema del derecho nacional por la vía de definiciones y conceptos.

1. M. SARFATTI, "Comparative Jurisprudence in Italy with Regard to Private English Law", in *Law Quart. Rev.* 371, 1922. M. Rotondi había dedicado a Sarfatti el primer Instituto italiano de Derecho Comparado, establecido en la Universidad Bocconi, en Milán. Y dirigido por G. Iudica.

2. M. ROTONDI, "Diritto comparato", en *Novissimo Digesto Italiano*, V, Turín. 1960, 822; *Idem*, *Scopi e metodi del diritto comparato*, Padua, 1973.

3. G. GORLA, *Il Contratto, Problemi Fondamentali Trattati con il Metodo Comparativo e Casistico* (2 vols.), I. *Lineamenti generali*; II. *Casistica e problemi*, Milán, 1955.

4. G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milán, 1981, 1, que habla expresamente de una revolución contra el dogmatismo, con referencia a su discurso en Pavia el 6/12/1946, "Il sentimento del diritto soggettivo in A. de Toqueville".

Esta evaluación de lo empírico contribuyó inmediatamente, según Gorla, a una reevaluación de la cultura jurisprudencial del *ius commune*, y una apreciación positiva de los modelos ingleses y americanos. Su libro sobre el contrato representa, en efecto, una ruptura muy clara con el dogmatismo doctrinal en favor de la información jurisprudencial. El esquema del *case-book* a lo americano se ha seguido explícitamente.⁵ Siempre trató de diseñar un marco histórico para mostrar las raíces y estructuras comunes del derecho europeo (incluyendo Inglaterra), con anterioridad al siglo XIX, y especialmente ante el éxito del Código francés, que rompió con la tradición abierta del *ius commune* y de la doctrina alemana, para reducir su influencia en Italia como un paréntesis (negativo) que debe ser superado. A partir de ello, sus obras han tratado de reconstruir la migración de los modelos de origen jurisprudencial continental versus Inglaterra y viceversa,⁶ antes de la época de los códigos nacionales que le pusieron fin.⁷ Luego subrayó las similitudes que subsisten al nivel de las reglas concretas, por oposición a la diversidad creada por las definiciones académicas y al método abstracto de los juristas del derecho interno.⁸

Sus esfuerzos fueron continuados por sus alumnos: Luigi Moccia, que se sumergió en los detalles del derecho de creación jurisprudencial antes de “la era de los códigos”,⁹ y Maurizio Lupoi, que ha estudiado los albores comunes (V^e-XI^e siglos) del derecho europeo antes de la primera ruptura representada por el nacimiento de la enseñanza universitaria del derecho sobre la base del derecho romano desarrollado por los teóricos.¹⁰

5. G. GORLA, *Il contratto, op. cit.*, 1, pp. vii-viii.

6. G. GORLA, “La *Communis opinio totius orbis* y la recepción jurisprudencial del derecho en el transcurso de los siglos XVI, XVII y XVIII en el *Civil Law* y en el *Common Law*”, en M. CAPPELLETTI y M. KOHNSTAM (eds.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Sijthoff, Klett-Cotta, Bruylant, Le Monnier, 1978, 45.

7. G. GORLA, “Prolegomeni ad una storia del diritto comparato (e postilla)”, dans GORLA, *Diritto comparato, op. cit.*, p. 875 y ss.

8. G. GORLA, *Il Contratto, op. cit.*, p. vi.

9. G. GORLA y L. MOCCIA, “Profili di una storia del ‘Diritto comparato’ in Italia e nel ‘mondo comunicante’”, en *Riv. dir. civ.*, 1987, 1, 287; L. MOCCIA, “Case Law”, in *Digesto it.*, se éd., Sez. civ., 11, Turín, 1988, 242; *idem* (cur.), *11 diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milán, 1993; *idem*, “Le basi culturali del giurista europeo: un punto di vista continentale”, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 213.

10. M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1994; *idem*, *On The Origins of the European Legal Order*, Cambridge, 1999.

La contribución decisiva de Gorla fue la de abrir la cultura jurídica italiana a las propuestas que vinieron de los Estados Unidos.¹¹ Una apertura que, a sus espaldas, llevó también en Italia a la recepción del “funcionalismo” y, posteriormente, un desplazamiento del interés de la historia hacia la política. Desplazamiento que ha estado bien realizado en los estudios de Mauro Cappelletti.¹² Sus investigaciones conformaron un análisis del derecho y sus factores, en vista de la apreciación de los objetivos perseguidos.¹³ Introdujo un discurso sobre el derecho que había sido eludido casi por completo por los juristas italianos. El interés centrado en la política del derecho, y en sus aspectos más pragmáticos, ha permitido, en efecto, la recepción de numerosas sugerencias nuevas:¹⁴ el análisis económico del derecho,¹⁵ los problemas del derecho en relación a los grupos sociales, la naturaleza instrumental del derecho, particularmente en el área de reformas de la justicia.¹⁶ Este enfoque ha tornado exitosos su trabajo y el de sus alumnos.

11. GORLA fue *rapporteur* italiano en los celebres coloquios (1957-1968) organizados en Comen, que nos han dejado una masa monumental de datos: R. B. SCHLESINGER (ed.), *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*, Nueva York y Londres, 1968.

12. Sobre todo en la obra magistral de CAPPELLETTI (ed.), *Access to Justice*, Milán, 1978-79.

13. M. CAPPELLETTI, “Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero”, en *Riv. Dir. Proc.*, 1982, 233; *idem*, *Giudici legislatori?*, Milán, 1984. M. CAPPELLETTI y A. PIZZORUSSO (curr.), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milán, 1982; v. también A. DE VITA, *Il rapporto di locazione abitativa fra teoria e prassi*, Milán, 1985; N. TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice*, Milán, 1985; A. DE VITA, A. PIZZORUSSO y V. VARANO, “Il diritto comparato ed il curriculum studiorum del giurista”, en *Quadrimestre*, 1987, 100; V. VARANO, “Remedies”, en *Dig. It.*, y éd. Sez. civ., XVI, Turín, 1997, 571.

14. Derivado no solo del encuentro con el derecho americano pero también con el pensamiento socialista, p. ej., el libro de Olimpiad S. JOFFE, *Development of Civil Law Thinking in the USSR*, Milán, 1989, publicado en la colección “Studies in Comparative Law”, dirigida por M. Cappelletti.

15. Es en la colección de M. CAPPELLETTI, y en la dirección de M. RODOTA que se publicó la traducción italiana de G. CALABRESI, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, trad. it. por A. DE VITA, V. VARANO y V. VIGORITI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milán, 1975.

16. CAPPELLETTI, “Appunti per una fenomenología della giustizia nel XX secolo”, en *Riv. Trim. dir. e Proc. Civ.*, 1978, 1382; v. también en la misma perspectiva M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bolonia, 1980; *idem*, “Idee per una decisione giusta”, en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 315; V. DENTI, “La dottrina italiana del processo civile tra costituzione e riforma”, en *Foro it.*, 1998, V. 169.

El Derecho Comparado ha representado en Italia una toma de posición neta *contra* la cultura positivista del formalismo, en nombre de la historia o del pragmatismo. Este compromiso se vio reforzado por la tercera ola, que tuvo por objeto el conocimiento crítico del derecho.

Comparación conocimiento-crítica

Es sobre la base de la obra de Gorla, y junto a las sugerencias derivadas de Cappelletti, que M. Sacco desarrolló su teoría del Derecho Comparado como un conocimiento crítico del derecho. Pero las raíces de esta visión se remontan a su tesis sobre la interpretación,¹⁷ en la cual desarrolla la *oposición* entre el signifiante y el significado, para apreciar el vínculo establecido entre los dos en tanto creación de intérpretes, justificado por el uso de razonamientos pseudoformales. El derecho entonces se encuentra regido por una ambivalencia marcada, y *negada* por los juristas, que va hasta pedir prestado a las fuentes sus propias concepciones presupuestas. El ámbito de elección para descubrir esta ambigüedad originaria es la de la comparación, como lo demuestran sus obras sobre la oposición entre definiciones académicas y el derecho aplicado,¹⁸ su reflexión teórica sobre los objetivos y los métodos del Derecho Comparado¹⁹ y sus investigaciones sobre los modelos de origen opuesto pero cohabitando en la mayoría de los sistemas.²⁰

Esta visión contiene, naturalmente, una crítica al principio de la unidad: los sistemas jurídicos se encuentran compuestos por elementos en contradicción (*los formatos*),²¹ mientras que esta contradicción es negada y ocultada por los juristas del derecho interno. El Derecho Comparado debe entonces ubicarse en la medida que descubre las contradicciones ocultas

17. R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Turín, 1947.

18. R. SACCO, "Définitions savantes et droit appliqué dans les systèmes romanistes", en *Revue*, 1965, 807.

19. R. SACCO, *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, Reporte nacional italiano en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, Teherán, 1974.

20. R. SACCO, *Modeles français et modeles allemands dans le droit civil des pays européens*, Reporte nacional italiano en el Congreso Internacional de Derecho Comparado, Estambul, 1978.

21. R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, París, 1991. p. 33 y ss.

y los medios para flexibilizarla si no también para negar la ambigüedad profunda del derecho.

Por otra parte, el Derecho Comparado va a demostrar el reto a la circulación de modelos, de un sistema a otro, y de su asimilación²² al interior de estructuras de coherencia propias de cada tradición jurídica. Tal teoría hace hincapié en la creación cultural del derecho *contra* las visiones centradas en una supuesta omnipotencia de la ley, que no es más que uno de los formadores de los sistemas. En fin, el reto de la circulación, de la oposición entre los formadores, y entre significativo y significado, conduce a la consideración de nociones implícitas, los criptotipos²³ que conducen a la interpretación jurídica para seguir un itinerario que no se corresponde con los argumentos desarrollados en las racionalizaciones de los juristas.

Aquí, por tanto, una teoría construida en torno de nociones de modelos formantes y criptotipos, que engendra un conocimiento crítico del derecho propio de la escuela de M. Sacco,²⁴ y que ha sido resumido en las tesis del Círculo de Trento,²⁵ a fin de traspasar el cuadro convencional de la comparación.²⁶

Por otra parte el pensamiento de los alumnos de M. Sacco ha llevado a diversos caminos. Así, M. Gambaro ha renovado sobre todo su enfoque “histórico” del análisis comparativo,²⁷ batalla contra el dogmatismo ahora ganada, con la ayuda de la “reconstrucción” de nociones civilistas.²⁸ G. Ajani estudió las prácticas concretas de planificación por las instituciones internacionales, las “migraciones dirigidas” de los modelos occidentales

22. *vi.* p. 49 y ss.

23. *vi.* p. 105 y ss.; *idem*, “Un cryptotype en droit français: la remise abstraite?”, en *Études Rodière*, París, 1981, 273.

24. V. R. SACCO, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, en *Am. Jo. of Comp. Law.* 1 y ss., 1991.

25. A. GAMBARO, R. SACCO, P. G. MONATERI, “Comparazione giuridica”, en *Digesto Italiano*, 4ª ed., Turín, 1989.

26. Y, en efecto, para desbordar también en el dominio de la antropología jurídica y en reflexiones filosóficas v. J. DERRIDA y G. VATTIMO (curr.), M. BUSSANI (coord.), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Bari, Laterza, 1998.

27. A. GAMBARO y R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Turín, 1998.

28. A. GAMBARO. *Property, propriété. Eigentum. Corso di diritto privato comparato*, Padua, 1992; *idem*, “Il diritto di proprietà”, en *Trattato Cicu-Messineo-Mengoni*, Milán, 1995.

hacia Europa del Este, África y Asia. Ugo Mattei²⁹ adoptó el modelo de la competencia entre los diversos factores de producción del derecho, pero al lado de los instrumentos de análisis económico, para “estresar” el carácter “científico” de la comparación. En cuanto a mí, yo más bien he tratado de rechazar cualquier “cientificismo”, haciendo hincapié en el carácter fuertemente retórico e ideológico³⁰ de las interpretaciones de los juristas, así como las teorías y las clasificaciones mismas del Derecho Comparado.

La alternativa Derecho Comparado como ciencia empírica³¹ y Derecho Comparado –por así decirlo– como arqueología del saber de los juristas, por lo tanto, está aún en discusión. Pero el debate italiano es muy rico y articulado.

EL DERECHO COMPARADO EN LA PRÁCTICA DEL DERECHO

Uniformidad y desarrollo

Junto con el desarrollo teórico, el Derecho Comparado evidentemente se ha interesado en la unificación del Derecho. Y fue sobre todo la escuela romana que ha conducido al desarrollo de proyectos de unificación. Con la participación en particular de M. J. Bonell en la redacción de la Conven-

29. V. U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press, 1997. Una combinación entre comparación y análisis económico en Italia se ha cultivado también por Roberto PARDOLESI, y por G. PONZANELLI sobre todo en el dominio de la responsabilidad civil.

30. P. G. MONATERI, “Regles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats en France et en Allemagne: La synecdoque française”, cette *Revue*, 1984, 7; *idem*, “The ‘Weak’ Law: Contaminations and Legal Cultures”, en *Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law*, Bristol, 1998: *Idem*, “‘Everybody’s Talking’: The Future of Comparative Law”, 21 *Hastings Int’l and Comparative Law Review*, 825, 1998, v. aussi P. G. MONATERI y R. SACCO, “Legal Formants”, in P. NEWMAN (ed.), *The New Palmgrave Dictionary of Economics and the Law II*, Londres y Nueva York, McMillan Reference Ltd., 1998, p. 531 y ss.

31. La insistencia sobre las “informaciones” como base de un trabajo sobre las “reglas” para traspasar las categorías-barreras de las diferentes tradiciones es compartida en el último Lupoi: v. M. LUPOI, “Cosa è l’alambiccio del comparatista”, en A. D’ANGELO, *Un bambino non voluto e un danno risarcibile?*, Milán, 1999, p. 3 y ss.

ción sobre compra-venta internacional y los principios UNIDROIT de los Contratos comerciales internacionales,³² mientras que el derecho societario fue el objeto particular de los estudios de M. Corapi.³³

Los tres sectores importantes del derecho de los países musulmanes, del derecho de los países post-socialistas y de los derechos africanos han sido desarrollados respectivamente por M. Castro,³⁴ M. Ajani³⁵ y M. Guadagni.³⁶ Los tres han utilizado y experimentado la teoría de *formación* mediante el análisis de las capas estratificadas que componen estos sistemas, así como en la ayuda de los esfuerzos de desarrollo y de trasplante de los modelos de mercado, pero también dentro de un espíritu de encuentro con las “otras” culturas del derecho.

Numerosos comparatistas han abordado el tema del crecimiento de un derecho común europeo.³⁷ Un proyecto en particular ha reunido esfuerzos varios, coordinados por Ugo Mattei y Mauro Bussani,³⁸ para verificar la existencia de un “Common Core” de soluciones prácticas en los distintos sistemas nacionales, aunque no perfectamente expresados por los lenguajes jurídicos propios de cada tradición, que impiden ver unidad de fondo de estos sistemas. El proyecto se basa en la redacción de un cuestionario de valor práctico, a ser cumplimentado por los expertos nacionales, según el modelo clásico ya utilizado por Rudolf Schlesinger en los años cincuenta.

Más allá de estos esfuerzos, y de las polémicas sobre la codificación europea, que a veces tienen el sabor de un “film de papa”, un estrecho diálogo

32. UNIDROIT, *Principi dei Contratti Commerciali Internazionali*, Roma, 1995.

33. D. CORAPI y B. DE DONNO SFORZA, “Le società in diritto comparato”, en *Enc. Giur. Treccani*, XIX, Roma, 1993.

34. J-T F. CASTRO, “Diritto musulmano e dei paesi musulmani”, en *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989; v. aussi R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei paesi arabi*, Milán, 1990.

35. G. AJANI, *Diritto dell'Europa orientale*, Turín, 1996.

36. M. GUADAGNI, *11 modello pluralista*, Turín, 1996.

37. V. entre otros S. FERRERI, “Le fonti di produzione non nazionali”, en S. FERRERI y A. PIZZORUSSO, “Le fonti scritte”, in *Trattato Sacco*, Turín, 1998, p. 191 y ss.; A. FRIGNANI - M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, 4ª ed., Turín, 1996; G. BENACCHIO, *Diritto Privato della Comunità Europea*, Padua, 1998.

38. U. MATTEI y M. BUSSANI, “In Search of the Common Core of European Private Law”, en *2 Europ. Rev. of Private Law*, 485, 1995. V. también el sitio dedicado a empresas por *Cardozo Electronic Law Bulletin* [www.gelso.unitn.it/card-adm/Common.core].

entre los especialistas del derecho europeo y los comparatistas hoy se lo mantiene en el Instituto de Derecho Europeo en Turín, por iniciativa de G. Ajani.

Educación y derecho nacional

El lugar del Derecho Comparado en la formación de juristas y sus relaciones con el derecho nacional siempre ha sido objeto de un debate comprometido.

Hoy en día una reforma del plan de estudio para estudiantes³⁹ dispuso un año obligatorio de Derecho Comparado o de derecho europeo. Una solución de compromiso que plantea preguntas alternativas que no tienen sentido. En efecto, una decisión ministerial⁴⁰ establece el número y la calidad de la enseñanza que el estudiante de derecho debe seguir. El estudiante debe aplicar veintiséis materias y aprobar veintiséis exámenes distribuidos en cuatro años. El conjunto de materias fue dividido en dieciséis áreas, catorce de las cuales son consideradas fundamentales. Nadie puede graduarse en derecho si no ha asistido al menos a un curso anual dentro de cada área fundamental. Estas catorce áreas fundamentales son aquellas que se pueden imaginar fácilmente: derecho civil, derecho comercial, derecho constitucional, derecho penal, etc. Pero el cuarto en la lista se llama “área del Derecho Comparado y comunitario” en el sentido limitado del derecho *privado* de la Comunidad (competencia, la responsabilidad del productor, etc.). Se tratará entonces de seguir obligatoriamente un curso incluido dentro del área en cuestión. Y el número de estos cursos es alto: derecho Anglo-Americano, Derecho Comparado de bienes culturales y del ambiente, derecho constitucional comparado, derecho de los países africanos y asiáticos, derecho de países de lengua francesa, derecho de los países islámicos, derecho de los países de Europa del Este, derecho de América Latina, derecho privado comparado, derecho privado de los países europeos, derecho público comparado, derecho de los países de habla alemana, sistemas jurídicos comparados.

39. V. R. SACCO, “La formation au droit comparé. L’expérience italienne”, en *Revue internationale de droit comparé*, 1996, 273; *idem*, “L’Italie en tete (a propos de l’enseignement du droit comparé)”, en *Revue internationale de droit comparé*, 1995, 131.

40. *Gazzetta Ufficiale*, 27 juin 1994.

Numerosas facultades han adoptado el plan de Turín, que prevé un curso obligatorio de introducción a los grandes sistemas y de cursos escogidos de derecho privado comparado, derecho público comparado, derecho privado de la Comunidad, etc. Las lecciones sobre estos sistemas se consideran como fase previa de las distintas materias comparativas y europeas, o bien internacionalistas, y las lecciones de instituciones basadas en el derecho privado todavía se consideran como preliminares de los cursos de derecho nacional.

La explosión de las lecciones, después de la reforma, ha generado una riqueza de textos dedicados a los estudiantes. Pero el éxito de la materia, evidentemente, produjo nuevos problemas y renovó las disputas en distintos círculos. ¿Derecho Comparado exitoso, un poco exótico, un poco esotérico, deberes de los estudiantes, o Derecho Comparado fundamento mismo del saber de los jóvenes juristas?

Las facultades siguen aún preocupadas por estas preguntas.

El plan original, seguido por la Asociación Italiana de Derecho Comparado, presidida por M. Gambaro, preveía que toda materia jurídica debía enseñarse dos veces: en la perspectiva comparatista y bajo la perspectiva nacional. Luego, la enseñanza del Derecho Comparado debía preceder y no seguir el estudio del derecho nacional. Por lo tanto, se podrían considerar nuevas⁴¹ facultades de derecho donde el estudiante pudiera inclinarse durante tres años sobre los derechos, presentados en forma global y comparativa, y podría, luego, durante dos años, aprender las reglas y prácticas del derecho positivo contenidas en el territorio nacional.

Las objeciones más fuertes a este plan provienen no solo de abogados arraigados en el espíritu del derecho positivo nacional, sino también de los romanistas que temen ser privados de su función cultural en beneficio de los comparatistas. Podemos responder fácilmente a estas pequeñeces en que las facultades no preparan, ahora, a los abogados nacionales. Ellas preparan abogados y juristas corporativos que puedan ejercer su profesión en toda Europa, y en el contexto de la globalización. Preparar a los abogados que solo conocen el derecho nacional es contrario a la buena fe.

Por lo tanto, se puede decir, por último, que Italia ha hecho en este campo la experiencia de vanguardia, y que podría estar lista para otras tentativas de avanzada.

41. V. SACCO, "La formation", *op. cit.*, 278.

Los italianos frente a los extranjeros

¿Cuáles son los caracteres específicos del Derecho Comparado de origen italiano frente a las escuelas extranjeras?

Podemos fácilmente responder que existen singularidades relacionadas con la teoría del Derecho Comparado en tanto conocimiento crítico. Singularidades que pueden ser aprovechadas en las dos áreas más tradicionales de nuestros estudios: la pregunta sobre la clasificación de los sistemas y los problemas planteados por la migración de las soluciones jurídicas.

Hay otra pregunta fundamental que concierne al impacto del Derecho Comparado *sobre* la cultura nacional, y por lo tanto sus relaciones con las otras culturas de derecho y sobre todo, hoy en día, con las dos grandes culturas que se colocan en el lado opuesto dentro del contexto de la globalización, es decir, la cultura americana y las culturas afines a la francofonía.

¿Cuál es hoy en día el lugar a ocupar entre estas dos grandes culturas?

Tratamos de abordar las dos preguntas relacionadas a la clasificación y a la migración en primer lugar, y las otras dos en segundo lugar.

LAS GRANDES PREGUNTAS DEL DERECHO COMPARADO

Importación/exportación: la migración de modelos

No hay duda aquí de tratar a fondo el problema de la exportación de soluciones jurídicas, pero solo para identificar las singularidades italianas. Desde este punto de vista, la doctrina italiana opera al menos cuatro desplazamientos esenciales de puntos de vista corrientes.

En primer lugar sabemos muy bien que, últimamente, el tema de la importación/exportación de modelos jurídicos se convirtió en una tierra de conquista para los técnicos interesados en transformar los sistemas provenientes del socialismo o que permanecen, como se suele decir, en vías de desarrollo. Por tanto un tema práctico o buena política, numerosas veces relacionados con la retórica de los valores de la economía de mercado, de la democracia pluralista y de la certeza del derecho. Tenemos por otro lado fenómenos conscientes de exportación de modelos, confiados a los juristas del sistema exportador, a veces comparatistas de profesión, a veces casi com-

pletamente extranjeros al Derecho Comparado. Los juristas que trabajan como promotores de sus sistemas sobre la base de relaciones que tienen la felicidad, o la torpeza, de reunirse con otros juristas locales, y sobre la base de una visión más o menos apreciada en profundidad de la superioridad “evolutiva” de los sistemas “fuertes” de la tradición occidental del derecho.⁴²

Frente a estas preguntas la doctrina comparativa italiana ha tratado más bien de encontrar las importaciones inconscientes.⁴³ Es decir las importaciones que persona alguna ha conscientemente diseñado o proyectado, pero que han marcado profundamente el carácter de un sistema. Por lo tanto, un estudio cuidadoso de las influencias ocultas, tales como la recepción de modelos doctrinarios alemanes en Italia, en España, en Polonia, en América Latina, etc. frente a la interpretación de leyes de origen francés.⁴⁴ O también una fuerte atención a las influencias que, hoy en día, ejerce la doctrina americana en la mayoría de los países de derecho romanista. Por consiguiente, el fenómeno de la importación se considera en términos de fenómeno cultural de imitación no proyectado, más bien que de soluciones, de ideas, categorías, archivos, referencias, estilos, en una palabra, un espacio de ambigüedad de los medios de trabajo de juristas. En tanto que los fenómenos de importación son abordados más bien desde el punto de vista del imitador que del país exportador. Los sistemas imitadores son sistemas selectivos, que hacen elecciones, que deciden qué importar, tanto de forma inconsciente, sin un proyecto claro. Tienen las necesidades, sobre todo culturales, o padecen la fascinación por un modelo de prestigio, a veces de un cliché,⁴⁵ actualmente en retiro en su país de origen. La actividad de migración está, entonces, determinada más bien por los imitadores que por las estrategias de los importadores.

Un segundo punto es la atención dada no a la migración de sistemas por completo, pero sí a los fragmentos del sistema: el derecho francés, pero no la doctrina; la doctrina alemana, pero no la jurisprudencia; la jurisprudencia,

42. Entonces una multiplicación y una persistencia de historias divertidas sobre los trasplantes de sistemas. Este humor es evidentemente la expresión (quizás inconsciente) de una marca de superioridad de los sistemas sobre los que se burla.

43. V. R. SACCO, “Rapport de Synthèse”, en *La circulation du modele juridique français. Travaux de l'Association Henry Capitant*, t. XIV, París, 1993. p. 8 y ss.

44. *Ibidem*.

45. V. MONATERI, “The ‘Weak’ Law”, *op. cit.*

dencia estadounidense, pero no la ley, etc. Es, entonces, una vez más la incoherencia que domina, la ambivalencia imborrable. La mayoría de los sistemas del mundo son mezclas inconsistentes de fragmentos de diversos orígenes. Y son las estrategias teóricas y retóricas de juristas locales las que modelan una aparente coherencia tomada de fuentes locales. En una palabra, está bien su trabajo ideológico,⁴⁶ que crea esta coherencia y una explicación de sus imitaciones puede buscarse en su campo profesional, es decir, en su lugar, en el interior de los *formadores* en el sistema considerado.⁴⁷

Esta visión del derecho genera naturalmente un giro casi completo de la imagen convencional completa del mundo jurídico.

Este mundo es un mundo de criaturas híbridas. Las contaminaciones están a la orden del día. Las experiencias puras, los modelos puros, son muy pocos, y tienen entonces menos importancia de lo que uno cree. El modelo francés, el modelo inglés, el modelo alemán, son las excepciones que deben ser estudiadas como tales.

En resumen, podemos entonces ver que la doctrina comparativa italiana opera desplazamientos muy marcados de las doctrinas tradicionales: del consciente al inconsciente y del centro a la periferia, los sistemas de los fragmentos; las soluciones en el espacio de ambigüedad; de la pureza a la contaminación.

Identidad y diferencia: la clasificación de los sistemas

La clasificación de los sistemas jurídicos siempre ha tomado uno de los primeros lugares en las preocupaciones de los comparatistas. La pregunta que se hace en función de la verdad de la clasificación, es decir, en términos de la clasificación “científica” o el trabajo del comparatista es visto como el trabajo de un buen y paciente entomólogo que debe clasificar, sin interés personal, las variedades de insectos.

La teoría del Derecho Comparado, el conocimiento crítico de las sociedades y del derecho, no pueden, evidentemente, ir en oposición a este camino. La pregunta de la clasificación debe más bien ser planteada

46. Ideología en el sentido de creación, modificación y transmisión del sentido: v. T. EAGLETON, *Ideology: An Introduction*, Nueva York, 1991.

47. V. MONATERI y SACCO, “Legal Formants”, *op. cit.*

en términos de definición de una identidad y de una diferencia. La pregunta de la clasificación es una pregunta que plantea un “nosotros” frente a los “otros”, a través de la creación de una variedad de razones, y por la “redacción” de genealogías complejas de derivación histórica, la mayoría de las veces proyectando en el pasado datos muy recientes.

En efecto, es bastante remarcable que cada gran sistema construya su propia clasificación del mundo. De esta manera, el ranking construye también el lugar ocupado por el sistema de origen de la clasificación *vis à vis* de los otros.

En Francia, la clásica obra de René David marcó la distinción entre el sistema romano-germánico, socialista y el *common law* en la época de la guerra fría; todos los demás estaban confinados en el departamento (del extranjero) de las “otras concepciones del orden social y del derecho”. Dentro del interior de cada familia domina un sistema: en los países del *common law* es ahora América más que Inglaterra; entre los sistemas socialistas es, evidentemente, la Unión Soviética; y dentro del sistema romanista el lugar de importancia es ocupado sin duda por Francia. Esto es, entonces, Francia en el mismo nivel que las dos grandes potencias, y además el país que representa al derecho más antiguo, que mucho ha dado y enseñado a otros.

Sabemos muy bien que la clasificación compleja de Zweigert y Kötz⁴⁸ difiere en muchos detalles, pero *sobre todo* en la distinción operada *entre* la familia romanista y la familia germánica, Francia representa a la primera y Alemania a la segunda. Esto es, entonces, Alemania finalmente emancipada, una vez más, de la tutela francesa.

En los Estados Unidos ahora tenemos una preferencia por las clasificaciones orientadas en la oposición entre el *Western Legal Tradition*⁴⁹ y las otras. Que sea americano es que sea simple. Las distinciones entre el derecho francés y alemán son tenues por los matices y frente a la magnitud de los valores comunes expresados por la WLT, tanto el *common law* como el derecho civil, no son más que variaciones locales de la misma tradición,

48. K. ZWEIFERT y H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, Tübingen, 1984.
49. V. p. ej., H. J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard Univ. Press, 1982. Razonar en término de “Occidente” se está transformando en común para los autores europeos: v. J. M. KELLY, *A Short History of the Western Legal Theory*, Oxford, 1997; R. C. VAN CAENEGEM, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, 1995.

más o menos perfeccionadas según las ideologías o las preferencias de los autores.⁵⁰ En cuanto el derecho de los Estados Unidos, que tiene un *common law* inglés, los valores de la ilustración francesa, las sugerencias bien seleccionadas de la teoría alemana,⁵¹ y después de haber desarrollado un sistema judicial sin precedentes, se encuentra bien sugerido que se merece un lugar de honor.⁵²

El espíritu crítico ve fácilmente el carácter ideológico de estas clasificaciones: Francia tercera potencia; Alemania recuperada; los Estados Unidos última etapa de la evolución humana y jurídica.

Estas consideraciones, evidentemente, todavía llevan incluso una vez a trastocar la imagen convencional misma del Derecho Comparado en tanto empresa científica.

El Derecho Comparado como cualquier “derecho” es un discurso que produce un significado para orientarse en el mundo. Es entonces un discurso ideologizado forzosamente retórico, utilizando el espacio de ambigüedad de una cultura para producir los argumentos, a fin de organizar en esos detalles una conciencia orientada a las soluciones prácticas o culturales.

Hoy en día los comparatistas no son más las *Cenicientas*,⁵³ invitadas al gran baile del príncipe, sino juristas como los otros.

LOS REENCUENTROS CON LAS GRANDES CULTURAS

El Derecho Comparado, en tanto utilización del derecho extranjero, ha incluido reencuentros y confirmado y desmentido las conexiones. Considerando que la importancia de los contactos entre juristas italianos y ale-

50. V. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, cap. 3, “The distinction between Common Law and Civil Law: Doing Away with Legal Positivism”, p. 69 y ss.

51. V. M. REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World, 1820-1920*, Berlín, 1993.

52. V. U. MATTEI, “Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law”, en 42 *Am. Jo. of Comp. Law* 195, 1994.

53. V. FRANKENBERG, “Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law”, 26 *Harvard Int'l Law Jo.* 411. 416-421, 1985, que caracteriza a los comparatistas como “Cenicientas” en la “step-family of legal academia”.

manes⁵⁴ se mantiene intacta, al menos ahora no se puede dudar seriamente de que el contacto más importante de los últimos años está representado por la apertura a los Estados Unidos, y que la conexión, la más importante, sigue siendo la conexión con Francia.

El descubrimiento de América

Sin duda, la renovación de la cultura jurídica italiana ha pasado por el “descubrimiento” de la cultura americana provocada por el Derecho Comparado.

Ya hemos mencionado el papel desempeñado por Gorla y Cappelletti; hay que añadir aún las contribuciones de numerosos civilistas.⁵⁵ No es posible evaluar debidamente este enfoque en simples términos de solución. Ha producido un cambio de las prácticas discursivas del marco de interacción cultural, en una palabra, del *campo intelectual*. Por así decirlo que el espacio de ambigüedad del jurista italiano es el que ha cambiado.

El rol de la jurisprudencia, primero.

A partir del artículo “Giurisprudenza” escrito por Gorla, el debate sobre el papel de las fuentes se ha desarrollado en Italia como en todas partes de Europa. Pero en Italia este mismo debate tuvo un cambio en las técnicas de interpretación de las decisiones de los tribunales.⁵⁶ Hemos visto a los autores italianos apartarse de las prácticas tradicionales y comenzar a discutir en términos de oposición *ratio decidendi/obiter dictum* o bien *opinión y holding*.⁵⁷ Por lo tanto empezamos a criticar los resúmenes de las resoluciones formuladas por la Corte de Casación como máximas, para oponerlas a la reconstrucción de la *ratio* efectuada por los autores.⁵⁸ La

54. V. los trabajos de la Asociación de juristas alemanes e italianos en S. PATTI (cur.), *Annuario di Diritto tedesco*. 1998, Milán, 1998.

55. M. BESSONE (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Milán, 1996; G. ALPA, “La creatività della giurisprudenza”, en *Vita not.*, 1995, 1083; F. GALGANO, “La giurisprudenza nella società post-industriale”, en *Contratto e Impresa*, 1989, 357.

56. V. M. BIN, *Il precedente giudiziario*, Padua, 1995; G. VISINTINI (cur.), *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente, etc.*, Padua, 1988.

57. Evidentemente no han seguido la nueva ola, pero están bien representados, sobre todo por las elites avanzadas de la profesión.

58. G. VISINTINI (cur.), *La giurisprudenza*, op. cit.

oposición *ratio/obiter* ha devenido, entonces, por el seguimiento de una imitación sabia, una técnica propia del sistema imitador que se alejó del modelo original. Él es ahora una práctica *italiana* de la interpretación de las decisiones italianas.

La metamorfosis del campo intelectual ha desplazado también el marco cultural de referencia, es decir, el archivo de los juristas. La cita de autores americanos, en la justificación de las soluciones internas, se ha vuelto no solo cada vez más importante sino necesaria en las obras de derecho civil o de derecho público. Estas citas son utilizadas muchas veces fuera de su contexto originario y a fin de abordar cuestiones netamente locales. Pero no deja de tener valor, si se considera sencillamente la función meramente “citoria” siempre interpretada por los textos jurídicos. Estos textos tienen una función que es casi completamente determinada por sus usuarios.

El cambio del que estamos hablando aquí es entonces una mutación de archivos que provoca también evidentemente un vuelco en el *estilo*. Es, en efecto, el uso frecuente de ciertas fuentes que lleva a una transmigración del estilo del modelo a su usuario. Apoderarse de un estilo es una cuestión de detalle, de flexibilidad y de matices.⁵⁹ Pero no es un abuso el decir que el estilo de las obras italianas sufrió una gran influencia que ha modificado el modo de abordar tradicionalmente los argumentos jurídicos. Las sugerencias americanas, entonces, han quedado incluidas en el cuadro retórico del derecho nacional, sin referencia necesaria al contexto original.

En fin, la atención prestada al modelo americano ha implicado una “despositivización” del discurso jurídico. En efecto, sabemos muy bien que el sistema imitador es un sistema selectivo: que toma las elecciones y las elecciones muy claras, influenciadas por sus necesidades, a pesar del marco de significación del sistema imitado. Los imitadores proyectan su metadiscurso sobre los imitados, y entonces estos no tienen la calidad de apreciar la imitación. En estos días los italianos seguramente han preferido importar las características de las escuelas, por así decirlo minoritarias –del análisis económico de la extrema derecha a los estudios más críticos de la izquierda– más bien que el *mainstream*. Esto supuso, evidentemente, una mayor atención *vis à vis* de la teoría más bien que a las referencias

59. Es utilizado por ZWEIGERT y KÖTZ, *op. cit.* I. § 5. Como fundamento de clasificación de los sistemas.

específicas de los datos positivos.⁶⁰ Referencias que pueden ser tomadas *después* de la teoría.

Para concluir, la entrada de modelos americanos en la escena italiana generó una mutación del marco de interacción del jurista. Pero toda revolución tiende a causar divisiones: entre los entusiastas y los *refractarios*. Después de las novedades es, entonces una pregunta, la de ver cuál es la salud de las relaciones profundas que la cultura italiana siempre ha mantenido con otras culturas europeas.

Las relaciones con la francofonía

La relación más arraigada mantenida por la cultura jurídica italiana es evidentemente con Francia. ¿Cuál es entonces hoy en día, frente a la globalización del derecho, y a las influencias más y más poderosas del modelo americano, el rol que puede jugar la francofonía?

La pregunta debe ser apreciada dentro del desafío de las diferencias e identidades, pues en el marco de la condición posmoderna, impuesta por la globalización, en tanto que el fin de la “modernidad” de experiencias nacionales aisladas y centradas en los códigos o bien en la formalización del precedente. Es decir en el desafío de las contaminaciones, y el valor de las diferencias.

Los países vinculados *por* la francofonía representan un conjunto calificado por un determinado valor reconocido a la persona y por el desarrollo preciso de la regla de derecho. Pero esta identidad, ¿ha sido encarada fuerte y clara? En la condición posmoderna la pregunta de la identidad se plantea, en efecto, en tanto que proyecto. En este marco la existencia misma de la francofonía jurídica se encuentra al servicio de un valor global: el valor del multiculturalismo. Frente a la globalización, e incluso frente a los proyectos siempre intensos de la uniformidad y también de la codificación europea, se debe proyectar una defensa activa del multiculturalismo, que desvíe una defensa móvil de la diferencia. Especialmente de la diferencia de estilo, del campo cultural, de la manera de abordar las fuentes, de extraer los argumentos, de organizar las categorías. Pensar el derecho es pensar el mundo.⁶¹

60. U. MATTEI, “Why the wind changed”, *op. cit.*

61. V. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, París, 1988.

Es correcto pues por eso que se debe previamente redefinir la identidad francesa.⁶² Y hay que hacerlo en el nuevo marco de la francofonía mundial. Este proyecto, aunque centrado en la herencia francesa, no es pues un proyecto francés. Es una tarea del Derecho Comparado. Y por tanto, una empresa colectiva de los países francófonos o relacionados con la francofonía jurídica. Son los comparatistas los que deben, una vez más, examinar los caracteres profundos de los sistemas. Sobre lo que hay de presupuesto, de silencio,⁶³ de oculto, en la articulación de fragmentos varios dentro de un conjunto que quiere presentarse como un sistema jurídico de acuerdo de la sociedad.

Frente a la globalización, permanecer aislados o refractarios es imposible. La globalización debe ser acondicionada. Este acondicionamiento debe estar administrado en el interior del marco del multiculturalismo jurídico, y esta gestión es, pues, en efecto inviable sin un conocimiento crítico del derecho.

En conclusión, todo proyecto supone un recuerdo. El recuerdo es no ignorar. Para los países latinos se trata de una necesidad más que un imperativo. Necesidad, por tanto, bien resumida por un muy famoso lema francés... *Je me souvien*.

62. V. los problemas planteados por el presidente Malinvaud en el coloquio *La circulation du modele juridique français*, *op. cit.*, 6.

63. V. R. SACCO, "Le droit muet", en *Rev. Trim Dr. Civ.*, 1995, p. 783.

B.

El estudio del Derecho Comparado
en las distintas ramas del Derecho

B.1.

En el derecho Constitucional

¿Existe un Derecho Constitucional Comparado?*

*Jorge Reinaldo Vanossi***

I.

El interrogante que plantea el título envuelve una cuestión que trasciende los límites del *derecho constitucional*, para abrazar en común a todas las ramas del derecho. No obstante ello, construiremos algunas reflexiones partiendo de la órbita del *derecho constitucional*, por tratarse de una disciplina *marco* o *cuadro* con relación a otras ramas del derecho, especialmente del campo del derecho público. Se ha dicho con reiteración que muchas ramas del derecho público son verdaderos capítulos del *derecho constitucional*, y, sin entrar a discutir el grado de acierto de tal afirmación, parece aceptable que los contenidos del *derecho constitucional*, en su faz conceptual y positiva, son condicionantes de las demás formulaciones jurídicas que se producen en el ámbito de un Estado determinado. Por ello mismo, la concreta situación de un llamado *derecho constitucional* “comparado” gira alrededor de la idea misma del *derecho constitucional* en cuestión: según sea la amplitud metodológica de ese derecho, será afirmativa o negativa la respuesta al interrogante inicial que encabeza este trabajo.

El *derecho constitucional clásico* ha tenido como objeto de su estudio a las regulaciones supremas y fundamentales del Estado, ya sean las atinentes a la formación, procedimientos y competencias de los órganos estatales, o bien sean las relativas a los derechos y garantías de los particulares (normas

* Publicado en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires como capítulo del trabajo del autor sobre “La enseñanza del derecho constitucional”, 1999, p. 255 y ss.

** Miembro Titular de las Academias Nacionales de Derecho, de Ciencias Morales y Políticas, de Educación y de Ciencias (Buenos Aires). Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (México).

de organización y normas de conducta, respectivamente). Por lo general esas regulaciones han estado consagradas en Constituciones escritas y codificadas, cuyos contenidos fueron esparcidos en dos partes, orgánica y dogmática, que correspondieron en líneas generales a las dos fases antes apuntadas. Durante todo el tiempo que el *derecho constitucional* “clásico” apuntó a contenidos eminentemente *normativos*, sus métodos de conocimiento (utilizando la palabra “método” en un sentido amplio) fueron propiamente jurídicos, es decir, los comunes a todas las demás ramas del derecho. Esa situación metodológica era normal y aceptable, habida cuenta que el objeto de estudio estaba formado por normas jurídicas (las normas constitucionales) y que tales normas recibían un tratamiento científico adecuado por parte de la metodología jurídica en general. A ese *derecho constitucional* clásico, con un objeto determinado, correspondían métodos apropiados al citado objeto de estudio (toda ciencia tiene un objeto y a todo objeto corresponden determinados métodos de conocimiento).

El *derecho constitucional moderno* ha ampliado el objeto de su estudio y, consecuentemente, ha debido extender sus recursos metodológicos. A todo ensanchamiento del objeto científico corresponde una apertura metodológica, en razón de la ya mencionada relación que existe entre objeto y métodos. Así, al incorporar al objeto de estudio diversas instituciones y fenómenos que había soslayado de su campo el *derecho constitucional* clásico, el nuevo *derecho constitucional* debió acudir al auxilio metodológico de utilizar en su trabajo diversos métodos propios de otras disciplinas de las ciencias sociales. Y de la misma manera que el derecho clásico había aprovechado los beneficios del conocimiento *histórico*, valiéndose de sus importantes aportaciones en torno al origen y desenvolvimiento de las instituciones constitucionales, el *derecho constitucional* moderno hizo lo propio —y lo continúa haciendo— con los valiosos elementos que suministra la *sociología política*, en especial alrededor de la búsqueda de datos sobre la funcionalidad de esas mismas instituciones constitucionales. Lo que algunos autores encaran como las relaciones entre el *derecho constitucional* y una llamada “ciencia política” (en singular), en realidad, no es más que la problemática de la inserción en el campo metodológico del *derecho constitucional* de aquellos métodos provenientes de otras ramas del saber científico; y, más concretamente, se trata de la utilización por parte del *derecho constitucional* de herramientas de trabajo prestadas o facilitadas por varias ramas de las

ciencias sociales (o de las “ciencias políticas”, en plural, ya que no se trata de una disciplina-especie sino de un género de disciplinas).

Si pensamos en los horizontes ecuménicos de la Historia (sobre todo cuando actúa como disciplina coadyuvante del conocimiento constitucional) y si a ello agregamos la imposibilidad de un fraccionamiento territorial o estatal de la realidad objeto de la Sociología, veremos entonces con claridad que el estudio constitucional es un tipo de estudio que no puede prescindir del estudio *comparativo*. Cuando el *derecho constitucional* comprende el estudio de las Constituciones políticas más el conocimiento de las instituciones que con ella se vinculan, para lo cual se apoya en los datos y en los métodos facilitados por la Historia y por la Sociología Política, es que—entonces—la “comparación” se impone como necesario procedimiento intelectual para alcanzar la unidad indispensable en todo estudio científico. La “comparación” no es pues una sofisticación intelectual de ciertos juristas ni, menos aún, el alarde de erudición de los tratadistas; sino, por el contrario, la consecuencia lógica de un perfeccionamiento en la metodología jurídica, que el constitucionalista no puede prescindir sin causar seria lesión a la plenitud de su conocimiento. En el *derecho constitucional*, al menos, la “comparación” se impone como actitud científica del sujeto, ya que en caso contrario el producto de su trabajo intelectual ofrecería una versión sectorial y parcializada del objeto en estudio. Sin “comparación” el constitucionalista ofrece resultados incompletos, que dan base falsa a las consecuencias y conclusiones de su trabajo y, peor aún, si se las toma como datos o elementos para ulteriores fines paradigmáticos o de modelos.

II.

Planteadas así las cosas, surge de inmediato la alternativa propia de la cuestión: si el *derecho constitucional* comparado es tal, o sea, si es verdaderamente una rama o disciplina del área constitucional, o, en cambio, si se trata de una modalidad metodológica aplicable al *derecho constitucional* en sí. En otras palabras: si el Derecho Comparado—con particular referencia a la disciplina constitucional— es *objeto* o es *método*. Nosotros nos hemos pronunciado por el segundo término de esa alternativa, recordando el paso del *derecho constitucional* clásico al *derecho constitucional*

moderno, pero también creemos que la respuesta es igualmente válida para todas las etapas del *derecho constitucional*, debido a que los supuestos que la fundamentan valen en ambas. Más aún, la expresión “Derecho Comparado” no es ni ha estado ajena a la metodología empleada por las diversas ramas del *derecho constitucional*, desde que en cualquiera de ellas ha resultado siempre imprescindible la adopción del *comparatismo* como herramienta del conocimiento. Ello ha sido así aun en los casos en que ciertos autores han optado por sistematizar las llamadas disciplinas jurídico-constitucionales en forma tripartita: así, por ejemplo, Manuel García Pelayo, que acepta la clasificación en: a) *derecho constitucional* “particular”, b) *derecho constitucional* “general”, y c) *derecho constitucional* “comparado”; ya que cuando tiene que diferenciar el “general” del “comparado” debe señalar que “...mientras este se interesa por los grupos jurídico-constitucionales en su singularidad y contraste frente a otros grupos, en cambio, el primero se preocupa solamente de las notas generales y comunes, bien del *Derecho constitucional* de un tiempo dado, bien de un sistema determinado, siendo en este caso teoría general de dicho sistema”.¹ Las expresiones que anteceden están confirmando la idea según la cual es imposible “hacer” un *derecho constitucional* particular o un *derecho constitucional* general sin apelar al método comparativo. No es menester que el método comparativo sea el método principal y único del estudio “particular” o “general” del derecho constitucional; y hasta puede ocurrir que las aportaciones del comparatismo resulten subsidiarias o coadyuvantes del análisis del objeto, o que no modifiquen los resultados por otras vías alcanzados inductivamente o deductivamente; pero en todos los casos se comprobará que la comparación ha sido *conducente* al necesario recaudo y premisa del conocimiento pleno, cabal e integral del objeto que se estudia.

Es por ello que el constitucionalista es un comparatista por antonomasia. El pretendido constitucionalista que no sea a la vez un comparatista será, en el mejor de los supuestos, un semi-constitucionalista o un cuasi-constitucionalista. La formación comparatista es aneja a los estudios constitucionales del jurista, a tal punto que la expresión nos ilustra sobre

1. Conf. GARCÍA PELAYO, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, Revista de Occidente, 4º ed., Madrid, 1957, p. 2.

esa confluencia científica desde el surgimiento mismo del *derecho constitucional* como rama autónoma del derecho público: todos los grandes constitucionalistas han sido comparatistas.

Para reforzar los asertos que van expuestos es menester procurar un esclarecimiento acerca de los variados alcances con que es utilizada la expresión “Derecho Comparado”, sobre todo en el campo de saber constitucional específicamente. Podemos distinguir tres niveles de significación, a saber:

1) El Derecho Comparado como la *juxtaposición* o el *inventario* de las existencias legales en otros países. Aquí se trata de la descripción de un objeto legal ampliado o ensanchado territorialmente: consiste en una mera confrontación de textos legales de diversos Estados. Es lo que bien puede llamarse “legislación extranjera” o “derecho extranjero”, como vía para el conocimiento –casi siempre positivo y no teórico– de las normas vigentes en otros países, a la manera de un mosaico normativo. Su utilidad es grande, aunque más lo es en el ámbito del derecho privado, como forma de incentivar o de asegurar las relaciones jurídicas multijurisdiccionales.

2) El Derecho Comparado entendido como el *necesario punto de referenciapara el mejor conocimiento de una o varias instituciones*. Aquí estamos en la proyección dinámica del conocimiento referido en el punto anterior (que era meramente estático). En los países federales –por ejemplo– esta proyección se manifiesta también en el plano interno, a través de las relaciones entre el derecho público provincial y el derecho federal o nacional, como forma para el conocimiento comparativo y en movimiento de las instituciones constitucionales.

3) El Derecho Comparado entendido como el *método para la busca de sistemas*. Esta es la verdadera grandeza del comparatismo. Estimo que esta perspectiva del Derecho Comparado (que para mí es la más importante desde el punto de vista científico) es equivalente a una de las “tendencias” mencionadas por García Pelayo, cuando se refiere a “la reducción de las Constituciones de los Estados particulares a grupos colectivos, pero cada uno de ellos dotado de propia singularidad con respecto a los demás, de modo que se opera mediante la reducción de singularidades individuales a singularidades colectivas”, de tal modo

que “forma [...] conceptos colectivos frente a las individualidades que agrupa en su seno, y conceptos individualizados frente a otras formas colectivas de ordenación jurídico-constitucional”.²

Si examinamos cuidadosamente los tres casos indicados, veremos que en todos ellos el “comparatismo” no es objeto, sino metodología. En el *primero*, con la dimensión de un simple *enfoque*, o sea, como medio o vía de acceso para el conocimiento del objeto legislado. En el *segundo*, con los alcances de una *técnica*, que es genérica pero también específica de la materia jurídico-constitucional. Pero sólo en el *tercero* tiene la dimensión de un verdadero *método*. Es recién en la búsqueda de sistemas donde el Derecho Comparado ofrece sus máximas posibilidades, brindando así el medio imprescindible para la determinación y la clasificación de los sistemas, como asimismo para el estudio propio de cada uno de ellos.

III.

Después de las consideraciones precedentemente formuladas, estamos en condiciones de intentar una conceptualización del quehacer comparativo. Encarado desde el punto de vista del sujeto, podemos decir que *comparatista* es el que profundiza el conocimiento de su objeto valiéndose del auxilio del método comparativo, para llegar a la ubicación de ese objeto dentro de un sistema, o eventualmente para considerar al sistema como el objeto mismo de su estudio. Más adelante precisaremos el perfil de esa tarea “comparativa”. Por ahora basta con saber sobre qué recae tan particular tarea.

Si el comparatismo es constitucional y si lo desplegamos como actitud científica que traspone los límites del mero conocimiento de la legislación extranjera, cabe afirmar que en tales condicionamientos no se es comparatista por el solo hecho de saber idiomas, ni se hace comparatismo por la sola circunstancia de practicar traducciones de textos legales: es necesario conocer dos cosas como mínimo, que son el *Derecho* (que se estudia) y la *Metodología* de la

2. Conf. GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 21. Dice este autor: “Así, pues, se trata también de una representación típica, ya que trabaja con formas y relaciones fundamentales comunes a una serie de constituciones particulares dotadas de notas similares o afines”.

investigación (con que se estudia). Si hoy dijimos que el constitucionalista no es tal si no es también comparatista, ahora estamos en condiciones de sostener que el comparatista –a su vez– no es tal si no es un jurista (científico) que domina las técnicas de investigación (científicas), o sea, que el comparatismo supone una actitud científica al servicio del saber jurídico.

Todo esto nos reafirma en la certidumbre del aserto inicial. Desde estos puntos de vista puede decirse que es imposible “hacer” *derecho constitucional* sin acudir al método comparativo, porque el *derecho constitucional* es comparativo en tanto y en cuanto las instituciones constitucionales sólo se terminan de comprender en su cabalidad cuando se las estudia en relación con los sistemas a que pertenecen, con sus afines, y con sus antagónicos. Para llegar a ello nada empece a que se parta del estudio de un *sistema*, de *varios*, o de *todos*; tampoco se hace abandono del comparativismo ni se tergiversa sus reglas si el estudio es encarado como simultáneo de varios regímenes constitucionales, integral y de conjunto de todos ellos (sistémicamente), o partiendo de uno determinado. También en este último caso se permanece dentro del quehacer comparativo, cuando –al decir de García Pelayo– se trata de “...centrar el estudio en el *Derecho constitucional* de un país particular, de manera que sea este el que se toma como término de comparación, interesando la organización jurídico-constitucional de los demás países únicamente en la medida que muestren similitud o contraste o sirvan de aclaración para aquel que forma el objeto central de estudio”.³ Esta técnica de estudio también es “comparativa”, aunque no revista el carácter plenario que llega a asumir la exposición de los sistemas en su conjunto. Por eso, el comparatismo no puede ser estereotipado en fórmulas o en formas únicas que consagren tipos exclusivos o excluyentes, ya que existen múltiples maneras de asumir el quehacer comparativo: un verdadero pluralismo de medios y de estilos.

3. Conf. GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 21. Un punto de vista semejante es sostenido por HERNÁNDEZ GIL, Antonio en *Metodología de la Ciencia del Derecho*, t. I, Madrid, 1971, p. 221. Allí dice: “Se amplía notablemente el ámbito de la experiencia jurídica, sobre todo si aquélla no se circunscribe a poner en contacto los textos legislativos, sino que, más profundamente, penetra en el análisis de la situación social que tiene por base las instituciones, así como en el estudio de las concepciones de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia. Y esto, aún sin llegar a un estudio científico de Derecho Comparado, sino estudiando el derecho interno con un método comparativo, que es la modalidad comparativa más generalizada”.

En la actualidad coinciden opiniones tan valiosas como las de Messineo, Gutteridge, René David, en afirmar que el comparativismo no es una rama del derecho sino un *método* común en su aplicación a cualquier rama del Derecho. Ya ha quedado superada la tendencia inicial de los juristas, que al surgir la moda del comparativismo (a comienzos del siglo actual) se obsesionaron por definirlo en razón de su *función*: tal fue la postura de los primeros “grandes”, como Lambert, para quien esta disciplina debía buscar los principios universales de la humanidad civilizada, sirviendo así a la unificación legislativa y eventualmente a la solución de los conflictos de leyes.⁴ Las más modernas tendencias no centran la cuestión del Derecho Comparado en la oficialización de sus “funciones”, sino que se limitan a considerarlo un *método* que, como tal, es susceptible de diversas aplicaciones.⁵ Mientras que Saleyilles –*circa* 1900– hablaba de un “derecho común de los países civilizados” (y Lambert en la misma época invocaba un “derecho común legislativo”), concibiendo al Derecho Comparado como la búsqueda de principios de derecho establecidos en escala mundial, con lo que se acentuaba el pretendido carácter independiente y autónomo de esta disciplina; en

4. Para una síntesis de la evolución del Derecho Comparado, puede consultarse la obra de BADANES GASSET, Ramón, *Metodología del Derecho*, p. 226 y ss., Barcelona, Bosch, 1959.

En esa función mesiánica que originariamente se le asignó al Derecho Comparado, creemos hallar una fuerte connotación iusnaturalista. Tal inspiración también se encuentra presente en Giorgio DEL VECCHIO, “Sul Diritto Comparato” (Sobre el Derecho Comparado), en *Estudios de Derecho*, col. XXIII, N°65, de la Universidad de Antioquía, Colombia.

5. En la ya citada obra de Badanes Gasset se cita la opinión de René David, quien resume las diversas aplicaciones en varios países del mundo: “En Italia y en los países de América Latina la idea de unificación del Derecho es la que domina, inspirada por una concepción universalista del Derecho; en los Estados Unidos los estudios de Derecho comparado están más alejados de la teoría y tienden sobre todo a finalidades prácticas en relación con la expansión política, económica y comercial de los intereses americanos en el mundo. En Alemania se perpetúa la tradición de los pandectistas, y parece que se ve en el Derecho Comparado principalmente un auxiliar de la teoría general del Derecho, permitiendo una mejor definición y comprensión de los conceptos jurídicos. En Inglaterra el Derecho Comparado aparece sobre todo como un medio de mejor conocer y de mejorar el derecho nacional. En Francia el Derecho comparado se une estrechamente a la sociología, tendiendo a utilizarlo como instrumento de comprensión recíproca entre los juristas y los pueblos” (conf., *op. cit.*, p. 230).

cambio, las tendencias más recientes del comparativismo renuncian a tan ambiciosos fines y, después de practicar una saludable autocrítica, se pronuncian y orientan por la concepción del mismo como *un método* para el estudio de las instituciones jurídicas, que se aplican como medio para el conocimiento y análisis de los diversos *sistemas* vigentes.⁶ Esta tendencia actual, claramente expuesta por Gutteridge —entre otros— *circa* 1946, es perfectamente aplicable al fenómeno del *derecho constitucional*, donde el método comparativo resulta imprescindible para el estudio de los “sistemas” y “regímenes”, y, dentro de estos, también para el conocimiento de las “instituciones”. Podríamos decir que si en alguna rama del derecho aparece nítidamente esta nueva concepción del Derecho Comparado como método, es, precisamente, en el *derecho constitucional*: tanto en el *derecho constitucional* clásico como en el *derecho constitucional* moderno, aunque más enfáticamente en este último.

Nada impide concebir al comparativo como un método de aplicación en el área del *derecho constitucional* (como también es de aplicación a todas las ciencias sociales) si se entiende por “método” el *camino hacia el conocimiento*, antes que al conocimiento propiamente dicho.⁷ Cuando en párrafos siguientes entremos a ver cómo se aplica este método en el área de nuestra especialidad, comprobaremos que su función y utilidad es esa y no otra: vale y sirve en cuanto es un “camino” o una apertura o un medio para el conocimiento, cualquiera que sea la función que con ese conocimiento se puede llegar a cumplir *a posteriori*. El método comparativo vale como tal, es decir, en cuanto método y herramienta de trabajo para el saber jurídico. Para nosotros, como conducto para el conocimiento de los sistemas constitucionales y de sus respectivas instituciones. Aun partiendo de una sola institución.

6. Véase, al respecto: ANCEL, Marc, “Un siglo de evolución del Derecho Comparado. (A propósito del centenario de la Sociedad de Legislación Comparada)”, en *La Ley*, t. 139, p. 1012. Dice el eminente jurista francés: “La idea de legislaciones nacionales ha sido sustituida, en efecto, por la de los ‘sistemas jurídicos’ que agrupan un conjunto de legislaciones particulares unidas por su origen y sus fuentes, o sus métodos de desarrollo...”.

7. Conf. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, p. 464.

IV.

Mucho se ha discutido sobre las ventajas del método comparado; y desde los primeros comparatistas hasta los más cercanos han exaltado las bondades de un tratamiento científico que incluya la aplicación del mencionado método. En el ámbito concreto del derecho –y extensivamente en el área más específica del *derecho constitucional*– se han mencionado las siguientes ventajas:

- 1) El Derecho Comparado (como método) permite el mejor conocimiento del derecho propio, o sea, del derecho positivo particular de un determinado Estado o conjunto de Estados.⁸
- 2) Es un instrumento apto para preparar reformas legislativas, es decir, para procurar el mejoramiento de la legislación positiva, incorporando a un determinado ordenamiento las bondades probadas y experimentadas de otros ordenamientos que se toman como modelos o paradigmas.
- 3) Es un elemento auxiliar en la tarea de la interpretación, que permite resolver problemas de hermenéutica en un determinado ordenamiento sobre la base de elementos tomados de otros ordenamientos en funcionamiento: pautas, criterios, reglas, identidades, diferencias, analogías, standards, marcos, referencias, fuentes, etc., etc., en un listado interminable de vasos comunicantes que los juristas encuentran en sus búsquedas o que –más allá de la exactitud del hallazgo– ellos fijan como premisa de sus trabajos.⁹

8. Conf. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *op. cit.*, p. 221; ROTONDI, Mario, “El Derecho Comparado”, en *Doctrina Jurídica*, La Plata, p. 201.

9. BADANES GASSET, *op. cit.*, p. 239, opina que el método comparativo es instrumento valiosísimo para la interpretación, pero mayormente para el progreso de la ciencia del Derecho.

Sin embargo, su utilidad para la mejor “interpretación” es destacada por casi todos los autores que valoran las diversas funciones del método. Así, por ejemplo, AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA, en la *Introducción al Derecho* (9ª ed., Buenos Aires, 1972) caracterizan al Derecho Comparado como “...el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diversos países y épocas, con el fin de

4) El Derecho Comparado aparece “como un método lógico correctivo de la dogmática o de la exégesis del Derecho positivo particular”, es decir, para morigerar las consecuencias de la excesiva dureza del método exclusivamente exegetico.¹⁰

Nada parece necesario abundar más en la mención de las ventajas del método comparado. En algunos casos se ha hecho más un abuso que un uso racional del mismo. Con respecto a su uso puede decirse también que de lo sublime a lo ridículo solo media un instante. . . . Es por ello mismo que ha nacido la preocupación por enunciar los riesgos o peligros que conlleva la adopción del método comparado, cuando excediendo la medida de su condición auxiliar se convierte en el procedimiento automático de una verdadera *calcomanía* jurídica. Ya los autores han advertido la desviación que implica el mimetismo de los que por debilidad, moda o pereza, se entregan a la “servil copia de figurines extranjeros”.¹¹ Un jurista de la agudeza de Jerome Frank previno que el abuso del Derecho Comparado puede ocasionar más confusión que claridad; y en esos términos queda planteada –a nuestro entender– la verdadera cuestión: el método comparado vale y sirve en tanto y en cuanto suministra *claridad* en la percepción científica del jurista, pero debe ser desechado o reconsiderado cuando por su aplicación unilateral y exagerada conduce a la *confusión* entre el ordenamiento o modelo adoptados y el ordenamiento o modelo de estudio. Esto es particularmente grave y delicado en el ámbito del *derecho constitucional*, como enseguida veremos.

No ha pasado desapercibida la diferente situación en que se encuentran las diversas ramas del Derecho con respecto a la medida o intensidad con que cada una de ellas puede acoger el empleo o adopción del método comparado como parte de sus respectivas técnicas de estudio o conocimiento. En algunos casos, hasta se llegó a dudar de las diferencias entre

determinar sus notas comunes y sus diferencias y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y elementos de juicio para su interpretación y reforma” (p. 99).

10. Conf. ROTONDI, Mario, *op. cit.*, pp. 201 y 205. Tal fue el aporte concebido por Saleyilles, en los tiempos de mayor entusiasmo sobre la misión del Derecho Comparado.

11. Conf. DE CASTRO, *Derecho civil de España* (p. 338), citado por BADANES GASSET, *op. cit.*, p. 238. Badanes Gasset advierte sobre los peligros de la aplicación indiscriminada: la comparación juega siempre con analogías, no con identidades (p. 240).

un supuesto “Derecho Comparado” universal y alguna rama del Derecho como el “derecho internacional”, pero la distinción no tardó en volver a quedar restablecida.¹² Por otra parte, no han faltado las observaciones tendientes a señalar la mayor aptitud del derecho “privado” para asimilar el método comparado, en atención a que ciertas ramas del ius-privatismo ofrecen numerosos aspectos internacionales, como, por ejemplo, el derecho comercial por su radio de actividad (que con frecuencia trasciende los límites nacionales). Pero esos enfoques del problema se apartan del meollo de la cuestión, toda vez que esta no consiste en equiparar o absorber al Derecho Comparado con otras ramas del Derecho, sino –por el contrario– en subrayar su condición instrumental del método o técnica al servicio de todas y de cada una de las disciplinas jurídicas. Nos parece tan equivocada la postura de quienes insisten todavía en reclamar para el comparativismo el rango o la condición de una rama autónoma, independiente, distinta y nueva en el mundo del Derecho, como es errónea la tesis de los defensores de la identificación o asociación del “Derecho Comparado” con alguna de las partes del derecho público (Internacional) o del derecho privado (Comercial). Rechazamos por igual esas teorías.

Si volvemos al aspecto referente a la diversa medida de la aplicación del método comparado, entonces sí que notaremos algunas diferencias de grado, que, pese a ello, no obstan a la aplicación general del citado método. Por ejemplo, parece obvia la precaución de Bielsa en el sentido de “...que el derecho público es esencialmente nacional, y el sistema constitucional se concibe de acuerdo con principios de índole política diversos, a diferencia de los derechos privados que tienden inclusive a uniformarse por motivos de interés recíproco de diversos países”.¹³ Es por ello que Bielsa concreta y

12. En el ya citado trabajo de ROTONDI se lee: “Una especial coincidencia en el campo de la investigación tienen el Derecho comparado y el Derecho internacional: ambos parten del presupuesto de la coexistencia de los diversos ordenamientos jurídicos en el espacio, pero mientras que el Derecho comparado, colocándolos a todos sobre un mismo plano de investigación, se preocupa exclusivamente por poner en evidencia coincidencias o diferencias entre las normas o entre principios, el Derecho internacional se preocupa por determinar cuál de estas ramas o de estos principios debe aplicarse a las relaciones que tengan elementos objetivos o subjetivos que los ligen con diferentes ordenamientos jurídicos y que determinan conflictos tan delicados y frecuentes, positivos o negativos, entre las normas que emanan de los diversos ordenamientos territoriales”.

13. Conf. BIELSA, Rafael, *Metodología Jurídica*, Santa Fe, Casatellví, 1961, p. 51.

condiciona el valor del Derecho Comparado en el ámbito iuspublicístico a la circunstancia de que los *motivos presupuestos* sean más o menos análogos, dado que en la “comparación” no se puede prescindir de los factores históricos, económicos y culturales: hace falta el examen orgánico de antecedentes históricos de la institución y el análisis de su resultado en la práctica, siguiendo así un método inductivo y concreto antes que el dogmático y abstracto.¹⁴ Podemos coincidir con estas salvedades o reservas que Bielsa formula a la adopción del comparativismo en el derecho público, siempre que con ellas no se aparte de las notas esenciales y permanentes con que el mismo Bielsa caracteriza la aplicación del método comparado: la *abstracción* y la *generalización* como pasos previos para la valoración que es inherente a todo proceso racional de extracción de conclusiones.¹⁵

Por último, corresponde decir algunas palabras en torno a la aplicación del método comparado en el *derecho constitucional* “particular”, es decir, el que estudia un orden jurídico-constitucional determinado. A este respecto, cabe señalar el carácter *subsidiario* que en tales casos reviste la apelación a las soluciones del Derecho Comparado, en contraste con la tendencia (o más que tendencia, una real tentación) a predicar la viabilidad lisa y llana de las secuelas del modelo en las consecuencias de la imitación. En rigor, es mucho más segura y cierta la aplicación del Derecho Comparado a las construcciones del *derecho constitucional* “general” que al “particular”; y esto se comprende en razón de que el primero está mucho más vinculado con la búsqueda o explicación de *sistemas*, mientras que el segundo se limita con frecuencia a la descripción o crítica o interpretación de las *instituciones* in-

14. *Idem*, p. 57. La “comparación” pertenece al método inductivo. Señala HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, pp. 216 y 217, que el método comparativo supone un proceso “rigurosamente inductivo”; y que este método propugna “...una ampliación del círculo de lo dado para la elaboración y formulación de los conceptos jurídicos, mediante el análisis de otros derechos (históricos y vigentes)” (p. 216).

15. Bielsa pone énfasis en que para la “comparación” es necesario –después del conocimiento descriptivo de las disposiciones legales– valorar formación y función de la norma con respecto a la institución de uno y otro derecho, o sea, los que son objeto de comparación. Y para ello es también necesario el examen de la jurisprudencia comparada (*op. cit.*, p. 56). Lo que este autor nos quiere significar es que “comparar” no consiste ni se reduce a acumular datos, a yuxtaponer leyes, a sumar referencias, a hacer acopio del mapamundi jurídico, etc.; sino que “comparar” supone otra actitud mental y, sobre todo, la aplicación de un criterio científico de valoración, partiendo de una rigurosa operación mental de inducción.

tra-sistemáticas (y no inter-sistemáticas) de un ordenamiento constitucional. Con esto queremos decir que el empleo o adopción del método comparado es mucho más relevante en el ámbito del *derecho constitucional* “general”, aunque no es privativo de este, ni –mucho menos– excluyente de su uso en el *derecho constitucional* “particular” (aunque aquí en menor medida).

El límite para la aplicación del método comparado en el *derecho constitucional* “particular” está dado –precisamente– por la filiación de las instituciones que se analizan *dentro* de un sistema. A propósito, el ya citado Bielsa señala que no procede la aplicación del Derecho Comparado cuando importa un trasplante o injerto de otras legislaciones y con ello se afecta la *unidad del sistema*.¹⁶ Por ejemplo, la utilización de formulaciones procedentes del Derecho Comparado en el área del derecho administrativo solo es eficaz si median orientaciones comunes con el derecho nacional y si *ambos* regímenes constitucionales son afines o convergentes en sus lineamientos generales; caso contrario, el estudio comparativo tiene un valor meramente secundario o, peor aún, puede conducir a conclusiones erróneas.

Desde hace décadas nos empeñamos en resaltar este ponderable condicionamiento que sufre el *derecho constitucional* “particular” en cuanto a la absorción del método comparado; y al poner como ejemplo el ordenamiento constitucional de la Argentina, señalábamos la diversa filiación de sus instituciones con respecto a otros tantos “sistemas”.

Así, anotábamos que:

a) Mientras la forma de gobierno (republicana) y la forma de estado (federal) responden a la adopción expresa del modelo de Filadelfia, es decir, de la Constitución de EE.UU. de 1787; y

b) Mientras el sistema legal es predominantemente continental-europeo, o sea, de factura codificada y de plena adhesión a los patrones abstractos y racionales de la ley escrita y general; resultaba que:

a’) el sistema de control de constitucionalidad seguía los lineamientos del modelo norteamericano, es decir, de control judicial difuso, a cargo de todos los jueces que componen el poder judicial (tanto nacional como provincial); pero

16. *Op. cit.*, p. 58.

b') el poder de los jueces se manifiesta con un doble despliegue, que asume los contornos de una verdadera dualidad; ya que:

a") mientras en el área de la interpretación constitucional es amplio y extenso (sin más exclusión que las denominadas “cuestiones políticas” no justiciables), a tal punto que se ha compartido la afirmación de que la Corte Suprema es algo así como una convención constituyente en sesión permanente (Woodrow Wilson), o que estamos regidos por una Constitución pero esa Constitución es en definitiva lo que los jueces dicen que es (Charles Evans Hughes);

b") en el área de la aplicación e interpretación legal, no solo no se sigue el sistema del *commonlaw*, ni el *case method*, ni se reconoce mayor valor a la fuerza del precedente, sino que se concibe a la función judicial misma con alcances equivalentes a los demostrados en los regímenes de filiación europea, en lo que a las relaciones entre legislación y jurisprudencia se refiere.

En consecuencia, tenemos que partir en toda o cualquier comparación de los datos siguientes: los jueces argentinos pertenecen a un régimen constitucional de lineamiento norteamericano en cuanto a la conformación de un “poder” del Estado (el Poder Judicial), pero se desenvuelve en los cauces de una concepción europea clásica a la conformación de una “administración” de Justicia (independiente pero sin poder político, entendiendo a este último como poder creador de normas generales). Por lo tanto, el valor del *leading case* está limitado en el sistema constitucional argentino a los pronunciamientos de interpretación constitucional emanados del intérprete final de la Constitución: la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁷ Siendo esto así, como queda dicho, la aplicación del *método*

17. Véase, VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Constitución, Jurisprudencia y Writ of Certiorari”, en *JA*, del 10 de marzo de 1964. En dicho trabajo analizamos el choque de influencias que recae sobre el sistema jurídico argentino, por la del modelo anglosajón en el plano constitucional y la del modelo continental europeo en el plano legal. Así, consideramos la diversa asimilación de los componentes “racionalistas” e “historicistas”

comparado debe realizarse con especial cuidado, si se quiere evitar que sus resultados puedan dar lugar a formulaciones erróneas y apartadas de los lineamientos fundamentales del régimen constitucional argentino: no todas las formulaciones provenientes del sistema norteamericano tienen valor para la interpretación y el análisis de las instituciones constitucionales argentinas; y tampoco cabe una idéntica mecánica con relación a los esquemas procedentes del sistema europeo (todo esto, aparte de las diferencias literales que exhiben las respectivas constitucionales políticas y que tienen muchas más implicancias que las diferencias legales que ofrecen las normas de sus respectivas legislaciones comunes). El especial cuidado que se recomienda en la utilización del método comparado está pues fundado –entre otras cosas– en la función que la “comparación” cumple en la metodología de una ciencia típicamente social como es el Derecho, en que el método comparativo sustituye o equivale a lo que es la experimentación en el ámbito de las ciencias de la naturaleza: así lo señalan con gran acierto Duverger, Burdeau y la mayoría de los autores modernos.

V.

A manera de síntesis

- Nos inclinamos a favor de la concepción del llamado “Derecho Comparado” como un *método* y no como una disciplina autónoma e independiente dentro del ámbito del saber jurídico. Es una herramienta y no un objeto.

- Estimamos que la finalidad del método comparado o comparativo es *auxiliar* de los otros métodos con que cuenta la metodología del Derecho y está al servicio de los mismos objetivos que persigue toda esta.

en nuestro Derecho, como también los alcances que asume entre nosotros la división o separación de Poderes del Estado en su especial incidencia sobre las funciones judiciales: los límites a la “libre creación judicial”, etc.; tales planteos son previos y necesarios para un correcto trabajo de Derecho Comparado, ya que cualquier confusión al respecto puede ser causa de un equivocado encuadre teórico. Precisamente acá es donde queda demostrada la bondad de inducción y, por ende, la utilidad de la comparación.

- No creemos que el “Derecho Comparado” tenga que abrigar dimensiones utópicas, como pretender descubrir la existencia de un derecho universal;¹⁸ por el contrario, estimamos que su rol es más modesto pero también más seguro, permitiendo incorporar la *dimensión espacial* al conocimiento integral y sistemático del fenómeno jurídico, superando así las construcciones intelectuales aisladas o fraccionadas.¹⁹

- Con respecto al pretendido “derecho constitucional comparado”, consideramos que no es otra cosa más que la aplicación del método comparado al área del conocimiento constitucional; siendo perfectamente aplicable al mismo todas las afirmaciones hechas con relación al Derecho Comparado en general. Por lo tanto, no existe una rama autónoma y separada del *derecho constitucional* que reciba el nombre de “comparado”, sino que se trata de la *inserción del método comparado* en el quehacer científico de los constitucionalistas.

- La utilización del método comparado es igualmente útil en los trabajos del *derecho constitucional* “general” y en los del *derecho constitucional* “particular”; pero mientras resulta imprescindible e insoslayable en el primero (no puede haber un *derecho constitucional* “general” que no esté edificado con los aportes del método comparativo), tiene un valor más relativo en el segundo, ya que en este el acierto de su aplicación dependerá grandemente de la afinidad o identidad de filiación entre el sistema adoptado y el que recibe el modelo.

- Puede afirmarse en general que a esta altura de los estudios constitucionales no se concibe un *derecho constitucional* plenario que prescinda

18. Conf. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 220, que rechaza esa utopía y concibe al Derecho Comparado en la correcta limitación de sus posibilidades. Más adelante, este autor afirma: “Esto no es negar una recíproca comunicación e influencia entre los distintos derechos, cuando tienen por base cierta afinidad de costumbres, ideas y tradiciones, en cuyo caso la comparación, como elemento metodológico, puede contribuir a explicar el origen y el desarrollo de determinadas instituciones” (conf., p.221).

19. Sostiene con acierto HERNÁNDEZ GIL, en *op. cit.*, p. 221: “Así como el análisis de la trayectoria histórica de las instituciones nos revela las facetas de su vida en el tiempo, análogamente, el análisis de estas en derechos distintos, nos revela las facetas de su vida en el espacio. Con ello, el progreso jurídico resulta, sin duda, favorecido”.

del aporte metodológico dado por el comparatismo. Esta afirmación es igualmente válida para el punto de partida de cualquier ideología que alimente o inspire a un determinado régimen constitucional: el método comparado –adecuadamente utilizado– es válido y sirve en todos los casos que la dinámica constitucional nos pueda presentar.

Las obras escritas que en la literatura iuspublicística reciben el nombre de tratados sobre “derecho constitucional comparado” no son la exposición de los principios o normas de una nueva rama del derecho, sino que consisten en:

1º) obras exegéticas de ordenamientos constitucionales extranjeros (o sea, el *derecho constitucional* de otros Estados), o bien

2º) estudios de *derecho constitucional* “general” que por especial técnica del autor (su actitud científica) hacen uso intensivo del método comparado.

- Finalmente, que el método comparado aplicado en el *derecho constitucional* permite llegar a la formulación de conceptos jurídicos fundamentales a través de un proceso que –igual que en las otras ramas del Derecho a las que se aplica el mismo método– es “rigurosamente inductivo”;²⁰ lo que ratifica la certidumbre acerca de la correcta ubicación del comparatismo dentro de la tradicional dualidad metodológica de las ciencias sociales. La “comparación” es una variedad más en las múltiples posibilidades de la inducción. Es una forma de inducción. Y esta es la confirmación más categórica en el sentido de que el llamado “Derecho Comparado” no puede ser considerado como una rama del Derecho sino como un método o, más precisamente, como *la específica aplicación de un determinado método científico*. Si cabe la figura, me atrevería a decir que la *inducción*

20. Conf. HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, p. 217. En un mismo sentido opinan AFTALIÓN, GARCÍA OLANO y VILANOVA, *op. cit.*, p. 98, cuando dicen: “El Derecho Comparado aparece así como método auxiliar de las otras disciplinas jurídicas. Es, además, un instrumento de primer orden para la verificación inductiva de los conceptos más generales del derecho, por los que se interesa la denominada teoría general del derecho”.

es genérica y la *comparación* es específica; o, con otras palabras, que la comparación es una modalidad aplicativa de la inducción como camino metodológico en la investigación científica. La investigación jurídica requiere la aplicación de la inducción y de la deducción; y, para llegar a los terrenos de la abstracción y de la generalización, es menester –previamente– practicar una instancia de observación: es en esa instancia que podemos decir que la “comparación” forma parte del método inductivo-experimental, toda vez que la comparación es al Derecho lo que la experimentación es a las ciencias naturales.²¹ Y es con la deducción, en una etapa especulativa, que se produce la integración metodológica indispensable para el pleno conocimiento del objeto del saber jurídico,²² completándose así el proceso mental de la investigación.

- Al comienzo de este trabajo señalamos que no es factible la construcción de la teoría constitucional y de un *derecho constitucional* “general” sin acudir a los aportes del método comparativo. Hemos insistido en destacar la pertenencia de la comparación al ámbito de la inducción, es decir, como parte de una de las dos operaciones metodológicas y fundamentales del pensamiento. Solo nos resta afirmar la

21. En la obra de DUVERGER, Maurice, titulada *Método de las ciencias sociales*, Barcelona, Ariel, 5ª ed., 1971, hay reiteradas afirmaciones en el sentido de que en las ciencias sociales la comparación cumple una función que en esas ciencias no puede cumplir la experimentación. Ver pp. 387, 411 y 419. Allí se dice: “La comparación próxima fundamentalmente constituye el substitutivo del método experimental en el terreno de las ciencias sociales. Al no ser posible aislar una variable y someterla a diversas condiciones de temperatura y presión, se la observa simultáneamente en gran número de condiciones naturales de temperatura y presión. La comparación próxima supone, pues, la previa formulación de unas hipótesis, las cuales debe precisamente verificar. La investigación se centra sobre un elemento de los fenómenos comparados y no se limita a confrontarlos “para ver”, sino que de antemano se sabe, muy exactamente, lo que se quiere observar y precisar. En esta cuestión, el empleo del método comparativo no puede separarse de una previa sistematización, no sólo para la definición de una tipología que permita determinar las estructuras comparables, sino también para la elaboración de una teoría, de un modelo hipotético, cuya realidad se pretende verificar” (pp. 419-420).

22. Dice BOURDEAU, Georges, en *Método de la ciencia política*, Buenos Aires, Depalma, 1964: “La tendencia predominantemente inductiva es propia de la observación y la prevalentemente deductiva, de la especulación” (p. 89).

relación entre la comparación como parte o especie de la inducción, por un lado, y la deducción como conocimiento especulativo, por otro lado. Si la “comparación” exige y supone una *valoración* (Bielsa), si la comparación conduce a la abstracción y a la generalización como puntos de destino, si la comparación es la vía para la búsqueda de sistemas; entonces –si todo eso es válido– también es válido y cierto que “el método comparativo supone el previo establecimiento de una tipología”,²³ o sea, la disposición de un aparato conceptual teórico que permita al investigador comparatista determinar los objetos de sus comparaciones y saber qué es lo que se puede comparar y cómo se puede comparar. Es así que se cierra el círculo iniciado con la inserción del método comparado en el quehacer del científico jurídico, superándose tanto cualquier disociación metodológica cuanto toda apariencia de “sincretismo” o “mescolanza”, para abrir paso a la necesaria armonía metodológica sin la cual la ciencia jurídica deja de ser tal.

23. Conf. DUVERGER, Maurice, *op. cit.*, p. 413. Este autor formula la diferencia entre la comparación próxima y la comparación remota, según que recaiga sobre tipos de análoga estructura y en parecidos contextos, o no. En la primera se buscan las diferencias (dada la gran analogía existente entre los modelos que se comparan), mientras que en la segunda se investigan fundamentalmente las semejanzas (dado el contexto lejano y la distante significación de los modelos tomados en cuenta). El mismo autor formula también la distinción entre comparaciones institucionales y comparaciones funcionales, según que la comparación recaiga sobre instituciones o sobre funciones. Por lo general, las comparaciones “próximas” son comparaciones “institucionales” (*idem*, p. 419).

Los derechos de participación política en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Alberto Ricardo Dalla Via**

INTRODUCCIÓN

En el sistema democrático las elecciones cumplen un rol fundamental. Mediante ellas, el pueblo pone en ejercicio su soberanía a efectos de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación.

El artículo 23.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) impone la obligación *positiva* a los Estados de diseñar un sistema electoral para que los derechos políticos puedan ser ejercidos mediante “elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.

Se ha sostenido que uno de los aspectos fundamentales de la realización de “elecciones libres y democráticas” es que se verifiquen una serie de prácticas que permitan asegurar igualdad de oportunidades y equidad electoral. Lo que ocurre en una campaña electoral mostrará efectivamente si una elección es libre y justa (cf. *Diccionario Electoral*, IIDH, Costa Rica, 2000, T. I, p. 123).

En este punto, el presente trabajo desarrolla las pautas o reglas establecidas en el sistema interamericano de derechos humanos en lo que concierne a la *igualdad de oportunidades* en la contienda electoral a fin de hacer efectivo el derecho de participación política.

Si bien en materia de derechos políticos no son muchos los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –solo se expidió en su competencia contenciosa en los casos YATAMA vs. Nicaragua de 23 de

*Vicepresidente de la Cámara Nacional Electoral. Profesor Titular de Derecho Constitucional (UBA). Académico de Número de la Academia Nacional de Cs. Morales y Políticas.

junio de 2005, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos de 6 de agosto de 2008 y el reciente caso López Mendoza vs. Venezuela de 1 de septiembre de 2011—, ellos se integran con los demás casos contenciosos, sus opiniones consultivas y con los informes especiales, de país y peticiones individuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Recordemos que ya Loewenstein destacaba que es incuestionable que la desigualdad entre los partidos y entre los candidatos a la hora de hacer uso de medios económicos para la campaña electoral es la regla. De allí que la desigualdad en el uso de los medios de comunicación tiene una importancia decisiva para el resultado de una elección.

I. LOS DERECHOS POLÍTICOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

I.1. Los derechos políticos

Las ideas de “democracia representativa” y de “democracia constitucional”, en las que se asientan los derechos políticos y electorales, se componen de ingredientes (Estado de Derecho e imperio de la ley, división de poderes, soberanía popular, límites constitucionales a los poderes constituidos, respeto a las minorías en sus relaciones con la mayoría, elecciones libres, derechos fundamentales, la tolerancia y racionalidad crítica propia de *open minded societies*) que son esencialmente los mismos en la cultura del constitucionalismo y, por ende, en los sistemas de protección internacional.

Son una categoría no siempre concisa, de los cuales los electorales son una especie; abarcan los derechos de asociación y reunión con fines políticos, el derecho de petición a las autoridades, los derechos de participación y control, así como, especialmente, el derecho a elegir y ser elegido conforme a las leyes.

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental y, en su conjunto con otros derechos como la libertad de expresión, hacen posible el juego democrático; así lo resalta la Corte IDH en Castañeda Gutman.¹ Recordando, a su vez, que la propia Convención en el artículo

1. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 6 de agosto

27 le da tal importancia al prohibir su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos.²

Estos derechos emanan de un centro de imputación de derechos más restrictivo, la posición del ciudadano, a diferencia de los derechos civiles que son titulares todas las personas. Así lo ha señalado la Corte IDH en el caso Castañeda y en el reciente precedente, *López Mendoza vs. Venezuela*,³ donde ratifica que los titulares de los derechos políticos son los ciudadanos. Responden a un *status activae civitatis* frente al Estado, según la caracterización clásica de Jellinek, y, en consecuencia, son los únicos que se comprenden desde una posición de libertad y, al mismo tiempo, de participación activa en la vida de una comunidad política. Especialmente, el derecho de sufragio en sus dos variantes atiende a la formación de la voluntad de los órganos del Estado mediante la elección de sus titulares y a la construcción de mecanismos de representación ciudadana, mediante la intermediación de partidos políticos, todo lo cual es indefectible para la vida de un Estado democrático. Esta naturaleza muy específica otorga a los derechos políticos una singularidad a la hora de su interpretación.

En el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la participación política es el derecho político por excelencia ya que reconoce y protege el derecho y el deber de los ciudadanos de participar en la vida política (Cf. CIDH, *Informe sobre la Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 2009*).

En la actualidad, asistimos a un profuso desarrollo del derecho de participación política, que supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las que se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas.⁴ Ya que la participación política puede “incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito

de 2008, Serie C N°184.

2. Cf. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos*, Serie A N°69 y Casos YATAMA vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C N°127 y Castañeda Gutman, cit.

3. Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C N°233.

4. Cf. CIDH, *Informe Anual 2002*, Cuba, párrafo 11.

de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa”,⁵ asimismo los ciudadanos “tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos”.⁶

Los derechos políticos son derechos de titularidad individual de los ciudadanos que frecuentemente se ejercen de manera conjunta o agrupada como son la libertad de expresión, el derecho de reunión y manifestación, y el derecho de asociación en partidos, por lo que están relacionados con los “derechos de ejercicio colectivo”, que pueden realizarse con fines políticos. En el caso *Castañeda*, la Corte IDH resaltó la estrecha interrelación e interdependencia de los derechos políticos con otros derechos, recordando que, en su conjunto, “hacen posible el juego democrático”.⁷ Anteriormente, en *Ricardo Canese vs. Paraguay* había indicado que los ejercicios de los derechos políticos y de la libertad de expresión se encuentran íntimamente ligados y se fortalecen entre sí; y, si bien cada derecho tiene su sentido y alcance propios, en ciertas ocasiones, se hace necesario analizarlos en su conjunto para dimensionar apropiadamente las posibles violaciones y sus consecuencias.⁸

Por ello, el adecuado ejercicio de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH se vincula con la vigencia de sus derechos y libertades asociadas entre los cuales se encuentran el derecho a la libertad de expresión (artículo 13), a las garantías judiciales (artículo 8), al derecho de reunión (artículo 15), a la libertad de asociación (artículo 16), y el derecho a la protección judicial (artículo 25) y derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (IV), el derecho de asociación (XXII) y reunión (XXI) y el derecho de justicia (XVIII) de la DADH.

5. Caso *Castañeda Gutman*, cit., párr. 141.

6. Caso *Castañeda Gutman*, cit., párr. 147.

7. Caso *Castañeda Gutman*, cit., párr. 140.

8. Cf. Caso *Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N°111, párr. 90.

I.2. Los derechos políticos no son derechos absolutos

En este sentido tanto en YATAMA como en Castañeda Gutman señaló que los derechos políticos no son absolutos, por lo que pueden estar sujetos a limitaciones, siempre que dicha reglamentación observe “los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática”.⁹ La Convención Americana determina en su artículo 30 que las *restricciones* que la propia Convención autoriza respecto a los derechos y libertades consagrados no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Asimismo, el art. 32.2 CADH precisa que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

I.3. No hay un numerus clausus de las restricciones a los derechos políticos. El artículo 23.2 CADH establece expresamente que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. La Comisión, primero, en su *Informe 137/99* indicó que se trata de un *numerus clausus*, un enunciado tasado de las restricciones, fundándose en una interpretación literal. Posteriormente, la Corte IDH, en el precedente YATAMA vs. Nicaragua indicó que la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos “no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos”, ya que estos derechos no son absolutos y, por tanto, pueden estar sujetos a limitaciones. Así, en Castañeda ha admitido la legitimidad de otras restricciones no contempladas expresamente. En el caso López Mendoza vs. Venezuela, ante la aplicación directa por parte de la Corte del artículo 23.2 CADH en cuanto a la restricción del derecho de sufragio pasivo, el juez Vio Grossi en su voto concurrente retoma a la postura señalada de la Comisión sobre la taxatividad de las causales, mientras que el juez García Sayán reafirma la doctrina de Castañeda, y destaca que el sentido de la norma, en la que se estipulan posibles causales para la limitación de los

9. Caso Castañeda Gutman, cit., párr. 174 y caso YATAMA vs. Nicaragua, cit., párr. 206.

derechos políticos, es, claramente, que no quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas.

II. NORMATIVA ELECTORAL

II. 1. El procedimiento electoral es el corazón de la democracia

La relevancia del procedimiento electoral en la formación democrática de la voluntad de los órganos del Estado es evidente. Se trata de la ley más importante de toda democracia, aún más que el sistema electoral, pues una comunidad democrática puede soportar la discusión sobre la oportunidad del sistema que organiza la elección y traduce sufragios a escaños, pero nunca la existencia de graves irregularidades a la hora de traducir votos en cuotas de poder, pues ello impide la representación política y deslegitima la elección por la falta de autenticidad (vid Santolaya). No hay derechos fundamentales sin procedimientos democráticos, y por muy compleja que sea la definición de la democracia, es patente que, sin elecciones libres y procedimientos electorales, no existe. Estamos ante un requisito de mínimos que lleva a comprender la democracia representativa como un conjunto de reglas de procedimiento.

En Castañeda Gutman la Corte IDH señaló que “en el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos. Los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el derecho a la protección judicial, son derechos que ‘no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención [...], si no hay códigos o leyes

electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, este sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible”.¹⁰

II. 2. Amplia libertad de configuración normativa del legislador electoral

En efecto, los sistemas electorales deben responder a una amplia libertad de configuración normativa de cada legislador doméstico. Toda ley electoral realiza el juicio más político posible, una decisión sobre el modelo de democracia representativa, y debe sopesar ingredientes muy variados, histórica y políticamente condicionados, y casi de imposible satisfacción a un tiempo.

Distintas decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana han reconocido el grado de autonomía que debe otorgarse a los Estados para organizar sus instituciones políticas a fin de dar efecto a esos derechos, como el derecho a la participación política, deja margen a una amplia variedad de formas de gobierno y ha resaltado que su función y objetivo no es crear un modelo uniforme de democracia representativa para todos los Estados, sino determinar si la legislación de un Estado infringe derechos humanos fundamentales.¹¹

Así, en Castañeda Gutman la Corte señaló que el sistema interamericano no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que

10. Caso Castañeda Gutman, cit., párr. 159 con cita a la Opinión Consultiva OC-7/86 Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos) del 29 de agosto de 1986, Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, párrafo 27.

11. CIDH, Informe N°137/99, caso N°11.863, Aylwin Azocar y otros c. Chile (Méritos), párrs. 99 y 76; Informe 98/03 caso 11.204, Statehood Solidarity Committee c. EE.UU., del 29 de diciembre de 2003, párr. 88; y caso Castañeda Gutman, cit., párr. 162.

dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

II. 3. El principio de legalidad electoral y el derecho a la revisión por una autoridad electoral independiente

En el YATAMA, la Corte señaló que es preciso “que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones”.¹²

La Corte aplica estos parámetros en YATAMA al resolver en el caso concreto, y así indica: “En cuanto a la observancia del principio de legalidad, la Corte estima que la Ley Electoral N°331 de 2000 es ambigua debido a que no establece con claridad las consecuencias del incumplimiento de ciertos requisitos tanto para quienes participaban a través de un partido como para quienes lo hacían en una alianza de partidos; es confusa la redacción sobre los procedimientos aplicables cuando el Consejo Supremo Electoral determina que hay incumplimiento de algún requisito; y no regula claramente las decisiones fundamentadas que dicho órgano debería adoptar para establecer quiénes quedan inscritos para participar en las elecciones y quiénes no cumplen los requisitos para ello, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado. Dicha ley no permite un claro entendimiento del proceso por parte de los ciudadanos y de los órganos electorales y favorece su aplicación arbitraria y discrecional mediante interpretaciones extensivas y contradictorias que restringen indebidamente la participación de los ciudadanos, restricción particularmente indeseable cuando afecta severamente bienes fundamentales, como son los reconocidos a través de los derechos políticos”.¹³

12. Caso YATAMA vs. Nicaragua, cit., párr. 206.

13. Caso YATAMA vs. Nicaragua, cit., párr. 212; caso Ricardo Canese vs. Paraguay, cit., párr. 125; caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C N°72, párrs. 108 y 115; y caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N°69, párr. 157.

En el caso Castañeda, se indicó que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano deben estar claramente establecidas por una ley en sentido formal y material.¹⁴

Por su parte, en el caso López Mendoza sostuvo que la restricción del derecho de sufragio pasivo no puede ser impuesta por una autoridad administrativa sino por el juez competente como resultado de un proceso penal. Al respecto, en su voto concurrente el juez García Sayán estimó que no ha de tratarse exclusivamente de un juez penal sino de una autoridad de naturaleza judicial como la justicia electoral.

Por consiguiente, las normas electorales deben satisfacer la lógica de una *lex stricta, previa y certa*, como en todo principio de legalidad; incluida una predeterminación de las irregularidades que determinen la nulidad de la elección. Si bien —entendemos— esta taxatividad no parece deba entenderse de forma tan estricta como en el *ius puniendi* del Estado.

Control de las irregularidades por una autoridad electoral independiente. En Latinoamérica hay varios informes de la Comisión Interamericana sobre la revisión de las irregularidades electorales donde se sostiene que se pretende garantizar la autenticidad de las elecciones. Y el caso YATAMA, la Corte crea una especie de *debido proceso electoral* cuando determina que las garantías judiciales del artículo 8.1 CADH deben aplicarse en esta materia en la medida en que resulten aplicables al procedimiento electoral. Asimismo, ha reconocido su potestad de plena revisión judicial de estos asuntos primero en YATAMA y, más claramente, en el caso Castañeda donde se indica que los artículos 8.1 y 25 CADH consagran el derecho de acceso a la justicia ante violaciones a los derechos políticos. Según los mismos casos, la existencia de órganos electorales administrativos solo es compatible con la Convención, si está prevista la posterior revisión judicial de sus decisiones relacionadas con el ejercicio de derechos mediante un recurso sencillo y rápido; este control judicial se estima “indispensable”. Así, en YATAMA, se considera una violación autónoma de la Convención la falta de recursos judiciales contra la decisión del máximo órgano electoral administrativo.

En el mismo sentido, el Comentario General del Comité de Derechos Humanos al artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Po-

14. Caso Castañeda Gutman, cit., párr. 176 y OC-6/86, cit., párrs. 27 y 32.

líticos, de 12 de julio de 1996, demanda un escrutinio por una autoridad electoral independiente que supervise el proceso electoral para que sea realizado con regularidad o corrección (*fairly*).

Asimismo, tanto en YATAMA como en López Mendoza la Corte estableció que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos tal como el derecho a la participación política deben debidamente fundamentadas pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias y respetar las garantías del debido proceso.

III. LA EQUIDAD EN LOS PROCESOS ELECTORALES

III.1. La equidad electoral

Como ya se dijo mediante las elecciones el pueblo pone en ejercicio su soberanía a efectos de constituir directa o indirectamente a las autoridades de la Nación. Se ha definido a la democracia como el “régimen en el cual los gobernantes son escogidos por los gobernados, por medio de elecciones sinceras y libres” (Maurice Duverger, *Los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 376).

Ya ha señalado el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) que “[...] la democracia no se reduce al acto electoral sino que requiere de eficiencia, transparencia y equidad en las instituciones públicas, así como de una cultura que acepte la legitimidad de la oposición política y reconozca, y abogue por, los derechos de todos”. Ya que “la democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder”.¹⁵

Pues, como se ha sostenido uno de los aspectos fundamentales de la realización de “elecciones libres y democráticas” es que se verifiquen una serie de prácticas que permitan asegurar igualdad de oportunidades y equidad electoral. Lo que ocurre en una campaña electoral mostrará efectivamente si una elección es libre y justa (cf. *Diccionario Electoral, op. cit.*, p. 123).

15. PNUD, “La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos”, 2004, p. 25.

En este aspecto, la Corte IDH en sus tres casos contenciosos (YATAMA, Castañeda Gutman y López Mendoza) afirmó que el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos.

Por ello, se han desarrollado –en la mayoría de las legislaciones– normas y pautas de actuación que “garanticen y permitan la igualdad de los competidores, la limpieza y transparencia del proceso electoral y la neutralidad de los poderes públicos” (cf. *Diccionario Electoral, op. cit.*, p. 121).

III. 2. Los principios de interpretación de los derechos políticos como reglas de equidad electoral

Entendiendo que no hay derechos políticos sin democracia y no hay democracia sin derechos políticos, el principio democrático es el principio fundamental para dimensionar e interpretar el alcance de estos derechos, que además deben ser operativizados por los Estados sin discriminación, como “oportunidades” (principio de igualdad y no discriminación) y principio de efectividad.

a) Orden público democrático

En el sistema internacional de los derechos humanos la existencia del orden público democrático se subraya en la conexión de sentido entre democracia, elecciones libres, libertad de asociación política en partidos y libertad de expresión política. Así, en la *OC 5/85* se ha referido a la libertad de expresión como parte del orden público “primario y radical de la democracia”;¹⁶ pues es un derecho “indispensable para la formación de la opinión pública”,¹⁷ y *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en ge-

16. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A N°5, párr. 69.

17. OC-5/85, cit., párr. 70.

neral, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente, así como para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada; una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre (cf. caso Ricardo Canese).¹⁸ Mientras que en la *OC 8/87*¹⁹ citada en YATAMA se establece que sociedad democrática, derechos y libertades y Estado de Derecho constituyen una triada donde cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

La *Carta Democrática Interamericana* identifica los elementos esenciales de la democracia representativa: la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) proclamó este documento el 11 de septiembre de 2001 con el propósito de promover la democracia representativa y establecer mecanismos colectivos de garantía. En Latinoamérica, la consolidación de la democracia en varios países de la región es todavía un desafío. La Corte, en el caso Castañeda, reconoció el valor de la Carta al admitir que, en el sistema interamericano, la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos quedó plasmada en ella.

La *Carta de la OEA* impulsa un ejercicio efectivo de la democracia representativa en sus artículos 2.b y 3.d) y otro tanto proclama en su preámbulo y la *Carta Democrática Interamericana* (artículo 2) enfatiza que “la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente”.

En este sentido, la CIDH en el *Informe N° 98/03* resalta que las disposiciones de los instrumentos de derechos humanos que garantizan los derechos políticos *deben ser interpretadas y aplicadas de manera que se dé efecto significativo al ejercicio de la democracia representativa* en el hemisferio.

18. En el mismo sentido, véase caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Serie C N°151.

19. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero, El Hábeas Corpus Bajo suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

b) Prohibición de discriminación

La Corte en su *OC 18/03*, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, cita al TEDH al reconocer el principio de igualdad y afirmar que es discriminatoria toda distinción que carezca de una justificación objetiva y razonable. Respecto a la noción de igualdad, ha entendido la Corte que “[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.²⁰

Asimismo, siguiendo la *OC 18/03* en *YATAMA* señaló que este principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por lo tanto, “los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.²¹

Y en el mismo caso *YATAMA* destacó la importancia del “principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación”; aseverando que, en la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, este principio ha ingresado en el dominio del *ius cogens* y sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

20. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Serie A N°18, párr. 87; Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Serie A N°17, párr. 45; y Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Serie A N°4, párr. 55.

21. OC-18/03, cit., párr. 88; OC-17/02, cit., párr. 44; y OC-4/84, cit., párr. 54.

Por último es importante señalar respecto a este principio, que la Corte ha dicho que la existencia de ciertas desigualdades de hecho legítimamente puede traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia y que, por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan jurídicamente más débiles.²²

c) Efectividad de los derechos políticos

Este principio encuentra acomodo en los artículos 1 y 2 CADH donde se establece la obligación —el compromiso— de los Estados parte de respetar los derechos, y el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno para hacerlos efectivos. De aquí se desprende obligaciones positivas para los Estados que la Corte IDH ha desarrollado y garantizado.

Específicamente sobre los derechos políticos en Castañeda Gutman resaltó que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos.

Por ello, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación (YATAMA y Castañeda Gutman). En este sentido, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias (*OC 18/03*).

Asimismo, en YATAMA señala que una premisa de la efectividad es su contemplación legal adecuada a fin de garantizar las condiciones necesarias para su ejercicio. Se ha sostenido en diversas ocasiones por la Corte que debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (*OC 5/85*).

22. Ver al respecto caso YATAMA vs. Nicaragua, cit.

III. 3. El artículo 23.1 CADH y su alcance

a) Participar en asuntos públicos

El art. 23 CADH consagra los derechos a la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones públicas, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad (YATAMA).

En este sentido, se ha resaltado en YATAMA que los Estados pueden establecer “estándares mínimos”, para regular la participación política, adecuados a los principios de la democracia representativa, que deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo. Teniendo en cuenta que, según el artículo 6 de la *Carta Democrática Interamericana*, promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia; y a tal fin se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.

En YATAMA y en Castañeda, se sostuvo que la “participación política” puede incluir diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como de influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

Para la Corte IDH, los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos (Castañeda). Ello ha sido ratificado en el caso *Chitay Nech y otros vs Guatemala*, de 25 de mayo de 2010, donde admite que el derecho a una participación política efectiva incluye participar en asuntos públicos.²³

En cuanto al derecho de organizar y participar en partidos políticos, la CIDH señaló que existe la obligación de los gobiernos frente a los derechos

23. Caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C N°212, párr. 170.

políticos y al derecho a la participación política, de permitir y garantizar la organización de todos los partidos políticos y otras asociaciones, “a menos que estas se constituyan para violar derechos fundamentales”.²⁴

También en el *Informe 67/06* indica además que “tampoco es legítimo restringir el derecho de todo ciudadano a asociarse con el fin de cambiar el régimen político o el sistema político en un país, siempre y cuando esta asociación se lleve a cabo en un margen de respeto a la institucionalidad”.²⁵

Así en YATAMA la Corte indica que “los partidos políticos y las organizaciones o grupos que participan en la vida del Estado, como es el caso de los procesos electorales en una sociedad democrática, deben tener propósitos compatibles con el respeto de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana”.²⁶

La Corte en los casos sometidos a su consideración hasta la fecha, se ha expedido sobre la exclusividad en la postulación de candidaturas de los partidos políticos, pero no se ha pronunciado, a diferencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre la convencionalidad en la disolución de un partido político entre otros aspectos.

b) Elecciones “libres” y “auténticas”

La cláusula electoral enunciada en el artículo 23 CADH, contempla las características específicas que deben revestir las elecciones: deben ser auténticas, periódicas, y ejecutadas de manera tal que preserven la libertad en la expresión de los electores.²⁷

Al respecto, señaló la Comisión que “en el caso del artículo 23.1.b de la Convención, el derecho de los ciudadanos a votar y ser elegidos implica de manera necesaria el método o condición para que tal derecho cobre realidad: la elección, cuyas características explicita la norma indicada. El

24. CIDH, Informe 67/06, párr. 246; *Informe Anual 2002*, Cuba, párr. 12, *Informe Anual 1990-1991*, p. 12.

25. CIDH, Informe 67/06, párr. 254.

26. Caso YATAMA vs. Nicaragua, cit., párr. 216.

27. El Código de buena conducta en materia electoral de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, de 9 de octubre de 2002, determina que con estos términos se protegen tanto la *formación de la voluntad del elector* como la *libre expresión* del mismo, es decir, el ejercicio del sufragio, la oportunidad de votar y ser votado, y el derecho a recibir una información plural.

derecho abstracto a votar y ser elegido para tener vigencia práctica implica un acto electoral, de allí que la Convención califique las características de las elecciones”.²⁸ Tanto la Declaración Universal como la Declaración Americana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos coinciden en que las elecciones deben poseer ciertas características específicas: deben ser auténticas (genuinas para la Declaración Americana), periódicas, universales y ejecutarse de manera tal que preserven la libertad en la expresión de voluntad del elector.²⁹ En el mismo sentido en Castañeda, la Corte IDH resaltó que “el derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”.³⁰

La Comisión en el *Informe 1/90* indica que la “autenticidad” de las elecciones “[...] significa que debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. En sentido negativo, esta característica implica la ausencia de coerciones que distorsionen la voluntad de los ciudadanos”.³¹

Agrega la Comisión, que en virtud de ello, “[...] la autenticidad de las elecciones abarca dos categorías diferentes de fenómenos: por un lado, los referidos a las condiciones generales en que el proceso electoral se desarrolla y, por otro lado, aquellos fenómenos vinculados con el sistema legal e institucional que organiza las elecciones y que ejecuta las acciones propias del acto electoral, es decir, aquello relacionado de manera directa e inmediata con la emisión del voto”.³²

Ha invocado la Comisión en algunos de sus informes anuales, las observaciones efectuadas por misiones de Observación Electoral,³³ para

28. CIDH, *Informe 1/90*, Casos 9768, 9780 y 9828, México, 17 de mayo de 1990, párr. 85.

29. CIDH, *Informe 1/90*, cit., párr. 45.

30. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, cit., párr. 149.

31. CIDH, *Informe 1/90*, cit., párr. 47; *Informe Anual 1990-1991*, Capítulo V, III, p. 14; *Informe de país: Panamá 1989*, Capítulo VIII, punto 1; *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Haití, 1990*, Capítulo 1, párr. 19 y ss., entre otros informes anuales y de país.

32. CIDH, *Informe 1/90*, cit., párr. 48.

33. Si bien no son instrumentos vinculantes para los Estados, la Declaración de

fundamentar interpretaciones o recomendaciones sobre los derechos políticos electorales.³⁴

Campaña electoral

La Comisión Interamericana, en su *Informe 1/90* y en informes anuales y especiales, ha conectado las campañas electorales con la autenticidad de la elección, reclamando la igualdad en el proceso de las candidaturas en condiciones equivalentes. También la Corte ha hablado de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay, señalando que las personas deben estar plenamente habilitadas para cuestionar a los candidatos, de manera que los votantes puedan tomar decisiones informadas.

La Comisión se refiere a las condiciones generales en las que se desarrolla la competencia electoral, e indica dos aspectos fundamentales: “[...] ellas deben conducir a que las diferentes agrupaciones políticas participen en el proceso electoral en *condiciones equivalentes*, es decir, que todas cuenten con condiciones básicas similares para el desarrollo de su campaña. En términos negativos, esta característica implica la ausencia de coerciones directas o de ventajas indebidas para uno de los participantes en la contienda electoral”.³⁵

Ello, se encuentra ligado a la libertad de las elecciones, que significa a su vez por un lado la formación libre de la voluntad del elector y la garantía de asegurar a los ciudadanos el acceso al voto.

El voto concurrente del juez García Sayán en YATAMA resalta que el artículo 5º de la Carta Democrática Interamericana establece que “se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades”. Sin mencionarlo está expresando que frente a eventuales desequilibrios o desigualdades, se debe

Principios para la Observación Internacional de Elecciones y el Código de Conducta para Observadores Internacionales de Elecciones, suscriptos el 27 de octubre de 2005 –por la OEA, CAPEL, IDEA, Centro Carter y Asamblea Parlamentaria-Consejo de Europa, ENEMO, OSCE/ODIHR entre otros–, establecen criterios de observación de los procesos electorales.

34. Ver por ejemplo CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, 2000, párrafo 62 y 63; *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala*, 2001, Capítulo X, párrafo 14.

35. CIDH, *Informe 1/90*, cit., párr. 49, e *Informe Anual 1990-1991*, cit., p. 14.

procurar un régimen que contrapesese ello con lo que se lograría la igualdad deseada. De suyo se desprende que ello supondría acciones efectivas orientadas preferentemente en beneficio de los afectados por tales equilibrios y desigualdades.

La garantía de la oposición democrática se recogió por la Corte IDH en el reciente caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*,³⁶ un líder del PC colombiano, y precisamente invocando jurisprudencia del TEDH³⁷ ha afirmado que: “[...] las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad”.³⁸ Y que “por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.³⁹

La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH respecto a la distribución de la publicidad oficial en su *Informe del año 2010* expresó que la falta de normas adecuadas permite que se produzcan abusos en la

36. Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C N°212. El caso trata sobre la ejecución extrajudicial del entonces senador Manuel Cepeda Vargas, líder del Partido Comunista Colombiano y del partido político Unión Patriótica.

37. Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey* (Application N°23885/94) 8 December 1999, párr. 41; *Case of Socialist Party and others v. Turkey* (20/1997/804/1007) 25 May 1998, párr. 47.

38. En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que: “[T]he fact that [...] a political project is considered incompatible with the current principles and structures of [a] State does not mean that it infringes democratic rules. It is of the essence of democracy to allow diverse political projects to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organized, provided that they do not harm democracy itself”. *Case of Freedom And Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey* (Application N°23885/94) 8 December 1999, párr. 41; *Case of Socialist Party and others v. Turkey* (20/1997/804/1007) 25 May 1998, párr. 47.

39. Caso *Manuel Cepeda Vargas*, cit., párr. 173. En similar sentido: caso *YATAMA vs. Nicaragua*, cit., párr. 201; OC-18/03, cit., párr. 89, y OC-17/02, cit., párr. 46.

distribución de la pauta oficial, por ello es necesario contar con normas específicas que deben incorporar los principios de interés público, transparencia, rendición de cuentas, no discriminación, eficiencia y buen uso de los fondos públicos. Asimismo, destacó la obligación de los Estados de establecer, para la contratación y distribución de la publicidad oficial, procedimientos que reduzcan la discrecionalidad y eviten sospechas de favoritismos políticos en el reparto.

Al evaluar la exclusividad de la presentación de candidaturas que de- tentan en el sistema mexicano los partidos políticos, la Corte IDH consideró en el caso Castañeda Gutman válido el argumento del Estado demandado referido a que la necesidad social imperiosa de la medida se basaba, entre otras cuestiones, en el sistema de financiación predominantemente público; dicho modelo buscaba generar condiciones de equidad en la competencia política, hacer transparentes los recursos de las contiendas electorales al conocerse con certeza el origen del dinero que es utilizado, e impedir que los intereses privados, lícitos o ilícitos, graviten en la contienda política.

La CIDH en su *Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala* (2001), señaló la necesidad de que se adopten medidas a fin de garantizar la correcta investigación de irregularidades electorales, incluyendo el financiamiento ilegal de las campañas electorales.

c) Derecho a elegir

El sufragio es uno de los mecanismos más importantes de participación política, la Corte Interamericana ha sostenido en el caso YATAMA y luego en Castañeda Gutman que “[e]l derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos”.⁴⁰

Respecto a la *igualdad del voto*, la Comisión se ha explayado particularmente en el caso Andrés Aylwin Azócar y otros *Informe 137/99* en el cual relevando los principios de interpretación de los Órganos de Derechos

40. Caso Castañeda Gutman, cit., párr. 147.

Humanos de Naciones Unidas, menciona que “[d]ebe aplicarse el principio de un voto por persona y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, el voto de un elector debe tener igual valor que el de otro”.⁴¹

En lo que se refiere a la *universalidad* de las elecciones, ha dicho la Comisión que esa condición “tiende a asegurar la participación en el proceso electoral de todas las personas capacitadas para hacerlo”⁴² y que esta característica tiene como objeto evitar que se produzcan exclusiones basadas en criterios ideológicos.⁴³

En esa inteligencia respecto a las *personas detenidas no condenadas*, la Cámara Nacional Electoral Argentina, en el caso Mignone, Emilio Fermín del año 2000 hizo lugar a un amparo promovido por un Organismo No Gubernamental, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) para declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Electoral Nacional que excluía del sufragio activo a quienes se encontraban privados de libertad sin condena en distintos establecimientos carcelarios del país, fundando su sentencia justamente en el inciso 2º del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos limita la potestad de reglamentación legal de los derechos de participación política “[...] exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal”,⁴⁴ esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia Argentina.⁴⁵

En el caso Andrés Aylwin Azócar y otros se trató una petición sobre el artículo 45 de la Constitución chilena respecto al nombramiento de senadores designados y vitalicios (entre ellos el senador vitalicio Augusto Pinochet). En el *Informe 137/99* la Comisión determina en el caso concreto que estas figuras vulneran el derecho a la participación política y a la igualdad sin discriminación (artículos 23 y 24 CADH).

41. CIDH, *Informe 137/99*, párr. 51.

42. CIDH, *Informe Anual 1990-1991*, p. 18.

43. Cf. CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití, 1990*, Capítulo 1, párr. 24.

44. En igual sentido se expidió en autos Zárate, Marcelo Antonio s/amparo, Fallo CNE 3142/03.

45. Corte Suprema de Justicia Argentina, Fallos 325:524; en igual sentido ver caso “Alianza Frente para la Unidad”, Fallos 324:3143, Cámara Nacional Electoral “Mignone Emilio Fermín s/ Promueve acción de amparo”, Fallo CNE 2807/2000 de 10 de octubre de 2000.

Al respecto indicó que: “[...] un verdadero sistema de democracia representativa es aquel que se esfuerza en partir de la confianza del pueblo en la designación de sus gobernantes y también por mantenerla constantemente viva, como exige la estructura real de la confianza o fiducia, de modo que el pueblo se reconozca siempre como titular del poder y beneficiario único de sus actuaciones. Esta confianza se extiende, en los sistemas presidencialistas, a la designación directa de los miembros del poder legislativo y del Presidente de la República”.⁴⁶

En torno a los senadores vitalicios dijo que “[...] si bien se puede afirmar que esta figura ha sido incorporada en algunos Estados miembros (véase por ejemplo, el artículo 148 de la Constitución venezolana de 1961 o el artículo 189 de la Constitución paraguaya), en Chile la figura de la senaduría vitalicia fue impuesta por un régimen de facto, lo que implicó una especie de auto-designación del entonces Jefe de Estado de Chile, General Augusto Pinochet. En efecto, mientras que en todos los otros países americanos que tienen esta institución la figura de la senaduría vitalicia se consagra únicamente para los Presidentes que han sido democráticamente electos —con lo cual se podría aceptar una legitimación popular indirecta—, en el caso de Chile se ha aplicado para introducir en el Senado a un ex jefe de Estado que no fue electo mediante sufragio auténtico, libre, secreto y universal, según los estándares universalmente aceptados. Resulta en este sentido contradictorio que el primer Presidente electo democráticamente en Chile con base en la Constitución de 1980, Patricio Aylwin, no pudo incorporarse al término de su mandato como senador vitalicio, por no estar comprendido dentro del supuesto constitucional de 6 años continuos en el ejercicio del poder, mientras que el general Augusto Pinochet, quien ejerció de facto la Jefatura del Estado sin elección popular, sí fue incorporado como senador vitalicio”.⁴⁷

Haciendo hincapié en los derechos de las minorías también expresó que “[e]sta situación extraña por demás al propio constitucionalismo democrático chileno, no puede legitimarse con el argumento de que la figura de los senadores designados o vitalicios fue aprobada por la mayoría del pueblo chileno en el plebiscito aprobatorio de la Constitución de 1980,

46. CIDH, *Informe 137/99*, caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros, Chile, 27 de diciembre de 1999, párr. 65.

47. CIDH, *Informe 137/99*, cit., párr. 66.

pues –aparte de lo señalado anteriormente sobre la falta de garantías en el mencionado proceso electoral– las mayorías no pueden disminuir o eliminar un derecho tan fundamental como es la posibilidad de elegir efectivamente a sus representantes al poder legislativo. Las mayorías tienen un límite sobre los derechos de las minorías salvaguardados por los derechos humanos. Si así ocurriera, las mayorías pondrían en grave riesgo los derechos de las minorías, en abierto desafío al Estado democrático de derecho”.⁴⁸

Agregó en el caso que la figura de los senadores designados “[...] compromete la legitimidad misma del Estado de derecho al quitar al pueblo soberano (incluidos los peticionarios como ciudadanos) la posibilidad de elegir un número significativo (20,83% hasta ahora) de sus representantes. Esta situación disminuye notablemente la posibilidad de que exista la representatividad necesaria entre el pueblo y sus representantes” y que “los efectos de esta figura configuran en la práctica un enclave autoritario que ha evitado que culmine la transición a la plena democracia representativa”.⁴⁹

Utilizando el término de “electores privilegiados” indicó que “[...] los derechos a la igualdad política [...] establecen la imposibilidad de que los Estados miembros de la Convención Americana den un tratamiento irrazonable distinto o desigual a sus ciudadanos a la hora de elegir a sus representantes. Por ello, estos derechos implican que los Estados partes no pueden reducir o diluir la posibilidad efectiva de elegir a sus representantes, dar mayor fuerza a los votos emitidos por otros miembros del colectivo, así sean representantes populares”⁵⁰ e indica que en el caso se trata de “[...] una desigualdad irrazonable que se convierte en discriminatoria al tener como consecuencia el efecto de elecciones dobles y privilegiadas frente al común de los ciudadanos chilenos, distorsionando de esta forma el derecho a la participación política mediante el voto por sufragio ‘universal e igual’”.⁵¹

48. CIDH, *Informe 137/99*, cit., párr. 66. La Comisión ilustra el punto invocando una decisión dictada por la Corte Suprema estadounidense, mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad de un referéndum en el Estado de Colorado, en el cual los electores habían aprobado un plan federal, en lugar de la regla “un voto por cada persona” e indica la Comisión que dicha Corte ratificó el principio de que “el derecho constitucional de un individuo a votar en igualdad de condiciones no puede ser negado ni siquiera por el voto de la mayoría del electorado estatal”.

49. CIDH, *Informe 137/99*, cit., párr. 67.

50. CIDH, *Informe 137/99*, cit., párr. 97.

51. CIDH, *Informe 137/99*, cit., párr. 109.

Así indica que “[...] los efectos de esta situación configuran una discriminación política al tener ciudadanos con el privilegio de ser electos no como el resto de los chilenos por los electores sino por electores unipersonales (Presidente de la República, Ministros de la Corte Suprema de Justicia) o por reducidos grupos de integrantes de determinadas instituciones (Consejo de Seguridad Nacional o Corte Suprema de Justicia)”.⁵²

Por otro lado, en el *Informe 98/03* caso Statehood Solidarity Committee la Comisión analizó, en el marco de los derechos políticos contemplados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la situación de las personas que viven en el Distrito de Columbia, quienes, si bien reúnen los requisitos para votar en las elecciones federales y pueden depositar un voto por el presidente de Estados Unidos, no pueden votar para la elección ni elegir a miembros plenos de la Cámara de Representantes o el Senado.⁵³

Señaló que “[...] reconoce el grado de deferencia que corresponde otorgar a los Estados en la organización de sus instituciones políticas para dar efecto al derecho al voto y a participar en el gobierno. La Comisión solo debe interferir en los casos en que el Estado ha restringido la esencia y la eficacia misma del derecho de las personas a participar en su gobierno. Tras considerar la información que tuvo antes sí, sin embargo, la Comisión concluye que las restricciones del derecho de los peticionarios consagrado en el artículo XX a participar en su legislativo nacional ha sido limitado de tal manera que priva a los peticionarios de la esencia y eficacia mismas de ese derecho, sin adecuada justificación de parte del Estado para esta restricción”.⁵⁴

Indicó que “[t]anto los peticionarios como el Estado han sugerido que el fundamento de la negativa a los peticionarios del derecho a votar para elegir miembros del Congreso radica en preocupaciones que existían cuando se negoció la Constitución de Estados Unidos, hace más de 200 años, en el sentido de que la sede del gobierno federal podría verse desproporcionadamente amenazada o de que la posición de un Estado podría robustecerse

52. CIDH, *Informe 137/99*, cit., párr. 110

53. EE.UU. es miembro de la Organización de los Estados Americanos pero no es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

54. CIDH, *Informe 98/03*, caso 11.204, Statehood Solidarity Committee, Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003, párr. 101.

consiguientemente por colocar al Congreso dentro de un Estado”,⁵⁵ sin embargo “[...] al igual que con las demás protecciones de la Declaración Americana, la Comisión debe interpretar y aplicar los artículos II y XX en el contexto de las circunstancias y normas actuales”.⁵⁶

Aclara que “pese a la existencia de esta autoridad legislativa y sustancial que el Congreso ejerce sobre los peticionarios y demás residentes del Distrito de Columbia, los peticionarios no tienen un derecho efectivo a votar esas medidas legislativas, directamente o a través de representantes libremente electos y no es evidente, a estar a los antecedentes del caso, que existan otros mecanismos que responsabilicen por ello al Congreso ante los peticionarios. De esta manera, el Congreso ejerce una autoridad expansiva sobre los peticionarios y, sin embargo, no es responsable efectivamente en manera alguna ante los peticionarios o ante los ciudadanos que residen en el Distrito de Columbia. Esto, a juicio de la Comisión, priva a los peticionarios de la esencia misma del gobierno representativo, a saber, que el derecho a gobernar reside en el pueblo gobernado”.⁵⁷

En su voto en disidencia al informe mencionado, el entonces comisionado José Zalaquett sostiene por diferentes razones que la materia debe quedar entregada al proceso político interno del Estado, así señala que “las consideraciones anteriores, aunque especulativas, apuntan a la circunstancia conocida de que la mayoría, si no todos, los sistemas políticos democráticos presentan asimetrías que son fruto de complejas evoluciones históricas influidas por un conjunto de factores; a ello se suma la inclinación de la mayoría los ciudadanos, en muchos países, a preservar sus instituciones fundamentales, sobre todo aquéllas largamente asentadas, con frecuencia por temor a que ciertos cambios, aunque deseables, alteren determinados equilibrios y provoquen otros cambios menos deseables. Estas circunstancias de hecho pueden parecernos bien o mal, pero en definitiva son, a mi juicio, uno de las razones últimas por las cuales los Estados, cuando asumen obligaciones internacionales, se cuidan de reservar, para su decisión soberana, aspectos fundamentales relativos a su organización política interna, sin perjuicio de los derechos políticos y que consagren y de las obligaciones

55. CIDH, *Informe 98/03*, cit., párr. 104.

56. CIDH, *Informe 98/03*, cit., párr. 105.

57. CIDH, *Informe 98/03*, cit., párr. 103.

que asuman”.⁵⁸ Asimismo indicó: “Las normas citadas [...] protegen el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, directamente o a través de representantes y a participar en elecciones populares, las que deben ser periódicas, realizadas a intervalos razonables, auténticas, libres y basadas en el voto secreto; ninguna de ellas –y ciertamente no el artículo XX de la Declaración Americana– establece un modelo de cómo el Estado debe organizarse internamente para institucionalizar la democracia representativa, ni la manera en que la representación política deba ser asignada entre los distintos estados, provincias, distritos, circunscripciones o territorios del país”.⁵⁹

d) Derecho a ser elegido

En el caso YATAMA y luego en Castañeda Gutman la Corte señala que “[l]a participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello”.⁶⁰

Igualmente la Corte IDH ha precisado en el YATAMA que existe una estrecha relación entre el derecho a ser elegido y el derecho a votar y se fijaron dos interesantes y novedosas dimensiones de la participación política: “el ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las *dimensiones individual y social* de la participación política”. El juez García Ramírez en su voto concurrente recordó que se trata de favorecer la participación de las personas en la conducción de sus propias vidas, a través de la actividad política. Esta doble dimensión se reafirma en el caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala cuando se señala que los elegidos ejercen su función en representación de una colectividad; esta dualidad recae tanto en el derecho del individuo que ejerce el mandato o designación, mediante su participación directa, como en el derecho de la colectividad a ser representada; en este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho.

58. CIDH, *Informe 98/03*, cit., voto en disidencia de José Zalaquett, párr. 8.

59. CIDH, *Informe 98/03*, cit., voto en disidencia de José Zalaquett, párr. 13.

60. Caso YATAMA vs. Nicaragua, cit., párr. 199; caso Castañeda Gutman, cit., párr. 148.

Participación política de las mujeres

Es del caso recordar, como ya se dijo, que la Corte IDH, señaló en su *Opinión Consultiva 18/03* que: “[...] los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”.⁶¹

En su *Informe Anual de 1999*, la Comisión se expidió respecto a la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación. Señaló que “[...] mientras las constituciones de nuestra región garantizan la igualdad entre la mujer y el hombre, la mujer sigue teniendo una representación minoritaria en virtualmente todos los aspectos de la vida política. Tampoco es cierto que las leyes y políticas neutrales en materia de género necesariamente producen resultados neutrales en materia de género. En consecuencia, los instrumentos y las políticas adoptados tanto a nivel regional como universal requieren de la adopción de medidas especiales, cuando sea necesario, para promover la igualdad de acceso de la mujer a la participación en la vida pública. El objetivo de brindar a la mujer una igualdad efectiva de acceso a la participación en la vida pública es, evidentemente, en sí y de por sí, un objetivo legítimo y necesario”.⁶²

61. *OC-18/03*, cit., párr. 104.

62. CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en *Informe Anual de la CIDH 1999* del 13 de abril 2000, vol. II, capítulo VI, sección IV; CIDH, *Informe de la CIDH sobre la condición de la mujer en las Américas*, del 13 octubre 1998, p. 5. Es importante señalar que en el sistema universal varios países de la región ratificaron la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la que establece en su artículo 7 que los Estados Partes deberán tomar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país” y deberán garantizar “a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a votar en todas las elecciones” y de ser elegibles para elección, participar en la formulación y ejecución de las políticas gubernamentales, ocupar cargos públicos y ejercer funciones públicas en todos los planos públicos. Para consultar cuáles son los Estados que ratificaron esta convención y su protocolo ver: <http://treaties.un.org/Home.aspx>; en el ámbito interamericano la Convención Interamericana sobre la Concesión

Por ello, la Comisión indica: “La representación minoritaria de la mujer en el gobierno en todos los países de las Américas demuestra la necesidad de acciones adicionales por parte del Estado, juntamente con iniciativas de la sociedad civil, para lograr un verdadero respeto al derecho de la mujer de participar en la vida política, en cumplimiento de las normas internacionales”.⁶³

En el tratamiento de peticiones individuales, la Comisión el 27 de septiembre de 1999, declara admisible en el *Informe 102/99* una petición de María Merciadri de Morini en la cual la peticionaria alegaba que en las listas electorales de su partido se había colocado una mujer en el cuarto y a otra en el sexto puesto, violando la ley 24.012 argentina y su decreto reglamentario, cuando las bancas a renovar por el partido eran 5 y entonces correspondía que dos mujeres estén entre los primeros 5 puestos para respetar el cupo de 30%.⁶⁴

Las partes en este caso llegan a un acuerdo de solución amistosa basado en la nueva reglamentación sobre cupo femenino emitida por el Poder Ejecutivo Argentino mediante el Decreto 1246,⁶⁵ que es aprobado por la CIDH en el *Informe 103/01*. En el Informe se señala que “la Comisión valora altamente los esfuerzos desplegados por ambas partes para lograr esta solución basada en el objeto y fin de la Convención. Como la Comisión ha señalado en otras ocasiones, la consecución de la participación libre y plena de la mujer en la vida política es una prioridad para nuestro hemisferio.”⁶⁶

de los Derechos Políticos a la Mujer, ratificada por varios países de la región, establece en su único artículo dispositivo que “Las Altas Partes Contratantes convienen en que el derecho a voto y a ser elegido para un cargo nacional no deberá negarse o restringirse por razones de sexo”.

63. CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en *Informe Anual de la CIDH 1999*, cit., vol. II, capítulo VI, sección IV; CIDH, *Informe de la CIDH sobre la condición de la mujer en las Américas*, cit., p. 6.

64. CIDH, *Informe 102/99*, caso 11.307, Argentina, del 27 de septiembre de 1999.

65. El art. 8 del Decreto 1246 contempla como facultad del juez electoral la de emplazar al partido para que proceda a sustituir o reubicar las candidaturas, y lo faculta en caso contrario a hacerlo de oficio con las mujeres que sigan en el orden de la lista.

66. CIDH, “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”, en *Informe Anual de la CIDH 1999*, cit.,

En este sentido, la Ley N°24.012 tiene el propósito de lograr la integración efectiva de la mujer en la actividad política, y el Decreto N°1246 dictado como producto de la solución lograda tiene el objetivo complementario de garantizar el cumplimiento eficaz de dicha Ley”.⁶⁷

El 10 de octubre de 2002 la Comisión resuelve la admisibilidad de otra petición por el *Informe 31/02* del caso Janet Espinoza Feria y otras, en la cual los peticionantes alegan que el Jurado Nacional de Elecciones de Perú no había respetado las cuotas electorales contemplada en la Ley Electoral 26859 favoreciendo la discriminación de género.⁶⁸

La Comisión en su *Informe sobre los Derechos de la Mujer en Chile* en el año 2009, relevando el impacto negativo del sistema binominal Chileno en el ingreso de las mujeres a la vida política, recomienda al Estado que promueva investigaciones sobre el impacto del sistema.⁶⁹

La CIDH aprobó, el 18 de abril de 2011, el informe *El camino hacia una democracia sustantiva: la participación política de las mujeres en las Américas*, donde resalta “el involucramiento de las mujeres en todos los ámbitos de la vida política es una condición necesaria para garantizar una sociedad verdaderamente igualitaria y consolidar la democracia participativa y representativa en las Américas. La inclusión de las mujeres en la política fomenta sociedades más democráticas y la rendición de cuentas, puesto que se escuchan las voces y demandas de las mujeres, que constituyen aproximadamente la mitad de la población en las Américas y del padrón electoral”.

Por ello, señala que “los derechos políticos de las mujeres en una democracia participativa y representativa tienen dos aristas: la incursión de las mujeres en los cargos públicos y la necesidad de que las prioridades de las mujeres se vean representadas en la agenda pública; siendo el involucramiento, tanto de hombres y mujeres, indispensable para alcanzar estos fines”.

vol. II, cap. VI, sección IV; *Informe de la CIDH sobre la condición de la mujer en las Américas*, cit.

67. CIDH, *Informe 103/01*, caso 11.307, Argentina del 11 de octubre de 2001, párr. 16.

68. CIDH, *Informe 51/02*, petición 12.404, Perú del 10 de octubre de 2002.

69. CIDH, *Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La igualdad en la Familia, el Trabajo y la Familia*, 27 de marzo de 2009. Como lo indica la Comisión en este Informe, el sistema binominal tiene como objetivo reducir el número de partidos políticos y se caracteriza por ser un sistema de representación en donde todos los distritos escogen el mismo número de legisladores.

Agregando, además, que “los Estados pueden institucionalizar canales de participación en donde las mujeres puedan contribuir de forma sustantiva en el diseño, desarrollo e implementación de políticas públicas y programas a favor de la igualdad de género, en los distintos ámbitos de gobierno e instancias del poder público en la vida pública, a fin de garantizar la igualdad de jure y de facto de las mujeres en la vida pública”.

En el informe la Comisión reconoce avances significativos en la participación y representación política de las mujeres en América, en gran medida por las leyes de cuota de género, constatándose un aumento significativo en la representación femenina en los cargos públicos y en las instancias de toma de decisión, en los ámbitos legislativo y ejecutivo, así como en la administración de justicia.

Sin perjuicio de ello, resalta que aún “persisten desafíos para lograr una participación política igualitaria y plena entre hombres y mujeres en la región. Entre estos desafíos se encuentran: el acelerar la inserción de las mujeres en la vida política de sus países, proceso que se desarrolla todavía de forma desigual a través de las Américas; la implementación de leyes y políticas públicas que promuevan y garanticen la participación y representación efectiva de las mujeres en puestos de toma de decisión; el disminuir los altos grados de subrepresentación femenina en las distintas instancias de poder público, ya sean de carácter representativo o de designación; el implementar medidas para abordar la dicotomía entre los avances desiguales en la incursión de las mujeres en puestos políticos a nivel nacional y local; el combatir prácticas discriminatorias de los partidos políticos que restringen la participación femenina; y el superar la exclusión y escasa representación de las mujeres indígenas y afrodescendientes en las instancias de decisión”.

En este sentido, manifiesta que el “reto no solo el lograr una representación cuantitativa de las mujeres en los puestos e instancias de decisión, sino una representación cualitativa de sus intereses y de aquellos que benefician la equidad de género. Diferentes estudios coinciden en que la mera existencia de mujeres en puestos de toma de decisión no es una condición suficiente para asegurar cambios en las leyes y políticas a favor de la igualdad de género. Por ejemplo, en Argentina, los informes de las organizaciones de la sociedad civil manifiestan que a pesar de una representación significativa de las mujeres en el Congreso: “los números no dicen nada acerca de su verdadero grado de inclusión en la vida pública, ni del nivel de influencia

e impacto que han logrado ejercer en sus respectivos puestos”. Por ende, es necesario adoptar las medidas necesarias para garantizar la adecuada inclusión y participación de las mujeres en las instancias de decisión pública que pueda influir en la elaboración de normas y políticas más equitativas. En otras palabras, como lo han enfatizado las expertas, “es necesario ir más allá de los números”.

e) Acceso a la función pública

Los supuestos de hecho hasta ahora enjuiciados por la Corte IDH tienen que ver únicamente con destituciones de jueces, son casos sobre independencia judicial y división de poderes. Bien sean Magistrados constitucionales en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú,⁷⁰ o Magistrados de lo contencioso administrativo en los Casos Apitz Barbera y Reverón Trujillo,⁷¹ ambos contra Venezuela.

Sin perjuicio de ello, en los casos YATAMA vs. Nicaragua y Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos la Corte se refirió al derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, en el sentido de que “[...] protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación”.⁷²

La construcción de la doctrina por la Corte ha sufrido una evolución. En el año 2001, en el caso del Tribunal Constitucional del Perú, la Comisión argumentó que la destitución de tres Magistrados constitucionales constituía una “medida de represalia de orden político”, pero la Corte entendió que no se violaban los derechos políticos del artículo 23 CADH, puesto que el acceso ya se había producido en condiciones de igualdad y en el caso se suscitaron violaciones de otras disposiciones de la Convención, particu-

70. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C Nº71.

71. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C Nº182, y caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C Nº197.

72. Caso Castañeda Gutman, cit., párr. 150; caso YATAMA vs. Nicaragua, cit., párr. 200; caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, cit., párr. 139.

larmente, las garantía judiciales o el derecho al debido proceso según los artículos 8 y 25 CADH. La postura de la Corte cambió radicalmente en Apitz donde los tres jueces recurrentes alegaron que su destitución obedecía a una “depuración ideológica del poder judicial” que les impidió administrar justicia “que es lo mismo que impedirles el acceso a su función”. La Corte amplió su criterio interpretativo y –citando al Comité de Derechos Humanos– concluyó que los artículos 23 y 24, que recogen la igualdad ante la ley, garantizan el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, y el respeto a esta garantía implica que no existan discriminaciones entre las personas cuando ejercen ese derecho en “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución”.

Vale aclarar que ya en los casos YATAMA y Castañeda Gutman había dicho que la garantía protege “tanto el acceso a la función pública por elección popular como por designación” (repitiéndolo en Apitz).

Pero el voto del juez García Sayán en YATAMA niega que quepa una interpretación restrictiva basada en la distinción entre cargos o funciones públicas por designación o nombramiento, sin embargo en su voto en el caso López Mendoza señala que las restricciones deben analizarse con “un rigor más estricto” cuando se trata de funcionarios elegidos a diferencia de funcionarios designados, ya que en este último caso no hay intervención de los ciudadanos en la selección.

La Seguridad Jurídica en el Derecho Constitucional Comparado

*Pablo Luis Manili**

1. DEFINICIÓN

Como presupuesto metodológico esbozaremos primero una definición del término “seguridad jurídica” para luego analizar su utilización en el derecho constitucional comparado. Para ello repasaremos los distintos conceptos que da la doctrina acerca de este instituto.

Linares Quintana la define como el “conjunto de las condiciones que posibilitan la inviolabilidad del ser humano” y cita a Sánchez Agesta para afirmar que “presupone la eliminación de toda arbitrariedad y violación en la realización y cumplimiento del derecho por la definición y sanción eficaz de sus determinaciones, creando un ámbito de vida jurídica en la que el hombre pueda desenvolver su existencia con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos, y por consiguiente, con verdadera libertad y responsabilidad”. Agrega que “la seguridad jurídica es, así, el ambiente sin cuya existencia resulta imposible la manifestación y el cabal desarrollo del individuo, a fin de que –según la acertada expresión de Jaurés– “ninguna persona humana, en ningún movimiento del tiempo, pueda ser apartada de la esfera del derecho”. Sin seguridad no puede haber libertad, del mismo modo que sin oxígeno es imposible la vida. Solamente la seguridad avienta del alma humana el temor, o sea, el recelo de un daño futuro, provenga este de otros individuos o del Estado. La seguridad jurídica equivale así, a la libertad del hombre frente al temor...”¹

*Doctor en Derecho. Profesor de derecho constitucional en grado, posgrado y doctorado de la UBA. www.pablomanili.com.ar. El contenido de este artículo ha sido extraído de nuestro libro *La Seguridad Jurídica. Una deuda pendiente*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009. 1. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, Tomo VI, p. 15 y ss.

Sebastián Soler la sostenía: “La seguridad jurídica es saber anticipado y anticipatorio. El hombre está siempre dispuesto a desplegar esfuerzos, pero necesita saber cuáles”.²

Zarini en un sentido similar la define como “el conjunto de condiciones sociales, de medios y procedimientos jurídicos eficaces que posibilitan al hombre desarrollar su personalidad ejercitando sus derechos libre de miedos, incertidumbre, amenaza, daño o riesgo. Ello crea un clima de previsibilidad sobre el comportamiento propio y el ajeno, y una protección frente a la arbitrariedad y a la violación del orden jurídico, provengan estas del Estado, de particulares o de grupos privados”.³

Bidart Campos entiende que “definir la seguridad jurídica es difícil, pero su concepto nos endereza a la idea de que ha de ser posible prever razonablemente con suficiente precisión, y sin sorpresivas irrupciones, cuáles han de ser las conductas de los operadores gubernamentales y de los particulares en el marco estable del ordenamiento jurídico, así como contar con adecuada protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones de ese mismo orden jurídico”.⁴ Es de destacar que este autor se refiere a la seguridad jurídica en el capítulo de su tratado donde analiza las garantías, tanto las individuales como las institucionales, relacionando nuestro concepto con el debido proceso. Del mismo modo hacen Sabsay⁵ y Carbonell.⁶

2. SOLER, Sebastián, *Las Palabras de la Ley*, México, 1969, p. 25, citado por CIPRIANO, Néstor A., “Seguridad jurídica. Generalidades (constituyente común del concepto de persona)”, en *La Ley* 2002-E:923.

3. ZARINI, Helio J., *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 491.

4. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional. Nueva edición ampliada y actualizada 2002-2003*, Tomo II-A, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 12.

5. SABSAY, Daniel A., *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho Constitucional. Parte Dogmática*, Tomo I, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 427 y ss. (el capítulo se denomina “Garantías de la libertad personal y de la seguridad jurídica y analiza en él, por ejemplo, el derecho a la jurisdicción, la garantía de juicio previo, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el juez natural, el derecho a no declarar contra sí mismo, el *non bis in idem*, etc.).

6. CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, UNAM, 2004, p. 585 y ss. (el capítulo se denomina “Los derechos de la seguridad jurídica” e incluye en él, por ejemplo: la irretroactividad de la ley, la protección contra detenciones arbitrarias, la presunción de inocencia, el principio de legalidad civil y penal, el derecho de propiedad, etc.).

Cueto Rúa la vincula con la seguridad en general, a la cual define como “la protección contra los riesgos y a la identificación de los mismos” y agrega que la seguridad jurídica “parecería ser una clase específica de seguridad: es decir, seguridad contra los riesgos presentes en la experiencia jurídica y el vaticinio de los riesgos típicos de la mencionada experiencia”.⁷

Frías la define como “el contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según la ‘lógica de las reglas’ y no según la ‘lógica de la discrecionalidad’”.⁸

Drucaroff Aguiar sostiene que es “una verdadera necesidad del estado de derecho” y afirma que “exige certeza sobre la vigencia efectiva de las normas y su continuidad en el tiempo, que las personas conozcan las reglas de juego para poder vivir y tomar decisiones en base a las mismas. Para ello debe estar estrechamente vinculada al interés general, a una Ley equitativa que la sociedad considere justa”.⁹ Lo interesante de su enfoque es que vincula este concepto con las serias amenazas al medio ambiente que dificultarán la vida en el planeta Tierra en pocas décadas.

Sagüés señala que la seguridad jurídica “no se conforma con la necesidad de predecir eventos, de controlar los riesgos y de programar la estabilidad de las relaciones humanas. También requiere que ese mecanismo predictivo, esa neutralización de peligros y tal planificación de procesos humanos estables, brinde, a la postre un producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos”. Agrega que “(d) emanda la aptitud para prever comportamientos estatales y privados de modo bastante preciso, conforme a un derecho vigente claro y estable, pero también que esas conductas pronosticables tengan una cuota mínima de razonabilidad...”.¹⁰

7. CUETO RÚA, Julio C., “Seguridad Jurídica”, en *La Ley* 1994-A:742.

8. FRÍAS, Pedro J., *La Seguridad Jurídica* en separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en el siguiente link: [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artseguridadjuridica/?searchterm=la seguridad jurídica](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artseguridadjuridica/?searchterm=la%20seguridad%20juridica)

9. DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “¿Es el planeta Tierra un lugar seguro para invertir? A propósito de la seguridad jurídica y del reciente ‘Informe Stern’”, en *La Ley* 2007-A:1164.

10. SAGÜÉS, Néstor P., “Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales”, en *La Ley* 1996-E:957.

Cassagne la encuadra como un valor y la define como “el marco de previsibilidad de las conductas de los agentes estatales [...] el cual puede mirarse desde un punto de vista tanto estático como dinámico”. Aclara que el primero se refiere al imperio de la ley, la división de poderes y el respeto por los contratos; mientras que el segundo apunta a que los agentes públicos respeten los derechos adquiridos, sean idóneos y no cometan actos de corrupción.¹¹

López la define como “un valor que significa el saber a qué atenerse en el actuar social con consecuencias jurídicas y este, como el orden, son presupuestos del valor Justicia”.¹²

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONCEPTO

Esa pluralidad de enfoques a la hora de definir este concepto nos mueve a indagar ahora qué lugar ocupa la seguridad jurídica en el mundo jurídico.

En otras palabras: ¿es una norma jurídica? ¿Es un valor que intenta ser resguardado –a veces sin ser nominado– por varias normas jurídicas positivas? ¿Es un principio que se infiere de una o varias normas jurídicas positivas (o sea, un principio general del derecho)?

A los fines de este trabajo utilizaremos el término “valor” para denominar a aquellos presupuestos básicos, anteriores al derecho positivo y al Estado, que se persiguen a través del ordenamiento jurídico. En palabras de Kemelmajer, “en el derecho no se realiza un solo valor, sino que existe *un plexo valorativo*” (énfasis agregado).¹³ Asimismo, denominamos “principio” a las enseñanzas que surgen del análisis de las normas positivas, a las inferencias que los intérpretes hacen a partir de las normas, para describir

11. CASSAGNE, Juan C., “La seguridad jurídica en las provincias”, en *La Ley* 2001-E:1109.

12. LÓPEZ, Osiris C., “La Seguridad Jurídica en el estado de derecho”, en *La Ley* 2002-F:959.

13. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Seguridad y Justicia”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1993-I:813, con cita de COSSIO, Carlos, “Meditaciones sobre el orden y la seguridad”, *La Ley* 83:1017, y en “La Seguridad Jurídica”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, N°31, año 1998, p. 203.

así cuáles son las pautas básicas de un sistema jurídico. Desde esa óptica, consideramos a los valores como anteriores a las normas y a los principios como posteriores a ellas.

No obstante esa distinción que trazamos a los fines de este trabajo, compartimos la idea de Bidart Campos en el sentido de que “más allá de la diferencia que antológicamente pueda y quepa efectuarse entre valores y principios, creemos que los que componen el plexo constitucional forman parte del *orden normativo* de la constitución o sea que hay *normas* en las que se consignan valores y principios [...] los valores y los principios integran –tal vez como techo ideológico– la textura normativa de la Constitución. O sea: están en ella, están positivizados en ella” (énfasis en el original).¹⁴ También debemos puntualizar que las definiciones que hemos dado se limitan a este trabajo y que no son compartidas por toda la doctrina.¹⁵

Es interesante al respecto la opinión de Hermann Heller, quien asigna a la seguridad jurídica una importancia tal que afirma: “la institución del Estado aparece [...] justificada por el hecho de ser *una organización de seguridad jurídica*, y solo por ello” (énfasis agregado).¹⁶ Como se advierte, el autor la considera el valor basal de todo el ordenamiento jurídico, el fundamento de la existencia misma del Estado. Desde esa interpretación, la seguridad jurídica sería un valor a ser protegido por el Estado (como institución creada por el hombre) y por el sistema jurídico y por el aparato coactivo que el Estado monopoliza.

14. BIDART CAMPOS, Germán J., “Los valores en el sistema democrático”, en *Revista Jurídica del Perú*, año LII, N°31, febrero de 2002, p. 15 y ss., esp. 17.

15. Así Luciano PAREJO ALFONSO sostiene que “la distinción entre valores y principios resulta ser más bien de grado: los primeros son normas más abstractas y abiertas; los segundos tienen un contenido ciertamente indeterminado pero más preciso o concreto” (citado por BIDART CAMPOS en “Los valores...”). Gregorio PECES BARBA entiende que “los valores jurídicos son el núcleo de conexión del poder y del derecho; son a la vez valores éticos y políticos que tienen un fin jurídico” (cfr. *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1984). Y Luis SÁNCHEZ AGESTA opina que los principios son fuentes del derecho mientras que “los valores no tienen ese valor jurídico definido y son un mandato para el legislador, pero no elementos constitutivos que informen plenamente el ordenamiento jurídico” (Cfr. *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Editora Nacional, 1980, p. 84).

16. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 4ª edición, trad. por Luis Tobio, México, FCE, 1961, p. 240, citado por SAGÜÉS, N.P. en *op. cit.*, p. 959.

En un sentido similar, Radbruch sostiene que la seguridad jurídica es “una premisa de la civilización”¹⁷ y RecasénsSiches agrega: “Si nos preguntamos ¿porqué y para qué los hombres establecen el Derecho? Y si, para ello, tratamos de descubrir el sentido germinal del surgimiento del Derecho, a fin de percatarnos de su esencia, caeremos en la cuenta de que la motivación radical que ha determinado el [nacimiento] del derecho no deriva de las altas regiones de los valores éticos superiores, sino de un valor de rango inferior, a saber: de la seguridad en la vida social...”.¹⁸El Derecho surge precisamente como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre tiene que atenerse en sus relaciones con los demás –*certeza*– pero no solo certeza teórica (saber lo que se debe hacer), sino también certeza práctica, es decir, *seguridad*: saber que esto tendrá forzosamente que ocurrir, porque será impuesto por la fuerza, si es preciso, inexorablemente” (énfasis en el original).

Las posturas de Heller, Radbruch y RecasénsSiches empalman con una de las primeras declaraciones de derechos del constitucionalismo mundial, que fue la de Filadelfia,¹⁹ en cuanto reza: “Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales; que a todos confiere su Creador ciertos derechos inalienables entre los cuales están la vida, la libertad, y la búsqueda de la felicidad; que *para garantizar esos derechos los hombres instituyen gobiernos* que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados...” (énfasis agregado). En esa línea de pensamiento, la seguridad jurídica es la garantía (o el conjunto de garantías) que el Estado brinda para el goce de los derechos humanos. En el mismo sentido apunta la Constitución Política de la República de El Salvador, de 2009, que en su art. 1 establece: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”.

La constitución española de 1978, por su parte, parece orientarse en otro sentido cuando en el art. 9.3 establece: “La Constitución garantiza el

17. RADBRUCH, Gustav, citado por RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Ciencia y Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1961, p. 340.

18. RECASÉNS SICHES, Luis, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1998, pp. 220-221.

19. Puede verse, sobre el punto: BRODERICK, Francis, *The Origins of the Constitution*, Nueva York, The MacMillan Co., 1964, p. 23 y ss.

principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. El concepto bajo estudio no aparece aquí como un valor anterior al Estado y fundante de este, sino que se lo menciona como uno de los principios básicos (positivizados) del sistema normativo y cuya protección está garantizada por la constitución de manera prioritaria, a la par de la legalidad, la irretroactividad y la prohibición de arbitrariedad. Puede ser visto más como una norma o como una pauta interpretativa del sistema de derechos que la constitución consagra, o que como un valor fundante de la existencia del Estado (del modo explicado más arriba). Es decir, una creación positiva *posterior* al nacimiento del Estado y no *anterior* a su fundación.

Consideramos que, entre ambas posturas, el sistema constitucional argentino se funda en la filosofía que inspiró al de Filadelfia y a la expresada por Heller y Radbruch, es decir, la seguridad jurídica aparece como un *valor* previo a la existencia del Estado, como un fin para cuya consecución y protección se diseñó toda la arquitectura constitucional. Así lo entendió la Corte en algunos (pocos) pronunciamientos, por ejemplo este: “En atención a las primarias exigencias de la seguridad jurídica, en las que debe verse uno *de los más altos valores* de nuestro ordenamiento...” (énfasis agregado).²⁰ Y así lo enseñan varios autores: Cossio, Bidart Campos,²¹ Kemelmajer de Carlucci,²² López,²³ Luis Cabral,²⁴ Cassagne,²⁵ etc. En cambio, otros pronunciamientos de la Corte la citaron como un principio, al igual que Morello.²⁶

20. “Console de Ulla, Ángela M.” (1990) Fallos313:1483.

21. BIDART CAMPOS, G.J., “Los valores...”, *op. cit.*, supra, p. 19.

22. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Seguridad y Justicia”, *op. cit.*

23. LÓPEZ, Osiris C., “La Seguridad Jurídica en el estado de derecho”, *op. cit.*

24. Sostiene este autor: “La seguridad que proporciona la existencia del derecho se revela así como uno de sus más altos valores. De otro modo solo podría darse una alternativa cuyos dos términos serían: o la paralización del obrar humano o la lucha sin clemencia de todos contra todos” (CABRAL, Luis C., “Justicia y seguridad”, en CASARES, Tomás y otros, *Acerca de la Justicia*, Buenos Aires, Perrot, 1978, p. 19).

25. CASSAGNE, Juan C., “La seguridad jurídica en las provincias”, *op. cit.*

26. MORELLO, Augusto M., “El principio de la seguridad jurídica”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1992-IV:886 y ss.

Las diferencias apuntadas entre esos enfoques del término revelan que resulta imposible esbozar una definición única de la seguridad jurídica que sea válida para todo tiempo y lugar o para cualquier sistema jurídico. Si bien habrá un núcleo duro que será coincidente, los contornos del concepto variarán de país en país y de época en época. No será igual el concepto de seguridad jurídica vigente en Argentina que en España o en un país del *commonlaw*. Tampoco lo será el de la Alemania nazi que el vigente en el mismo país en la actualidad, como tampoco lo será el vigente en Argentina antes de 1853, que el existente entre 1853 y 1912, o que el del período 1976-1983, o que el que podemos esbozar en la actualidad, por razones obvias.

Al respecto, es posible constatar, a través de la historia, algunos retrocesos en la seguridad jurídica en épocas determinadas. También se advierte que la tendencia en la mayoría de los países es a la existencia cada vez de un mayor estándar de seguridad jurídica; o al menos, una exigencia cada vez mayor de la sociedad por más seguridad jurídica.

3. NUESTRA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO

Como se puede advertir, todas las definiciones colacionadas al comienzo de este trabajo coinciden en resaltar ciertos contenidos que hacen a la seguridad jurídica: la confianza, la estabilidad del sistema jurídico, la posibilidad de prever o pronosticar riesgos y la certidumbre. Asimismo, todos los autores ponen el énfasis en la obligación del Estado de garantizarla y algunos agregan otros conceptos complementarios, tales como: la protección frente a violaciones de derechos (Bidart Campos), la prohibición de arbitrariedad (Frías), la justicia intrínseca o razonabilidad de las normas (Drucaroff Aguiar y Sagiúes).

Asimismo, tal como creemos haber demostrado en el segundo título de este artículo, la definición de seguridad jurídica es contingente, en el sentido de que se encuentra condicionada, en alguna medida, por el lugar y el tiempo en que se emite.

Con esas bases, entendemos que la seguridad jurídica en la Argentina del siglo XXI debe ser entendida como “la garantía que el Estado debe brindar a las personas sujetas a su jurisdicción de que el sistema jurídico

vigente protege y protegerá con leyes ciertas, escritas, estables, justas y razonables y con actos de aplicación de esas leyes también razonables y estables, los derechos humanos fundamentales, tal como están consagrados en las normas que integran el bloque de constitucionalidad, ante cualquier lesión o violación proveniente del Estado o de particulares”.

A continuación desglosaremos la definición para explicar cada uno de sus términos:

a) *La garantía que el Estado debe brindar*: el término “garantía” no alude aquí a las garantías procesales o acciones de garantía de los derechos, sino que está utilizado en su acepción más sustantiva, es decir, en el sentido de que el Estado es el garante y debe inspirar en las personas la confianza necesaria de que ello así será. Y decimos también que el Estado “debe brindar” esa garantía y “debe inspirar” esa confianza para poner a la seguridad jurídica en el campo del deber ser y no del ser, es decir, en el mundo del derecho y no en el de los hechos. En otras palabras, proveer seguridad jurídica es una obligación del Estado.

b) *...a las personas sujetas a su jurisdicción...*: utilizamos esta fórmula gramatical porque no cabe distinguir, en esta materia, diferencia alguna entre nacionales y extranjeros. Tal como analizaremos más abajo en el capítulo XIII, la seguridad jurídica requiere la no discriminación a los extranjeros (art. 20 CN).

c) *...de que el sistema jurídico vigente protege y protegerá los derechos humanos fundamentales...*: como afirmábamos en el punto “a)”, el Estado es el garante (y debe inspirar confianza) de que su sistema jurídico protege y seguirá protegiendo esos derechos. En este punto, cuando afirmamos que “protege” apuntamos a los tres aspectos de la protección de un derecho: a) a través de su consagración normativa como derecho sustantivo; b) a través de la existencia de garantías procesales o acciones de garantía de esos derechos, y c) a través de la existencia de garantías institucionales que impedirán su violación (división de poderes, publicidad de los actos de gobierno, responsabilidad de los funcionarios, etc.).

d) ... *con leyes ciertas, escritas, estables...*: en el fallo “Mouviel”²⁷ de 1957, la Corte Suprema argentina declaró la inconstitucionalidad de la delegación legislativa en un órgano dependiente del Poder Ejecutivo para que este creara delitos o contravenciones por medio de los llamados “edictos policiales”, es decir, simples resoluciones emanadas del jefe de policía.²⁸ En él se aplicó a rajatabla el principio por el cual toda pena debe ser establecida por ley formal sancionada por el Congreso, cierta y escrita (*lex certa et scripta*), en estos términos: “La ‘ley anterior’ del art. 18 de la Constitución Nacional y del principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar”.²⁹ Como se advierte, hay tres requisitos: (i) la certeza que debe arrojar la norma, se refiere a su precisión, exactitud, buena redacción, completitud, etc.; (ii) su carácter escrito, que apunta no solo a la prohibición de órdenes verbales sino también a la de normas consuetudinarias no escritas. Nuestra constitución no admite la tipificación de delitos a través de normas consuetudinarias (nacionales o internacionales); por esa razón, cuando Argentina ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (que admite esa posibilidad)³⁰ formuló la siguiente reserva: “El Gobierno Argentino manifiesta que la aplicación del apartado segundo del art. 15 [...] deberá estar sujeta al principio establecido en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional”.³¹ (iii) su carácter de estable apunta a prevenir los cambios constantes en la legislación, que generan incertidumbre, incluyendo en este punto

27. Fallos 237:636

28. Afirmó la Corte: “...las modernas formas de autoritarismo [...] utilizan los edictos policiales como uno de los instrumentos más eficaces para la opresión de los ciudadanos...”.

29. Esta interpretación sería abandonada en 2005, en el fallo “Simón” (Fallos 328:2056), en el que la Corte consideró tipificado un crimen a través de normas internacionales que al momento de los hechos (lamentablemente) solo eran consuetudinarias y no estaban ni codificadas ni escritas.

30. Art. 15.2: “Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

31. Ley N°23.313, art. 2.

a las leyes civiles (por ejemplo, las que rigen las locaciones), a las criminales (por ejemplo, las que penalizan o despenalizan ciertas conductas), a las tributarias (por ejemplo las que crean, modifican o suprimen impuestos), etc.

e) ...*justas y razonables*...: su carácter razonable apunta a la justicia intrínseca de las normas y es el que reconoce a la seguridad jurídica como una emanación del mandato contenido en el Preámbulo de “afianzar la justicia”. Son dos caras de la misma moneda: no se puede afianzar la justicia sin seguridad jurídica y no se puede consolidar la seguridad jurídica sin normas justas. Como enseña Bidart Campos, nadie puede ser privado de lo que la ley *justa* no manda; no cualquier ley, sino una ley justa y razonable.³²

f) ...*y con actos de aplicación de esas leyes también razonables y estables*...:esto significa que no solo las normas jurídicas generales, sino también los actos particulares de aplicación de esas normas, deben cumplir esos requisitos. Nos referimos aquí a los actos administrativos y a las sentencias judiciales. La razonabilidad apunta a la prohibición de arbitrariedad y la estabilidad apunta a dos aspectos: (i) a la protección de la cosa juzgada (judicial o administrativa) y (ii) a prevenir los cambios constantes en la jurisprudencia y en los criterios utilizados por los órganos administrativos para fundar sus decisiones; esos cambios generan incertidumbre y atentan contra la posibilidad de que las personas sepan a qué atenerse.

g) ...*tal como están consagrados en las normas que integran el bloque de constitucionalidad*:en Argentina, con la reforma constitucional de 1994, once instrumentos internacionales de derechos humanos (luego extendidos a catorce) fueron elevados a la jerarquía constitucional.

32. “El principio de razonabilidad no se limita a exigir que solo la ley sea razonable. Es mucho más amplio. De modo general podemos decir que cada vez que la constitución depara una competencia a un órgano del poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable [...] El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares” (Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Argentina*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1998, pp. 516-517.

A ese conglomerado de normas se denomina Bloque de constitucionalidad³³ y es el parámetro con el que se mide la validez de todas las demás normas del sistema jurídico. Es más, la Corte ha sostenido, en el fallo “Giroldi”,³⁴ que la frase contenida en el art. 75 inciso 22 CN y referida a la jerarquía de esos instrumentos internacionales, que reza “...en las condiciones de su vigencia” significa: “tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. Por lo tanto, los derechos deben ser respetados tal como los consagró el constituyente y tal como los contemplan esos instrumentos internacionales, sin tergiversaciones al momento de su interpretación o aplicación práctica y siguiendo la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

g) ...*ante cualquier lesión o violación proveniente del Estado o de particulares*: la afectación de la seguridad jurídica puede provenir tanto de actos como de omisiones, estatales y privados: el incumplimiento de un contrato, una quiebra fraudulenta o un despido fraguado (para mencionar solamente un ejemplo civil, uno comercial y uno laboral) son tan lesivos para ella como lo son una orden de arresto verbal, la anulación de un acto administrativo que generó derechos subjetivos, o el dictado de una sentencia en contra de una anterior que se encuentra firme. En este sentido, debemos señalar que pesa sobre el Estado una triple obligación: (i) la primera es la de trazar adecuadamente la frontera entre lo público y lo privado: no importa dónde quieran trazarla las mayorías y las ideologías de turno (es decir, si habrá una mayor o menor intervención del Estado en la esfera privada o en el mercado), pero hay que hacerlo de una buena vez y terminar con la incertidumbre de si el Estado se entrometerá o no en los contratos entre particulares, como ocurrió en cada una de las emergencias por las que atravesó nuestro país; (ii) la segunda es abstenerse de emitir

33. Para ampliar puede verse nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 196 y ss.

34. Fallos 318:514 (1995).

actos legislativos, administrativos o judiciales que lesionen la seguridad jurídica; y (iii) la tercera es la de proveer una legislación adecuada para prevenir, evitar y sancionar los actos de particulares que la vulneren.

IV. LA UTILIZACIÓN DEL TÉRMINO SEGURIDAD JURÍDICA EN LAS CONSTITUCIONES

Además de las ya citadas, varias constituciones, especialmente en Latinoamérica, mencionan la seguridad jurídica, pero no lo hacen de la misma manera ni con la misma finalidad. Por lo tanto, clasificaremos esas constituciones de acuerdo al modo en que utilizan el concepto:

a) En relación al régimen socioeconómico

- El artículo 299 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, modificada en 2009, establece: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. El Estado conjuntamente con la iniciativa privada promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, *garantizando la seguridad jurídica*, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad del crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza mediante una planificación estratégica democrática participativa y de consulta abierta”.

- En un sentido similar, la Constitución de Bolivia contiene dos normas referidas a la economía que invocan la seguridad jurídica:

“Artículo 306.I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos. II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa. III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los *principios* de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, *seguridad jurídica*, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo...”.

“Artículo 311.I. Todas las formas de organización económica establecidas en esta Constitución gozarán de igualdad jurídica ante la ley. II. La economía plural comprende los siguientes aspectos: 1. El Estado ejercerá la dirección integral del desarrollo económico y sus procesos de planificación. 2. Los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano y serán administrados por el Estado. Se respetará y garantizará la propiedad individual y colectiva sobre la tierra [...] 4. El Estado podrá intervenir en toda la cadena productiva de los sectores estratégicos, buscando garantizar su abastecimiento para preservar la calidad de vida de todas las bolivianas y todos los bolivianos. 5. El respeto a la iniciativa empresarial y *la seguridad jurídica*. 6. El Estado fomentará y promocionará el área comunitaria de la economía como alternativa solidaria en el área rural y urbana”.

Como se advierte, ambas constituciones consagran un sistema económico mixto, con fuerte presencia e intervención del Estado, pero –al menos en el papel– declaran que respetan la iniciativa privada. Ambas insertan el concepto de seguridad jurídica en la regulación de ese modelo económico, pero con matices diferenciales: en Venezuela se la menciona como un *derecho* que el Estado garantizará, mientras que en Bolivia se la refiere como un *principio* (art. 306) y como un derecho que será respetado por el Estado (art. 311).

Resulta paradójico que en estos países, donde la seguridad jurídica aparece expresamente en el texto constitucional, sea donde, luego de la introducción de esas normas, se hayan cometido serias afectaciones al derecho de propiedad (clausuras, encarcelamiento de empresarios, expropiaciones, confiscaciones, etc.).

b) Con referencia a la administración de justicia

- La Constitución de Bolivia, de 2009, también menciona la seguridad jurídica en este aspecto. El artículo 178, apartado I, reza: “La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos”.

- La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, reformada en 2009, en su art. 27 inciso XIX: “Con base en esta Constitución, el Estado dispondrá las medidas para la expedita y honesta impartición de la justicia agraria, con objeto de garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad, y apoyará la asesoría legal de los campesinos”.

En estas constituciones aparece el concepto de seguridad jurídica como emparentado con la administración de justicia. En Bolivia se lo incluye bajo el rótulo de *principio* que debe regir la actividad del poder judicial, mientras que en México se lo menciona como un *objetivo* a ser perseguido por ese poder.

c) En relación al principio de legalidad

El art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, de 2008, establece: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

Si bien a primera vista la seguridad jurídica aparece en esta norma como un sucedáneo del principio de legalidad, es de destacar que no se menciona la ley en sentido estricto como fuente de legalidad, sino simplemente las “normas jurídicas”, lo cual ostenta una vaguedad tal que admitiría que por medio de un decreto se afectaran derechos, por ejemplo, tipificando delitos, estableciendo penas, aplicando sanciones, etc. Tampoco se menciona que las leyes deben ser razonables o justas. Hasta podría pensarse que el

“derecho a la seguridad jurídica” se utilizó como una estratagema para que la norma simule decir algo que no dice; es decir: no se consagra en ella ni el principio de legalidad ni el de razonabilidad y es evidente que sin esos principios no puede haber seguridad jurídica.

d) Como un valor previo a la existencia del Estado

La Constitución Política de la República de El Salvador, de 2009, en su art. 1 establece: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común”.

La inclusión de este concepto en el primer artículo de la carta magna no es un hecho que pueda ser soslayado. Eso y el modo en que está redactada la norma nos permiten interpretar que en ese país se la considera como un valor anterior al Estado y cuya consecución es fundamento de la existencia de este. La influencia de la Declaración de Virginia en esta cláusula de la constitución salvadoreña es evidente.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

- El concepto de seguridad jurídica tiene una parte unívoca (la referida a previsibilidad, estabilidad y confianza en el sistema jurídico) y una parte contingente que varía según quién la defina y que además varía de país en país.
- En algunos sistemas jurídicos se considera (y por lo tanto se utiliza) a la seguridad jurídica como un principio, en otros como una norma jurídica y en otros como un valor.
- Por último, algunos países la mencionan en sus constituciones en relación al régimen socioeconómico, otros en relación a la administración de justicia y otros en torno al principio de legalidad.

B.2.

En el Derecho Internacional Público

El derecho internacional público y los principios generales de derecho

*Hortensia D. T. Gutiérrez Posse**

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional por el que la Argentina se obliga, a partir de su vigencia en el ámbito internacional, integra su ordenamiento jurídico con la jerarquía que le asigna la Constitución Nacional. De ello cabe deducir el interés en profundizar los procesos de creación de este ordenamiento; en particular, y en lo que aquí se refiere, los principios generales de derecho. En efecto, si bien sus fuentes son los tratados y la costumbre también lo son estos principios generales de derecho que se derivan del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo. En ese sentido ha de tenerse presente que la Argentina se ha vinculado por dos tratados que instituyen jurisdicciones internacionales –con competencia para conocer en casos entre Estados, uno de ellos, y el otro, con capacidad para juzgar a individuos por crímenes internacionales– quedando sujeto el ejercicio de la jurisdicción a las condiciones que en cada uno de ellos se establecen.

En el primer caso se trata de la Corte Internacional de Justicia, cuyo Estatuto está Anexo a la Carta de las Naciones Unidas, en tanto que el segundo se refiere a la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto fue aprobado por la Ley 25.390 e implementado por la Ley 26.200. En ambos Estatutos se establece el derecho a aplicar por el Tribunal al decidir los casos de su conocimiento; así, en lo que hace a la Corte Internacional de Justicia, al precisarse que su función es decidir conforme al derecho internacional, se dispone que este derecho lo integran convenciones internacionales, la costumbre internacional y, también, los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. A su turno, el Estatuto de la

* Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho.

Corte Penal Internacional dispone, en un detallado orden jerárquico que, en defecto de las otras fuentes que allí se establecen, el Tribunal aplicará los principios generales de derecho que derive del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo. Es decir que, si bien con una diferencia terminológica, ambos tratados consideran como fuente del derecho internacional, y por ende como derecho que han de aplicar estos Tribunales, a los principios generales de derecho.

En razón de que los dos Estatutos integran el derecho argentino, cabe considerar en las páginas que siguen el concepto de principios generales de derecho así como también examinar, a título de ejemplo, algunos supuestos de su aplicación, puesto que, sea bajo una u otra terminología, a la determinación de tales principios solo cabe llegar aplicando el método comparatista. De allí una particular vinculación entre el derecho internacional y el Derecho Comparado.

1. CONCEPTOS

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sin precisar un determinado orden jerárquico, dispone que al decidir conforme al derecho internacional la Corte ha de aplicar tratados, costumbre, o principios generales de derecho *reconocidos por las naciones civilizadas* (énfasis agregado).¹ El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cambio, establece que, en defecto de las otras fuentes que se precisan, la Corte ha de aplicar los principios generales de derecho que ella derive del *derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo* (énfasis agregado).² Cabe preguntarse, entonces, si la diferencia de terminología encierra una diferencia conceptual o si en realidad se trataría de la misma noción jurídica, incluida en tratados adoptados en distintas épocas.

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que la terminología del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia data de los inicios del siglo XX en tanto que la del Estatuto de la Corte Penal Internacional fue adoptada a fines del mismo siglo.

1. Corte Internacional de Justicia, Estatuto, art. 38.1.d.

2. Corte Penal Internacional, Estatuto, art. 21.1.c.

En efecto, los procesos de creación del derecho internacional, codificados en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia –entre ellos, los principios generales de derecho–,³ retoman lo que ya se había establecido en el Estatuto de su predecesora; esto es, la Corte Permanente de Justicia Internacional, instituida en 1921 bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cambio, se adoptó por iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas en 1998, habiendo sido instituido previamente, en 1995, un Comité Especial para considerar el texto de este tratado.⁴ Al respecto ha de tenerse presente un particular proceso, el proceso de descolonización, que –iniciado a partir de 1960 a instancias de la Organización– en los años transcurridos desde entonces ha posibilitado que prácticamente se vea cuadruplicado el número inicial de Estados miembros, modificándose sustancialmente la composición de la comunidad internacional y, en consecuencia, incidiendo esta realidad en la terminología adoptada para el Estatuto.

Ahora bien, no obstante el carácter de procesos creadores de derechos y obligaciones que se otorga en el Estatuto de ambos Tribunales Internacionales a los principios generales de derecho –y, por ende, de derecho internacional a aplicar al resolver un caso– algunos autores han puesto en duda su existencia al tener en cuenta un eventual antagonismo ideológico que separaría el sistema legal comunista del capitalista y el autocrático del democrático⁵ o bien han considerado que tienen un carácter transitorio

3. Corte Internacional de Justicia, Estatuto, art. 38; en particular, parágr. 1. c., concordando con lo cual en el art. 9 se dispone que al elegirse a los miembros de la Corte ha de tenerse en cuenta no sólo que las personas reúnan individualmente las condiciones requeridas sino también que en el conjunto estén representadas en el Tribunal las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo.

4. El Estatuto de esta Corte entró en vigor el 1-VII-2002.

5. KELSEN, Hans, *Principios de derecho internacional público*, tr. Hugo Caminos, Ernesto C. Hermida, Buenos Aires, El Ateneo, 1965, p. 259 y ss., y 335 y ss., donde se concluye que los principios generales de derecho solo serían aplicables si fuesen parte del derecho internacional convencional o consuetudinario porque se considera dudoso que los redactores del Estatuto se hubiesen propuesto conferir a la Corte Internacional de Justicia un poder extraordinario tal como sería autorizarla a aplicar una norma porque en opinión del Tribunal se trataría de un principio general; sin embargo, en relación a eventuales antagonismos ideológicos, ha de tenerse en cuenta que en la doctrina soviética TUNKIN, G. , en su *Curso de derecho internacional*, tr. Federico Pitn, Moscú, Editorial Progreso, 1980, t. I., p. 78 y ss. acepta los principios generales de derecho,

puesto que solo serían aplicables a materias nuevas en el ámbito del derecho internacional dando lugar al nacimiento de costumbres o de reglas convencionales.⁶ Otros, en cambio, han sostenido que la inclusión de estos principios en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia tenía un alcance supletorio de las otras fuentes, aun cuando se ha reconocido su utilidad para interpretar preceptos jurídicos internacionales dudosos, iluminando de esta suerte todo el ordenamiento internacional.⁷ Más allá de estas afirmaciones lo cierto es que se trata de principios reconocidos por la mayoría de las legislaciones, constituyendo el patrimonio jurídico común a todos los pueblos, siendo este reconocimiento un signo de que –al igual que la costumbre o los tratados– se trata de derecho positivo.⁸

Así, se ha afirmado que el recurso a estos principios se efectúa por un doble procedimiento; en primer lugar de abstracción de los ordena-

sosteniendo que se trata de normas comunes para los sistemas jurídicos nacionales y para el derecho internacional, siendo conceptos jurídicos generales, reglas lógicas, procedimientos de la técnica jurídica utilizados al interpretar y aplicar el derecho con abstracción de la estructura social de uno u otro sistema jurídico.

6. CARREAU, Dominique, *Droit International*, París, Pedone, 1986, p. 265 y ss., donde se sintetizan distintas concepciones a partir de los debates que se suscitaron al considerar la inclusión del art. 38.1.c. en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, sosteniendo el autor que en definitiva para que estos principios sean universales basta que estén reconocidos por el derecho positivo de los países más representativos de la comunidad internacional, surgiendo si son aplicables por analogía a cuestiones de derecho internacional de un análisis del derecho positivo de las grandes familias jurídicas por el método comparatista.

7. VERDROSS, Alfred, *Derecho internacional público*, trad. de la 3ª ed. Antonio Truyol y Serra, Aguilar, 1961, p. 123 y ss.; el carácter supletorio de las otras fuentes en su aplicación a la resolución de controversias por la Corte es sostenido también por M. GIULIANO, T. SCOVAZZI y T. TREVES en *Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, t. I., p. 251 y ss.; G., ABI-SAAB, “Les sources du droit international: essai de déconstruction”, en *El derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de cultura universitaria, 1994, p. 29 y ss.; y D. NGUYEN QUOC, P. DAILLIER y A. PELLET, *Droit International Public*, 3ème. éd., París, L.G.D.J., 1987, p. 316 y ss., quienes también les asignan un carácter transitorio ya que su aplicación puede transformarlos en normas consuetudinarias de un contenido similar; en contra de un carácter subsidiario. P. M., DUPUY, *Droit International public*, 2ème. éd., París, Dalloz, 1993, p. 241 y ss.

8. CAVARE, Louis, *Le droit International public positif*, París, Pedone, 1967, t. I, p. 240 y ss.

mientos internos y luego de generalización por la comparación que los despoja de las particularidades nacionales de las cuales pudieron haber sido revestidos por una elaboración técnica más cuidadosa, permitiendo por un esfuerzo de comparación y de síntesis extraer los aspectos generales comunes a los distintos sistemas jurídicos. Un razonamiento por analogía comporta, de este modo, la expresión de una tendencia asimiladora que determina el pensamiento a relacionar, a pesar de falta de similitud exterior, con situaciones que se unen entre ellas por la identidad de la razón jurídica, no pudiendo constituir tal tipo de razonamiento –en la función de estos Tribunales de aplicar el derecho al decidir– una creación de normas jurídicas.⁹

Sin perjuicio de ello, bueno es recordar la historia de la disposición del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en el seno de la Comisión redactora del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En aquella Comisión se entendían por principios generales de derecho los que ya habían sido reconocidos *in foro domestico* por los pueblos “civilizados” puesto que en aras de la seguridad jurídica no se quería conceder al tribunal plena libertad para determinar el derecho a aplicar. En este enfoque es indudable que se trata de principios fundados en ideas jurídicas generales que resulten aplicables a las relaciones entre Estados. La Comisión redactora, a título de ejemplo, mencionaba la buena fe, el abuso de derecho, la cosa juzgada o el principio según el cual *lex specialis derogat generali*. De todo ello resulta que ni el derecho convencional ni el derecho consuetudinario agotan el derecho internacional sino que ambos se encuentran complementados por los principios generales de derecho.¹⁰ Y, desde que en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se exige que sean “reconocidos” en tanto que en el de la Corte Penal Internacional que sean “derivados” del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, es indudable que han de formar parte del derecho positivo.¹¹

9. DE VISSCHER, Charles, *Théories et réalités en droit international public*, 4^{ème}.éd. París, Pedone, 1970, p. 419 y ss.

10. VERDROSS, Alfred, *op. cit.*, p. 123 y ss.

11. DELBEZ, Louis, *Les principes généraux du droit international public*, 3^{ème}. éd., París, L.G.D.J., 1964, p. 48, donde el autor señala que a su juicio se originan en el derecho interno, son aceptados por la conciencia universal y representan un *jus gentium* en tanto que un derecho nacional uniforme para las naciones civilizadas.

Al decir de parte de la doctrina, se trataría de principios reconocidos por la autoridad social lo que sería signo de un derecho positivo.¹² A este fundamento sociológico se le ha agregado un carácter racional para concebir los principios generales de derecho como una fuente independiente de los tratados y de la costumbre, constituyendo una base jurídica común que por su reconocimiento *in foro domestico* les otorga la naturaleza de derecho, no autorizando a entender que se trataría de una simple aspiración hacia una organización, considerada deseable, del ordenamiento jurídico.

La determinación de estos principios no se centra en una transferencia de elementos del derecho interno al derecho internacional, sino que consiste en extraer de la convergencia, al comparar normativas, la existencia de un principio que explica necesidades sociales comunes con el objeto de verificar si esas necesidades se encuentran también en el orden internacional y por ende justifican la aplicación del mismo principio en función de aspectos destacables del ordenamiento jurídico tales como la justicia o la equidad.¹³

La referencia en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia a la existencia de estos principios en el ámbito interno de “naciones civilizadas” habría estado vinculada –en la época de la redacción del Estatuto de la Corte Permanente– al hecho de que se trata de principios generales del derecho romano que pasaron a constituir un “derecho común” para muchos países europeos hasta inicios del siglo XVIII como una especie de base jurídica uniforme entre los países y en sus ordenamientos nacionales. Así, muchas

12. CAVARE, Louis., *op. cit.*, t. I., p. 240 y ss., donde se incluyen las citas de los tribunales que se mencionan, y ABI-SAAB, George, “Les sources du droit international: essai de déconstruction”, en *El derecho internacional en un mundo en transformación, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1994, p. 29 y ss., quien sostiene que tanto los principios generales de derecho como los tratados o la costumbre no surgen en un vacío social ya que en la mayoría de los casos se trata de un crecimiento progresivo e imperceptible a través de un surgimiento de nuevos valores en la sociedad, de nuevas ideas, que cada vez son más imperativas en la conciencia social al extremo de dar lugar a un sentimiento social irresistible en el sentido de que han de ser sancionados y protegidos por la norma.

13. DE VISSCHER, Charles, *op. cit.*, p. 419 y ss., en donde el autor ejemplifica con la aplicación de la máxima *in adimplenti non est adimplendum* en el caso de *Prises d'eau de la Meuse*, C.P.J.I., Série A/B, N°70, pp. 49-50 y pp. 76-77, en razón de que la equidad no permite a una parte exigir la ejecución de un contrato que no está dispuesto a ejecutar o que ha violado.

normas del derecho internacional general se plasmaron bajo la influencia de ciertos principios generales de la vida jurídica de las sociedades nacionales; en particular, las más directamente influenciadas por las tradiciones del derecho romano. El hecho de que al presente muchos de ellos hayan pasado a tener la naturaleza de normas convencionales o consuetudinarias no les ha restado importancia en tanto fuentes autónomas del derecho internacional.¹⁴

En este enfoque histórico de la inclusión de los principios generales de derecho como una de las fuentes a aplicar, primero por la Corte Permanente de Justicia Internacional y luego por la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, se suelen evocar las figuras del representante americano Root y del barón belga Descamps en el Comité preparatorio del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional. En ese ámbito el barón Descamps consideraba que constituían la manifestación concreta en el derecho internacional de la idea de “derecho natural”. De este modo, la expresión “naciones civilizadas” reflejaría la idea de los fundadores del derecho internacional y de sus glosadores en el sentido de que este derecho solo se aplicaría a ciertas colectividades estaduales; las colectividades “cristianas” u “occidentales” o “europeas”; esto es, en las relaciones entre estos países civilizados en tanto que por lo demás se regirían por la fuerza y no por el derecho. Sin embargo, aun desde este punto de vista, se agrega que al presente se admite que la referencia es a los principios reconocidos por los Estados en tanto que tales. Es decir, que se trata de los principios comunes a los grandes sistemas de derecho contemporáneo aplicables al ordenamiento internacional, pudiendo referirse tanto al derecho de fondo como al procesal, y en algún sentido podrían constituir una base para el desarrollo del derecho internacional, permitiendo adaptarlo a nuevas necesidades de la sociedad internacional.¹⁵

14. TREVES, Tulio *et al.*, *Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 1983, T. I, p. 251 y ss., en donde los autores citan a Lord Phillimore en el Comité consultivo de juristas que preparó el proyecto del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional al precisar que la expresión se refería a los principios generales reconocidos *in foro domestico* por las naciones civilizadas.

15. CARREAU, Dominique, *op. cit.*, p. 265 y ss., donde el autor ejemplifica expresando que los ámbitos a los que generalmente se aplican están referidos a las reglas de interpretación de los tratados –similares a las de interpretación de los contratos–, a la responsabilidad internacional –tanto en la obligación de reparar como en el alcance

Sin embargo, aun desde este enfoque histórico, valga recordar que si bien la propuesta inicial del barón Descamps se refería a las reglas de derecho internacional reconocidas por la conciencia legal de los pueblos civilizados, Root, en cambio, consideraba que los gobiernos desconfiarían de un tribunal que se basase en el concepto subjetivo de principios de justicia. En lo que hace al Comité, este habría percibido que la Corte debía tener una cierta capacidad de desarrollar y pulir principios de jurisprudencia internacional. A la luz de todo ello, una propuesta conjunta de Root y Lord Phillimore, quienes consideraban que se trataba de normas contenidas en el derecho interno de los Estados civilizados, fue aceptada y el texto se adoptó tal como aparece al presente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

En un intento de explicar su aplicación por los tribunales internacionales se ha sostenido que estos emplean elementos del razonamiento legal y analogías comparatistas del derecho privado en modo a hacer del derecho internacional un sistema viable a ser aplicado en un procedimiento judicial, concluyéndose que quizás el uso más frecuente de los principios generales de derecho se dé en el ámbito de la prueba, el procedimiento y otras cuestiones jurisdiccionales.¹⁶

Lo cierto es que con la redacción dada a los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Penal Internacional no se habilita a los jueces a crear derecho puesto que solo han de aplicar aquellos principios que ya han sido reconocidos, verificando su existencia al comparar los ordenamientos internos. Por cierto que una aplicación cumplida con conciencia de obligatoriedad de ciertos principios les otorgaría –a más– el carácter de norma consuetudinaria, en tanto que en materias nuevas del derecho internacional o en nuevos tipos de relaciones entre sujetos del derecho internacional los ámbitos internos darían respuestas aplicables por analogía desde que en general los sistemas jurídicos estadales ya las habrían

de la indemnización–, a la administración de justicia –el juez es juez de su propia competencia, no puede fallar *ultra petitia*, no puede ser juez y parte, el que afirma prueba –*actori incumbit probatio*–, las decisiones deben ser motivadas, los jueces han de ser independientes.

16. BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 2nd. ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 15 y ss.

elaborado para problemas similares.¹⁷ En todo supuesto ha de recordarse que ante un caso de especie es el Tribunal el que goza de la capacidad de determinar los principios de derecho interno que fuesen aplicables.¹⁸ Aun cuando hubiese estado en la mente de los redactores del proyecto de Estatuto para la Corte Permanente evitar el *non-liquet*, confiando a los jueces internacionales actuar como comparatistas para determinar la existencia de una suerte de sentido común a las normas internas que, más allá de disparidades, obedecería a una lógica o a exigencias de carácter universal, la referencia en la norma es a principios reconocidos por los Estados, en tanto que tales, en sus derechos internos. Es decir, que se trata de principios comunes a los grandes sistemas de derecho contemporáneo aplicables al ordenamiento internacional, pudiendo referirse tanto al derecho de fondo como al procesal.¹⁹

En lo que hace al Estatuto de la Corte Penal Internacional, sin perjuicio de la mención de los principios generales de derecho como derecho a aplicar por el Tribunal, en función de la seguridad jurídica y de su obligación de decidir en primer lugar conforme a su propio Estatuto,²⁰ es de destacar que se incluye una Parte III, titulada “De los principios generales de derecho penal”, en la que si bien se codifican principios generales de derecho penal reconocidos en los ámbitos internos, también se incorporan principios generales del derecho internacional penal; esto es, principios bien reconocidos de este ordenamiento en tanto que generalizaciones de normas existentes de fuente tanto convencional como consuetudinaria. Así, se incluyen, mencionándoselos expresamente, los siguientes principios de uno

17. NGUYEN QUOC, Din *et al.*, *Droit International Public*, 3ème. éd., París, L.G.D.J., 1987, p. 316 y ss.

18. SHAW, M. N., *International Law*, 2nd. ed., Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986, p. 81 y ss.

19. DUPUY, P-M., *Droit international public*, 2ème. éd., París, Dalloz, 1993, p. 241 y ss., donde se opina que un examen de la jurisprudencia judicial y arbitral permitiría constatar que el recurso a estos principios, en general, se refiere a reglas propias de una sana administración de justicia; tales como la determinación de los términos de la litis o de la función judicial –nadie puede ser juez y parte en causa propia–, distinción entre competencia y admisibilidad, igualdad de las partes en el proceso, carga de la prueba, empleo de la prueba y pruebas indirectas.

20. Corte Penal Internacional, Estatuto, art. 21.

y otro carácter: *nullum crimen sine lege*,²¹ *nulla poena sine lege*,²² irretroactividad *ratione personae*,²³ responsabilidad penal individual,²⁴ exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte,²⁵ improcedencia del cargo oficial,²⁶ responsabilidad de los jefes y otros superiores,²⁷ imprescriptibilidad de los crímenes de su competencia,²⁸ elemento de intencionalidad,²⁹ circunstancias eximentes de responsabilidad penal,³⁰ error de hecho o de derecho,³¹ y órdenes superiores o disposiciones legales.³² Sin embargo, ha de señalarse que un principio general de derecho penal no está codificado en esta Parte del Estatuto sino en la Parte II titulada “de la competencia, la admisibilidad y el derecho aplicable”; tal es el caso del principio de la cosa

21. *Ibidem*, art. 22; véase sobre esta norma y las siguientes de esta parte TRIFFTERER, Otto, (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 420 y ss.

22. *Ibidem*, art. 23; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al codificar este principio, expresamente dispone en el art. 15, párrafo 2, que “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”, lo que cabría interpretar como una referencia a los principios generales del derecho internacional penal de fuente tanto convencional como consuetudinaria.

23. *Ibidem*, art. 24; al entender el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que había sido establecido por el Consejo de Seguridad en ejercicio de los poderes conferidos a este órgano por el Capítulo VII de la Carta, señaló que el principio de irretroactividad no se vincula a la constitución de un tribunal sino al derecho a aplicar, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N°IT-94-1-AR 72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, paragr. 34-47, *The Prosecutor v. Dario Kordic y Mario Cerkez*, Case N°IT-95-14/2-PT, Decision on Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction based on the Limited Jurisdictional Reach of Article 2 and 3 y *The Prosecutor v. Moncilo Krajisnik*, Case N°IT-00-39-PT, Decision on Motion challenging Jurisdiction – with Reasons.

24. *Ibidem*, art. 25.

25. *Ibidem*, art. 26.

26. *Ibidem*, art. 27.

27. *Ibidem*, art. 28.

28. *Ibidem*, art. 29; según se dispone en el art. 5 la Corte tiene competencia para juzgar los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión.

29. *Ibidem*, art. 30.

30. *Ibidem*, art. 31

31. *Ibidem*, art. 32.

32. *Ibidem*, art. 33.

juzgada.³³ En razón de que la materia de fondo en este supuesto es específicamente la penal, resulta interesante evocar la consideración que en una oportunidad formulara otro tribunal también penal e internacional pero de carácter *ad hoc*. El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia expresó que, en su enfoque, la aplicación de los principios generales de derecho que emanan de los derechos internos no implica necesariamente una comparación específica de cada norma de todos los sistemas legales, sino un examen de aquella jurisprudencia que resultase accesible en un esfuerzo por distinguir una tendencia general, una política o principio que subyace en las concretas normas que se compadecen con el objeto y el fin del establecimiento de un tribunal internacional.³⁴

Descartada así toda diferencia conceptual entre principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y principios generales de derecho que derive el Tribunal del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, puesto que en uno y otro caso se trata de principios comunes a los ordenamientos de los Estados, cabe ver –a título de ejemplo– algunos casos en los que se los ha aplicado al decidir conforme al derecho internacional.³⁵

2. APLICACIONES

Estos principios, que constituyen un patrimonio jurídico común a la mayoría de las legislaciones, han sido aplicados de larga data, primero por tribunales arbitrales, buscando analogías con el derecho interno, luego por la Corte Permanente de Justicia Internacional y actualmente por la Corte Internacional de Justicia.

En ese sentido, baste recordar que la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya en casos decididos con antelación a la constitución de la Corte Permanente de Justicia Internacional ya había señalado que el principio de

33. *Ibidem*, art. 20.

34. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *The Prosecutor v. Erdemovic*, Judgement, Case N°IT-96-22-A, paragr. 57.

35. RAIMONDO, Fabián O., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (tesis), Amsterdam Centre of International Law, Universidad de Amsterdam, 2007.

la cosa juzgada debe aplicarse a los litigios internacionales o que la responsabilidad del Estado deudor no debe ser más rigurosa de la que se impone a un deudor privado en numerosas legislaciones europeas.³⁶ La Corte Permanente de Justicia Internacional, a su turno, consideró que la violación de una obligación acarrea la obligación de reparar en modo adecuado³⁷ en razón de tratarse de una concepción general del derecho.³⁸

El principio de la autoridad de la cosa juzgada fue retomado por la Corte Permanente de Justicia Internacional³⁹ y por su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, al expresar que, de conformidad con un bien establecido y generalmente reconocido principio de derecho, una sentencia de un cuerpo judicial es *res judicata* y tiene fuerza obligatoria entre las partes en disputa.⁴⁰ En lo que hace a la prueba, al referirse a la evidencia circunstancial, señaló que esta evidencia indirecta se admite en todos los sistemas de derecho y su uso es reconocido en decisiones internacionales.⁴¹ Siempre en materia de prueba, en un caso, iniciado por la República de Guinea contra la República Democrática del Congo en el que la actora había sostenido que la accionada había incurrido en serias violaciones del derecho internacional contra un nacional suyo, residente en la República Democrática del Congo, la Corte Internacional de Justicia se refirió a la máxima *onus probandi incumbit actori* sosteniendo que es fundamento de un principio general según el cual corresponde a quien invoca un hecho probar su existencia ya que la finalidad de la actividad probatoria en el proceso en justicia –sea este interno o internacional– consiste en crear la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de hechos conducentes que han sido afirmados puesto que un tribunal no puede en su sentencia referirse a otros que aquellos que han sido alegados por las

36. Casos de los Fondos Pios de California, 14-X-1902, y de la *Indemnización rusa*, 11-XI-1912, respectivamente, citados por CAVARE, Louis, en *op. cit.*, t. I, p. 240 y ss.

37. CPJI, Monastère de Saint Naoum, avis consultatif du 4 septembre, 1924, Série B 9, p. 21.

38. *Ibidem*, Interprétation des arrêts N°7 et 8, arrêt du 16 septembre 1927, Série A 13, p. 25.

39. *Ibidem*, caso de la Fábrica de Chorzow, Serie A, N°17, p. 29.

40. CIJ, opinión consultiva sobre los *Efectos de las sentencias del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas*, Recueil 1954, p. 53.

41. *Ibidem*, caso del Estrecho de Corfú (Reino Unido c. Albania), Recueil 1949, pp. 4 y 18.

partes,⁴² siendo su función evaluar las pruebas –en el respeto de la igualdad en el trato a actor y demandado– para llegar a una decisión.

La aplicación del principio *in adimplenti non est adimplendum* por parte de la Corte Permanente de Justicia Internacional se basó en el hecho de que es universalmente reconocido que una parte no puede exigir la ejecución de un contrato que no está dispuesto a ejecutar o que ha violado.⁴³

En lo que hace al principio de la buena fe,⁴⁴ este último Tribunal no dudó en afirmar que el abuso de derecho lo viola,⁴⁵ en tanto que la Corte Internacional de Justicia invocó este principio para determinar el efecto en derecho de actos unilaterales de los Estados. Así, en la demanda incoada por Nueva Zelanda y Australia contra Francia por los ensayos nucleares que llevaba a cabo este país en el Pacífico, la Corte entendió –ante declaraciones formuladas por Francia en el sentido de que iba a cesar tales actividades– que la declaración obligaba al país que la había formulado sin que fuese necesaria reacción alguna por parte de terceros, fuese esta una aceptación o fuese de cualquier otro tipo. El Tribunal agregó que un principio básico que regula la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas –sea cual fuese su fuente– es el de la buena fe. Por ende, el carácter obligatorio de un compromiso internacional asumido por declaración unilateral reposa sobre este principio y los Estados interesados pueden basarse en ella para exigir

42. *Ibidem*, caso de Ahmadou Sadio Diallo, Recueil 2010; la máxima *secundum allegata et proba se codifica* en el Estatuto de este Tribunal al establecerse que los fallos han de ser motivados y fundados en derecho internacional al decidir la Corte las controversias que le sean sometidas; conf., arts. 38, 56 y concordantes.

43. CPJI, caso de las Tomas de agua del Mosa, Serie A/B, N°70, pp. 49-50 y pp. 76-77; sin embargo, ha de tenerse presente que este principio es aplicable en las obligaciones internacionales de naturaleza dispositiva o bilaterales pero no resulta pertinente en relación a las obligaciones frente a la comunidad internacional tal como lo estableció el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia al rechazar la defensa *tu quoque* –basada en la naturaleza recíproca de las obligaciones– porque en una rama del derecho internacional, cual lo es el derecho internacional humanitario, estas no están basadas en la reciprocidad sino que constituyen obligaciones ante la comunidad internacional en su conjunto a más de que muchas de sus normas han adquirido el carácter de *jus cogens*. The Prosecutor v. Zoran Kupreskic *et al.*, Case N°IT-96-16-T, *Judgement*, parágr. 517-520.

44. CAVARE, Louis, *La notion de bonne foi et quelques-unes de ses applications en droit international public*, París, Cours à l'Institut des Hautes Etudes, 1963-1964.

45. CPJI, caso de Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia, CPJI, Serie A, N°7, p. 30.

que la obligación así creada sea respetada, agregando que en las relaciones internacionales se considera con frecuencia que la confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional, sobre todo en una época en la que en muchos ámbitos esta cooperación es cada vez más indispensable.⁴⁶ La Corte reiteró esta interpretación, ahora en relación con una comunicación transmitida por la junta de reconstrucción nacional de Nicaragua a la Organización de Estados Americanos, señalando que en este caso nada podía encontrar en los términos de la declaración que diese lugar a entender que el autor había asumido un compromiso jurídico.⁴⁷ Con idéntico alcance consideró el valor de una declaración efectuada por Mali en relación con la creación de una Comisión de Mediación de la Organización de la Unidad Africana, establecida en la Conferencia de Lomé de 1974. Así, reiteró que solo cuando el Estado autor de la declaración entiende obligarse por sus términos, esta intención confiere a su toma de posición el carácter de un compromiso en derecho. Por ende —según el Tribunal— todo ha de depender de la intención del Estado que la formula y, para apreciar la intención de ese acto unilateral, han de tenerse en cuenta todas las circunstancias de hecho que lo rodean.⁴⁸ Es decir que un acto unilateral instituiría obligaciones para su autor —y consecuentemente derechos para terceros Estados— si así lo entiende quien lo expresa; y ello, en aplicación de un principio general de derecho cual es el principio de la buena fe.

La buena fe también es sustento en el ámbito internacional de la institución del *estoppel* que se aplica en caso de contradicción entre un comportamiento actual y un comportamiento anterior del mismo sujeto, impidiendo a una parte contradecir aquello que precedentemente hizo, dijo o indujo a creer. Ello, cuando un tercero en virtud del primer comportamiento modificó su posición en su perjuicio. De este modo, la buena fe impide al primero establecer en relación al otro sujeto un estado de cosas diferente de aquel que anteriormente se representó como existente.⁴⁹

46. CIJ, caso de los Ensayos nucleares (Nueva Zelanda c. Francia y Australia c/ Francia), Recueil 1974, para. 46-49.

47. *Ibidem*, caso de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Recueil 1986, para. 261.

48. *Ibidem*, caso de la Disputa Fronteriza (Burkina Faso c/ República de Mali), Recueil 1986, para. 39-40.

49. La aplicación de la máxima *nemo auditur turpitudinem allegans* indica que la buena

En el derecho convencional, algunos tratados contienen la obligación —ante determinadas circunstancias previstas en sus normas—⁵⁰ de negociar; esto es, contienen un *pactum de negociando*. En estos supuestos, sin apartarse del principio de la autonomía de la voluntad, la buena fe impone una obligación positiva, una obligación de hacer. Esto es, que las negociaciones se lleven a cabo y se lo haga en modo razonable. En tales supuestos, las partes han de entablar las negociaciones en miras a llegar a un acuerdo, comportándose de forma que el diálogo tenga un sentido, lo que no ocurre si una de ellas insiste en su posición sin considerar ninguna modificación.⁵¹ Sin embargo, cabe señalar que en razón de la regla de la autonomía de la voluntad, la buena fe regula la relación como obligación de comportamiento pero, nunca, de resultado puesto que los Estados soberanos serán libres ulteriormente de expresar o no el consentimiento en obligarse por el tratado negociado. Así, también, cuando el tratado negociado entrase en vigor, la buena fe —siempre en tanto que regla de comportamiento— tendrá una función que cumplir, pero ahora identificable con la norma *pacta sunt servanda* en tanto que supletoria de ella. En efecto, los derechos y obligaciones que emanasen del tratado deberán ser ejecutados de buena fe puesto que si se violase una norma convencional que estableciese el deber de actuar en un modo determinado, la transgresión en cuestión acarrearía la responsabilidad del sujeto obligado con relación a aquel que goza del derecho a ese tipo determinado de comportamiento.⁵² Por otra parte, si quien no ha actuado de buena fe es la parte que alega encontrarse lesionada

fe en el Estado que se ha hecho la representación de los hechos es una condición esencial de la invocación del principio del *estoppel* en derecho internacional; véase ZOLLER, Elisabeth, *La bonne foi en droit international public*, París, Pedone, 1977, p. 294 y ss. 50. A título de ejemplo baste mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, art. 62, en la que se establece con relación a la zona económica exclusiva que si un Estado ribereño no tiene capacidad para explotar toda la captura que ha determinado como permisible, ha de negociar con Estados que así se lo requieran el acuerdo que posibilite darles acceso al excedente.

51. CIJ, caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (Dinamarca c. República Federal de Alemania; República Federal de Alemania c. Países Bajos), Recueil 1969, p. 47.

52. *Ibidem*, opinión consultiva sobre *la Interpretación de los Tratados de Paz concluidos con Bulgaria, Hungría y Rumania* en que se estableció que es claro que el rechazo a comportarse conforme lo establece una obligación convencional compromete la responsabilidad internacional, Recueil 1950, p. 228.

por el incumplimiento, tampoco podría en derecho sostener una reclamación por el incumplimiento de su contraparte;⁵³ siempre en aplicación del principio de la buena fe.

La necesidad de que quede trabada una controversia con la interpelación al deudor de una obligación, como presupuesto procesal inexcusable al ejercicio de la jurisdicción, también con sustento en la buena fe, fue señalada reiteradamente por la Corte Internacional de Justicia; en particular, en un caso planteado por Bélgica contra Senegal en el que Senegal había sostenido que no existía una controversia entre ambos Estados por lo que la Corte habría carecido de jurisdicción. El tribunal expresó que al sostener una y otra Parte posiciones antitéticas sobre la existencia de controversia y su objeto debía recordar que, precisamente, la existencia de controversia es condición de su jurisdicción.⁵⁴ Al así sostener, la Corte recordó su jurisprudencia en casos precedentes según la cual, con el objeto de establecer si existe una disputa, se debe verificar en modo objetivo –a través del examen de hechos– que la pretensión de una parte es claramente opuesta por la otra, señalando que en la especie, antes de iniciar la demanda, Bélgica había requerido a Senegal por Notas Verbales, en varias ocasiones, que cumplierse la obligación de extraditar o juzgar a una persona que se encontraba en su territorio acusada de haber cometido actos de tortura. En ese intercambio diplomático Senegal había sostenido que estaba cumpliendo con las disposiciones de la Convención contra la Tortura ya que sus normas otorgan al Estado parte cierta flexibilidad con relación al tiempo en que han de tomarse las conductas. A la luz de este diálogo directo entre las Partes, la Corte entendió que existía una controversia entre ellas sobre la interpretación y aplicación de disposiciones de la Convención, por lo que, al subsistir al momento de interponerse la acción, gozaba de jurisdicción para conocer en la demanda.⁵⁵ Así, la ausencia de constitución en mora de quien se considera deudor de una obligación, en el ámbito interno, o la

53. Sobre la teoría denominada de *clean hands*, véase SALMON, Jean J. A., “Des ‘mains propres’ comme condition de recevabilité des réclamations internationales”, en *Annuaire Francais du Droit International*, 1964, p. 226 y ss.

54. CIJ, Cuestión concerniente a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal), Recueil 2012, para. 45.

55. *Ibidem*, para. 52.

carencia de invitación a negociar a quien se entiende que no adecua su comportamiento a la norma, en el ámbito internacional, impiden que se intente abrir una instancia jurisdiccional interponiendo ante ella una pretensión. El juez –interno o internacional– solo cabe que se pronuncie frente a una concreta controversia, donde las Partes, el objeto y las respectivas posiciones estén claramente definidas.

A la luz de estas decisiones resulta claro que los principios generales de derecho cabe encontrarlos en el derecho positivo de los Estados, siendo la opinión general de sus legislaciones la que permite reconocer su existencia,⁵⁶ particularmente, en el ámbito del derecho civil⁵⁷ o del derecho procesal.

A MODO DE COLOFÓN

La inclusión de los principios generales de derecho en dos tratados de los que la Argentina es parte –el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y el Estatuto de la Corte Penal Internacional–, en tanto normas jurídicas que estos Tribunales han de aplicar para decidir los casos en los que deban conocer, señala la íntima relación entre esta fuente del ordenamiento jurídico internacional y el Derecho Comparado; ello en función del derecho vigente en nuestro país.

En efecto, los principios generales de derecho comportan principios reconocidos por la mayoría de las legislaciones, constituyendo su patrimonio jurídico común. A ellos se llega a través de un análisis comparado, lo que –sin embargo– no implica habilitar a los jueces de los Tribunales internacionales a crear derecho puesto que solo han de aplicar aquellos que ya han sido reconocidos, verificando su existencia al comparar los ordenamientos internos. En este sentido resulta indudable que se trata de normas de derecho positivo por las que los Estados se encuentran vinculados ya que no parecería posible sostener que disposiciones, que se consideran justas y útiles en sus legislaciones, no tendrían el mismo carácter en las relaciones internacionales.

56. RIPERT, G., “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1933-II, p. 579 y ss.

57. *Ibidem*, p. 584.

En lo que hace al ordenamiento jurídico de la Argentina, al emanar estos principios de su derecho positivo, es indudable que, en todo supuesto, se han de adecuar a las garantías, derechos y a los propios principios, reconocidos en la Constitución Nacional según la prioridad establecida en la Norma Fundamental.

De este modo, el método comparatista resulta de particular utilidad al determinar el contenido de uno de los procesos de creación, una de las fuentes, del derecho internacional; de allí, la íntima vinculación entre este ordenamiento jurídico y el Derecho Comparado.

B.3.

En el Derecho Internacional Privado

El Derecho Internacional Privado (DIPr) y el método de comparación

*María Elsa Uzal**

1. INTRODUCCIÓN

El propósito de estas breves reflexiones es reconocer y valorar el aporte que el Derecho Comparado, fundamentalmente a través del *método de comparación*, brinda al DIPr.

Ese aporte se observa en diversos planos y en distintos momentos. Se aprecia en el trabajo del legislador, de los operadores jurídicos, fundamentalmente, en la labor del juzgador, de los árbitros, de los profesionales y también, de las mismas partes, puesto que todos ellos son quienes tienen a su cargo realizar, *a su turno*, tanto la *elaboración* y la *interpretación* de las normas jurídicas, como la *integración* normativa y la *aplicación* de las disposiciones del DIPr, ya sea cuando las elaboran, las aplican, las utilizan o, simplemente, aconsejan con base en ellas.

Para comprender cabalmente la importancia de esa interacción cabe comenzar, necesariamente, por describir ciertos rasgos del método de comparación y su objeto.¹

En esa línea es de destacar que:

*Escribana y Abogada Univ. del Salvador. Diploma de honor. Doctora en Derecho, UBA (tesis sobresaliente). Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado (DIPr.) Univ. del Salvador y USI. Profesora DIPr., UBA, en la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho. Profesora de posgrado DIPr. Convocada como experta por la Conferencia de La Haya en DIPr. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI).

1. Para el desarrollo siguiente en profundidad, véase CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de droit comparé*, T.II, *La méthode comparative*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, pp. 22 a 24.

a) El método de comparación *sirve a una pluralidad de fines* sin cambiar su estructura y, entre ellos, está también asistir a los múltiples operadores del DIPr.

b) Se ha dicho de la *comparación* que es una operación del espíritu, por la que se reúnen dentro de una confrontación metódica los términos u objetos a comparar a fin de *establecer puntos comunes* y precisar *relaciones de semejanzas y diferencias* existentes entre ellos. Es claro pues que no se trata de una yuxtaposición informativa de los objetos que se comparan y que no se agota en una exposición en paralelo de las características de tales objetos.

c) Se trata de una *serie de procesos encadenados* dentro de una *marcha sistemática y racional* que excluye el azar, la manera desordenada y, nuevamente, la reducción a una simple información y que se pone al servicio de un fin preciso, *aprehender las relaciones (les rapports) existentes entre los objetos o términos a comparar y sus causas* para establecer las relaciones de *semejanzas y diferencias* entre dos o más órdenes jurídicos diferentes.

d) *Luego de la previa comparación* entre los términos variables, el método exige la *estimación* que tiene como fin evaluar los objetos comparados o medirlos en su valor desde un determinado punto de vista.

e) Luego, sigue la ulterior utilización de los resultados de la comparación sistemática que arroja la confrontación comparativa de dos o más órdenes jurídicos diferentes.

f) Puede definirse el rol del *método de comparación* pues como aquel que *ordena el proceso de comparación a través de una marcha razonada del espíritu con el objeto de arribar a un fin determinado*.

2. LA INFORMACIÓN COMPARATIVA

La *sola información* que arroja la confrontación comparativa de dos o más órdenes jurídicos diferentes *puede ser utilizada de modo ocasional y*

subsidiario en el mejor conocimiento y la enseñanza del derecho nacional, si no pasa por el rigor del procedimiento sistemático del método, solo aparece fundada en elementos fragmentarios que, en todo caso, lo que proporcionan es una apreciación global de naturaleza comparativa, con breves u ocasionales y resumidas referencias o ejemplos de valor más ilustrativo que explicativo. Por esta vía se corre el riesgo de inexactitudes y errores por lo azaroso de sus resultados; es por ello que se ha dicho que la sola información, sin un examen profundo, ni un real conocimiento, podría solo adquirir un valor “ornamental”, reducido a perspectivas o reenvíos muchas veces dudosos.²

Se ha dicho que el Derecho Comparado proporciona la perspectiva necesaria para percibir adecuadamente las líneas maestras del propio derecho y de los derechos extranjeros abordados, e incluso, que pone de relieve el carácter contingente o accidental de ciertas instituciones que, de no ser por la comparación, podrían pensarse de carácter necesario o permanente.³

En el estudio de una rama del derecho, como es el DIPr, que se elabora sobre fuertes bases comparativas, la *información comparativa* se utiliza para proporcionar una visión más expandida y sustancial del derecho de fuente nacional, pues lo explica y arroja luz *sobre su relación con derechos extranjeros*, se refieren semejanzas y diferencias, aunque ese estudio muchas veces no es exhaustivo y puede ser incompleto. No obstante, aunque su intensidad puede variar, siempre resulta útil y es importante como elemento subsidiario para explicar ciertas instituciones, pues aporta verdaderos conocimientos de derecho extranjero y enriquece el conocimiento y la mejor comprensión del derecho nacional.

Los *estudios comparativos sistemáticos*, en lo que sería un tercer nivel de profundización, ya utilizan rigurosamente el método comparativo, recorriendo las diversas fases del método.

2. Véase CONSTANTINESCO, L.J., *op. cit.*, T II, pp. 25 y 26 y sus citas.

3. Véase DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, Madrid, 1968, p. 9.

3. ELEMENTOS DEL MÉTODO COMPARATIVO EN BREVE SÍNTESIS

El enfoque metodológico exige ciertas precisiones al operador, inicialmente establecer *cuántos ordenamientos jurídicos han de compararse*, seleccionar cuáles han de ser esos ordenamientos y *cuál ha de ser el criterio de selección*.

Una tendencia metodológica ha sido la comparación del más grande número posible de ordenamientos jurídicos, en la búsqueda de generalizaciones sucesivas con una tendencia universalista con la que se aspiraba a descubrir grandes leyes generales y la esencia de las instituciones.⁴ Otra línea, por el contrario, tiende a limitar el número de ordenamientos a comparar para ganar profundidad en el estudio, la que se perdería con la expansión. Ello, en definitiva, dependerá del fin perseguido.

En cuanto a la elección de los términos de la comparación, se plantea si serán ordenamientos representativos de una misma familia, tronco o sistema, si se compararán sistemas jurídicos diferentes en sus prototipos jurídicos, ignorando los sistemas derivados de ellos o si deberá considerarse cada ordenamiento jurídico separadamente, antes de generalizar, a fin de establecer las tensiones que plantea y hallar los términos a comparar, a los que nos reenvía, que pueden ser de un ordenamiento raíz o de un ordenamiento derivado; la elección varía en función del objetivo buscado.

Cabe distinguir la llamada *comparación horizontal o sincrónica* que se da entre ordenamientos próximos en el tiempo y extendidos en el espacio, donde la brecha espacial no suele ser relevante, se trata de ordenamientos jurídicos contemporáneos. De otro lado, se encuentra la comparación *vertical o diacrónica*, se trata de una *comparación histórica* que debe examinar las necesidades sociales, económicas y a las concepciones socio-jurídicas que se extienden o alejan en el tiempo. Ayuda a conocer la institución actual y sus fuentes y ha servido de base a la evolución de los ordenamientos jurídicos.⁵

El método comparativo que se caracteriza por un alto nivel de abstracción, es el mismo que se da en todas las ciencias que tienen un vínculo histórico con el derecho y cada una de ellas lo utiliza como

4. Véase CONSTANTINESCO, L.J., *op. cit.*, T. II, pp. 38 y 39 y sus citas, en particular, la cita de Fontana en nota 101.

5. Véase CONSTANTINESCO, L.J., *op. cit.*, T. II, p. 42 y ss. y sus citas: POUND, Roscoe, "Comparative Law in Space and Time", en *AJoCL*, 4, 1955, p. 70 y ss.

instrumento, adaptándolo, dentro de sus fines propios, a los objetivos perseguidos.

En una primera fase, el método es *analítico y descriptivo*; en una segunda fase, es *comparativo y sintético*. Esto no significa que haya un método *analítico y descriptivo* que se oponga a un método *comparativo y sintético* sino que se trata de dos estadios o fases dentro del mismo método.

El problema de la comparabilidad se ha dicho que se examina en dos planos diferentes: por un lado, *el de los objetos o institutos que se comparan* y que pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes y, por otro, *el de los ordenamientos jurídicos a los que pertenecen los institutos a comparar*.

Cabe señalar que es necesario comparar términos, objetos o institutos *comparables (similia similibus)*.

Este concepto –*la comparabilidad*– tiene un contenido variable, de contornos difusos según la ciencia y el propósito de la comparación; para alcanzar la idea, son útiles nociones de otras ciencias, como la *homología* y la *analogía*, que permiten precisar las relaciones *de manera estructural o funcional*. Así, se dice en anatomía, por ejemplo, que puede haber órganos homólogos en animales diversos o funciones similares ejercidas por órganos diferentes. Esas ideas se han trabajado también en la lingüística, en la literatura, en la historia comparada de las religiones, etc.⁶

En las ciencias jurídicas, la comparabilidad se ha visto influida por una concepción universalista que parte de la noción de unidad del género humano, aunque con diferentes grados de evolución, o de la concepción de un derecho general con arquetipos universales que engloban instituciones que se encuentran en todos los órdenes jurídicos. Ello conduciría a la idea de conceptos jurídicos fundamentales, de validez universal, nociones de base y principales instituciones que se encuentran en todos los ordenamientos jurídicos –véase en esta línea, la concepción del derecho natural–. Sin embargo, a esta postura se ha contrapuesto la idea de que una profundización del análisis muestra que ese paralelismo institucional muchas veces es formal, o bien que solo existe una cierta unidad arquetipológica con un gran grado de generalización y abstracción.

La comparación no debe forzar el relacionamiento de términos o institutos que no tienen nada en común, o que son nada comparables, *ha*

6. Véase CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T II, pp. 60 a 64.

de procederse a la comparación de términos o institutos relacionados por un elemento común, por un paralelismo, por una equivalencia, por un punto de contacto. Ese elemento común, aunque sea difícil de asir, puede aparecer en diversos planos de la realidad jurídica, especialmente en el plano estructural, funcional y de resultados.⁷

Las grandes *clasificaciones sistemáticas o categorías jurídicas* (Ascarelli) dentro de los ordenamientos jurídicos *pueden proporcionar una base útil* para el encuadramiento de los términos a comparar, aunque no son de un valor absoluto, pues varían de un ordenamiento a otro y aun para un mismo derecho las categorías son relativas en el espacio y transitorias en el tiempo. Sin embargo, aun ante sistemas tan diversos como los pertenecientes al derecho continental y al *common law*, o al derecho musulmán, puede tratar de reconstituirse el equivalente funcional de las categorías buscadas, así se ha propuesto hacerlo a través del recurso de rastrear “palabras clave” que pueden ser indicativas para identificación de las materias que resulten correspondientes.⁸

Cabe señalar, no obstante que las instituciones aparentemente similares pueden no serlo, serlo solo formalmente y poseer en realidad un valor diferente o tener matices distintos. Los contratos por ejemplo, como categoría jurídica, aparecen como similares en diversos ordenamientos, pero son, en realidad, instrumentos técnicos esenciales que deben ser examinados e interpretados a la luz dentro del sistema jurídico y económico que los contiene. Si se trata de un sistema de raíz continental, liberal o neoliberal tendrá su acento puesto en la idea de la autonomía de la voluntad de las partes; si se trata de un sistema socialista o de un sistema económico de raíz fuertemente dirigista, en cambio, podrán estar predeterminados, impuestos por modelos forzados, convirtiéndose más bien en actos administrativos cuyos rasgos y modalidades de ejecución se encuentran formados o subordinados a los dictados de una autoridad superior,⁹ cambiando la función y la naturaleza misma de la figura, con lo cual la semejanza se torna meramente formal superficial.

La comparación debe ser amplia. Han de considerarse los elementos que gravitan sobre los términos que se comparan o que los determinan y

7. Véase CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, pp. 67-68.

8. Véase DAVID, René, “Introducción”, 19-170, citado en CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, p. 72.

9. Véase más en extenso, CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, pp. 74-75 y sus citas de Loeber y Schlesinger en notas 68, 69 y 70.

las diferentes funciones o roles que asumen instituciones aparentemente idénticas. No son de menester identidad de formas, ni identidad de estructuras, ha de rastrearse la equivalencia de funciones, que es lo importante.

Ha de advertirse pues, contra comparaciones reduccionistas o limitadas a un solo aspecto, ya sea estructural, funcional o de resultados, sin hacerse cargo de la complejidad de los términos a comparar y de las semejanzas y diferencias de las relaciones existentes entre ellos.

Cabe explorar entonces, con atención: el paralelismo institucional y la equivalencia funcional, pues pueden hallarse instituciones similares, pero de funcionamiento diferente e instituciones diferentes, pero *funcionalmente similares*.¹⁰

Desde otro sesgo, debe acotarse que también *los principios generales* pueden ser utilizados como punto de partida válido para la comparación entre dos o más ordenamientos jurídicos precisos, aunque cabe prevenir sobre una pretensión de generalización universal, pues la búsqueda de principios comunes a todos los ordenamientos jurídicos conduce a una abstracción de grandes primeros principios de número más reducido.¹¹

4. LA COMPARABILIDAD Y LA APREHENSIÓN DEL ELEMENTO COMÚN

Se ha dicho que la tarea de comparación presupone, con diferentes formas y grados de intensidad, *la aprehensión de elementos comunes*. Hay quienes, partiendo de un caso concreto (Esser, Ficker), se preguntan cómo han resuelto el problema los diferentes ordenamientos y, a fin de precisar los términos a comparar y descubrir los elementos comunes, atienden: al modo como se capta un problema dado entre los ordenamientos jurídicos

10. Véanse más en extenso, CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, pp.76-77.

11. Véase que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia impone una necesaria comparación cuando dispone que la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

que interesan, a fin de detectar la unidad o diversidad de tratamiento; o si cabe la aprehensión de categorías generales semejantes, de instituciones comunes, de principios generales comunes, de contenidos similares, de equivalencias funcionales, o si, por el contrario, la similar estructura de una misma institución, muestra disparidad de funciones y apunta a diferentes resultados.¹²

Ha de apreciarse si los problemas jurídicos presentan identidad, semejanza o equivalencia; la intensidad de esta puede variar, pues puede existir pero con diferente intensidad, siempre que los términos se parecen en su estructura, su función o sus resultados.

El método de comparación requiere pues, en primer lugar, de institutos o términos a comparar y es condición de su aplicación que esos términos pertenezcan a ordenamientos jurídicos diferentes, es decir, a una pluralidad de ordenamientos.

La comparabilidad puede mostrar esos órdenes jurídicos como pertenecientes a un mismo grado de civilización o estadio de ella; a una misma familia jurídica (vg. dentro de los derechos latinos, germánicos, eslavos, musulmán, etc.);¹³ con analogías en la construcción jurídica, con estructuras institucionales parecidas; con sistemas socio-económicos y políticos diferentes, a veces con diferencias tan grandes que se pierde o confunde el problema mismo.

5. LAS FASES DEL PROCESO METODOLÓGICO PROPIO DEL DERECHO COMPARADO

Ya se ha señalado que la ciencia del Derecho Comparado provee *el método de comparación*, que sirve a diversos fines prácticos y teóricos y este método es utilizado como método auxiliar por excelencia, en lo que aquí interesa, tanto para la elaboración de normas jurídicas como para interpretación y aplicación del derecho.

12. Véase CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, pp. 87-88, notas 129 y 130 y la variante del *factual approach* o *factual method* (Neumayer, Schlesinger, Cornell Law School).

13. DAVID, René, *op. cit.*, pp. 10 a 20.

Para una aproximación a la comprensión del método, cabe ahondar en el *procedimiento comparativo*, en la descripción de *sus etapas*, que exhiben una serie de operaciones *encadenadas* en una *marcha razonada, dirigida a un fin preciso*.

En ese proceso se pueden distinguir tres fases:¹⁴

- a) El *análisis* comprensivo de las acciones necesarias para *el conocimiento de los términos a comparar*.
- b) Las operaciones necesarias para *la comprensión de los términos* a comparar dentro del marco de los órdenes jurídicos a los cuales pertenecen.
- c) La *comparación* como *síntesis*, a través de la *interpretación y extracción de las relaciones (semejanzas, diferencias, equivalencias) existentes entre los términos* a comparar pertenecientes a órdenes jurídicos diferentes.

5.1. Primera fase: el análisis en el método de comparación

El análisis, si bien puede ser utilizado como un método en sí mismo,¹⁵ también se combina como primera fase en el procedimiento de comparación.

Su fin como primera fase del método de comparación es llegar al conocimiento más completo y exacto de los términos a comparar dentro de su respectivo orden jurídico. Si al principio el conocimiento es aislado, luego se convierte en un conocimiento comparado.

Para abarcar todos los aspectos de los términos a compararse *fragmentan los institutos a comparar en sus elementos componentes*.

Todos los aspectos de los términos a comparar han de ser parcelados en una sucesión de pequeños problemas distintos que forman el esquema comparativo. Esos elementos o problemas pueden ser de naturaleza institucional o estructural, formal o material, conceptual o funcional, ideológico

14. Constantinesco habla de la *regla de las tres C: conocer, comprender, comparar*; véase, *op. cit.*, T.II, p. 122 y ss.

15. Véase GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, N°12, Buenos Aires, Depalma, 1982, p. 9.

o político y debe comprender a todos los elementos, aun los que no son comunes. La fragmentación es condición indispensable del análisis, para finalizar el conocimiento del término a comparar.

Todo orden jurídico es un conjunto coherente en sí mismo, de instituciones y reglas jurídicas, su estructura y su rol se explican en función del conjunto del que forman parte, pero antes de eso debe conocerse el término a comparar en cuantotal.

En la primera fase se aísla el término a comparar de su ordenamiento jurídico, en sí mismo; en una segunda fase, se lo integra nuevamente en ese orden jurídico y se lo examina en sus fuentes originales, en la complejidad y totalidad de sus fuentes, *respetando las jerarquías de las fuentes dentro de ese ordenamiento*, su complementariedad o su exclusividad, sus variaciones de grado y de naturaleza según los sistemas.

En el estudio de un término perteneciente a un ordenamiento jurídico extranjero, debe procederse como un jurista de ese orden jurídico extranjero, recurriendo a sus mismas fuentes, a su interpretación y valoración, cómo ese ordenamiento realmente se interpreta y aplica en país al que pertenece, en su época y espíritu específico, evitando adoptar una visión deformante, abstracta y lógica con base en o según el propio derecho del comparatista. El valor científico de las conclusiones dependerá del rigor del examen crítico del operador del método, de la autenticidad y completitud de sus fuentes y de su verificación y calidad científica, lo cual no solo comprende los textos legales, sino las modificaciones introducidas por la aplicación jurisprudencial, la costumbre, la doctrina y la práctica y usos comerciales.

En esta línea se inscriben el método teleológico de Kohler; la función social del derecho y la necesidad de adaptarlo a las necesidades cambiantes de la vida que referían Von Ihering y Saleilles; el derecho como ciencia de observación, que no expresa una intención fija, sino un elemento variable que no se puede sustraer de la evolución social, expresada en particular a través de la jurisprudencia, como lo señalaban Planiol y Lambert.

5.2. La segunda fase: la comprensión de los términos a comparar

La comprensión de los términos a comparar torna obligatorio reintegrar el término dentro de su orden jurídico a abordar el conocimiento

de sus relaciones con ese ordenamiento y con los elementos políticos, económicos, sociales, religiosos, históricos, morales, ideológicos, etc., que lo determinan.

Se sale del plano netamente jurídico, pues no se trata de aprehender las relaciones existentes entre dos textos legales, sino entre dos reglas de derecho funcionando en sus medios jurídicos y sociales que son diversos. Se ha dicho que la idea estaba ya en Montesquieu y que los juristas modernos han reclamado no solo conocer las reglas del derecho extranjero, sino todo el *background* cultural, histórico, económico y social del que es parte (Lambert, Huber, Mónaco, David, Ascarelli).¹⁶

Las dos fases se interfieren, pero en la segunda el objeto de la investigación es estudiado en sus diferentes relaciones, en su conjunto, como un todo coherente, exigiendo un conocimiento aproximativo de los elementos determinantes y de su relación directa e indirecta con el término a comparar. Aproximando dos órdenes jurídicos, se relacionan dos realidades diferentes y dos maneras de pensar y ordenar jurídicamente las estructuras económicas y políticas de esas realidades sociales. Se ha señalado que la tarea del comparatista será identificar la noción jurídica exacta de la que se trata dentro del derecho extranjero o de su ordenamiento, antes de traducir el término o traspasar o de realizar la transposición del concepto.¹⁷

Esto permitirá advertir cuáles son los elementos determinantes del ordenamiento jurídico, la interferencia entre instituciones próximas, complementarias o funcionalmente emparentadas con el término a comparar dentro del mismo orden jurídico y las influencias directas e indirectas sobre él de factores extrajurídicos. La escuela alemana de la sociología jurídica (Eugen Ehrlich, Kantorwicz, Max Weber) aproximó y profundizó el derecho con este enfoque e influyeron en los comparatistas y sociólogos del derecho americanos (Roscoe Pound, Talcott Parsons, Holmes, Cardoso) que han puesto el acento en el examen de la norma jurídica desde su función social, a partir de la realidad social (*functional approach*).

16. Véase CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, pp.201-204 y sus citas.

17. Véase CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, p. 148.

5.3. La comparación como síntesis

El análisis de los términos a comparar en sí mismos y, luego, dentro del marco de su orden jurídico constituye no solo la parte indispensable, sino la más difícil e importante del proceso metodológico, pues la síntesis, el resultado final de la comparación, depende largamente de la justeza del análisis y de la exactitud de las conclusiones a las que se arribó en las primeras dos fases.

Analizar la misma institución jurídica en varios sistemas diferentes y solo exponer paralelamente los resultados de ese estudio no es hacer Derecho Comparado, sino efectuar *juxtaposiciones* de derechos.

Para realizar el fin buscado se debe relacionar y comparar los ordenamientos jurídicos en su origen histórico, sus fuentes, su evolución, su forma, estilo, técnica, modo de aplicación de la ley, las soluciones que las leyes dan a los problemas que plantea la vida social y económica, coordinando y sistematizando los resultados con espíritu crítico y con base en juicios de valor.¹⁸

El comparatista aborda el término a comparar con las soluciones y el espíritu de su propio derecho y examina el término extranjero a comparar no puede abstenerse de percibir parecidos, semejanzas y/o diferencias entre los términos a comparar. El comparatista recorre los mismos caminos, utiliza las mismas vías y opera con los mismos métodos de los juristas nacionales, pero con otra mirada. Se realiza de este modo una confrontación que revela en el sistema examinado, y aun en el propio derecho, aspectos nuevos.

Se ha dicho que la comparación es el proceso general por el cual el espíritu busca lo parecido dentro de lo múltiple, la identidad a través de la diversidad. Exige precisar y ordenar de manera racional y sistemática las relaciones de semejanza y diferencia, percibidas o extraídas, quizás de manera confusa, en las etapas anteriores. Se comparan todos los aspectos de los términos involucrados, punto por punto, elemento por elemento, yendo del detalle a lo global, del análisis a la síntesis. Implica identificar causas, las relaciones entre los términos comparados se aprehenden de las características, propiedades y funciones que poseen y ejercen dentro del

18. Véase un panorama profundo de la problemática de esta tercera fase en CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, p.238 y ss.

orden jurídico respectivo. El examen es necesariamente comparativo, crítico, sintético y generalizador.

El método comparativo es pues un método específico de conocimiento aplicado al derecho, que busca tres objetivos: a) identificar y hacer surgir todas las relaciones, en todos los planos, todas las diferencias y semejanzas entre los términos a comparar, sin emitir conclusiones parciales; b) precisar el valor exacto de las relaciones constatadas y el alcance de esas relaciones; c) precisar la razón de ser de esas relaciones, tratando de identificar su causa y su fin, tratando de responder a las preguntas: ¿Quién? ¿Cómo? ¿Por qué?

La etapa sintética es generalizante, descriptiva, pero sobre todo crítica, apreciativa e incluso valorativa, si es necesario. Puede ser que exista un factor de importancia preponderante, pero nunca un solo factor es esencial y significativo para elaborar la norma jurídica.

Es difícil responder si debe darse preeminencia a la causa eficiente o a la causa final de un fenómeno; es necesario señalar que la causalidad no resulta ser un elemento invariable entre una causa y un efecto, pues un fenómeno social no es producto de una sola causa ni produce un solo efecto. Es por ello que hay que buscar, ya causas eficientes, ya causas finalistas de semejanzas y diferencias. Las *constantes* no son expresión de leyes naturales, hay que rastrear las causas de naturaleza histórica, económica, política y social, la voluntad deliberada del legislador, las omisiones o insuficiencias de la reglamentación legal.

Las apreciaciones finales de las soluciones extraídas por la comparación, sin embargo, no tienen valor absoluto, dependen del punto de vista y de los fines del que opera o del que juzga, de la propia relatividad de los términos en el marco de los órdenes jurídicos involucrados en el examen.

6. Las fases del método de comparación, su utilidad para elaboración normativa del DIPr y su aplicación en las diversas fases de la solución del caso iusprivatista multinacional

El Derecho Comparado y el DIPr tienen en común que ambos deben su existencia a la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales.¹⁹

19. Véase CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, p. 358 y ss.

El DIPr, en tantorama del derecho positivo, procura siempre a partir de un contexto jurisdiccional determinado la solución justa delos casos iusprivatistas multinacionales, es decir, de aquellos casos que aparecen social y normativamente multinacionalizados, para cuya solución, en defecto de tratados o convenciones internacionales, pueden entrar en conflicto dos o más sistemas jurídicos nacionales.

La ciencia delDerecho Comparado provee el método de comparación que sirve a fines prácticos y teóricos, ya se ha señalado que el método comparativo es un método específico de conocimiento aplicado al derecho, yeste método es utilizado por el DIPr como método auxiliar por excelencia, tanto para la elaboración de normas, como para interpretación y aplicación del derecho en laelaboración de la solución de los casos iusprivatistas multinacionales.

Someramente hemos de referir algunas de las contribuciones significativas que el método comparativo como método auxiliar aporta al DIPr.

a) En la determinación de los términos a emplear en las normas del DIPr

La elaboración de las normas del DIPr de fuente internacional y de fuente interna, tanto los instrumentos –tratados y convenciones– esenciales para lograr la uniformidad del derecho a nivel internacional como las normas de conflicto, las materiales y depolicia de los derechos nacionales, presuponen un trabajo comparativo previo de parte del legislador, insoslayable para el entendimiento internacional.²⁰ En primer lugar, para tomar una decisión respecto de cuál estructura normativa conviene utilizar, con base en las experiencias que proporciona el propio ordenamiento, el Derecho Comparado y una prospectiva de las soluciones factibles y sus posibles efectos y luego, para la selección de los conceptos que han de ser utilizados al redactarlas.²¹

Las *normas de conflicto* en particular, *en cualquiera de las fuentes*, al ser las *normas generales del sistema*, funcionan siempre que no exista una norma especial (material) y/o exclusiva y excluyente, que las aparte de su aplica-

20. DAVID, René, *op. cit.*, p.8.

21. BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, T. I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, p. 138.

ción. Están destinadas a abarcar determinadas categorías de problemas, con fórmulas aparentemente sencillas, pero que distan mucho de ser simples, pues son el resultado de una sofisticada tarea de análisis, comprensión y síntesis, dado que requieren una gran precisión conceptual.

En efecto, las normas de conflicto han de ser redactadas de modo que resulten comprensivas de la multiplicidad de soluciones que brinde, para un mismo problema, el Derecho Comparado, permitiendo albergar en su tipo legal incluso, aquellas figuras funcionalmente equivalentes o correspondientes de los derechos extranjeros. Solo a modo de ejemplo, piénsese en la fórmula del acápite del art. 2625 del nuevo Código Civil y Comercial argentino que, al referir a los “efectos patrimoniales del matrimonio”, comprende toda la variedad de sistemas que resuelven, en el mundo, la categoría de problemas derivados de las relaciones de los esposos respecto de los bienes.

Con un poco menos de complejidad, ello se da también con respecto a las *normas materiales y de policía o internacionalmente imperativas*, que integran en sistema normativo del DIPr, junto con las *normas de conflicto*. Respecto de ellas, el rol del método comparativo se advierte, fundamentalmente, en la opción de parte del legislador por este tipo de estructura normativa pues ella presupone una prospectiva comparativa de las soluciones posibles que brinda al caso el Derecho Comparado en sus diferentes fuentes ya, que luego de una comparación material y de una apreciación de valor de las distintas soluciones posibles, el legislador puede decidir abandonar la norma de conflicto general y elegir, por ejemplo, elaborar una solución de fondo, directa, especialmente adaptada a la naturaleza multinacional propia del problema de que se trata. Es decir, que opta por construir una *norma material* que prevé la solución directa del caso multinacional captado en el tipo normativo.

Otras veces, como síntesis y resultado de esa misma labor prospectiva y comparativa, ante la significación social, política o económica de los intereses involucrados en el problema, el legislador optará por *imponer, autoelegir, propio derecho*, excluyendo cualquier otro y remitiendo para la solución del caso a sus propias normas.²²

22. BOGGIANO, Antonio, *op. cit.*, T.I, pp. 141-142.

b) En el planteamiento de un problema o un caso iusprivatista multinacional

Para abordarel planteamiento de un problema o un caso iusprivatista-multinacional, cualquiera sea, para su mejor estudio y solución, el operador jurídico ha de recurrir al método de análisis.

El análisis puede ser utilizado como un método en sí mismo y, desde este ángulo, es un método auxiliar del DIPr pero, también, se combina con la primera fase del procedimiento de comparación.

En esta operación, el legislador, el intérprete, el juzgador, el operador de derecho, las propias partes, procuran conocer de qué problema se trata, el que tienen entre manos, con el objetivo de comprender y estudiar cabalmente la naturaleza del caso y el fin preciso, de solucionarlo.

Con ese objetivo se fragmenta el caso, se lo divide, para su mejor estudio y solución, el operador nacional se aproxima a él con los elementos de que dispone, con las herramientas que conoce del derecho privado propio y estas son *las grandes categorías jurídicas su sistema*, con el fin de distinguir el problema o los distintos problemas involucrados.

Aplicando las categorías jurídicas *de la lex fori*, de su propio sistema, el intérprete procurará, en una primera aproximación, el estudio y solución del caso, dividiéndolo, parcelándolo para detectar el problema o los distintos problemas que se puede o pueden distinguir y encuadrar los hechos en las categorías que correspondan en procura de las normas de DIPr que, en principio, podrían resultar de aplicación en el caso o en la relación jurídica de que se trate, respetando las jerarquías de fuentes a disposición para efectuar este primer encuadramiento.

Si esa categorización *lex fori* fracasa o si se presentan dudas en la utilización de las categorías jurídicas del derecho privado propio para ese primer encuadramiento, el intérprete deberá recurrir al *ensanchamiento de las categorías jurídicas* de la *lex fori* recurriendo a las categorías jurídicas que pueden proporcionar los otros derechos conectados con los hechos del caso.

Ya hemos señalado *supra* que las grandes *clasificaciones sistemáticas o categorías jurídicas* (Ascarelli) dentro de los ordenamientos jurídicos *pueden proporcionar una base útil* para el encuadramiento de los términos a comparar, aunque no son de un valor absoluto, pues varían de un ordenamiento a otro y aun para un mismo derecho pues las categorías son relativas en el

espacio y transitorias en el tiempo, pero que sin embargo, aun ante sistemas diversos, puede tratar de *reconstituirse el equivalente funcional* de las categorías buscadas detectando su *correspondencia*.

En el estudio de las categorías pertenecientes a un ordenamiento jurídico extranjero debe procederse como lo haría un jurista de ese mismo orden jurídico extranjero, recurriendo a sus fuentes, a su interpretación y valoración, como ese ordenamiento realmente se interpreta y aplica en país al que pertenece, a su época y su espíritu específico, evitando adoptar una visión deformante, abstracta y lógica con base según el propio derecho del comparatista.

El valor científico de las conclusiones dependerá del rigor del examen crítico del operador del método, de la autenticidad y completitud de sus fuentes y de su verificación y calidad científica.

c) En la verificación del encuadramiento de los hechos del caso en la norma jurídica hallada a través del procedimiento anterior. El problema de la calificación de los términos de la norma

Luego del procedimiento anterior, el operador debe proceder a verificar que el encuadramiento de los hechos del caso que ha efectuado, dentro de la categoría jurídica que consideró aplicable, en realidad, se corresponde con la previsión que contiene la norma jurídica hallada dentro de esa categoría.

Para ello habrá que *calificar (definir) de los términos de la norma*, en principio, del *tipo legal*, luego, de la *consecuencia jurídica* y finalmente, del *derecho elegido*.

Puede ocurrir también que al plantear los hechos del caso *surjan dudas* en el intérprete respecto de la *categorización que corresponde* a esos hechos y, por ende, con respecto a cuál encuadramiento normativo, *cuál norma* será aquella en la que *corresponde* subsumir el caso (*duda de subsunción*).

Para la calificación a los conceptos del tipo legal de una norma, es útil siempre una primera aproximación con los conceptos que provee la *lex fori*, para luego, ampliar, *ensanchar el conocimiento y la comprensión del caso*, confrontando esa calificación *lex fori* con las *calificaciones que provee el derecho elegido por la misma norma*, a fin de verificar si se *confirma* la misma calificación, adquiriendo mayor certeza sobre la corrección del encuadramiento normativo efectuado.

Si la comparación de las calificaciones no confirma la calificación *lex fori*, o si del planteo del caso surgen en el intérprete dudas respecto de la categorización del caso y por ende, con respecto a cuál encuadramiento normativo, cuál norma será aquella en la que corresponde subsumir el caso (*duda de subsunción*), el intérprete o el juzgador han de *comparar las calificaciones lex fori con las calificaciones que brindan los derechos conectados por las posibles normas aplicables*.

Han de compararse las definiciones, las soluciones y el espíritu del propio derecho, con las definiciones del derecho extranjero y así se percibirán parecidos, semejanzas y/o diferencias entre los términos comparados.

Como resultado de la comparación de calificaciones que conlleva este procedimiento según se den similitudes, semejanzas, parecidos o diferencias, se efectuará una síntesis que permitirá concluir, *subsumiendo el caso para su solución, en aquella norma del DIPr propio* –de fuente internacional o de fuente interna– cuyos términos se confirman o se conforman de modo funcionalmente equivalente, con las calificaciones obtenidas de los derechos más conectados al caso.

Es fácil reconocer *la aplicación de las tres fases del método de comparación que hemos descrito precedentemente* en este procedimiento, propio de la resolución del clásico problema de las calificaciones, esencial para el correcto encuadramiento y solución del caso iusprivatista multinacional.

d) En la función de armonización y adaptación de los derechos en conflicto

Es frecuente que en los casos iusprivatistas multinacionales deba aplicarse más de un derecho al mismo aspecto de un mismo caso y/o que deban aplicarse distintos derechos a diversos aspectos de una misma relación jurídica.

Cuando ello ocurre, la solución del caso debe componerse aplicando al caso, al mismo caso, parcialmente, distintos derechos nacionales que no han sido pensados para funcionar juntos, que si bien son un todo sistemático en sí mismos, al hacerlos funcionar juntos parcialmente pueden presentar desajustes, incongruencias e incluso injusticias en la solución.

Es, precisamente, el método comparativo el que permite examinar cada derecho, cada término, en su integridad y luego, compararlos con la solución compuesta que arrojan en el caso y detectar las incongruencias

o desajustes entre el resultado de esa particular composición y los fines perseguidos por cada sistema en sí mismo.

Fruto de esa labor comparatista y de ese resultado, *como síntesis*, podrá surgir la necesidad *de armonizar los derechos en conflicto*, de *adaptarlos* para hacer respetar los fines perseguidos por cada uno de ellos²³ y encontrar una solución justa, para el caso concreto, a través de una norma material individual, de fuente judicial, especial para ese caso, que surgirá de la sentencia individual, concreta, que produzca esa *armonización y adaptación*.

Esta tarea es impuesta al juez y al intérprete en general, por el nuevo art.2595 inc. “c” del Código Civil y Comercial argentino cuando dispone que “si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos”.

La tarea de armonización también se cumple al sortear el fraccionamiento interpretativo de normas materiales uniformes.

e) En el control de orden público

Otro de los auxilios fundamentales que el método de comparación presta al derecho internacional privado se produce cuando el intérprete, luego de haber proyectado la solución que le da para el caso el derecho elegido por la norma de conflicto, antes de aplicarla efectivamente, debe comparar esa solución material con los principios generales de orden público que informan su ordenamiento jurídico. Es que el derecho extranjero solo resultará aplicable si *participa del mismo fondo común de principios* que informan las soluciones de la *lex fori*; ello no significa que la solución sea igual a la del propio derecho, sino que esa solución ha de *ser derivación del mismo conjunto de grandes primeros principios*.

Ha de operarse entonces *una comparación de naturaleza material* de la solución concreta dada al caso por el derecho elegido, con los primeros principios del ordenamiento.²⁴

23. Véase KEGEL citado por CONSTANTINESCO, L. J., *op. cit.*, T. II, p.361; BOGGIANO, A., *Derecho Internacional Privado*, T. I, pp. 139-140.

24. BOGGIANO, A., *op. cit.*, T.I, p.132.

Nuevamente el método de comparación asistirá al intérprete en ese cometido impuesto ya por el Código Civil de Vélez Sarsfield, a través de *la cláusula general de reserva de la legislación*, contenida en el art 14 inc. 2 cuando disponía que “las leyes extranjeras no serán aplicables [...] cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código”.

También, en la *nueva cláusula general de reserva de la legislación* contenida en el art. 2600 del nuevo Código Civil y Comercial argentino que reproduce el mismo principio anterior, cuando dispone: “Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.

La enumeración precedente carece de toda pretensión de exhaustividad y ello es así puesto que en la elaboración, interpretación y aplicación del DIPr es permanente y quizás es apreciable más que en cualquier otra rama del derecho, su pluralismo metodológico y la interacción sustantiva del método de comparación en su rol de irremplazable método auxiliar.²⁵ Es desde este ángulo pues que puede decirse que el DIPr es tributario del método de comparación.

25. BATIFFOL, H., “Le pluralisme des méthodes en droit international privé”, en *Recueil des Cours*, Leyden-Boston, Brill-Nijhoff, 1973, pp. 139-175 y ss.; BOGGIANO, A., *op. cit.*, T.I, p. 111 y ss.; UZAL, María Elsa, “El pluralismo en el DIPr. como una necesidad metodológica”, en *ED*, 161-1052-1063.

Un Derecho Comparado para el derecho internacional privado de nuestros días

*Diego P. Fernández Arroyo**

I. INTRODUCCIÓN: UN PARADIGMA COMPARATIVO CLÁSICO PARA UN DIPR CLÁSICO

El DIPr y el Derecho Comparado han sido vistos durante muchísimo tiempo como una pareja¹ y, con ánimo de ser más preciso, diría que la visión predominante ha sido siempre la de una pareja armoniosa, cuyos miembros tendrían intereses y objetivos complementarios. Acaso pudiera discutirse sobre la pertinencia de una caracterización de ese tipo, debido a las profundas diferencias de carácter de los miembros de tal pareja y de la promiscuidad de uno de ellos. Pero en realidad lo único que me interesa poner de manifiesto en este humilde pero muy sentido tributo a Tatiana Maekelt es que la concepción tradicional del Derecho Comparado no encaja para nada con el DIPr actual. Es obvio que el Derecho Comparado es una herramienta esencial para el funcionamiento del DIPr. No digo nada nuevo. Los mejores cultores del DIPr, al menos desde Samuel Livermore y

* Profesor de Sciences Po (París). Secretario General de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Este trabajo fue originalmente publicado en inglés en el *Yearbook of Private International Law* (Suiza), vol. X, 2009, pp. 31-71. Una traducción española con algunas modificaciones fue publicada en *Derecho internacional privado - derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos en memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, ASADIP / CEDEP, 2010, pp. 55-105, y como monografía por la Universidad de la Sabana, Bogotá, 2012. Esta última versión se publica ahora una vez más en este volumen a pedido del editor.

1. B. FAUVARQUE-COSSON, "Comparative Law and Conflicts of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple", en *AJCL*, 2001, p. 413 y ss.; *id.*, "Droit international privé et droit comparé: brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe", en *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, p. 43 y ss.

Joseph Story, han basado sus teorías en el Derecho Comparado.² El enfoque comparativo continúa siendo un rasgo distintivo de los más destacados Cursos Generales de DIPr de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.³ A través de esos trabajos y de otros sobre temas específicos, hemos podido saber cómo usar el método comparativo en el ámbito del derecho aplicable, de la competencia judicial, del reconocimiento de decisiones extranjeras y de la cooperación entre autoridades; es decir, en todas las áreas consideradas hoy en día como componentes del DIPr.

El problema, sin embargo, es que el DIPr ha cambiado tanto en los últimos años que, en el contexto actual, el uso “común” del método comparativo en el campo del DIPr se ha vuelto claramente insatisfactorio. La idea básica que sostiene esta contribución es que dados los cambios experimentados por el DIPr, el uso del Derecho Comparado en relación con aquel también debe cambiar. El Derecho Comparado es ahora más esencial que nunca, pero requiere un enfoque más comprensivo y dinámico.

Para desarrollar esta idea básica, lo primero que haré será tratar las características más relevantes del DIPr actual; es decir, aquellas que están transformando la disciplina (II y III). Después, intentaré responder a la pregunta sobre cómo debería cambiar el método comparativo a fin de ser útil para este “nuevo” DIPr (IV). En tercer y más importante lugar, me ocuparé de la necesidad de que ese cambio metodológico se traduzca en un uso masivo, generalizado, de la misma en la enseñanza y el aprendizaje del DIPr (V).⁴ Para terminar realizaré unos breves comentarios.

2. F.K. JUENGER, *Derecho internacional privado y justicia material*, trad., México, Porrúa / UIA, 2006, pp. 31-34.

3. Como los de Pierre LALIVE, Alfred E. VON OVERBECK, Friedrich K. JUENGER, Georges A.L. DROZ, Erik JAYME, Arthur T. VON MEHREN, Bernard AUDIT, etc.

4. En este punto radica el corazón de mi trabajo, el cual refleja de algún modo los temas principales abordados en un curso que tuve la fortuna de impartir a principios de 2007 en la Maestría de DIPr de la Universidad Central de Venezuela, durante el cual tuve la dicha de recibir valiosísimos puntos de vista de Tatiana B. de MAEKELT (presente en todas y cada una de las clases de más de cinco horas diarias) y de varios de sus discípulos más brillantes (Luis Ernesto RODRÍGUEZ, Miriam RODRÍGUEZ, Javier OCHOA, Zhandra MARÍN, etc.).

II. RAZONES Y CONSECUENCIAS DE LOS CAMBIOS EN EL DIPr

La mutación que desarrolla el DIPr es el resultado de varios factores. Todos ellos están relacionados, aunque con modos y alcances diferentes, con dos fenómenos fundamentales: los procesos de internacionalización y de integración / supranacionalización que afectan todos los aspectos estudiados por las ciencias humanas. Entre los factores más relevantes, me limitaré a mencionar solo los que a mi juicio son particularmente pertinentes. Para subrayar algunos de los muchísimos ejemplos posibles vinculados con esos factores podría ser útil, más allá del propósito principal de este ensayo, evaluar una vez más el limitado rol de la metodología clásica del DIPr.

1. Avances tecnológicos

A) Registros electrónicos de garantías mobiliarias

Un ámbito importante en el cual es fácil constatar el impacto de la tecnología es el de la implementación de registros electrónicos para garantías mobiliarias, ámbito en el cual los cambios no solo se refieren al salto desde el papel a los artilugios electrónicos, sino también a la posibilidad de acceso remoto en tiempo real a dichos registros. Tales cambios han generado respuestas que no estaban en los catálogos de las soluciones clásicas del DIPr y que, más que eso, colocan a los mecanismos conflictuales en un rincón que solo se visita como último recurso.

- Ej. 1: la Convención UNIDROIT / OACI de 2001 relativa a garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil, más conocida como Convención de Ciudad del Cabo, y su Protocolo sobre equipos aeronáuticos, que cuentan al día de hoy con 39 y 33 “partes” respectivamente,⁵ deben su éxito a la creación de un registro único universal para todas las posibles garantías que pueden constituirse sobre este tipo de bienes.⁶ Para

5. “Partes”, no “Estados”, ya que uno de ellos es la UE (ver art. 48(2) de la Convención y art. XXVII del Protocolo), lo que implica sus 27 (o 26 por la particular situación de Dinamarca) Estados miembros.

6. Ver R. GOODE, “The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing”, en *Unif.*

esta Convención, las formalidades para la constitución de una garantía son fáciles de cumplir; el acceso al registro y las consultas por “cualquier persona” son igualmente simples. En este contexto no es extraño que el rol reservado a las normas de conflicto sea limitado. Por un lado, en términos estrictos, el propósito de la Convención es que las normas de conflicto no se apliquen a las cuestiones relativas a las materias reguladas por la Convención que no han sido expresamente resueltas en ella sin antes agotar todas las posibilidades ofrecidas por “principios generales en los cuales se basa”. Por otro lado, la Convención no designa un concreto derecho aplicable sino que simplemente invoca la aplicación del DIPr del foro, lo que significa que el derecho aplicable depende de las normas de competencia judicial. Siendo una Convención que regula relaciones entre partes de un cierto poder económico, la autonomía de la voluntad es la regla general básica y la regla particular para la determinación del tribunal competente. Ciertamente, la aplastante lógica de esta opción, y su correlativa rápida aceptación por una amplia diversidad de Estados desde Cuba hasta Estados Unidos, es sorprendente si se la compara con el dogma de la jurisdicción exclusiva sobre diferentes materias que sigue reinando en todo el mundo.

- Ej. 2: en América, la CIDIP ha adoptado la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias (2002),⁷ la cual ya ha sido adoptada –según fórmulas no idénticas– por Perú y Guatemala y otros están siguiendo

L. Rev., 2002, p. 3 y ss. (“The international interest is a unique creation; so too is the International Registry”); R.C.C. CUMMING, “The International Registry for Interests in Aircraft: An Overview of its Structure”, en *DeCITA*, vol. 7/8, 2007, p. 133 y ss. Los bienes de los que se ocupa la Convención y sus respectivos Protocolos son individualizables y de gran valor (aeronaves, motores de aeronaves y helicópteros; material rodante ferroviario; bienes espaciales).

7. Ver B. KOZOLCHYK / J. WILSON, “The Organization of American States’ Model Inter-American Law on Secured Transactions”, consultado en www.natlaw.com/hndocs/artoasmblkjw.pdf; J. WILSON / M.R. GUTIÉRREZ, “Implementación y operación de la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias de la Organización de los Estados Americanos”, en *DeCITA*, vol. 7/8, 2007, p. 182 y ss.

ese camino.⁸ Recientemente, la CIDIP VII(I)⁹ ha adoptado el Reglamento Modelo para el registro de garantías mobiliarias, un conjunto de directrices para poner en funcionamiento los registros electrónicos y regular el acceso a los mismos, Reglamento que viene a completar el marco normativo ofrecido por la Ley Modelo.¹⁰ El cambio de perspectiva propuesto por ambos instrumentos es bastante radical ya que ellos tienden a organizar para el futuro un sistema interconectado de registros en los cuales las garantías estarán ordenadas por el nombre del deudor y que será accesible desde jurisdicciones remotas. Con un sistema de garantías armonizado, con un solo modelo de registro y con un conjunto de formularios estandarizados, el espacio para las soluciones conflictuales tradicionales (¡incluso para los problemas conflictuales tradicionales!) debería ser más bien pequeño.

B) Contratos electrónicos

Otro tema indudablemente vinculado con los adelantos tecnológicos es el de la forma del contrato, en particular el del paso de lo real a lo virtual. Los legisladores de todos los niveles de producción jurídica están elaborando reglas para enfrentarse a las nuevas situaciones creadas. Por supuesto, el creciente uso de medios electrónicos no elimina radicalmente la utilidad de las normas existentes, tanto sustanciales como “conflictuales”. Además, cuestiones tales como la determinación del domicilio de una sociedad son igualmente problemáticas, tanto si esta contrata por medios tradicionales como si lo hace por medios modernísimos. Sin embargo, teniendo en cuenta que el comercio electrónico ocupa ahora una parte importante de las

8. También México ha modificado su sistema de garantías en el sentido de la Ley Modelo, pero las sucesivas reformas mexicanas sobre la materia fueron más un producto de las exigencias del proceso de integración económica norteamericano que una consecuencia de la Ley Modelo. Ver J. SÁNCHEZ CORDERO, “Las garantías mobiliarias mexicanas. Las zozobras mexicanas”, en *Homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, t. II, México, Porrúa, 2008, p. 455 y ss.

9. La expresión “CIDIP VII (I)” es usada porque, por primera vez, la OEA ha decidido dividir la Conferencia convocando una reunión para el tema de los registros electrónicos (celebrada en Washington, DC, del 7 al 9 de octubre de 2009) y otra para el tema de la protección internacional de los consumidores (prevista originariamente para celebrarse en Brasilia en 2010).

10. OEA/Ser.K/XXI.7, CIDIP-VII/doc.3/09, 19 October 2009.

transacciones internacionales, varios aspectos del derecho de los contratos internacionales necesitan ser tenidos en cuenta.¹¹

- Ej. 1: así, por ejemplo, la UNCITRAL ha adoptado dos Leyes Modelo sobre comercio electrónico y sobre firmas electrónicas, y la Convención sobre la utilización de comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2005,¹² que todavía no está en vigor.

- Ej. 2: en 2006, la UNCITRAL enmendó su Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, introduciendo dos opciones relativas al requisito de forma escrita para la convención de arbitraje y aprobó al mismo tiempo una recomendación para que las mismas fueran tenidas en cuenta al aplicar la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales. En relación con la Ley Modelo, la idea original fue la de introducir una regla relativa al uso de medios electrónicos en la celebración del convenio arbitral. Sin embargo, la regla preparada por el Grupo de trabajo sobre arbitraje y conciliación resultó ser tan tortuosa –incluyendo la extrañeza de un convenio arbitral oral que puede ser considerado escrito–¹³ que el Grupo finalmente adoptó una segunda redacción opcional que directamente elimina el requisito de la forma escrita. Para decirlo más claro: la modificación necesaria para adecuarse a las nuevas tecnologías desembocó en la eliminación total de un requisito tradicional y ampliamente aceptado y que sigue estando presente en la Convención de Nueva York de 1958.¹⁴

11. Ver E. JAYME, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, en *Recueil des Cours*, t. 282, 2000, pp. 32-34; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La influencia de la globalización en la elaboración, aplicación e interpretación del sistema de Derecho internacional privado: especial referencia al comercio electrónico y a la contratación internacional”, en CALVO CARAVACA, A.-L. / BLANCO-MORALES LIMONES, P. (dirs.), *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, p. 507 y ss.; J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, *La protección al consumidor online en el derecho internacional privado interamericano*, Asunción, CEDEP, 2009, pp. 48-70.

12. H.D. GABRIEL, “The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An Overview and Analysis”, en *Unif. L. Rev.*, 2006, p. 285 y ss.

13. T. LANDAU, “The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement: When ‘Written’ Means ‘Oral’”, en A.J. VAN DEN BERG (dir.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, The Hague, Kluwer, 2003, p. 19 y ss.

14. Ofrecer diversas opciones no parece ser la mejor solución para una ley modelo.

- Ej. 3: otro interesantísimo ejemplo es el de la revolución del derecho del consumo, que supo ser una rama jurídica esencialmente interna y que ahora es cada vez más internacional, sobre todo debido a internet y al turismo de masas. Los profundos cambios tecnológicos en las comunicaciones y el transporte impactan sobre diversos aspectos tradicionales del DIPr, como el ámbito de la autonomía de la voluntad, la aplicación de normas imperativas y, más generalmente, la protección de las partes con un limitado poder de negociación. Todas estas cuestiones sufren la multiplicación y la diversificación de casos provocados por la globalización. De hecho, en muchos Estados los jueces parecen estar aprendiendo derecho internacional del consumo a medida que deben enfrentarse con la compleja solución de los casos reales,¹⁵ al mismo tiempo que los legisladores intentan inventar nuevas respuestas a las preguntas que cambian todos los días. Es interesante notar la prevalencia de este tópico en el derecho de la UE, donde los casos sobre consumidores son frecuentes.¹⁶ Más precisamente, la UE está ahora revisando todo su acervo en la materia en un intento de alcanzar la armonización en esta materia.¹⁷ Aún más interesantes son las proposiciones actualmente en discusión en el marco de la CIDIP, de diferente naturaleza¹⁸ en un impresionante ejemplo del carácter plural del DIPr actual.

Ver, sin embargo, P. PERALES VISCASILLAS, “¿Forma escrita del convenio arbitral?: nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL”, en *Derecho de los Negocios*, N°197, 2007, p. 5 y ss.

15. Aunque algunos de esos casos surgen en el mundo virtual como *Bragg v. Linden Research, Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D.Penn. 2007). Ver J.M. VELÁZQUEZ GARDETA, “Protección real de derechos de propiedad intelectual en las plataformas virtuales (sobre algunas recientes decisiones judiciales que afectan a *SecondLife*)”, en *DeCITA*, N°10, 2009, p. 223 y ss.

16. Ver TJCE, C-180/06, 14 de mayo de 2009, *Ilseinger*.

17. Ver *Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo*, COM (2006) 744 final, y la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores, COM(2008) 614 final. Ver las críticas y las dudas manifestadas por T. WHILHELMSSON, “Full Harmonization of ConsumerContractLaw?”, en *ZEUP* 2008-2, p. 225 y ss., y N. REICH, “Die Stellung des Verbraucherrechtsim ‘GemeinsamenReferenzrahmen’ undim ‘optionellenInstrument’ – TrojanischesPferdoderKinderschreck?”, en *LiberamicorumBerndStauder*, Zurich, Schulthess, 2006, pp. 364-369.

18. Brasil presentó un Proyecto de Convención sobre derecho aplicable a algunos contratos y transacciones de consumo, cuya última versión (de octubre de 2009) fue presentada conjuntamente con Argentina y Paraguay; Canadá propuso una Ley Modelo sobre jurisdicción y ley aplicable a los contratos con consumidores; y los

C) Apostillas electrónicas

Entre los instrumentos adoptados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de cooperación internacional, la Convención de 1961 eliminando el requisito de legalización en los documentos públicos extranjeros (Convención de la apostilla) se ha convertido en el más exitoso (con casi 100 Estados partes) y tal vez en el más útil. Dado que la necesidad de contar con documentos auténticos está presente en todas las áreas del DIPr, la relevancia práctica de esta Convención no admite comparación. Pero lo que me interesa poner de relieve en el marco de este ensayo es la creciente utilidad de la Convención a través de la aplicación de las tecnologías modernas. La Conferencia de La Haya y la NationalNotaryAssociation han creado el Programa piloto de la apostilla electrónica (e-APP), dirigido por un lado a la implementación de un software para la emisión y el uso de las apostillas electrónicas y, por otro lado, al funcionamiento de registros electrónicos de apostillas. Hoy, siete países, dos Estados de los Estados Unidos, una región española y el DF mexicano están participando en el e-APP.¹⁹

Estados Unidos sometieron a consideración un Proyecto de Guía Legislativa sobre disponibilidad de medios de solución de controversias y restitución gubernamental que aparece acompañada, en su última versión de febrero de 2010, de cuatro Anexos (leyes modelos) referidos a: (A) la solución electrónica de controversias transfronterizas de consumidores en el ámbito del comercio electrónico; (B) los reclamos de los consumidores por tarjetas de pago; (C) los reclamos de menor cuantía; y (D) la restitución gubernamental. Ver J.M. VELÁZQUEZ GARDETA (nota 11) *passim*; *id.*, “Organization of American States”, en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), *Consumer Protection in International Private Relationships / Protection des consommateurs dans les relations privées internationales*, Asunción, ASADIP / CEDEP / BRASILCON, 2010; D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Current Approaches Towards Harmonization of Consumer Private International Law in the Americas”, en *JCLQ*, 2009, p. 411 y ss.

19. Ver www.e-app.info/; M. CELIS AGUILAR, ‘Primer Foro internacional sobre la notarización y las apostillas electrónicas’, en *DeCITA*, N°5/6, 2006, p. 261 y ss. La tecnología puede jugar también un papel muy útil en la implementación de otras convenciones. Ver Ph. LORTIE, “The Development of Medium and Technology Neutral International Treaties in Support of Post-Convention Information Technology Systems”, en *YBPIL*, vol. X, 2008, p. 359 y ss.

2. Incremento en el tráfico transfronterizo

Se ha vuelto un lugar común destacar el impresionante desarrollo de las relaciones internacionales entre personas físicas y jurídicas, así como el aumento en la circulación, tanto en el mundo material como en el virtual, de bienes tangibles e intangibles. Incluso si limitamos el análisis a lo que sucede en el mundo “real”, es ahora bastante común que una persona tenga relaciones con Estados y comunidades diferentes a los de su origen. Autores destacados²⁰ han llamado la atención sobre esta situación y sobre sus consecuencias. Las relaciones se han multiplicado y se producen ahora bajo diferentes formas y combinaciones.

A) Circulación internacional de seres humanos. Impacto en el derecho internacional de la familia

La determinación y la inclinación de traspasar las fronteras son inherentes a la naturaleza humana. Los movimientos migratorios masivos, incluidos aquellos motivados por razones económicas, existen desde siempre. Desde el siglo XIX, como mínimo, la migración constituye uno de los fenómenos sociales más importantes. Sin embargo, debido a la globalización y a alguno de los factores que se asocian a ella (como el libre comercio, la organización internacional de las empresas y los avances tecnológicos en el comercio y la comunicación), junto con el obvio crecimiento de la población mundial, las migraciones internacionales han conocido, durante las últimas décadas, dimensiones nunca vistas antes.²¹ Los países desarrollados²² buscan controlar las mareas humanas a través de barreras físicas y jurídicas,²³ pero

20. E. JAYME (nota 11), p. 23 y ss.; D. OPERTTI BADÁN, “El derecho internacional privado en tiempos de globalización”, en *Rev. Uruguaya DIPr*, Nº6, 2005, p. 15 y ss.; J. BASEDOW, “Global Life, Local Law? – About the Globalisation of Law and Policy-Making”, en *Liber amicorum Didier Operti Badán*, Montevideo, FCU, 2005, p. 819 y ss.

21. Según la Organización Internacional para las Migraciones, “como nunca antes en la historia de la humanidad, cada vez son más las personas que se trasladan de un lugar a otro” (www.iom.int/jahia/Jahia/about-migration/lang/es).

22. Incluyendo países relativamente desarrollados, es decir, países más desarrollados que sus vecinos.

23. Ver, por ejemplo, K. PARROT / C. SANTULLI, “L’Union européenne contre les étrangers”, en *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 205 y ss. A veces esas barreras son de una legalidad

la fuerza del fenómeno migratorio hace que dichos esfuerzos estén destinados al fracaso. No solo ha crecido el número de migrantes, sino también la velocidad y la heterogeneidad de los diversos procesos migratorios. No puede sorprender, por tanto, que las migraciones internacionales atraigan la atención de las ciencias humanas en general. Desde la perspectiva del DIPr, el fenómeno impacta sobre el alto nivel de movilidad de las poblaciones (con países de emigración que se transforman en un período muy breve en países de inmigración) y la constitución de sociedades multiculturales que afectan diversas materias, en particular el derecho de familia.²⁴

- Ej. 1: en primer lugar, la intensidad de los flujos de personas, además de los cambios culturales y sociales, ha provocado la afirmación de la autonomía de la voluntad en el derecho interno e internacional de la familia. En efecto, el derecho de las partes de una relación jurídica a elegir el juez y el derecho para resolver sus litigios –una cuestión tradicionalmente estudiada en el campo de los contratos– ha cruzado las fronteras del derecho de los contratos para entrar en el derecho de las sucesiones y otras materias vinculadas con la familia.²⁵ Las viejas pretensiones de los Estados de perseguir a sus “súbditos” con las particulares concepciones familiares de aquellos (principio de la nacionalidad) o de someter a todos los habitantes al derecho local (principio del domicilio) no pueden funcionar muy bien en un contexto de continua movilidad de la gente. De este modo, además del uso generalizado de la residencia habitual como punto de conexión, los ordenamientos jurídicos cada vez ofrecen un rol más significativo a la autonomía de la voluntad. La ley venezolana de DIPr de 1998 acepta expresamente la elección del juez competente en los litigios relativos al estado civil o a las relaciones familiares, siempre que el litigio tenga una

más que dudosa y de una moralidad a todas luces reprochable.

24. Ver, en general, H. VAN LOON, “Vers un nouveau modèle de gouvernance multilatérale de la migration internationale. Réflexions à partir de certaines techniques de coopération développées au sein de la Conférence de La Haye”, en *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, p. 419 y ss., y, en el ámbito del derecho de familia, K. BOELE-WOELKI, “What Comparative Family Law Should Entail?”, en K. BOELE-WOELKI (dir.), *Debates in Family Law Around the Globe at the Dawn of the 21st Century*, Antwerpen, Intersentia, 2009, en particular, pp. 31-33.

25. Ver E. JAYME, “Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies”, en *YBPIL*, vol. XI, 2009, p. 1 y ss.

“vinculación efectiva” con el territorio venezolano.²⁶En el marco de la UE, aunque de una forma bastante más complicada, la autonomía de la voluntad está presente en el Reglamento 2201/2003 sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de familia, así como en el futuro Reglamento de “Roma III” sobre la ley aplicable al divorcio.²⁷

- Ej. 2: al lado del aumento de la importancia dada a la autonomía de la voluntad, debe hacerse referencia a la relajación de las políticas en materia de derecho de familia. La prohibición del divorcio ha desaparecido en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos, y en los Estados que ya hace tiempo reconocen esta solución para las crisis matrimoniales se ofrecen ahora procedimientos más flexibles y requisitos formales menos exigentes para el reconocimiento de matrimonios y divorcios. Brasil, por ejemplo, ha modificado su Código procesal civil para permitir, con ciertas condiciones, el divorcio sin intervención judicial.²⁸ Previamente, los más altos tribunales del país ya habían reconocido diversos tipos de divorcios extranjeros no judiciales, aprobados por decreto real (Dinamarca), por una autoridad religiosa (Israel) y por una autoridad administrativa (Japón).²⁹

- Ej. 3: otra cuestión interesante tiene que ver con las respuestas legislativas y judiciales que los ordenamientos jurídicos están brindando a los casos relativos a familias interculturales. Entre muchos ejemplos apropiados, vale particularmente la pena subrayar: la reforma del art. 107 del Código civil español en 2003 sobre la ley aplicable al divorcio y la nulidad;³⁰ las decisiones de la Cour de Cassation (1ª Sala Civil) francesa de 17 de febrero de 2004 en materia de repudio;³¹ y, en la otra costa del Mar Mediterráneo, el Código tunecino de DIPr de 1998, que ha sustituido la nacionalidad

26. Article 42(2).

27. Ver A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, en *Cuadernos de derecho transnacional*, N°1, 2009, <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/view/525>.

28. Ley N°11441, de 4 de enero de 2007.

29. N. DE ARAUJO, *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*, 3ª ed., Río de Janeiro, Renovar, 2007, p. 299 y n. 595.

30. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil”, en *La Ley*, 2004-3, p.1745 y ss.

31. *Rev. crit. DIP*, 2004, p. 423 y ss. y nota de HAMMJE.

por el domicilio como foro de competencia³² incluso para litigios familiares (sobre capacidad, matrimonio y divorcio).³³

B) Transferencia de sede social y actividades off-shore

Las empresas, como los seres humanos, han experimentado el vértigo de la movilidad y la ubicuidad facilitadas por la globalización. La ubicuidad se debe a la proliferación de empresas multinacionales y al aprovechamiento de las posibilidades permitidas por las modernas tecnologías. La movilidad puede ser percibida, casi todos los días, cuando los medios de comunicación nos traen noticias sobre sociedades que deciden transferir su sede y/o sus actividades de un país a otro. Esto ocurre, en la mayoría de los casos, en el contexto de la reorganización de las operaciones de las empresas multinacionales.

- Ej. 1: es de sobra conocido que en el mercado integrado de la UE se ha producido una verdadera revolución en torno a la libre circulación de servicios y a la libertad de establecimiento. Confrontados a estas libertades, consideradas “fundamentales”, los Estados han ido perdiendo su control sobre las sociedades incorporadas o que realizan actividades en sus territorios.³⁴ El DIPr tradicional de sociedades había reabierto la vieja discusión sobre el punto de conexión apropiado para las cuestiones societarias.³⁵ A pesar de su relevancia, este problema (como sucede con muchos otros problemas relacionados con la UE) es simplemente una situación interna de una organización cuasi-federal que posee un DIPr unificado aunque

32. M.E.A. HACHEM, “Le Codetunisien de droit international privé”, en *Rev. crit. DIP*, 1999, pp. 230-231 (“le législateur est revenu à une position raisonnable, trouvant dans le droit comparé la mesure de la répartition des compétences, des exigences du contrôle des décisions étrangères et de la protection des autres souverains”).

33. Acerca de la oposición de parte de autores y jueces conservadores, ver M. GHAZOUANI, “Nationalité et compétence judiciaire”, en *Le Codetunisien de droit international privé deux ans après*, Túnez, CPU, 2003, p. 13 y ss.

34. Ver, por ejemplo, las obligaciones establecidas para los Estados miembros en las decisiones del TJCE: C-212/97, de 9 de marzo de 1999, *Centros*; C-208/00, de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*; y C-167/01, de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art.*

35. Ver los casos citados en la nota anterior y también la decisión del TJCE C-210/06, de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*. Sobre todas estas cuestiones, ver C. KLEINER, “Le transfert de siège social en droit international privé”, en *JDI*, 2010, p. 315 y ss.

incompleto. El poder de legislación de los Estados miembros es tan reducido que los casos intracomunitarios de sociedades se parecen cada vez más a los casos internos, a tal punto que un caso con elementos en España y en Finlandia no se diferencia drásticamente de uno con elementos en Cataluña y en Andalucía.

- Ej. 2: fuera (y a través) de las fronteras de la UE, los litigios sobre cuestiones societarias también han alcanzado una considerable intensidad, tanto los que conciernen a sociedades en plena actividad como los que afectan a sociedades que pasan por dificultades financieras.³⁶ Además, la internacionalización de las actividades de las empresas ha obligado a la UNCITRAL a realizar una ardua tarea legislativa,³⁷ así como ha generado la realización de propuestas innovadoras para adaptar la metodología conflictual clásica a las especificidades de los problemas actuales.³⁸

C) *Circulación de bienes culturales*

Otro tema también interesante aunque totalmente diferente de los anteriores es el que se refiere a la circulación de bienes culturales, con sus particulares conflictos de intereses y sus respuestas legislativas y no legislativas. A diferencia de los movimientos transfronterizos de personas físicas y jurídicas, que constituyen fenómenos de alcance general con una variedad de consecuencias, la circulación internacional de bienes culturales representa una materia específica. Más allá de su valor elevado y su carácter único, los bienes culturales (y en particular las obras de arte) se encuentran en el medio de la confluencia de diversos intereses que condicionan la adopción de normas apropiadas para resolver los problemas vinculados con ellos. Tales

36. En los últimos años, por ejemplo, varios casos relativos a empresas uruguayas en Argentina han presentado frecuentemente problemas y soluciones mixtas con elementos de derecho societario y de derecho concursal. Ver, entre muchos otros, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, de 13 de abril de 2000, *Proberan, La Ley* 2001-B, p. 101 y ss.; Sala A, de 18 de abril del 2006, *Boskoop, DeCITA*, N°7/8, 2007, p. 504 y ss.

37. Ver D. MORÁN BOVIO, "Secuencia de los trabajos sobre insolvencia en UNCITRAL", en *DeCITA*, N°11, 2009, p. 61 y ss.

38. Ver L. D'AVOUT, "Sentido y alcance de la *lexforiconcursus*", en *DeCITA*, N°11, 2009, p. 38 y ss.

intereses, como ha sido correctamente señalado,³⁹ no corresponden solo a los individuos y a las instituciones que tienen una relación directa con los bienes culturales (como artistas, propietarios, mecenas, coleccionistas, galerías, museos, casas de subastas) sino también al público en general y a los Estados a cuyo acervo cultural dichos bienes pertenecen. En el marco de un panorama tan diverso y complicado, las soluciones judiciales y legales no son siempre las mejores.

- Ej. 1: así, varios tribunales norteamericanos, incluyendo la propia Corte Suprema,⁴⁰ se declararon competentes para entender en litigios relacionados con la disputa entre la Sra. María Altmann Austria sobre varias pinturas de Gustav Klimt expuestas en el Museo Belvedere de Viena, a pesar de que ni la demandada ni los bienes en cuestión estaban radicados en los Estados Unidos.⁴¹

- Ej. 2: sin embargo, cuando los bienes culturales han sido robados o exportados ilegalmente, la Convención del UNIDROIT de 1995,⁴² en vigor en 30 Estados de todos los continentes, establece como foro de competencia el *forum rei sitae* autorizando la intervención de otros tribunales solo si dicha intervención se basa en la *lex fori* o en la autonomía de la voluntad. Se trata sin dudas de una solución más flexible y apropiada.⁴³

39. E. JAYME, "Globalisation in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies", en *Vanderbilt J. Trans. L.*, vol. 38, 2005, p. 928 y ss.

40. *Republic of Austria v. Altmann*, 2004 WL 1238028 (US). Ver E. JAYME, "Ein internationaler Gerichtsstand für Rechtsstreitigkeiten um Kunstwerke. Lücken im europäischen Zuständigkeitssystem", en *Festschrift Reinhard Mußgnug*, Heidelberg, Müller, 2005, pp. 523-524.

41. Para la Corte Federal del Noveno Circuito, al enviar sus folletos a los Estados Unidos, el Museo había estado "doing business" en ese país. Ver *Altmann v. Republic of Austria*, 317 F.3d 954, 970 (9th Cir. 2002). Crítico con esta solución, E. JAYME (nota precedente), p. 524.

42. P. LALIVE, "Une avancée du droit international: la Convention de Rome d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés", en *Unif. L. Rev.*, 1996, p. 40 y ss.

43. E. JAYME (nota 40), p. 524, dice que la competencia del juez del país de origen del bien cultural también debería ser admitida. El mismo autor (nota 39), pp. 943-944, también subraya los efectos positivos de técnicas de carácter no obligatorio ("normas narrativas") tales como las adoptadas en los *Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art* (ver también *IPRax*, 1999, pp. 284-285).

3. Rol de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas

A) Derechos humanos en el proceso civil

Las tendencias globales a facilitar el acceso a la justicia y a proteger los derechos procesales del demandado, son cada vez más visibles en los ámbitos de la competencia judicial, del reconocimiento y ejecución de decisiones y de la cooperación de autoridades.⁴⁴

- En el ámbito de la competencia judicial internacional:

- Ej. 1: el *forumnecessitatis*⁴⁵ se ha ido generalizando, a pesar de ciertas dificultades en su implementación en determinadas circunstancias.⁴⁶ Vale la pena recordar que el propósito esencial del *forumnecessitatis* consiste en ofrecer un argumento suplementario a los tribunales para justificar su intervención en casos en los cuales carecen de competencia. La única razón de este foro de competencia es garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia. De hecho, la evolución del mismo muestra una tendencia a restringir su ámbito de actuación. En esta línea, el Proyecto uruguayo de Ley de DIPr (2009) introduce una lista de condiciones para autorizar la aplicación de esta excepción.

- Ej. 2: la jurisdicción humanitaria universal (o excepcional): a) tal como la entendió la Cour de cassation francesa en 2006⁴⁷ sosteniendo la competencia de los tribunales franceses para decidir en un caso relativo a un aparente contrato de trabajo —que no era otra cosa, en realidad, que

44. Ver, en general, P. KINSCH, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, en *Recueil des Cours*, t. 318, 2005, p. 9 y ss.; B. FAUVERQUE-COSSON, “Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l’exemple des droits fondamentaux”, *RIDC*, 2000, p. 797 y ss.

45. Art. 3 Ley Federal suiza de DIPr, art. 11 Código belga de DIPr, art. 565 Código procesal civil federal mexicano, art. 3136 Código civil de Quebec, art. 2 Convención interamericana de 1984 sobre competencia indirecta (CIDIP III), art. 56(8) del Proyecto uruguayo de Ley de DIPr (2009), etc.

46. Ver Tribunal Federal suizo, 1ª Sala Civil, de 15 de diciembre de 2005, y 2ª Sala Civil, de 22 de mayo de 2007; Corte Suprema de Canadá, de 22 de julio de 2005, *GreConDimterinc. c. J.R. Normand inc.*, 2005 CSC 46 (CanLII); y V. RÉTORNAZ / B. VOLDERS, “Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif”, en *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 225 y ss.

47. *Cour de cassation, Soc.*, 10 de mayo de 2006, *ÉpxMoukarim v. Isopehi*, Juris-Data N°2006-033408; *JCP*, 2006, pp. 1405 y ss., nota BOLLÉE.

una situación de esclavitud— sin conexión alguna con Francia;⁴⁸ b) como se entiende bajo la extensiva aplicación del *Alien Tort Statute* de los Estados Unidos, el cual ha abierto la vía para considerar a las empresas privadas responsables por violaciones de los derechos humanos.⁴⁹

- En el ámbito del reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras:

- Ej. 3: cabe subrayar la consolidación del aspecto procesal del orden público como una barrera contra los efectos de las decisiones extranjeras. El TJUE ha hecho buenas aplicaciones de esta excepción en casos en los cuales la decisión había sido tomada violando el derecho del demandado a ser oído.⁵⁰ Los tribunales latinoamericanos parecen ir en la misma dirección.⁵¹

- En el ámbito de la cooperación de autoridades:

- Ej. 4: en un período de tiempo muy corto la sustanciación de cuestiones de derecho privado en tribunales de derechos humanos se ha convertido en algo relativamente común. Esto es especialmente cierto respecto de diversos aspectos del derecho de familia.⁵² De hecho, el Tribunal Europeo

48. Por esta razón algunos comentaristas expresaron cierta preocupación por la falta de atención en el caso a los criterios de competencia y a las normas de derecho aplicable ordinarias. Ahora bien, aunque uno siempre espera que los tribunales apliquen rigurosamente las normas de DIPr, entre la correcta aplicación de las normas de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y la solución a la vez pragmática y justa del tribunal, la preferencia por la segunda resulta inevitable.

49. Sobre esta evolución, ver G. TEUBNER, “The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors”, en *Modern L. Rev.*, vol. 69, 2006, p. 327 y ss. Es preciso indicar que, a pesar de una nutrida jurisprudencia anterior, una reciente decisión de la Corte Federal del 2º Circuito (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, de 17 de septiembre de 2010, N°06-4800-cv, 06-4876-cv) arroja serias dudas sobre el futuro de esta tendencia. En efecto, el juez José Cabranes afirma en su voto mayoritario que, en aplicación del *Alien Tort Statute*, no existe una costumbre internacional que permita declarar responsable a una empresa (persona jurídica) por violación de los derechos humanos.

50. TJCE, C-7/98, 28 de marzo de 2000, *Krombach*; C-394/07, 2 de abril de 2009, *Gambazzi*.

51. Tribunal Supremo de Justicia venezolano, Sala Político-Administrativa, 13 de junio de 2007, *Northstar Trade Finance v. Unopet*; Superior Tribunal de Justiça brasileiro, Tribunal especial, 1 de agosto de 2006, SEC 879 / US, 2005/0035096-5.

52. H. MUIR WATT, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé)”, en *Arch. phil. dr.*, vol. 45, 2001, p. 271 y ss.

de Derechos Humanos es ahora un tribunal realmente especializado en materias tales como la restitución internacional de niños trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus progenitores.⁵³

B) Libertad, igualdad y dignidad de la persona

Una prueba adicional de la relevancia del rol actual de los derechos humanos es la dimensión que han alcanzado conceptos tales como libertad, igualdad y dignidad personal, situación que impacta de lleno en diferentes áreas del DIPr y, de un modo muy particular, en el derecho internacional de familia.

- El reconocimiento de diferentes modelos de familia:

Las concepciones tradicionales respecto a la familia han experimentado cambios fundamentales en las últimas décadas en varios países de diferentes latitudes.⁵⁴ En la base de todos esos cambios está siempre la asunción de algo evidente: en muchas sociedades contemporáneas el modo de articular las relaciones de familia es muy variado. Hay, por tanto, un fuerte componente humanitario en la evolución del derecho de familia que tiene que ver esencialmente con el progresivo desarrollo del derecho a no ser discriminado por motivos sexuales. Es evidente que el movimiento feminista y la secularización de la vida social –junto con la ya mencionada movilidad y su impacto en la estabilidad de las familias– han jugado papeles relevantes para hacer posible esta evolución. El reconocimiento del matrimonio y de otras formas de uniones entre personas del mismo sexo,⁵⁵ así como de los derechos de los transexuales,

53. Ver A. ARONOVITZ, “May Private Claims be Advanced through the European Court of Human Rights? – A Study of Cross-Border Procedural Law Based on a Case of International Child Abduction”, en *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37, 2007, p. 165 y ss. (con atención a la sentencia del TEDH, de 27 de julio de 2006, App. 7198/04, *IosubCaras v. Romania*); y, en general, P. BEAUMONT, “The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction”, en *Recueil des Cours*, t. 335, 2008, p. 9 y ss.

54. Esta tendencia ha sido especialmente destacable en Europa, Estados Unidos y Canadá, pero ha impactado en muchas partes del mundo.

55. El matrimonio entre personas del mismo sexo está admitido en Argentina, Bélgica, Canadá, España, Holanda, Islandia, Noruega, Portugal, Sudáfrica, Suecia, en varios estados norteamericanos y en el Distrito Federal de México.

confirma la continuidad de una tendencia que ha servido para revitalizar las discusiones sobre la llamada “parte general” del DIPr (que, como es sabido, en realidad no es más que una parte pequeña del DIPr referida a los problemas de aplicación de la norma indirecta).⁵⁶

-Ej. 1: en España, además de la introducción del matrimonio homosexual por la Ley 13/2005 de reforma del Código civil, la Ley 3/2007 establece los requisitos para el cambio de sexo. Según el Preámbulo de esta Ley, España busca unirse a los demás países europeos que disponen de legislación específica ofreciendo seguridad jurídica a las personas transexuales con historia clínica apropiada. El Tribunal Supremo español ha seguido este enfoque comparativo.⁵⁷ El art. 1 de la Ley 3/2007 señala que solo los nacionales españoles con capacidad mental suficiente pueden demandar un cambio en el registro de su sexo, estableciendo así un elemento básico para la definición del orden público sobre la cuestión. Sin embargo, antes de la adopción de esta Ley, la jurisprudencia española protegía ya la transexualidad como una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución española). Así, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)—una especie de autoridad supervisora de las actividades relacionadas con los registros públicos de este país— decidió en 2005 que la ley de Costa Rica, que prohibía el cambio legal de sexo de un nacional costarricense en España, era contraria al orden público internacional español.⁵⁸

56. Ver K. BOELE-WOELKI (dir.), *Legal recognition of same-sex couples in Europe*, Antwerpen, Intersentia, 2003; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004. En los Estados Unidos, el orden público interestatal y hasta la sacrosanta cláusula *full faith and credit* han sido puestas en entredicho dando lugar a peculiares respuestas legislativas estatales y federales (“defense of marriage” acts). Ver A. KOPPELMAN, *Same Sex, Different States: When Same-Sex Marriages Cross State Lines*, Ann Arbor, Sheridan, 2006. 57. Tribunal Supremo, Sala Civil, 17 de septiembre de 2007 (haciendo un análisis comparativo de la legislación de países europeos, así como de la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos sobre esta materia).

58. Resolución DGRN [3ª], de 24 de enero de 2005, *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 621 y ss. y nota de SÁNCHEZ LORENZO. La DGRN también ha aplicado cierto reenvío *in favorem* en material de capacidad matrimonial, aceptando el reenvío al derecho español para apoyar el *iusconnubii* de una pareja homosexual (ver, en general, Resolución-Circular DGRN, de 29 de julio de 2005, *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 855 y ss. y nota de QUIÑONES ESCÁMEZ).

Con otros parámetros y características, algunos países de derecho musulmán también han hecho progresos en la reducción de la discriminación de la mujer.⁵⁹ Sin embargo, esta modernización no parece ser suficiente para satisfacer los estándares europeos de protección de los derechos humanos.⁶⁰

- El auge de la autonomía de la voluntad:

El fundamento principal del crecimiento de la influencia de la autonomía de la voluntad en las materias comerciales⁶¹ ha sido el principio económico básico de eficiencia, aunque la libertad –como opuesta al control estatal– es también citada a menudo como justificación.⁶² En cambio, en las cuestiones familiares, los argumentos parecen invertirse: las bases obvias son la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona, si bien la extensión de la autonomía en este ámbito es exigida por evidentes razones prácticas⁶³ que provocan resultados más justos y eficientes. Esto es muy claro en temas tales como la ley aplicable al régimen económico del matrimonio pero no tendría que serlo menos en relación con la ley aplicable a los efectos del matrimonio o al divorcio.

59. Ver M.-C. FOLETS / M. LOUKILI, “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: quelles implications pour les Marocains en Europe?”, en *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 521 y ss.

60. La *Cour de Cassation* francesa, 1ª Sala Civil, adoptó el 4 de noviembre de 2009 dos decisiones relativas al Código de familia de Marruecos. En *Bouffila* la Corte rechazó el reconocimiento de un divorcio unilateral (repudiación) pronunciado en Marruecos sobre la base de la violación del orden público francés porque, aunque haya sido decidido bajo la supervisión de un tribunal como lo requiere el Código, sigue vulnerando el principio de igualdad. Sin embargo, en *Dahmouni*, la Corte anuló la decisión de la Corte de Apelaciones que no había tenido en cuenta el Código marroquí para decidir sobre las consecuencias pecuniarias del divorcio (la Corte de Apelaciones había hecho una aplicación apriorística del orden público).

61. Que ha experimentado una nueva expresión universal con la adopción de la Convención de La Haya de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro, un instrumento tan preocupado por el equilibrio que ha sido criticado por falta de audacia. Ver. C. KESSEDJIAN, “La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l’élection de for”, en *JDI*, 2006, p. 813 y ss.; B. AUDIT, “Observations sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d’élection de for”, en *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, pp. 187-188.

62. E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 147-148.

63. Ver *supra* notas 25-27 y texto al que acompañan.

4. Evolución del significado de los conceptos jurídicos tradicionales

Existen varias maneras –todas diferentes, pero igualmente desafiantes– de estudiar tanto la aplicabilidad como la pertinencia de los conceptos jurídicos tradicionales en el derecho internacional general actual.⁶⁴ En este ensayo, el único objetivo respecto de esta cuestión es mencionar solo unos pocos ejemplos del DIPr de nuestros días que ponen en evidencia que, incluso si esos conceptos tienen todavía un papel a jugar, su significado no es y, en muchos casos, no puede seguir siendo el mismo que fue.

A) Soberanía

El alcance y el propio rol de la soberanía moderna es un tema que sigue preocupando a los internacionalistas. Temas como la integración económica, el peso de poderosas organizaciones multilaterales (en particular: la OMC, el BM, el FMI o los diferentes grupos “G”) y la aparición de otros actores en el teatro del derecho internacional muestran que hoy por hoy el poder de los Estados –esencialmente como producto de sus propias decisiones– ha disminuido.⁶⁵ Tradicionalmente los Estados definen sus propios intereses y los mecanismos para desarrollarlos y protegerlos. En el marco del DIPr, los intereses de un Estado, típicamente de naturaleza “pública”, pueden expresarse por diversos medios y en diferentes tipos de normas: normas internacionalmente imperativas (o de policía), normas indirectas de derecho aplicable o normas de competencia judicial internacional penetradas por valores materiales, y normas de competencia judicial exclusivas y exorbitantes. La identificación concreta de tales intereses es muchas veces difícil y la mención de los mismos suele ser un simple truco para justificar la aplicación

64. Ver, por ejemplo, R. DOMINGO OSLÉ, *¿Qué es el derecho global?*, 5ª ed. (1ª ed. paraguaya), Asunción, CEDEP, 2009, p. 116 y ss.

65. J. VERHOEVEN, “Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002)”, en *Recueil des Cours*, t. 334, 2008, pp. 50-51 (señalando que la soberanía actual ya no permite el cumplimiento de los objetivos [nacionales] que la justificaban); P. MENGOZZI, “Private International Law and the WTO Law”, en *Recueil des Cours*, t. 292, 2001, pp. 263-268; R. MICHAELS, “Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?”, en *RebelsZ*, 2005, pp. 540-542; W. SHAN / P. SIMONS / D. SINGH (dirs.), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, London, Hart, 2008.

de la ley local o para asegurar la competencia de los jueces del foro.⁶⁶ La jurisprudencia norteamericana sobre casos relativos a la responsabilidad por daños es tal vez el ejemplo más útil en este sentido.⁶⁷ Al mismo tiempo, sin embargo, resulta obvio que, por diferentes razones, existe una tendencia de larga data según la cual los Estados van limitando el alcance de estas manifestaciones de soberanía dentro del DIPr, ya sea por “imposición” de sus compromisos internacionales o por voluntad unilateral.

-Ej. 1: en relación con el ámbito del orden público, vale la pena mencionar: a) la destacada Declaración del Uruguay acerca del art. 5 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr (CIDIP II, 1979), subrayando su carácter excepcional y restringiendo el ámbito de su intervención;⁶⁸ b) la exigencia de una conexión con el foro, como en las decisiones de la Cour de cassation francesa de 2004 sobre la repudio;⁶⁹ y c) la tendencia que va del orden público nacional al orden público transnacional (o supranacional), como sugiriera PierreLalive hace varias décadas, especialmente en el ámbito del arbitraje.⁷⁰

66. E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, París, LGDJ, 1999.

67. Ver la crónica anual de la jurisprudencia de DIPr de los Estados Unidos que publica S. SYMEONIDES en el *AJCL*. Vertambienidem, “The American Choice-of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow”, en *Recueil des Cours*, t. 298, 2003, pp. 361-369.

68. “A juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren no aplicables los preceptos de la ley extranjera cuando estos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica”; ver, en la misma línea la decisión de la Corte Suprema de Colombia, de 6 de abril de 2004, *Prodeco Productos de Colombia*. También hay manifestaciones en África. Así, en *Patel v. Bank of Baroda* [2001] 1 E.A. 189, una corte de Kenia aplica la “current public policy doctrine” (la ley había cambiado). Ver R.F. OPPONG, “A Decade of Private International Law in African Courts 1997-2007 (Part II)”, en *YBPIL*, vol. X, 2008, p. 373.

69. Ver *supra* nota 31.

70. P. LALIVE, “Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international”, en *Rev. arb.*, 1986, p. 326 y ss., y “L’ordre public transnational et l’arbitre international”, en *Liber Fausto Pocar*, t. II, Milán, Giuffrè, 2009, p. 599 y ss.; L. CHEDLY, *Arbitrage commercial international et ordre public transnational*, Túnez, Centre de Publication Universitaire, 2002; E. GAILLARD, *Teoría jurídica del arbitraje internacional*, trad., Asunción, La Ley / CEDEP / Thomson Reuters, 2010, pp. 69-70 y ss. (citando la sentencia del Tribunal Federal suizo, de 8 de marzo de 2006, *Bull. ASA*, 2006, p. 529).

-Ej. 2: la decadencia de los foros de competencia exorbitantes, los cuales son cada vez más rechazados por la jurisprudencia así como por los legisladores,⁷¹ como se pone de manifiesto en: a) sendos arts. 3 del Reglamento 44/2001 de la UE y de la Convención de Lugano de 1988/2007; b) el art. 18 del Anteproyecto de Convención de La Haya sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (1999); c) el §2 de los Principios ALI / UNIDROIT sobre el proceso civil transnacional (2004).

B) Territorialismo

La noción de territorialismo, sobre el cual se estructura una parte significativa del DIPr –en particular en lo que se refiere a la jurisdicción–, viene siendo reconsiderada últimamente. Uno no puede evitar darse cuenta de que el vínculo de algunas relaciones con el territorio no es importante porque las mismas se desarrollan en un espacio virtual.⁷² En consecuencia, típicos conceptos “territorialistas” como el domicilio, el lugar de celebración del contrato o de producción del daño, pierden su utilidad tradicional en un gran número de casos.⁷³ Incluso si se presta atención a relaciones que son totalmente creadas en el mundo real, el nivel elevado de internacionalidad que presentan, junto con el dato de que la soberanía está cada vez más compartida –ambas características típicas de este tiempo–, los dogmas tradicionales van siendo minados progresivamente.⁷⁴

-Ej.: la creciente relevancia de la cooperación de autoridades como un componente esencial del DIPr está ofreciendo nuevos métodos para resolver

71. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, en *Recueil des Cours*, t. 323, 2006, pp. 160-168.

72. B. GROSSFELD, “Global Accounting: Where Internet Meets Geography”, en *AJCL*, 2000, pp. 305-306.

73. R. MICHAELS, “Territorial Jurisdiction after Territoriality”, en P.J. SLOT / M. BULTERMAN (dirs.), *Globalisation and Jurisdiction*, Leiden, Kluwer Law International, 2004, p. 105 y ss. Que la situación es nueva, pero no la idea, se constata leyendo F.A. MANN, “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, en *Recueil des Cours*, t. 111, 1964, pp. 23-40.

74. H.L. BUXBAUM, “Territory, Territoriality, and the Resolution of Jurisdictional Conflict”, en *AJCL*, 2009, p. 631 y ss.; G. CUNIBERTI, “Le principe de territorialité des voies d’exécution”, en *JDI*, 2008, p. 963 y ss.; L. D’AVOUT, “Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques? (une mise en perspective du système Rome II)”, en *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1629 y ss.; *idem* (nota 38) p. 38 y ss.

conflictos internacionales como, por ejemplo, el modelo de cooperación judicial directa, implementado con éxito por la Conferencia de La Haya en materia de sustracción de menores y ahora tomado en cuenta en los primeros intentos para instalar el tema de la factibilidad de un instrumento global sobre información acerca del derecho extranjero.⁷⁵

C) Poder jurisdiccional

El impresionante éxito del arbitraje va de la mano con la tendencia universal a restringir la intervención judicial en el procedimiento arbitral.⁷⁶ Es precisamente esta restricción lo que configura la tendencia principal en la reglamentación universal plasmada por UNCITRAL, como ha quedado reflejado en la Revisión de su Reglamento de arbitraje concluida en 2010. Varios Estados en el mundo entero están siguiendo esta línea, basados en el convencimiento de que limitar el poder de los tribunales de justicia es una de las maneras de crear un ambiente propicio (*friendly*) para los negocios en general y para el negocio del arbitraje en sí mismo. Aún más notable es la tendencia a restringir la actividad judicial en materias tan sensibles como las inversiones extranjeras.⁷⁷

-Ej. 1: como un ejemplo claro de legislación nacional dirigida a atraer arbitrajes, puede mencionarse la Ley de arbitraje del Perú de 2008.⁷⁸

-Ej. 2: la prueba de la renuncia del poder jurisdiccional del Estado en lo que respecta al derecho de las inversiones es la interacción de la Convención de Washington de 1965 (Convención del CIADI) y los tratados que le han dado vida a la misma, en particular los tratados bilaterales de

75. Dos reuniones de expertos se celebraron en febrero de 2007 y octubre de 2008. Ver Hague Conference Prel.Doc. No 11A, 11B, and 11C of March 2009. Para decir la verdad, los expertos han manifestado cierto temor acerca de esta posibilidad. Ver Prel. Doc. 21A of March 2007.

76. Al mismo tiempo, no es sino una parte de un fenómeno más amplio: la privatización de las funciones de regulación de los Estados. Ver H. MUIR WATT, "Économie de la justice et arbitrage international (réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation)", en *Rev. arb.*, 2008-3, p. 389 y ss.

77. Ph. SANDS, *Lawless World. Making and Breaking Global Rules*, Londres, Penguin, 2006, pp. 117-142.

78. F. CANTUARIAS SALAVERRY / R. CAIVANO, "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad", en *Revista Peruana de Arbitraje*, N°7, 2008, p. 3 y ss.

protección de inversiones (TBI). Acaso el símbolo por excelencia de esto es el art. 54 de la Convención del CIADI que elimina el exequátur para la ejecución de los laudos de los tribunales del CIADI.⁷⁹

Otros fenómenos, como la tendencia a cierta flexibilidad en la determinación de la competencia judicial y a la reducción del ámbito de acción del exequátur, dejan entrever un cierto salto desde el concepto de jurisdicción como “poder” al concepto de jurisdicción como “función”.⁸⁰ Esta tendencia es fuente de contradicciones en la UE. En efecto, si por un lado pueden observarse la progresiva eliminación del control de la decisión extranjera en general y el tímido reconocimiento del *forum non conveniens* en el Reglamento de Bruselas 2bis en particular, por otro lado no deja de apreciarse la supervivencia de los foros de competencia exorbitantes y la incoherente jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo.⁸¹ Sin embargo, la tendencia que va del carácter político al técnico en el control de las decisiones extranjeras es realmente universal. Con todas las consecuencias que ello implica.⁸²

-Ej. 3: en Brasil, desde que el (más “profesional”) *Superior Tribunal de Justiça* asumiera la competencia inmaterial de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras, competencia previamente ejercida por el (más bien “político”) *Suprêmo Tribunal Federal*, la jurisprudencia ha acentuado su perfil favorable al reconocimiento.⁸³

III. ELEMENTOS DEL DIPR ACTUAL

Todos los ejemplos mencionados hasta ahora muestran que el DIPr actual presenta unas características bien diferentes a las que tenía algunos

79. Sobre las reacciones de varios países latinoamericanos contra esta renuncia y sus consecuencias, ver E. GAILLARD, “Tendencias anti-arbitraje en América Latina”, en *DeCITA*, N°9, 2008, p. 311 y ss.

80. Salto sugerido por T. PFEIFFER hace unos quince años en *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt, Klostermann, 1995, pp. 201-204.

81. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 71), pp. 192-213.

82. Ver D. BUREAU / H. MUIR WATT, “L’impérativité désactivée? (à propos de Cass. civ. 1^a, 22 octobre 2008)”, en *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 1 y ss.

83. L. GAMA, “Metamorfose (do bem): teoria e prática da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Superior Tribunal de Justiça”, en *Rev. Direito Assoc. Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, t. XVII, 2006, pp. 133 y ss.

años atrás. Este nuevo perfil puede resumirse haciendo referencia a tres cuestiones básicas relativas al contenido, los autores y los métodos del DIPr.

1. ¿Qué es hoy el DIPr?

Dos tendencias principales se han desarrollado en las dos últimas décadas: el desplazamiento del eje principal del DIPr y la preocupación por la justicia material.

A) Declive del DIPr centrado en la determinación del derecho aplicable

La progresiva pérdida de interés en las cuestiones de derecho aplicable guarda una directa relación con el aumento exponencial de casos de DIPr o, en otras palabras, el paso del DIPr académico al DIPr “real”.⁸⁴ Muchas razones explican este fenómeno. En primer lugar, la observación de la evolución de la reglamentación relativa a las cuestiones de derecho aplicable durante las últimas décadas permite constatar que varias de las viejas soluciones divergentes respecto de la otrora llamada parte general del DIPr han dado lugar a otras soluciones más homogéneas y, en algunos casos, han sido parcialmente superadas por medio de la unificación, tanto material como conflictual. Así, una parte significativa (no todos) de los problemas causados por la discusión histórica entre la nacionalidad y el domicilio como puntos de conexión para las relaciones de carácter

84. B. AUDIT, “Le droit international privé en quête d’universalité. Cours général (2001)”, en *Recueil des Cours*, t. 305, 2003, p. 478 (“la situation a changé du tout au tout avec le développement véritable des relations privées internationales au cours du XX^e siècle, jusqu’à mettre aujourd’hui au premier plan les questions liées à l’administration par les juridictions des États de la justice internationale de droit privé”). Al mismo tiempo, otro fenómeno concomitante va tomando cuerpo. La creciente internacionalización lleva a profesores tradicionalmente devotos de su propio derecho a prestar atención a cuestiones internacionales. En otras palabras: como consecuencia de la internacionalización de las relaciones de derecho privado, el derecho privado “puro” va reduciendo su alcance respecto de los casos reales. En tal contexto, no es sorprendente que programas académicos en derecho comercial, civil o procesal incluyan ahora tópicos tales como los Principios UNIDROIT, sustracción internacional de menores o ejecución de sentencias extranjeras.

personal ha ido perdiendo peso con la generalización del recurso a la residencia habitual. Los esfuerzos de unificación o armonización material, como los de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980) o los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (1994/2004), contribuyeron también a disminuir el impacto de las dificultades causadas por la utilización de puntos de conexión tales como el lugar de celebración o de ejecución de los contratos. Al mismo tiempo, muchas cuestiones que antes eran consideradas exclusivamente desde la perspectiva del derecho aplicable son ahora tratadas desde el ángulo y con la metodología de la cooperación de autoridades. La evolución del tratamiento de la protección de los menores por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado a través del último siglo, constituye un ejemplo tan obvio como insoslayable.

Pero hay también motivos prácticos para esta modificación fundamental del DIPr. De un lado, los jueces todavía siguen aplicando la *lex fori* en un gran número de casos de DIPr, lo cual contribuye a disminuir la importancia de los aspectos de derecho aplicable de dichos casos. En no pocos ordenamientos jurídicos, esta actitud se basa en la consideración el derecho extranjero como un hecho que las partes deben invocar y probar. De otro lado, como muchos casos se limitan a (o se terminan con) la discusión de los aspectos concernientes a la competencia judicial, los jueces tienen más oportunidades para pronunciarse sobre esta materia. Finalmente, las cuestiones de reconocimiento y de cooperación de autoridades son frecuentemente presentadas y tratadas de manera autónoma, prácticamente desconectadas de cualquier preocupación por el derecho aplicable.

Todas estas razones justifican que la determinación del derecho aplicable ya no sea el corazón del DIPr (afirmación que es todavía más contundente si las cuestiones de derecho aplicable son concebidas en su vieja forma exclusivamente conflictual) y que la posición estelar sea ahora ocupada por los aspectos relativos al proceso y a la cooperación internacional, entre los cuales destaca por su importancia la determinación de la jurisdicción para decidir los casos de DIPr. Una parte sustancial de las discusiones del DIPr contemporáneo tienen que ver con la mejor forma de asignar los litigios privados internacionales entre los varios mecanismos de solución de controversias disponibles, asegu-

rando el derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión privada internacional.⁸⁵

B) Materialización del DIPr

La “materialización” del DIPr⁸⁶ es generada por varias razones asociadas con algunos fenómenos típicos de la globalización. La misma afecta:

- No solo materias comerciales.
- No solo cuestiones relacionadas con la determinación del derecho aplicable.
- Dentro del sector del derecho aplicable, no solo se manifiesta a través de normas materiales sino también de conexiones materiales.

-Ej.: en el proceso de codificación que desarrolla actualmente la CIDIP VII,⁸⁷ la propuesta brasileña de una convención sobre el derecho aplicable a ciertas relaciones de consumo (que ha tomado forma de una propuesta conjunta de Brasil, Paraguay y Argentina) es un muy buen ejemplo de materialización.⁸⁸ A primera vista, el instrumento puede parecer una clásica convención de “conflicto de leyes”. De hecho su finalidad esencial es designar el derecho aplicable a cierto tipo de relaciones privadas internacionales. Sin embargo, un análisis más cuidadoso permite descubrir un producto que puede ser todo menos clásico, al menos en el contexto del derecho internacional del consumo.⁸⁹ La clave del proyecto brasileño es una combinación entre una autonomía de la voluntad limitada, por un

85. Esta situación es clara no solo en la jurisprudencia sino que también se refleja en la agenda de las organizaciones internacionales de codificación como la Conferencia de La Haya. Incluso el mismo contenido de las normas nacionales de DIPr testimonia una significativa presencia de normas sobre aspectos procesales y de cooperación.

86. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *Derecho internacional privado (una mirada actual sobre sus elementos esenciales)*, Córdoba, Advocatus, 1998, pp. 130-141.

87. Ver *supra* nota 18 y texto al que acompaña.

88. C. LIMA MARQUES, “Consumer Protection in Private International Law Rules: The Need for an Inter-American Convention on Law Applicable to Some Consumer Contracts and Consumer Transactions (CIDIP)”, en T. BOURGOIGNIE (dir.), *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Quebec, YvonBlais, 2006, p. 145 y ss.

89. Ver el panorama general actual de la reglamentación de esta materia en D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.), (nota 18).

lado, y el principio de la ley más favorable al consumidor, por el otro.⁹⁰ Concretamente, las partes pueden elegir la ley del domicilio del consumidor, del lugar de celebración del contrato, del lugar de cumplimiento o del domicilio o sede del proveedor. Para los consumidores pasivos (es decir, para los contratos y otras transacciones celebrados estando el consumidor en el país de su domicilio),⁹¹ la ley elegida debe aplicarse en la medida en que sea la más favorable para el consumidor, comparada con las otras leyes potencialmente aplicables. Si la elección no es válida, la ley aplicable será la del domicilio del consumidor (para consumidores pasivos) o la ley del lugar de celebración (para consumidores activos).

2. ¿Quién elabora el DIPr?

A) Aumento y expansión de los actores privados

El método de elaboración de normas de DIPr (y, más generalmente, de todas las normas jurídicas) ha cambiado profundamente, sobre todo a raíz de la significativa transformación de los autores de tales normas.⁹² En efecto, contrariamente a lo que pasaba hace algunas décadas, una parte sustancial de las normas de DIPr proviene hoy, ya sea directa o indirectamente de órganos internacionales de producción normativa. Así, más específicamente, por ejemplo, el poder legislativo de los Estados que forman parte del proceso de integración europeo ha sido reemplazado en una amplia medida (amplísima en el caso del DIPr) por el poder supranacional de una organización a la cual dichos Estados han cedido sus prerrogativas

90. Una opinión favorable a esta opción se encuentra en E. JAYME, *La vocation universelle du droit international privé -tendances actuelles*, discurso en ocasión de la inauguración del nuevo edificio de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, 23 de enero de 2007, consultado en www.vredespaleis.nl/shownews.asp?ac=view&nws_id=109.

91. Sobre el diferente tratamiento de estas categorías en el DIPr europeo, ver P. LAGARDE, "Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne", en *Etudes Jacques Ghestin*, París, LGDJ, 2001, p. 511 y ss., y A. SINAY-CYTERMANN, "La protection de la partie faible en droit international privé", en *Mélanges Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, p. 737 y ss.

92. J. BASEDOW (nota 20), pp. 823-833; D. OPERTTI BADÁN (nota 20), pp. 20-25.

voluntariamente. Y esta organización no dirige sus actividades y decisiones sobre la base de criterios puramente jurídicos sino más bien de acuerdo con su propia lógica, íntimamente ligada a la libertad de mercado.⁹³

Un aspecto aún más interesante de esta constatación es el creciente rol que los actores privados van asumiendo tanto en la elaboración de las normas de DIPr (en todos los niveles, nacional, internacional, supranacional y, obviamente, transnacional) y en la aplicación de las mismas (en lo que viene a ser una suerte de privatización de la resolución de las controversias internacionales). La doctrina del DIP se ha ocupado de esta cuestión y, aunque el espectro de opiniones es muy amplio y heterogéneo, la mayoría parece permanecer inclinada al señalamiento del papel central—aunque no único—de los Estados, sobre todo en el proceso de elaboración normativa.⁹⁴

Tal vez eso sea cierto para cuestiones “puramente” públicas, si tal cosa existe. Fuera de esa zona ideal, en cambio, tal postura solo mantiene algo de sentido si uno se sitúa en un plano más bien general y formalista. En el ámbito del derecho del comercio internacional *lato sensu* y del derecho de los negocios internacionales en particular, el rol desempeñado por los actores privados es totalmente obvio.⁹⁵ En el seno de los grupos de trabajo

93. E. JAYME (nota 11), pp. 24-25 (“L’état des personnes est traité, par les règles communautaires, comme une marchandise”); H.U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “The EU and a Metamorphosis of PIL”, en *Essays Peter North*, Oxford, OUP, 2002, p. 111 y ss.; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La Cour de justice des Communautés européennes et le non-droit international privé”, en *Festschrift Erik Jayme*, t. I, Munich, Sellier, 2004, p. 263 y ss.

94. Ver V. GOWLAND-DEBBAS, “Law-Making in a Globalized World”, en *Cursos Euro mediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, 2004/2005, p. 505 y ss.; W.M. REISMAN, “The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application”, en R. WOLFRUM / V. RÖBEN (dirs.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin et al, Springer, 2005, pp. 22-24; perover L. BOISSON DE CHAZOURNES, “Gouvernance et régulation au 21ème siècle: quelques propos iconoclastes”, en L. BOISSON DE CHAZOURNES / R. MEHDI (dirs.), *Une société internationale en mutation: quels acteurs pour une nouvelle gouvernance?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 24-29.

95. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “La multifacética privatización de la codificación del derecho comercial internacional”, en J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.), *¿Cómo se codifica hoy el derecho comercial internacional?*, Asunción, CEDEP, La Ley, Thomson Reuters, 2010, p. 51 y ss.; R. MICHAELS (nota 65), p. 536 y ss. Ver también E. LOQUIN / L. RAVILLON, “La volonté des opérateurs vecteur d’un droit mondialisé”, en E. LOQUIN

de la UNCITRAL, por ejemplo, no solo se da un activo rol de diferentes tipos de “observadores”; además de eso, una significativa proporción de los delegados de los Estados provienen también del sector privado. La actividad de los grupos privados de interés, bien conocidos en todo el mundo a nivel local,⁹⁶ ha adquirido una cada vez mayor relevancia en la codificación internacional en estos tiempos de globalización.

B) Elaboración de reglas “universales” por legisladores nacionales

En muchos casos, la actividad de las organizaciones internacionales y supranacionales constituye un canal a través del cual se exportan algunos modelos jurídicos nacionales. Cada vez que eso pasa, un legislador nacional se convierte en legislador mundial. Ante esa situación, cabe hacerse, al menos, dos preguntas: ¿existe realmente un “modelo común” de DIPr? ¿Deberían existir límites o condiciones para la exportación de modelos jurídicos? Por supuesto, un buen uso del Derecho Comparado tiene mucho que hacer respecto de las dos preguntas.⁹⁷

Así, el discurso dominante en materia de garantías mobiliarias a lo largo de las últimas cuatro décadas consiste en la insistencia acerca de la factibilidad y conveniencia de extender mundialmente un régimen jurídico nacional; concretamente, el de los Estados Unidos.⁹⁸ En consecuencia, las características esenciales de dicho modelo fueron reproducidas, punto por punto, por varias delegaciones (incluyendo, obviamente, la de los Estados Unidos) durante la elaboración de la Ley Modelo de la OEA y de la Guía Legislativa de la UNCITRAL. Como resultado, estos textos están amplia-

/ C. KESSEDJIAN (dirs.), *La mondialisation du droit*, Dijon, Litec, 2000, p. 91 y ss.

96. Ver J. LAPOUSTERLE, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, París, LGDJ, 2009.

97. H. XANTHAKI, “Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap”, en *ICLQ*, 2008, p. 659 y ss.

98. Ver R.C.C. CUMING, “The Internationalization of Secured Financing Law: The Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny”, en *Essays Roy Goode*, Oxford, OUP, 1997, p. 499 y ss.; R. GOODE, “Harmonised Modernisation of the Law Governing Secured Transactions: General-Sectorial, Global-Regional – An Overview”, en *Unif. L. Rev.*, 2003, p. 341 y ss.; A.M. GARRO, “Harmonization of Personal Property Security Law: National, Regional and Global Initiatives”, en *Unif. L. Rev.*, 2003, p. 357 y ss.

mente inspirados en las soluciones norteamericanas. Lo mismo se aplica a la Ley Modelo sobre la misma materia adoptada en 1993 por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo. Todos ellos, y particularmente las dos leyes modelo, son “normas de exportación” de cierto modelo jurídico. De hecho, en el proceso de redacción de estas leyes no hubo ningún intento para unificar o armonizar las diferentes soluciones en presencia sino más bien una deliberada decisión –de algunos Estados, apoyada por instituciones financieras internacionales– de difundir un modelo que ha funcionado exitosamente bajo particulares condiciones económicas y culturales. El resultado de este tipo de trasplante jurídico no es necesariamente malo –incluso podría llegar a ser francamente bueno– si bien algunas preguntas relativas a la neutralidad de las organizaciones internacionales de codificación permanecen sin respuesta.

3. ¿Cómo se elabora el DIPr?

A) “Residualización” del DIPr nacional

La progresión de la globalización fue provocando una extraordinaria relevancia de la codificación internacional del DIPr respecto de las reglas nacionales. Diversas operaciones jurídicas contribuyeron a eso. Algunas tienen un impacto general en los ordenamientos jurídicos, como son las reformas constitucionales estableciendo algún tipo de monismo. Otras consisten en el uso de herramientas de técnica jurídica para producir la primacía de textos internacionales específicos sobre las normas nacionales. Una de estas herramientas es la proliferación de convenciones internacionales de alcance o aplicación “universal”.⁹⁹ Al mismo tiempo, la configuración de un sistema de DIPr supranacional, como el DIPr que se está construyendo a paso de ganso en la UE, implica que el DIPr de los Estados miembros del ente supranacional se vaya volviendo residual, en particular si, como en la UE, la dimensión *ad extra* de la competencia

99. Ver, recientemente, la sentencia de la *Cour de cassation* francesa, 1ª Sala Civil, de 12 de noviembre de 2009, *Bitar Saddeki* (mostrando que la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los regímenes patrimoniales del matrimonio se aplica a muchos casos a pesar de estar en vigor solo en tres Estados).

legislativa de los órganos comunitarios no para de expandirse.¹⁰⁰ Algunos funcionarios gubernamentales, así como conocidos académicos parecen a menudo sorprendidos por las dificultades que los mecanismos nacionales tradicionales encuentran en sus intentos desesperados por sobrevivir en el contexto de un derecho supranacional tan expansivo.¹⁰¹ La misma UE reconoce que su competencia para legislar en materia de DIPr está sujeta a evolución¹⁰² y, ciertamente, a pesar de la fuerza de la “europeización” en este ámbito, el DIPr europeo todavía muestra agujeros en su camino hacia la total uniformidad.¹⁰³

En América Latina, la Convención interamericana de normas generales de DIPr de 1979¹⁰⁴ ha ayudado a generalizar una especie de “monismo de DIPr” incluso en Estados tradicionalmente reacios a la aplicación del derecho internacional. La simple noción de su art. 1, en función del cual las normas internacionales de DIPr deben prevalecer sobre las nacionales,¹⁰⁵ ha mostrado su gran utilidad incluso en el parti-

100. Ver, en particular, la Opinión 1/03 del TJCE, de 7 de febrero de 2006 (sobre la revisión de la Convención de Lugano sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución), y los Reglamentos 662/2009 y 664/2009 que establecen procedimientos para la negociación y la conclusión de acuerdos entre Estados miembros y terceros Estados en materia de DIPr.

101. T. C. HARTLEY, “The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws”, en *ICLQ*, 2005, p. 813 y ss.; A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, 2ª ed., Oxford, Clarendon, 2008, pp. 33-35.

102. Ver la *Declaration lodged by the European Community under the Cape Town Convention at the time of the deposit of its instrument of accession in respect thereof*, donde se lee: “The exercise of the competence which the Member States have transferred to the Community pursuant to the Treaty establishing the European Community is, by its nature, liable to continuous development”.

103. A. BORRÁS, “La falta de unificación del ámbito de aplicación del derecho internacional privado comunitario”, en *Homenaje a Victoria Abellán Honrubia*, t. II., Madrid, Bosch, 2009, p. 853 y ss. Para un ejemplo concreto ver G. GARRIGA, “Relationships between ‘Rome II’ and Other International Instruments. A Commentary on Article 28 of the Rome II Regulation”, en *YBPIL*, vol. IX, 2007, p. 143.

104. Ver T.B. DE MAEKELT, “General Rules of Private International Law in the Americas”, en *Recueil des Cours*, t. 177, 1982, p. 193 y ss.

105. Art. 1: “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte. En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”.

cular ámbito de aplicación del DIPr mercosureño. Así, en una interesante opinión consultiva adoptada por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR¹⁰⁶ respecto de la aplicación del Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción en material contractual, el argumento jurídico conclusivo para decidir que la elección del foro hecha por las partes (de acuerdo con el art. 5 del citado Protocolo) debía respetarse, estuvo basado en la regla mencionada de la Convención interamericana de normas generales que establece la primacía de las normas internacionales.¹⁰⁷ De este modo, la aplicabilidad de las normas de DIPr del MERCOSUR es asegurada por una simple norma interamericana sin tomar en cuenta las dificultades de las autoridades mercosureñas para terminar de decidir el carácter (supranacional o intergubernamental) del ordenamiento jurídico de dicho bloque de integración.

B) Softlaw y reglas abiertas

Otros datos importantes sobre cómo el DIPr se elabora actualmente se relacionan con la proliferación de normas de *softlaw* y de reglas que bien pueden caracterizarse como de textura abierta. Entre esos datos, cabe mencionar los siguientes:

- Un DIPr “blando” (basado en leyes modelo, guías legislativas, principios, etc.) que es el resultado de la decisión deliberada de los centros de codificación internacional de procurar una amplia armonización internacional del DIPr del modo más aceptable posible.

- Un DIPr *à la carte* (basado en la autonomía de la voluntad y en la proliferación de cláusulas *opting in* y *opting out*), configurado en dos niveles: uno “individual” –relativo a las relaciones privadas internacionales específicas– y otro “general” –cuyas expresiones más notables son la formación de un orden jurídico transnacional con sus propias reglas

106. Aunque este tribunal fue modelado en referencia al órgano de apelación de la OMC, tiene también el poder de adoptar “opiniones consultivas” a requerimiento de las más altas instancias judiciales de los Estados del MERCOSUR, relativas a la interpretación del derecho mercosureño. Sorprendentemente, esas opiniones no son vinculantes.

107. D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Forum Selection Clauses within the Mercosouthern Law: the Hard Implementation of an Accepted Rule”, en *Unif. L. Rev.*, 2008, p. 873 y ss.

y metodología, por un lado,¹⁰⁸ y sus propios mecanismos de resolución de litigios, por el otro.¹⁰⁹

- Un DIPr judicial (basado en reglas de textura abierta, comparación de resultados, cláusulas de excepción, etc.), que implica una reacción contra los resultados indeseables de la rigidez de la metodología clásica.

IV. LA BÚSQUEDA DE UN PARADIGMA COMPARATIVO CONTEMPORÁNEO PARA EL DIPr ACTUAL

Hay un modo tradicional de tratar las relaciones entre el DIPr y el Derecho Comparado que consiste básicamente en explicar la utilidad del Derecho Comparado para el DIPr, siendo este concebido en base nacional y ocupándose sobre todo de los aspectos relativos a la determinación del derecho aplicable. Este es el tipo de discurso que puede encontrarse más fácilmente en los trabajos académicos, los cuales suelen referirse, con unas u otras palabras, a la “contribución” del Derecho Comparado al DIPr. Esta visión tradicional continúa siendo útil y necesaria en varios sentidos; por supuesto, la misma es mucho más recomendable que el “juego parroquial” denunciado con insistencia por Friedrich K. Juenger.¹¹⁰ El problema es que

108. Ver D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “El derecho internacional privado en el inicio del siglo XXI”, en *Estudosemhomenagem a Erik Jayme*, Río de Janeiro, Renovar, 2005, pp. 115-117. Una aplicación reciente puede encontrarse en R. MICHAELS, “Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien. Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrecht”, en *RabelsZ*, 2009, p. 866 y ss. El nivel “general” de este movimiento es tan punzante que, según algunas opiniones (y algo paradójicamente por cierto), habría incluso un proceso de “constitucionalización” del derecho transnacional. Ver M. RENNER, “Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?”, en *JIA*, 2009, p. 533 y ss. Pero vertambién S. SYMEONIDES, “Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law: The *Lex Mercatoria* that isn’t”, en *Essays Konstantinos D. Kerameus*, Athens, Sakkoulas, 2009, p. 1397 y ss.

109. E. GAILLARD (nota 70), pp. 42-75; G. KAUFMANN-KOHLER, “La codificación y la normatividad del *softlaw* en el arbitraje internacional”, en J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.) (nota 95), p. 107 y ss.

110. F.K. JUENGER, “The Need for a Comparative Approach to Choice-of-Law Problems”, en *Tul. L. Rev.*, vol. 73, 1999, pp. 1326-1327; M. REIMANN, “Parochialism in American Conflicts of Laws”, en *AJCL*, 2001, p. 369 y ss. Vertambién E. JAYME

tal visión tradicional no es ni completa ni adecuada a este tiempo. En consecuencia, resulta necesario ir hacia una concepción del uso del método comparativo que esté más en sintonía con la realidad actual del DIPr.

Para ocuparse de este “nuevo” DIPr que describimos más arriba, la enseñanza del Derecho Comparado puede adoptar diferentes actitudes, relacionadas con la obvia diferencia sugerida por René David unos treinta años atrás, la cual confronta enseñanza y Derecho Comparado con enseñanza *del* Derecho Comparado.¹¹¹ En el ámbito del DIPr, la última ha prevalecido clarísimamente. En efecto, desde el origen mismo del DIPr clásico, los autores interesados en el Derecho Comparado aprendían y escribían prestando atención a lo que sucedía más allá de las fronteras de sus propios países. Dicha actitud sirvió –y todavía sirve– para brindar una mejor comprensión del DIPr en general, así como para, al menos indirectamente, mejorar en general los respectivos sistemas de DIPr y su capacidad para alcanzar mejores soluciones para los casos concretos. No obstante, la mayoría de los autores que hoy mantienen esa “sensibilidad comparativa” siguen particularmente centrados en sus propios sistemas de DIPr. De hecho, la mayoría de los manuales más destacados de DIPr a nivel mundial siguen siendo auténticos productos nacionales que prestan atención casi exclusivamente (o sin el casi) a la doctrina y a la jurisprudencia nacionales. La enseñanza del DIPr de la UE por los profesores europeos no significa un cambio en tal actitud, en la medida en que el DIPr de la UE es, ni más ni menos, la parte más importante del DIPr de cada uno de los Estados miembros. La propuesta de este artículo es totalmente diferente y tiene que ver con la segunda opción de René David: debe propugnarse una generalización de la enseñanza del DIPr comparado, lo que exige previamente un modo “no nacional” de pensar el DIPr. Obviamente, no se trata de una idea nueva. Ernst Rabel,

(nota 62), p. 128; A.T. VON MEHREN, “The Contribution of Comparative Law to the Theory and Practice of Private International Law”, en *AJCL*, 1977-1978, pp. 38-39; cf. Y. LOUSSOUARN, “La méthode comparative en droit international privé”, en *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Budapest, Kiadó, 1981, p. 129 (“toute solution satisfaisante procède d’un esprit d’ouverture vers les autres pays intéressés”).

111. R. DAVID, “Enseignement et droit comparé”, en *id.*, *Le droit comparé: droit d’hier, droits de demain*, París, Economica, 1982, p. 62 y ss. Vertambién H.P. GLENN, “Teaching Comparative Law and Teaching Law Comparatively”, en *Mélanges Maksymiliana Pazdana*, Krakow, Kantor Aakamycze, 2005, p. 951 y ss.

brillante innovador de los estudios comparativos¹¹² y consagrado autor de DIPr, no solo concibió la idea sino que la implementó hace más de medio siglo.¹¹³ Después de él, otros comparatistas del DIPr han navegado por las mismas aguas.¹¹⁴ Lo que es diferente ahora no es la idea sino el objeto al cual la misma debe ser aplicada: el DIPr.

1. DIPr y Derecho Comparado (visión tradicional)

La visión tradicional consiste en tomar el Derecho Comparado como un asistente del DIPr y, en un sentido general, del propio DIPr nacional. La mayoría de los cursos universitarios y de los autores de DIPr siguen particularmente preocupados por el DIPr local, manteniendo viva la vieja idea (presente en muchos libros clásicos de DIPr) según la cual el DIPr es internacional por las relaciones de las que se ocupa pero “nacional” por sus fuentes. En la UE, la fuerza de la llamada comunitarización del DIPr obliga a los profesores de la materia a comprender la relatividad de sus propios sistemas nacionales. En realidad, como antes mencioné, el DIPr estatal está adquiriendo a marchas forzadas un carácter residual en el marco de la UE. Y desgraciadamente muchos autores, incluyendo algunos de los que tienen una mentalidad más abierta, han reemplazado su viejo nacionalismo por un más amplio y realista –pero no necesariamente mejor– eurocentrismo.¹¹⁵

112. Ver E. RABEL, “Das Problem der Qualifikation”, en *RabelsZ*, 1931, p. 241 y ss. Ver también K. ZWEIGERT, “Die dritte Schule im internationalen Privatrecht”, en *Festschrift für Leo Raape*, Hamburg, Ipsen, 1948, p. 35 y ss.

113. E. RABEL, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, Ann Arbor, University of Michigan, 1958-1964.

114. H. BATIFFOL, “Les rapports du droit comparé au droit international privé”, en *RIDC*, 1970, p. 661 y ss.; K. LIPSTEIN (dir.), *Private International Law* (vol. III), en U. DROBNIG (dir.), *Int. Enc. Comp. L.*, 1971 et seq.; T.B. DE MAEKELT, “Reflexiones sobre derecho comparado”, en *Libro homenaje Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Sucre, 1975, p. 217 y ss.; A.T. VON MEHREN (nota 110) p. 31 y ss.; S. SYMEONIDES (dir.), *Private international law at the end of the 20th century: progress or regress?*, The Hague et al, Kluwer Law International, 2000.

115. No se trata solo de una cuestión académica sino sobre todo de una cuestión institucional de funcionarios europeos (ver E. JAYME / C. KOHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee?”, en *IPRax*, 2006, pp. 537-539). Ver, sin embargo, sobre los “old (bad) habits and new (silly) treats”

De acuerdo al enfoque comparativo clásico del DIPr, el uso del método comparativo se concentra especialmente en la enseñanza, la elaboración y la aplicación del DIPr.¹¹⁶Varios ejemplos pueden mencionarse sobre cada una de esas actividades.

A) Comparación de sistemas de DIPr

La comparación realizada por los autores del DIPr se ha referido en muchos casos a cuestiones más bien generales.

- En el sector del derecho aplicable: el “conflicto de leyes” es el campo de juego más tradicional de los estudios comparativos. En los años que siguieron a la llamada revolución conflictual norteamericana muchos especialistas europeos se vieron atraídos por la comparación entre las “nuevas” soluciones y las que se habían ido gestando en Europa, interesándose por temas tales como las opciones entre normas rígidas y flexibles, reglas o enfoques, etc.¹¹⁷Aquellos esfuerzos comparativos parecen viejoshoy.¹¹⁸ Sin embargo, la comparación entre los resultados del uso de la metodología sustancial o conflictual respecto de una materia concreta (microcomparación) sigue ocupando un lugar relevante en las discusiones relativas a la determinación del derecho aplicable.

- En el sector de la competencia judicial internacional: respecto de este tema existe una comparación primaria con diversas variaciones. Se trata de la confrontación entre las bases de jurisdicción rígidas (imperativas) y flexibles; en otras palabras, de los enfoques “romano-germánico” y de *commonlaw* de la jurisdicción.¹¹⁹

del Derecho Comparado, B. MARKESINIS (*in cooperation with* FEDTKE, J.), *Engaging with Foreign Law*, Oxford, Hart, 2009, p. 45 y ss.

116. M. REIMANN, “Comparative Law and Private International Law”, en M. REIMANN / R. ZIMMERMANN (dirs.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 1363 y ss., habla, respectivamente, de Derecho Comparado como método de estudio, como base y como herramienta.

117. Ver, entre muchos otros, E. VITTA *et al.*, *AJCL*, 1982, p. 1 y ss., y B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la ‘crise’ des conflits de lois)”, en *Recueil des Cours*, t. 186, 1984-III, p. 219 y ss.

118. Ver, en un sentido más amplio, R. MICHAELS, “After de Revolution – Decline and Return of U.S. Conflict of Laws”, en *YBPIL*, vol. XI, 2009, p. 10 y ss.

119. Ver *infra* notas 141-143.

B) *Elaboración de normas de DIPr*

El método comparativo es inevitable en los ensayos relativos a la elaboración del derecho. Lo mismo puede decirse de la elaboración jurídica considerada en sí misma. Cualquiera sea el nivel de cada trabajo legislativo concreto (nacional, internacional o supranacional) el Derecho Comparado siempre jugará un papel esencial. Incluso aunque los legisladores puedan no darse cuenta. Además, en la codificación internacional, la utilización del Derecho Comparado también permite la creación de soluciones estándares y de cuerpos completos de reglamentación, tanto de *hardlaw* como de *softlaw*. Convenciones, leyes modelo, guías legislativas, principios, etc., incluyendo los textos menos exitosos, se convierten con frecuencia en el *status questionis* de la materia respectiva o, al menos, es así como son generalmente considerados.

Un ejemplo contundente de ello, en el marco del arbitraje, es la combinación de la Convención de Nueva York de 1958, la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985/2006 y el Reglamento de la UNCITRAL de 1976/2010. Los tres textos han sido básicamente elaborados bajo premisas comparativas y, habiendo alcanzado el rango de estándares, ninguna regla de arbitraje es adoptada en el mundo sin prestarles atención. Los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales parecen estar alcanzando un nivel similar.¹²⁰

C) *Interpretación y aplicación del DIPr*

La lista de ejemplos de posible uso del método comparativo en la resolución de relaciones privadas internacionales reales es larguísima. Para mencionar solo algunos de los más evidentes, puede hacerse referencia a: *a)* en general, la aplicación de la excepción de orden público para rechazar la aplicación del derecho extranjero o el reconocimiento de una decisión foránea; y *b)* en particular, la aplicación de algunas normas indirectas de derecho aplicable orientadas materialmente (no neutrales),¹²¹ como las

120. R. MICHAELS (nota 108), pp. 885-887.

121. Ver F.K. JUENGER (nota 2), p. 210 (“Puede sostenerse que las normas de referencia alternativa, que favorecen abiertamente un resultado sustantivo predeterminado, se ajustan mejor al espíritu de la cooperación internacional”).

contenidas en los artículos 6 y 7 de la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias.¹²²

2. El DIPr frente a la globalización y la integración regional (visión contemporánea)

A) Necesidad de un enfoque complementario

Como antes mencionara, el uso tradicional del método comparativo continuará siendo útil para enseñar, elaborar y aplicar el DIPr. La utilidad, sin embargo, no es suficiente. Es a todas luces necesario tomar en cuenta que los fenómenos actuales están demandando un enfoque complementario para el Derecho Comparado,¹²³ algo que los comparatistas más destacados han señalado ya.¹²⁴ Las principales consideraciones que necesitamos tener en mente en esta empresa son, de entrada, la transferencia de la competencia legislativa desde los Estados hacia las organizaciones internacionales y supranacionales y, seguidamente, la transferencia de una parte muy considerable de la reglamentación jurídica y de la resolución de controversias desde el ámbito público hacia actores privados. Deberíamos estar atentos a la evolución de estas tendencias para poder contribuir a una mejor comprensión del DIPr y para mejorar la calidad de la resolución de los litigios privados internacionales.

122. Art. 6: “Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultare más favorable al interés del acreedor:

- a. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b. El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor”.

123. En concreto, no se trataría de propugnar un cambio –menos aún una revolución– del enfoque tradicional sino simplemente de una más amplia y dinámica implementación del mismo. Después de todo, según un gran comparatista, las tradiciones ya no son lo que eran. Ver H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World – Sustainable Diversity in Law*, 3ª ed., Oxford, OUP, 2007, p. 22 y ss. (refiriéndose a “the changing presence of the past”).

124. G. A. BERMANN, “Le droit comparé et le droit international: alliés ou ennemis?”, en *RIDC*, 2003, pp. 527-529; M. REIMANN (nota 116) p. 1388 y ss.

La integración económica y la codificación internacional del derecho ejercen un impacto muy fuerte en los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto es obviamente cierto en el marco supranacional de la UE, evidenciado por el bien conocido fenómeno de europeización del derecho y sus efectos colaterales como la incorporación de la UE a la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.¹²⁵ Sorprendentemente o no, es diferente pero no menos cierto lo que está sucediendo en otras esquinas del mundo, a pesar de la ausencia de una auténtica estructura supranacional. Así, más de quince años de vigencia del TLCAN han provocado una llamativa norteamericanización (en referencia a los Estados Unidos) del derecho mexicano.¹²⁶ No darse cuenta de esta evolución y no tomarla seriamente en toda su dimensión impide la comprensión de los ordenamientos jurídicos implicados y, en consecuencia, su correcta consideración, tanto en lo que se refiere a los procesos de elaboración normativa como a la resolución de los casos de la realidad.

Una vez más un ejemplo puede ilustrar estas afirmaciones: uno de los temas del Congreso cuatrienal de la Academia Internacional de Derecho Comparado que se celebró en Washington, DC, en julio de 2010, era el de la protección de los consumidores en las relaciones privadas internacionales, es decir, el DIPr de las relaciones de consumo. La metodología de estos congresos consiste en la designación de una persona por cada tópico, la cual debe redactar un informe general sobre la base de los informes preparados por relatores nacionales. Es evidente que los relatores nacionales de Estados miembros de la UE no tenían mucha materia “nacional” para comunicar al relator general sobre el tema, desde que tanto el derecho sustantivo como el DIPr en materia de protección de los consumidores son básicamente europeos. Si se mira a América, se constata fácilmente que los países la-

125. A. SCHULZ, “The Accession of the European Community to The Hague Conference on Private International Law”, en *ICLQ*, 2007, p. 939 y ss.

126. Ver la temprana contribución de S. ZAMORA, “The Americanization of Mexican Law: Non-Trade Issues in the North American Free Trade Agreement”, en *Law and Policy in International Business*, vol. 24, 1993, p. 391 y ss. Vertambién H.P. GLENN, “Conciliation of Laws in the NAFTA Countries”, en *Louisiana L. Rev.*, vol. 60, 2000, p. 1103 y ss. Por cierto, es interesante que G.A. BERMANN (nota 124) diga que el TLCAN (NAFTA) no contempla los intereses de los Estados partes de un modo equilibrado porque fue concebido sobre fundamentos de derecho internacional sin añadirle una perspectiva de Derecho Comparado (p. 527).

tinoamericanos carecen de normas especiales de DIPr sobre la materia y de mecanismos particulares relativos a la protección internacional de los consumidores. Sin embargo, la CIDIP está trabajando actualmente sobre este tema y tiene varios proyectos sobre la mesa. En el nivel “universal” la Conferencia de La Haya, y en el regional el MERCOSUR también han trabajado en el DIPr de las relaciones de consumo. Resulta claro, entonces, que cualquier relator general que haya querido brindar un panorama realista y conducir un trabajo comparativo solvente, necesitaba una combinación de informes nacionales, internacionales y supranacionales, asumiendo que muchos relatores nacionales no tenían muchas cosas originales para contar.¹²⁷

Incluso si uno quisiera mantenerse anclado en el enfoque clásico, un análisis innovador suele ser reclamado cuando se tratan conceptos tradicionales de DIPr. Por ejemplo, en la UE, siempre que la excepción de orden público es aplicada, se está hablando de un “doble” orden público, el del Estado miembro y el de la UE;¹²⁸ el último incluye, llegado el caso, los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular la Convención europea de 1950 (que es extra o supra UE).¹²⁹

*B) Optimizar la cooperación internacional
como finalidad esencial del Derecho Comparado*

Además de todo lo dicho hasta ahora, el enfoque clásico era suficiente desde una perspectiva puramente académica del DIPr. Ahora bien, el crecimiento exponencial de los casos de DIPr (asuntos comerciales, económicos, sociales y culturales que hacen que el DIPr se haya vuelto “real”) y los cambios fundamentales que antes se indicaron, no pueden dejar de tener un impacto en el uso del método comparativo en el ámbito del DIPr. Un modo de mostrar la evidencia de tal impacto sería aceptar que la finalidad princi-

127. Para juzgar el resultado puede verse D.P. FERNÁNDEZ ARROYO (dir.) (nota 18).

128. Ver TJCE, C-126/97, 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*, sobre todo párrafos 39 y 41. Ver J. BASEDOW, “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, en *Mélanges Paul Lagarde*, París, Dalloz, 2005, p. 55 y ss. De hecho, el orden público de la UE parece ir desplazando al de los Estados miembros. Ver la preocupación al respecto de T. STRUYCKEN, “L’ordre public de la Communauté européenne”, en *Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, p. 624 y ss.

129. Recordada recientemente por el TJCE en *Gambazzi* (*supra* nota 50), párrafo 28. Ver además el nuevo art. 6 del Tratado de la UE, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

pal del Derecho Comparado en el DIPr debería ser mejorar la cooperación internacional en el sentido más amplio de la expresión, en lugar de otras como la tan invocada búsqueda de soluciones universalmente uniformes. Hace algunos años un conocido comparatista se preguntaba si el Derecho Comparado y el derecho internacional eran “aliados” o “enemigos”.¹³⁰ La respuesta era obvia: solo puede hablarse de “enemigos” si se participa de la idea de que el único objetivo relevante del Derecho Comparado es alcanzar la unificación del derecho.¹³¹ La consecuencia de esta idea en nuestro ámbito sería que la unificación del derecho material significaría el fin de la razón de ser del DIPr. Hay que decirlo sin ambages: ambas premisas son falsas.

En primer lugar, la unificación no solo no puede ser el único objetivo del Derecho Comparado sino que ella misma es siempre limitada. En segundo lugar, solo una concepción del DIPr absolutamente fuera de época puede llevar a pensar que la unificación del derecho material llegaría a eliminar la *raison d'être* del DIPr. Por el contrario, es evidente que: *a*) el DIPr no está, desde hace mucho, confinado dentro de los estrechos límites del “conflicto de leyes”; y *b*) la determinación del derecho aplicable a una concreta relación jurídica puede ser hecha de varias formas, diferentes a la de las clásicas normas de conflicto. Desde esta perspectiva el derecho sustantivo uniforme y el derecho armonizado son también parte del DIPr en la medida en que ellos expresan modos específicos de reglamentar las relaciones privadas internacionales. En tercer lugar, incluso si se quisiera mantener una actitud fiel a un DIPr que ya no existe más, es claro que ha habido un progreso significativo en la unificación o armonización material de ciertas áreas del derecho, a pesar de que hasta el feliz advenimiento de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales tales avances habían llegado muy poco más allá de algunos aspectos muy concretos de algunas materias específicas, como la responsabilidad en materia de transporte o algunos contratos comerciales. Incluso en el contexto de estas materias más de una vez sigue siendo necesario recurrir a algunas normas y principios del DIPr clásico. Por ejemplo, en relación con los contratos comerciales internacionales, encontramos, la exitosa combinación entre la

130. G.A. BERMAN (nota 124), p. 519 y ss. (y la respuesta de de B. FAUVERQUE-COSSON, *RIDC*, 2003, p. 530 y ss.; ver también *supra* (nota 1)).

131. G.A. BERMAN (nota precedente), p. 529 (“l’harmonisation du droit n’est que l’un parmi la myriade de buts du droit comparé”).

Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y los Principios UNIDROIT en lo que se refiere al derecho aplicable, y una vasta armonización inspirada en los trabajos de la UNCITRAL en todo lo referido a la resolución de los litigios contractuales a través del arbitraje. Sin embargo, queda un considerable espacio para la aplicación de normas indirectas de derecho, mientras que la imperiosa necesidad de normas de competencia judicial permanece firme.¹³²Incluso en el restringido ámbito de la UE, donde el derecho ha conseguido un alto grado de unificación y las instituciones supranacionales (incluido el Tribunal de Justicia europeo) son reacias a las diferencias, la diversidad sigue siendo importante y el método comparativo es todavía de gran necesidad.

Si se asume que unificación no es ni puede ser el objetivo principal del Derecho Comparado en el campo del DIPr, la atención debe dirigirse entonces hacia la optimización de la cooperación internacional. La cooperación, en efecto, además de ser un sector autónomo del DIPr con sus propias reglas y principios,¹³³ influencia todo el funcionamiento práctico del DIPr, desde la determinación de la competencia judicial internacional, pasando por la colaboración para la determinación del derecho aplicable. Por otro lado, la cooperación jurídica internacional ya no está basada en nociones tradicionales de cortesía internacional –según la cual los Estados ayudarían generosamente a sus pares de manera más o menos espontánea– y reciprocidad. Hoy en día, la internacionalización de la vida moderna lleva implícita un deber de cooperar, tanto sobre la base de acuerdos internacionales como unilateralmente, a fin de implementar mecanismos para proteger los intereses de las personas. Este deber surge del hecho de que el DIPr está ahora basado en el respeto y desarrollo de los derechos humanos

132. Hasta uno de los más conspicuos abogados de la unificación sustantiva reconocía los límites de la unificación jurídica internacional. Ver F.K. JUENGER (nota 2), pp. 210-211.

133. Sector en el cual el DIPr clásico, es decir, las normas de conflicto clásicas, son claramente insuficientes para resolver los problemas reales. Ver H. KRONKE, “Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: ‘Rules’ at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws”, en *Festschrift Erik Jayme*, t. I., Munich, Sellier, 2004, p. 760 (distinguiendo cooperación de simple coordinación). Vertambién H. VAN LOON, “Unification of Private International Law in a Multi-forum Context”, en E.-M. KIENINGER (dir.), *Denationalisierung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 33 y ss.

y, señaladamente, en el derecho de un acceso efectivo a la justicia. Así, lo que antes era una cuestión de cortesía, una mera opción de los Estados, se convierte en un mandato imperativo. Muchísimos datos confirman esto. Por ejemplo, la tendencia a facilitar el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales extranjeras, reduciendo el alcance de los requisitos materiales y formales, pero reforzando la protección de los derechos fundamentales en el proceso.¹³⁴

V. ENSEÑAR Y APRENDER EL DIPr SOBRE UNA BASE COMPARATIVA

1. ¿Por qué se debe enseñar el DIPr “comparativamente”?

Cuatro razones principales justifican la necesidad de enseñar el DIPr sobre una base comparativa: *a)* la vida de las personas, tanto físicas como jurídicas ya no está relacionada con un único ordenamiento jurídico (incluso aunque esas personas no se desplacen jamás de su domicilio); *b)* los ordenamientos jurídicos se han vuelto plurales; es decir, tienen todas varias dimensiones (y la doméstica no es siempre la más importante); *c)* el derecho está cambiando (especialmente por los procesos de internacionalización y supranacionalización); *d)* hoy en día el acceso al conocimiento del derecho extranjero ha dejado de ser una cuestión de difícil solución.

Por todo esto, hoy más que nunca, ninguna investigación o legislación que desee ser rigurosa puede ignorar lo que está pasando al otro lado de las fronteras del particular Estado en la que la misma se desarrolla. Esto es ya ampliamente admitido y practicado. No obstante ello, parece que sigue habiendo dificultades para internalizar que la misma toma de conciencia tiene que ser aplicada al procedimiento de enseñanza y aprendizaje. Si la necesidad del Derecho Comparado es tan acuciante, la enseñanza del derecho no debería permanecer anclada exclusivamente en el puerto del

134. En un contexto como este, el mantenimiento de sistemas de reconocimiento basados en rígidas exigencias formales (como, por ejemplo, el principio del “espejo” para evaluar la competencia del juez de origen) resulta inaceptable. Ver D.P.FERNÁNDEZ ARROYO / J.P. SCHMIDT, “Das Spiegelbildprinzip un der internationale Gerichtsstand des Erfüllungsortes”, en *IPRax*, 2009-6, p. 499 y ss.

singular ordenamiento jurídico del enseñante. De otro modo, los profesores estarían engañando a sus estudiantes al transmitirles unos conocimientos en gran parte obsoletos que no encajan en los verdaderos problemas actuales. En un mundo tan interconectado, enseñar el derecho sobre una base comparativa tendría que ser la regla general.¹³⁵Y, en lo que se refiere específicamente al DIPr, dicha regla no debería admitir muchas excepciones. En otras palabras: ahora, derecho es Derecho Comparado y, por lo tanto, DIPr debe ser DIPr comparado.

A) Aumento del número de personas conectadas con múltiples sistemas jurídicos

“Multilocalización”, “multiconexión”, velocidad y movilidad son características de la era en que vivimos. Esto es verdad tanto para los Estados como para las empresas, así como para gente rica y gente pobre. Las migraciones siempre existieron, pero ahora, además del movimiento masivo de personas a través de las fronteras y de un continente a otro, puede verse cómo la globalización llega hasta casi cada rincón del planeta. Para ofrecer solo una pequeña selección de ejemplos: pequeños productores agrícolas venden sus productos primarios a compañías extranjeras; individuos compran productos extranjeros por Internet; empresas que siempre habían sido “locales” son adquiridas por multinacionales que internacionalizan la organización y deslocalizan trabajadores y ejecutivos; miles de niños de países subdesarrollados son adoptados por personas de países desarrollados; la movilidad extrema de las personas favorece la ruptura de las familias, situaciones a veces seguidas de la sustracción de los menores; y así podríamos seguir. En tal contexto, mantener una visión doméstica de la enseñanza del DIPr ha dejado de ser funcional. Conocer solo lo que dice “nuestro” DIPr y lo que probablemente harán “nuestros” jueces, difícilmente nos ayudará a solucionar los casos reales de una forma adecuada.

B) Pluralidad de ordenamientos jurídicos

En muchos Estados coexisten varios subsistemas. Hay Estados federales, diferentes dimensiones de reglamentación y un redescubrimiento

135. B. FAUVERQUE-COSSON (nota 130), p. 536.

del derecho basado en criterios étnicos o culturales. Las particularidades de los Estados federales han desafiado los estudios comparativos de DIPr en dos niveles: *ad intra* (conflictos internos / unificación jurídica nacional) y *ad extra* (conflictos internacionales / unificación jurídica internacional). Desde una cierta perspectiva, las viejas cuestiones típicas de los sistemas de DIPr como el canadiense o el estadounidense, se vuelven a presentar ahora, *mutatis mutandis*, con el surgimiento del DIPr de la UE. Este fenómeno acentúa aún más el clásico problema de la coexistencia –en un mismo ordenamiento jurídico– de normas de DIPr nacionales e internacionales. Todos sabemos que para aprehender un sistema “específico” de DIPr es preciso conocer las convenciones internacionales que están en vigor en dicho sistema y cómo ellas se aplican. Por ejemplo, alguien que quiera conocer el sistema francés de DIPr necesita tener conocimiento del enorme número de textos internacionales en vigor en Francia. Actualmente, además, esta exigencia se extiende al DIPr de la UE, que crece sin pausa (pero con prisa) y que goza de una posición preeminente en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE. La importancia creciente del DIPr *soft* y del DIPr no nacional, basada en su progresiva recepción en los ordenamientos jurídicos *hard* (tanto nacionales como internacionales y supranacionales)¹³⁶ completa la complejidad de los sistemas de DIPr.¹³⁷

136. Desde otra perspectiva, la significación puede ser facilitada por el no reconocimiento del *softlaw*. Ver P. DEUMIER, “La réception du droit souple par l’ordre juridique”, en *Le droit souple*, París, Dalloz, 2009, pp. 135-139. Incluso en una materia hiperregulada como el derecho de consumo hay algunos intentando encontrar normas “transnacionales”. Ver G.-P. CALLIESS, *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 375-485, y la crítica de N. REICH, “Transnational Consumer Law: Reality of Fiction?”, en *Penn State International L. Rev.*, vol. 27, 2009, p. 859 y ss.

137. Acerca de la complejidad de los sistemas de DIPr, ver D. P. FERNÁNDEZ ARROYO (nota 84), pp. 49-61; R. MICHAELS, “The Re-state-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism”, en *Wayne L. Rev.*, vol. 51, 2005, p. 1209 y ss.; H. GAUDEMET-TALLON, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel)”, en *Recueil des Cours*, t. 312, 2005, p. 9 y ss. (para la autora existe un doble pluralismo: uno de fuentes y otro de fines); Ch. PAMBOUKIS, “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, en *Recueil des Cours*, t. 330, 2007, p. 157 y ss. y 325 y ss.; E. HERNÁNDEZ-BRETÓN, *Mestizaje cultural en el derecho internacional privado de los países de la América Latina*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2007.

Los sistemas interpersonales de DIPr también tienen una larga historia. Sin embargo, la reelaboración de órdenes jurídicos consolidados sobre la base de premisas étnicas puede hacer surgir nuevos perfiles a este asunto. Por ejemplo, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a vivir de acuerdo con sus tradiciones y establecer sus propias instituciones –incluido su propio sistema de administración de justicia– es uno de los puntos clave de la Constitución boliviana de 2009 la cual, dependiendo de cómo se realice su implementación, podría abrir un rico panorama de casos jurídicos mixtos, tanto en lo doméstico como en lo internacional.¹³⁸

C) *Facilidad en el acceso al derecho extranjero*

Los argumentos mencionados más arriba son sobre todo de naturaleza sustancial. Sin embargo, hay también una razón práctica para saltar del DIP puramente local al DIPr comparado: la información acerca del DIPr es ahora más accesible que nunca. Los materiales jurídicos, antiguamente solo accesibles para ciertos privilegiados o iluminados, están ahora al alcance de cualquiera. Trascendentes sentencias en materia de DIPr, sean del Tribunal Supremo venezolano, del Tribunal de Justicia de la UE o de una Corte federal de apelaciones de los Estados Unidos, son puestas en la red inmediatamente después de haberse adoptado y en consecuencia pueden conocerse, casi en tiempo real, desde cualquier lugar del mundo en el que haya una computadora conectada a internet. Coincidentemente, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya se ha puesto a explorar la factibilidad de establecer mecanismos para desarrollar un nuevo instrumento global para facilitar el acceso al contenido del derecho extranjero.¹³⁹ La idea subyacente es expresada en los siguientes términos: “La necesidad de información sobre derecho extranjero está llamada a expandirse en los años y décadas que vienen. Cada vez más, las situaciones jurídicas estarán conectadas con más de un sistema jurídico, y las partes y sus consejeros necesitarán, *ex ante* o *ex post*, determinar el derecho aplicable a sus relaciones

138. Ver, en particular, arts. 30 (derecho a ejercer sus propios sistemas políticos, jurídicos y económicos, de acuerdo a su propia cosmovisión) y 190 y ss. (establecimiento de una “jurisdicción indígena originaria campesina”). Consultado en www.vicepresidencia.gob.bo, 139. Ver *supra* nota 74.

y transacciones”.¹⁴⁰Obviamente, las facilidades tecnológicas actuales son muy diferentes a las que estaban disponibles cuando los instrumentos multilaterales sobre la materia (en particular, las Convenciones de Londres y de Montevideo) fueron adoptados. Esto justifica el interés de la Oficina Permanente. No obstante, el Consejo (es decir, los Estados miembros) no han mostrado un excesivo entusiasmo. En cualquier caso, el temor o la pereza de los Estados y de las organizaciones internacionales para aprovechar la oportunidad de actualizar sus mecanismos para acceder al derecho extranjero no deberían impedir la utilidad académica de las modernas tecnologías. Cualquiera sea la motivación de los Estados para evitar la adopción de instrumentos solventes y adecuados a nuestra era, esas razones no tendrían por qué incidir sobre las decisiones de los especialistas relativas al contenido de sus escritos y cursos.

2. ¿Cómo se debería enseñar el DIPr comparado?

Los elementos antes destacados muestran los parámetros generales a ser tenidos en cuenta a la hora de diseñar e impartir un curso de DIPr. En los próximos párrafos intentaré dar algunas indicaciones que, en mi opinión, tendrían que ser consideradas a fin de definir el propio contenido de dicho curso. Vale la pena subrayar que mi propuesta no solo trata de cursos especiales de posgrado, sino con la enseñanza del DIPr en general, en cualquier nivel de estudios. Los cursos generales sobre Derecho Comparado (o sobre sistemas jurídicos) podrían seguir teniendo cierta utilidad. Sin embargo, lo que realmente se necesita es incorporar una mentalidad jurídica comparativa en cada disciplina jurídica y, en concreto, en el área del DIPr.

A) Permanencia de la utilidad de la división derecho romano-germánico / commonlaw

A pesar del aumento de intercambios entre los sistemas jurídicos tributarios del derecho romano-germánico y los pertenecientes a la “familia” del *commonlaw*, la división sigue constituyendo un campo fértil para la

140. Conferencia de La Haya, Prel. Doc. No 11^a of March 2009, paragraph 5.

comparación en diversas áreas importantes, tales como el derecho procesal,¹⁴¹ la competencia judicial internacional, la educación jurídica y la organización y el ejercicio de las profesiones jurídicas. De hecho, la experiencia muestra que las cuestiones procesales comparadas se sitúan entre las más atractivas en los cursos de DIPr. Siempre hay nuevos trabajos interesantes para compartir con los estudiantes, que sirven para comprender las razones y las consecuencias del uso de diferentes mecanismos para determinar si un tribunal debe entender en un caso o no.¹⁴² En efecto, al ser una materia eminentemente práctica, el derecho de la jurisdicción ofrece un panorama jurisprudencial extremadamente rico. Así, no es difícil encontrar decisiones judiciales apropiadas para explicar cada cuestión particular.¹⁴³ En la medida en que los aspectos procesales y sustantivos del DIPr están “interrelacionados funcionalmente”,¹⁴⁴ hay también casos preciosos que encajan perfectamente para explicar la relación entre esos aspectos ilustrando las diferencias entre *commonlaw* y derecho romano-germánico.¹⁴⁵ Por supuesto, independiente-

141. En la presentación del 2009 Congress of the International Association of Procedural Law, que estuvo dedicado a este tema, puede leerse: “Harmonization projects, mixed jurisdictions, and jurisdictions in transition are demonstrating that the traditional distinctions may not define the dispute resolution processes of the future” (www.iapl2009.org). Hoy en día, no obstante, esas distinciones siguen siendo relevantes, aunque no tanto como hace un tiempo.

142. Un ejemplo excelente es C. MCLACHLAN, “*Lis pendens* in International Litigation”, en *Recueil des Cours*, t. 336, 2008, p. 199 y ss.

143. Ver *South African Supreme Court of Appeal (SCA)*, 23 de noviembre de 2007, *Bid Industrial Holdings v. Strang*, notas OPPONG y SIBANDA, *Journ. of PIL*, 2008, p. 311 y ss. y 329 y ss. (cambio del criterio tradicional para la competencia judicial en material personal) –para otros ejemplos en Sudáfrica, ver R.F. OPPONG (nota 68), pp. 395-397–; *consolidated cases Carlos Abad, et al. v. Bayer Corporation, et al.* (08-1504, 08-2146) y *Carlos Miguel Pastor, et al. v. Bridgestone/Firestone North American Tire LLC, et al.* (08-3101), US Court of Appeals 7th Circuit, 1 de mayo de 2009 (juez R. Posner) (declara *forum non conveniens* a la jurisdicción norteamericana y *forum conveniens* a la argentina); *Osorio v. Dole Food Co.*, No. 1:07-22693, US District Court (S.D. Fla.), 20 de octubre de 2009 (denegación de la ejecución de una decisión nicaragüense en materia de daños); *Zone Brands, Cour de Cassation* francesa, Civ. 1, 14 de octubre de 2009 (acepta una *anti-suit injunction* norteamericana).

144. F.K. JUENGER (nota 2), pp. 3-4.

145. Ver Tribunal Supremo español, 12 de enero de 2009 (ordena la indemnización por los daños derivados del incumplimiento de la cláusula de elección del foro y de la ley), nota ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *IPRax*, 2009-6, p. 529 y ss., nota FERNÁNDEZ ARROYO, *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 756 y ss.

mente de la materia concreta, la comparación puede permitir que el análisis vaya más allá de una operación meramente técnica para evaluar los efectos sociales, políticos y económicos de las soluciones jurídicas respectivas.¹⁴⁶ Tal análisis es fundamental no solo para la elaboración del derecho sino también para la enseñanza del mismo.¹⁴⁷

Claro que el indudable interés de la ecuación *commonlaw*/ derecho romano-germánico no puede ser el único foco de la comparación, tanto para el Derecho Comparado en general como para el PIL. El “occidento-centrismo” es mejor que el “eurocentrismo” o el “norteamericano-centrismo” pero no *mucho* mejor.¹⁴⁸ Muchos ejemplos surgen de la división típica, concernientes tanto a cuestiones procesales como sustanciales. El derecho de familia o el derecho de sucesiones, por ejemplo, ofrecen una larga lista de cuestiones sobre las cuales un enfoque comparativo sigue siendo inevitable debido a las profundas diferencias culturales existentes.

B) Importancia de la jurisprudencia

Durante un largo período de tiempo, el mayor defecto del Derecho Comparado fue la insuficiente atención a la jurisprudencia. Esto ha sido particularmente cierto respecto de los comparatistas formados en la tradición romano-germánica, habitualmente inclinados a la abstracción y a las categorías formales. Hoy en día, cuando la importancia de la jurisprudencia es reconocida ampliamente, las características del DIPr exigen que esa jurisprudencia sea concebida sobre una base plural, incluyendo decisiones nacionales, internacionales, supranacionales y transnacionales. El ejercicio de comparar derechos observando la práctica es notablemente mejor que hacerlo tomando como única referencia las normas y los libros. Es bien sabido que ciertas normas no han sido nunca o casi nunca aplicadas¹⁴⁹ y

146. H. MUIR WATT, “Comparer l’efficience des droits?”, en P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits résolument*, París, PUF, 2009, at 447 *et seq.*

147. G.A. BERMAN, “The Discipline of Comparative Law in the United States”, en *RIDC*, 1999, pp. 311-312.

148. *Ibidem*, p. 309.

149. Los ejemplos son numerosos. Así, el art. 12.6 del Código civil español (que establece que los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español) puede dar la impresión de que las normas de conflicto españolas son imperativas. Sin embargo, algunas normas procesales, en abierta contradicción con lo

que otras han perdido peso, importancia o, directamente, vigencia.¹⁵⁰ Pero ese paso adelante sería más bien corto si solo nos conduce hacia nuestros propios tribunales.

Por un lado, siempre que un Estado toma parte de una organización supranacional o internacional que cuenta con un sistema jurisdiccional propio, las decisiones adoptadas por los tribunales supranacionales e internacionales son consideradas como equivalentes a las decisiones “locales” tomadas por los tribunales nacionales. La relevancia de esa jurisprudencia “no local” se magnifica por el hecho de que si alguna diferencia existe entre ambas fuentes de decisiones es, precisamente, que el alcance de las decisiones nacionales (así como la correcta interpretación del derecho nacional) está condicionado por las decisiones provenientes de los tribunales supranacionales e internacionales.

Por otro lado, todos estos tribunales de diferente nivel resuelven una considerable proporción de los litigios de DIPr pero obviamente no todos. Otra parte de las cuestiones problemáticas de DIP se trata fuera de los tribunales de justicia. El arbitraje, antes confinado a los límites de los litigios contractuales comerciales, va expandiendo su ámbito de actuación tanto como la noción de arbitrabilidad se vuelve más y más comprensiva.¹⁵¹ Así, el arbitraje ha alcanzado materias tales como la insolvencia, al mismo tiempo que se va instalando como una opción para solucionar litigios de consumo. Coincidentemente, el arbitraje va ganando autonomía,¹⁵² aunque

anterior, han llevado a los tribunales de ese país –con algunas raras excepciones como Tribunal Supremo (Sala Civil), 4 de julio de 2006– a no aplicar el derecho extranjero si este no es invocado y probado por las partes. Ver A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “The Proof of Foreign Law in the New Spanish Civil Procedure Code 1/2000”, en *IPRax*, 2005-2, p. 170 y ss.

150. En oposición a la nota anterior, el art. 13 del Código civil argentino todavía sigue exigiendo la prueba del derecho extranjero. No obstante ello, la jurisprudencia camina en la dirección opuesta. Ver Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, 28 de abril de 2005, *SabatéSas*, nota CÓRDOBA, *DeCITA*, N°5/6, 2006, p. 453 y ss., y Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 28 de abril de 2004, *Soto v. Exxe*, nota FERNÁNDEZ ARROYO, “Chronique de jurisprudence argentine”, en *JDI*, 2008, pp. 211-214.

151. B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, en *Recueil des Cours*, t. 296, 2002, p. 25 y ss.

152. La fuerza de esta tendencia es obvia más allá del punto de vista que se tenga de la cuestión y de sus consecuencias. Ver, por ejemplo, E. GAILLARD (nota 70), p. 69 y ss. y D. BUREAU / H. MUIR WATT (nota 82).

un creciente número de situaciones de litigación paralela muestra que la resolución extrajudicial de controversias no siempre es factible.¹⁵³La mediación va desplegando su influencia tanto en materias comerciales como familiares.¹⁵⁴La resolución de litigios *online* también está experimentando un notable desarrollo.¹⁵⁵En tal contexto, reducir el análisis de la práctica del DIPr a las decisiones de los tribunales de justicia es hoy claramente inapropiado.

C) Otras cuestiones a tener en cuenta

Además de tener en cuenta la rica variedad de sistemas jurídicos y la importancia de la jurisprudencia en el más amplio sentido del término, un curso sobre DIPr (comparado) necesita prestar atención a los siguientes tópicos:

a. El rol de los Estados. La discusión sobre la evolución y los efectos del rol del Estado es uno de los mantras de la globalización. Concretamente, analistas renombrados, así como actores políticos relevantes, predijeron la inminente desaparición del Estado, del mismo modo en que antes habían relativizado su valor. Algunos sucesos recientes en América Latina, Asia y, por sorprendente que pueda parecer, Europa y Estados Unidos, indican a las claras que los Estados, individualmente o a través de organizaciones internacionales o supranacionales, están tomando decisiones de una significación extraordinaria respecto de la energía, la industria, el medioambiente, el comercio, la ciencia, la cultura, el “bienestar” social, etc. En lo que concierne al derecho y en particular al DIPr actual, esa discusión puede plantearse situándola en varios escenarios de desigual importancia. Con todo, es fundamental tener en mente –a fin de enseñar un DIPr real y no uno imaginario (por atractivo y lúdico que este pueda ser– el verdadero poder del Estado para legislar (por sí mismo o

153. Por ejemplo, TJCE, C-185/07, 10 de febrero de 2009, *West Tankers*.

154. La “mediación transfronteriza en asuntos de familia” es el primer tema mencionado en la agenda actual de la Conferencia de La Haya. Ver las Conclusiones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en abril de 2010 (http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010concl_e.pdf).

155. J. HÖRNLE, *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge, CUP, 2009.

conjuntamente con otros Estados) y para imponer su propio derecho a las relaciones privadas internacionales, al margen de las ideas que uno pueda tener sobre lo que debería ser tal poder.¹⁵⁶

b. El ambiente del sistema jurídico. Me estoy refiriendo a los factores políticos, económicos y culturales que a menudo determinan el alcance y el sentido real de las normas jurídicas, por un lado, y el funcionamiento de las instituciones políticas y judiciales, por otro. Sin esa comprensión, uno podría llegar a creer que la aplicación mecánica de la fórmula del Reglamento 44/2001 de la UE para solucionar las cuestiones de litispendencia (indicando la prioridad automática del proceso iniciado antes) es la solución más adecuada en la materia, y que decisiones tales como la adoptada por el Tribunal de Justicia europeo en el caso *Gasser*¹⁵⁷ son totalmente razonables y justas.

c. Los diferentes subsistemas jurídicos. Para comprender cabalmente los sistemas jurídicos foráneos es imprescindible descifrar el grado de pluralidad que tienen. Como antes mencioné, esta pluralidad, ya sea basada en criterios políticos o personales, constituye uno de los datos fundamentales a tener en cuenta. Hay normas de DIPr perfectamente vigentes que no pueden ser aplicadas a una particular relación jurídica debido a la presencia en el mismo ordenamiento de otra norma que disfruta de un nivel “superior” de aplicabilidad. Así, aunque la dimensión autónoma del sistema uruguayo de DIPr siga limitando drásticamente la autonomía de la voluntad¹⁵⁸ para designar el juez competente y la ley aplicable, la dimensión convencional del mismo cuenta con textos como el Protocolo mercosureño de Buenos Aires de 1994 o la Convención de Viena de 1980 que la admiten claramente (esto por no mencionar la admisión de la sumisión de las controversias internacionales al arbitraje, con todas las consecuencias que ello implica).

156. Ch.P. PAMBOUKIS (nota 137), pp. 63-68 (“l’époque contemporaine n’a pas marqué la fin de l’État. Elle a marqué la fin du postulat de la coïncidence entre ordre juridique et État”).

157. TJCE, C- 116/02, 9 de diciembre de 2003.

158. Posiblemente no por mucho tiempo si prospera el proyecto de Ley de DIPr actualmente en trámite legislativo.

d. La existencia de mecanismos no judiciales de resolución de controversias y la aplicación de normas no nacionales. La creciente importancia de la “jurisprudencia privada” en varias áreas del DIPr ya ha sido destacada. Vale la pena insistir, una vez más, en que los Estados han ido abriendo las puertas a la eficacia total del arbitraje y otros medios de solución de controversias. Al mismo tiempo, siguiendo un desarrollo paralelo aunque más débil,¹⁵⁹ los Estados han reconocido la aplicabilidad de normas no nacionales. Por lo tanto, la visión de un sistema jurídico puede ser incompleta (y, peor aún, errónea) si la atención se dirige exclusivamente a las manifestaciones “públicas” del derecho y de la jurisprudencia.¹⁶⁰

e. La interacción entre elDIPr y otras materias, particularmente el DIP. Después de más de un siglo del comienzo de la lucha por su autonomía respecto del DIP, el DIPr se encuentra hoy más profundamente

159. Esta debilidad reside en una suerte de proceso de “dos pasos adelante, un paso atrás”. Entre los primeros pueden mencionarse: el derecho de compraventa internacional de muchos países es ahora la Convención de Viena de 1980 en un gran número de países (y como todos saben, el art. 9 de la misma establece una fuerte presunción a favor de la aplicación del derecho no nacional); los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales están evidenciando una considerable utilidad, sobre todo en arbitraje internacional. Entre los segundos, tal vez el dato más importante es la resistencia de la UE a reconocer el derecho de las partes a elegir normas no nacionales y el poder de los tribunales para aplicarlas; ver M.J. BONELL, “El Reglamento CE 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (‘Roma I’) – Es decir, una ocasión perdida”, en J. BASEDOW / D.P. FERNÁNDEZ ARROYO / J.A. MORENO RODRÍGUEZ (dirs.) (nota 109), p. 209 y ss.; vertambién J. BASEDOW, “The Effects of Globalization on Private International Law”, en J. BASEDOW / T. KONO, *Legal Aspects of Globalization*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 8. Aparentemente, tal resistencia no encuentra respaldo en argumentos económicos. Ver G. RÜHL, “PartyAutonomy in Private International Law of Contracts. Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, enE. GOTTSCHALK / R. MICHAELS / G. RÜHL / J. VON HEIN (dirs.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, CUP, 2007, pp. 179-180.

160. Más allá de esta asunción obvia, las cosas son, por supuesto, más problemáticas. Enestesentido, R. MICHAELS (nota 137), p. 1258 (“We cannot go back to the illusion that the state is the only relevant creator of norms in the world and so continue choice of law as before [...]. At the same time, the challenge of legal pluralism for choice of law has far more dramatic implications than one might have thought”).

conectado que nunca con su “hermano mayor”.¹⁶¹ Es obvio que las relaciones entre ambas ramas han sido siempre puestas de manifiesto. Sin embargo, varios factores hacen que las mismas sean más estrechas ahora. Sin lugar a dudas, los dos temas principales en este sentido son, en primer lugar, el surgimiento de un “DIPr de los derechos humanos”¹⁶² y, en segundo lugar, la “prioridad” (por llamarla de algún modo) dada a las reglas de derecho internacionales y supranacionales, dos fenómenos que están ciertamente relacionados entre sí.¹⁶³ No obstante, no solo las cuestiones de derechos humanos y la progresiva “internacionalización” del DIPr merecen destaque y atención. Hay muchos otros problemas jurídicos internacionales cuyas soluciones exigen la complementariedad de las visiones de privatistas y publicistas,¹⁶⁴ tales como los contratos de Estado, el derecho de inversiones, la protección del medioambiente, el comercio internacional, la codificación del DIPr, la inmunidad de los Estados, etc., etc. El aislamiento de ambas disciplinas ha dejado de ser una opción lógica y saludable. Todas estas razones recomiendan una enseñanza común de ambas materias, como fue el caso en muchos países y tal vez solo Italia mantiene (o mantenía).¹⁶⁵

161. Ver los ensayos recogidos en S. LEIBLE / M. RUFFERT (dirs.), *Völkerrecht und IPR*, Jena, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2006.

162. Ver *supra* notas 44-63 y texto al que acompañan.

163. E. JAYME, *Internationales Privatrecht und Völkerrecht. Studien-Vorträge-Berichte. Gesammelte Schriften*, t. 3, Heidelberg, Müller, 2003, pp. 3-8; H. GAUDEMET-TALLON (nota 137), pp. 34-35.

164. En mi opinión la cuestión no es si el DIPr se va “publicizando” o si por el contrario “está volviendo” (como parece entender R. MICHAELS, “Public and Private International Law: German Views on Global Issues”, en *Journal of PIL*, 2008, p. 124), sino la evidencia de que muchas cuestiones están reclamando una visión complementaria de ambos. No hay dudas de que con frecuencia las visiones del DIP y del DIPr respecto de una cuestión concreta serán más contradictorias que complementarias, pero eso no tiene por qué ser malo *per se*. Después de todo, muchas de esas contradicciones seguirán siendo el resultado del enorme peso de los viejos conceptos. Ver además R. DOMINGO OSLÉ (nota 64), pp. 113-114.

165. Ver la Resolución del IDI sobre la enseñanza común de ambas disciplinas y el informe de E. JAYME, “Droit international privé et droit international public: utilité et nécessité de leur enseignement dans un cours unique”, en *Ann. IDI*, 67-II, 1998, pp. 466-475 y 99-109, respectivamente; pero ver H. MUIR WATT, “New Challenges in Public and Private International Legal Theory”, en M. VAN HOECKE, *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart, 2004, pp. 272-273.

VI. ALGUNAS APRECIACIONES CONCLUSIVAS

- Los problemas globales demandan soluciones globales; pero soluciones globales no significan necesariamente soluciones materiales uniformes. Mejorar la cooperación internacional puede también ayudar a resolver los problemas que trascienden las fronteras estatales.

- Los datos principales que deberían ser internalizados son:

- El rol central de los derechos humanos.
- La relatividad actual de los conceptos jurídicos tradicionales.
- La trascendencia del DIP dentro del ámbito del DIPr.
- La creciente y cada vez más diversificada cooperación internacional.
- La importancia de las organizaciones internacionales.
- La privatización experimentada tanto por la codificación del derecho como por los mecanismos de resolución de controversias.

- La necesidad de un cambio en la enseñanza del DIPr (para estudiantes, legisladores, funcionarios públicos, jueces –e incluso profesores–). Un enfoque comparativo de la educación en material de DIPr ha dejado de ser una opción para convertirse en una necesidad. Tal enfoque debería incluir:

- (1) La enseñanza de un DIPr global en lugar de DIPrs locales.
- (2) La conexión del DIPr con otras materias, en particular con el DIP.
- (3) El tratamiento no solo del *hardlaw* de las decisiones de los tribunales de justicia sino también del *softlaw* de la “jurisprudencia privada”.

B.4.

En el Derecho Aduanero

El Derecho Comparado y el derecho aduanero

*Ricardo Xavier Basaldúa**

1. INTRODUCCIÓN

Luego de concertada la “Paz de Westfalia”, mediante los tratados de Osnabrück y Münster, firmados el 15 de mayo y 24 de octubre de 1648, respectivamente, en los que participaron el Sacro Imperio Romano-Germánico, los reinos de España, Francia y Suecia, y otros países como aliados, se estableció un nuevo orden internacional en base al reconocimiento de la soberanía de las naciones en sus respectivos territorios.

De tal modo, a nivel internacional queda consagrado el principio de la “integridad territorial” como elemento necesario para la existencia de los Estados. Este principio fue receptado en el Congreso de Viena de 1814-1815 y luego incluido en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2, párrafo 4).

Surge entonces la idea del “Estado nación”.

Con la conformación de los Estados modernos, aparecieron las primeras regulaciones orgánicas en la materia aduanera.

Ello se explica por la necesidad de contar con una normativa aplicable en las fronteras del territorio del Estado, que regulara la entrada y la salida de las mercaderías de este nuevo espacio reconocido internacionalmente como propio. Se trata, así, de las fronteras nacionales que preservan el ejercicio del poder del “Estado nación” en todo el ámbito delimitado con ellas.

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de posgrado de la UBA, UCA, Universidad Austral y Universidad de San Andrés. Miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Miembro consejero del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. Corredactor del Código Aduanero de la Nación. Vicepresidente del Tribunal Fiscal de la Nación. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

En Francia, el rey Luis XIV procuró consolidar su reino.¹ Para ello, por una parte, debió asegurar sus fronteras externas –recurriendo a menudo a acciones militares– y, por otra, eliminar las fronteras interiores nacidas en la organización feudal, que llevaron a los señores a establecer barreras internas, las que obstaculizaban la circulación de las mercaderías con la exigencia de distintos tributos (básicamente derechos aduaneros, derechos de tránsito y peajes, que adoptaron diversas denominaciones), los que eran impuestos por los príncipes, duques, condes y demás señores por el hecho de atravesar las tierras sometidas a sus dominios.²

Luis XIV inició una tarea legislativa tendiente a unificar su reino y se valió para ello de su eficaz ministro Jean-Baptiste Colbert, que impulsó el dictado de varias ordenanzas, entre las que se destacan la del comercio terrestre de 1673, la del comercio marítimo de 1681 y la aduanera de 1687.

1. Francia bajo el Antiguo Régimen se hallaba dividida en tres ámbitos espaciales netamente diferenciados: a) las provincias que se sometieron a las ayudas (*aides*) solicitadas con motivo del rescate del rey Juan II, capturado por los ingleses, y fijado en el Tratado de Bretigny-Calais, cuya percepción fue encomendada a particulares mediante el sistema de arrendamiento (*affermage*), y que se denominaron las provincias de los cinco grandes arrendamientos (*cinq grosses fermes*); b) las provincias que las rechazaron y que fueron entonces “reputadas extranjeras” desde el punto de vista aduanero; y c) las provincias que habían obtenido un estatuto especial en materia aduanera (*provinces a l'instar de l'étranger effectif*), en virtud del cual podían comerciar libremente con el extranjero y que las asemejaba a zonas francas. Cada uno de estos ámbitos constituía una unidad aduanera independiente que determinó la existencia de distintas tarifas aduaneras y la multiplicación de las barreras aduaneras destinadas a controlar el paso de las mercaderías y, en su caso, la percepción de los derechos inscriptos en esas tarifas o la aplicación de las prohibiciones establecidas. Al respecto, puede verse la obra del autor *Introducción al Derecho aduanero*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988, reimpresa en 2008, pp. 82 y 83, y la bibliografía allí citada.

2. Sobre la proliferación de tributos y peajes en Francia durante el Antiguo Régimen, puede verse: ALGOUD, Albert A., *Histoire des droits de douane (de leurs origines romaines à 1939) et de la politique commerciale de la France*, París, SEDER, 1978, pp. 53 a 78; ALLIX, Edgar, *Les droits de douane. Traité théorique et pratique de législation douanière*, París, Rousseau, 1932, T. I, pp. 4 a 11; ARDANT, Gabriel, *Histoire de l'impôt*, París, Fayard, 1971, p. 358; CAILLAUX, J., *Les impôts en France. Traité technique*, 2ª edición, París, LGDJ, 1911, p. 269; CLINQUART, Jean, *Des tonlieux aux montants compensatoires monétaires: l'histoire séculaire de l'administration des douanes*, publicado en la *Revue française de Finances publiques*, París, LGDJ, 1983, N°3, dedicado a “La douane”, pp. 67 a 69.

2. LA CONFORMACIÓN DEL DERECHO ADUANERO

La Ordenanza aduanera de febrero de 1687³ reguló en forma sistemática las obligaciones de los transportistas que arribaban con mercaderías y de los importadores de ellas con relación a las autoridades aduaneras, consagrando ciertos principios del Derecho aduanero que se mantienen vigentes hoy en día en las legislaciones aduaneras de los distintos países.

Este cuerpo normativo está constituido por ciento sesenta y dos artículos agrupados en catorce títulos. De su lectura surge ya el contenido básico de la legislación aduanera, integrada por disposiciones que, desde otra perspectiva, podríamos calificar como administrativas, tributarias, penales y procesales. Puede verse allí la existencia de principios, reglas y soluciones recogidos en las legislaciones aduaneras modernas. Fue el antecedente inmediato del Código para las aduanas nacionales, aprobado en Francia por la ley del 22 de agosto de 1791, sancionada por la Asamblea constituyente, luego de la Revolución francesa.⁴

Como ocurrió después con la sanción del Código Civil en 1804, bajo el gobierno de Napoleón Bonaparte, también el Código aduanero francés de 1791 fue un modelo seguido por muchos países, en cuyo articulado, distribuido en trece títulos, pueden distinguirse los principios básicos que

3. Sobre la Ordenanza aduanera de 1687, puede verse especialmente BOY, Jean-Claude, *L'Administration des Douanes en France sous l'Ancien Régime*, Neuilly-sur-Seine, Association pour l'histoire de l'Administration des douanes, 1976, p. 33 y ss., pp. 157 a 212, donde se reproducen también los ilustrativos comentarios efectuados por Vivent Magnien en 1786. Asimismo, puede verse: ALLIX, Edgard, *Les droits de douane...*, *op. cit.*, T. I, pp. 12 a 14; BASALDÚA, Ricardo Xavier, *Introducción al Derecho aduanero*, *op. cit.*, pp. 86 a 89; BASTID, Jean, y DEMUMIEUX, Jean-Pierre, *Les douanes*, Vendôme, Presses Universitaires de France, 1976, p. 7; RENOUE, Jean-Claude, *La douane*, Vendôme, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 7 y 8.

4. Sobre el Código de Aduanas francés de 1791, puede verse: ALLIX, Edgard, *Les droits de douane...*, *op. cit.*, T. I, p. 30; CAILLAUX, J., *Les impôts en France. Traité technique*, *op. cit.*, p. 270; CLINQUART, Jean, *L'Administration des douanes en France sous la révolution*, Neuilly-sur-Seine, Association pour l'histoire de l'Administration des douanes, 1978, pp. 53 a 61; GUAL VILLALBÍ, Pedro, *Teoría y técnica de la política aduanera y de los tratados de comercio*, Barcelona, Juventud, 1943, T. I, p. 30; MOLIÉRAC, J., *Traité de législation douanière*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1930, p. 3, N°4; NASSIET, Jean Raymond, *Cours de législation y et de réglementation douanière*, París, Direction Général des Douanes et Droits Indirects, 1982, p. 20.

presiden al Derecho aduanero, que, como señalamos, ya contemplaba la Ordenanza de 1687.

Nótese que la Ordenanza aduanera de 1687 y el Código para las aduanas nacionales de 1791 de Francia preceden en punto a codificación a otros sectores del Derecho público, como el Derecho administrativo o el Derecho tributario.

En materia aduanera, puede advertirse la influencia recíproca de muchas prácticas imperantes desde hace siglos en distintos lugares del mundo, que se aplicaban en los distintos puertos por los que ingresaban y egresaban las mercaderías con motivo del comercio internacional.

Tales normativas deben haber influido fuertemente, tanto en la elaboración de la Ordenanza relativa al comercio marítimo, la famosa Ordenanza de la marina de 1681, como en la Ordenanza aduanera de 1687.

La sistematización de la normativa dictada para regular el ingreso y el egreso de mercadería del Estado, es decir su comercio exterior, dio lugar a una nueva disciplina, una nueva rama jurídica que denominamos Derecho aduanero.

Entendemos por Derecho aduanero el conjunto de normas jurídicas que, en el ámbito del Derecho Público, tienen por objeto regular el tráfico internacional de mercaderías.

3. EL DERECHO ADUANERO COMPARADO Y LA ARMONIZACIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS ADUANEROS

El tráfico de mercaderías que se desarrollaba habitualmente entre los distintos países que comerciaban entre sí puso tempranamente de manifiesto la conveniencia de armonizar la normativa sobre las formalidades aduaneras aplicables al arribo de los buques y de las mercaderías transportadas a los puertos habilitados para el comercio exterior.

Por otra parte, cabe recordar que con el fin de brindar información oportuna sobre el nivel de los aranceles aduaneros aplicados por los Estados a las importaciones, ya en 1890 se creó la Unión internacional para la publicación de las tarifas aduaneras.⁵

5. Convención de Bruselas del 5 de julio de 1890, por la cual se crea una Unión internacional para la publicación de las tarifas aduaneras. Argentina la aprobó mediante

Entre los intentos encarados en el ámbito internacional tendientes a armonizar o uniformar las legislaciones aduaneras, se destaca la Convención de Ginebra sobre la simplificación de las formalidades aduaneras,⁶ suscrita el 3 de noviembre de 1923, que entró a regir el 2 de noviembre de 1924. Sus partes contratantes ascendieron a cincuenta.

La Convención de Ginebra sobre las prohibiciones a la importación,⁷ del 8 de noviembre 1927, en cambio, nunca logró entrar en vigencia, dada la resistencia de los Estados a renunciar a su derecho a aplicar restricciones directas a las importaciones.

En América, la inquietud por la armonización se reflejó en oportunidad de la Sexta Conferencia Internacional Americana celebrada en La Habana en 1928, donde se aprobaron dos resoluciones sobre simplificación y normalización de trámites aduaneros y formalidades portuarias.⁸

Finalizada la segunda guerra mundial, el 30 de octubre de 1947 se suscribió el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).

En su normativa encontramos una disposición de especial interés en la armonización de la materia que abordamos. Así, en su Artículo VIII titulado “Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación”, el párrafo 1, apartado c), expresa: “Las partes contratantes reconocen también la necesidad de reducir al mínimo los efectos y la complejidad de las formalidades de importación y exportación y de reducir y simplificar

ley 2858 del 16 de noviembre de 1891 (*ADLA*, 1889-1919, pp. 230 a 232). Al respecto, puede verse: ALLIX, Edgard, *Les droits de douane...*, *op. cit.*, T. I, p. 135.

6. La Convención internacional para la simplificación de las formalidades aduaneras, firmada en Ginebra el 3 de noviembre de 1923, se integra con treinta artículos. Sobre ella puede verse: ALLIX, Edgard, *Les droits de douane...*, *op. cit.*, T. I, p. 137; ASAKURA, Hironori, *Histoire mondiale de la Douane et des tarifs douaniers*, OMA, Bruselas, 2003, p. 272; GUAL VILLALBÍ, Pedro, *Teoría y técnica de la política aduanera...*, *op. cit.*, T. I, pp. 220 y 239; MOLIÉRAC, J., *Traité de législation douanière*, *op. cit.*, p. 8, N°9.

7. Sobre la Convención internacional sobre las prohibiciones a la importación, suscripta en Ginebra, el 8 de noviembre de 1927, puede verse: ALLIX, Edgard, *Les droits de douane...*, *cit.*, T. I, pp. 137, 138 y 197 a 200; GUAL VILLALBÍ, Pedro, *Teoría y técnica de la política aduanera y de los tratados de comercio*, *op. cit.*, T. I, pp. 393 y 394; MOLIÉRAC, J., *Traité de législation douanière*, *op. cit.*, p. 8, N°9.

8. IZAM, Miguel, *Facilitación del comercio: un concepto urgente para un tema recurrente*, ONU, CEPAL, División de Comercio Internacional e Integración, Serie Comercio internacional, N°19, Santiago de Chile, diciembre 2001, p. 10, nota 4.

los requisitos relativos a los documentos exigidos para la importación y la exportación”.⁹

En Europa, el 12 de septiembre de 1947, trece países representados en el seno del Comité de Cooperación Económica Europea, reunidos en París, decidieron establecer un Grupo de Estudios para la Unión Aduanera Europea, con asiento en Bruselas, para examinar los problemas que planteaba la constitución de una o varias uniones aduaneras entre los Estados europeos.

En 1948, a instancias del mencionado Grupo de Estudios, se creó un Comité Económico y un Comité Aduanero. Este último se integraba con una Oficina Tarifaria Permanente. Posteriormente, el Grupo de Estudios suspendió los trabajos del Comité Económico en atención a que se superponían con los encomendados a la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), hoy en día reemplazada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que tiene una vocación universal. En cambio, la actividad del Comité Aduanero prosiguió.

Habida cuenta de la importancia y profundidad de los estudios llevados a cabo por el Comité Aduanero, se consideró conveniente cristalizarlos en instrumentos internacionales. De tal forma y con independencia del propósito originario de los trabajos (constitución de una unión aduanera europea), se elaboraron y firmaron en Bruselas, el 15 de diciembre de 1950, tres convenciones de enorme trascendencia para nuestra materia: la Convención sobre la Nomenclatura para la clasificación de las mercaderías en los aranceles aduaneros, la Convención sobre el valor en aduana de las mercaderías y la Convención por la que se crea el Consejo de Cooperación Aduanera.

Este organismo internacional especializado en la materia aduanera se reunió por primera vez el 26 de enero de 1953, en la ciudad de Bruselas, la que sería su sede. Desde entonces va a desplegar una intensa y fructífera actividad para la simplificación y armonización de las legislaciones aduaneras y, en general, para el desarrollo del Derecho aduanero internacional.

Al tiempo de abocarse a la integración europea, una de las primeras

9. Un análisis del Art. VIII del GATT puede verse en BASALDÚA, Ricardo Xavier, *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, 2da. edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013, pp. 362 a 376. Cabe acotar que tanto en este artículo como en otras disposiciones del GATT puede comprobarse la influencia de la Convención para la simplificación de las formalidades aduaneras de 1923, ya citada.

tareas que se abordan en el plano jurídico entre los países comprometidos en ese objetivo es la realización de un análisis comparativo de sus legislaciones aduaneras vigentes para encarar su progresiva uniformización.

Ese trabajo se vio favorecido mediante la mencionada creación del Consejo de Cooperación Aduanera, que en sus orígenes tuvo una impronta claramente europea. Así, sus miembros originarios fueron Alemania (RF), Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía; pero luego, al concitar el interés y la adhesión de países de todo el mundo, se convirtió en uno de los organismos internacionales que cuenta con más miembros.

El Consejo de Cooperación Aduanera (*Conseil de Cooperation Douanière - Customs Co-operation Council*), denominado oficiosamente, a partir de 1995, “Organización Mundial de Aduanas” (OMA), se creó, como se dijo, mediante la Convención internacional suscripta el 15 de diciembre de 1950, en Bruselas.¹⁰

En dicha Convención los gobiernos signatarios expresaron su finalidad de la siguiente forma: “Considerando conveniente asegurar a sus regímenes aduaneros el más alto grado de armonización y de uniformidad, y en particular estudiar los problemas inherentes al desarrollo y al progreso de la técnica aduanera y legislación con ella relacionada” y “convencidos de que sería interesante para el comercio internacional promover entre los Gobiernos la cooperación en estas materias, teniendo en cuenta a la vez los factores económicos y la técnica aduanera que tal cooperación implica, han convenido lo siguiente: Artículo I. Créase un Consejo de Cooperación Aduanera...”.

Recientemente, en su seno se ha brindado la siguiente definición: “La Organización Mundial de Aduanas es un organismo intergubernamental independiente cuya misión es mejorar la eficacia y la productividad de las administraciones aduaneras de sus miembros y, por consiguiente, ayudarlos a aportar una contribución positiva a los objetivos de desarrollo nacional, en especial en el dominio de la facilitación de los intercambios, de la percepción de los recursos, de la protección de las comunidades y de la seguridad nacional”.¹¹

10. Este sigue siendo por ahora el nombre oficial del organismo internacional, pues así surge del Tratado que le dio origen y que no fue modificado, a pesar de que desde 1995 se emplea oficiosamente el nombre de Organización Mundial de Aduanas.

11. OMA, *Plan Estratégico de la OMA 2003/2004 - 2005/2006*, Doc. SC0050F1, Anexo IV.

El Consejo para el cumplimiento de sus objetivos se vale de la elaboración de convenciones, recomendaciones, resoluciones, estudios de legislación aduanera comparada, normas aduaneras internacionales, un Glosario de Términos Aduaneros Internacionales, manuales, estudios y trabajos sobre diversos aspectos de la materia.

Asimismo, el Consejo organiza seminarios y cursos en diversos países, en especial en los denominados “en desarrollo” y “menos adelantados”. Asiste con sus funcionarios a los países miembros. Pone énfasis en la formación de “formadores”.

El Consejo cuenta hoy en día con ciento ochenta Estados miembros,¹² por lo que goza de una representatividad notoria. Está asistido por un secretario general y varios comités especializados en los diversos aspectos de la materia aduanera.¹³

La influencia de este organismo sobre las regulaciones aduaneras nacionales es cada vez mayor en tres campos fundamentales del Derecho Aduanero: la técnica aduanera, la valoración, y la individualización y clasificación de las mercaderías en la Nomenclatura del Sistema Armonizado.

12. La República Argentina es miembro del Consejo de Cooperación Aduanera desde 1968, después de adherir a la Convención del 15 de diciembre de 1950 que lo creara, por Ley 17.587 del 28/12/1967 (*B.O.*, 18/1/1968). Cabe señalar que la Argentina fue el primer país de Latinoamérica que envió en forma regular a los distintos Comités y Grupos de Trabajo del Consejo.

13. En el Artículo V de la Convención que lo instituye se prevé que el Consejo esté asistido por un Comité Técnico Permanente y por un Secretario General y en el Artículo VI se instituye un Comité de la Nomenclatura y un Comité de la Valoración. Actualmente, como consecuencia de diversos cambios producidos a través de los años en lo que hace a su organización, el Consejo está asistido en sus trabajos por el Comité Financiero y por la Comisión de Política General. La Comisión de Política General, creada en 1979, tiene por misión el estudio de las cuestiones importantes del Consejo y la emisión de dictámenes sobre las mismas. Con el transcurso del tiempo, su poder se ha ido incrementando. Existen ahora cinco comités de naturaleza técnica: Comité Técnico Permanente, Comité de Lucha contra el fraude, Comité Técnico de la Valoración en aduana, Comité del Sistema Armonizado y Comité Técnico de las reglas de origen. Estos comités suelen estar asistidos en el desempeño de sus funciones por Grupos de Trabajo dotados de un estatuto permanente –como es el caso del Grupo de Trabajo del Comité Técnico Permanente– y otros grupos –v. gr., Grupo de acción de la seguridad de la cadena logística– y subcomités –v. gr., Subcomité de revisión del Sistema Armonizado, Subcomité científico, Subcomité informático.

Como se anticipó, entre los trabajos iniciales más importantes que concitaron la atención de los miembros originarios citados están los denominados “Estudios comparados de los métodos aduaneros” (*Études comparées des méthodes douanières - Comparative studies of customs procedures*), realizados por el Comité Técnico Permanente del Consejo de Cooperación Aduanera desde 1957 a 1968. Estos son: n° 1. Importación por mar: formalidades al arribo de los buques, antes de la descarga; n° 2. Importación por mar: descarga; n° 3. Importación por las fronteras terrestres; n° 4. Importación por vía aérea; n° 5. Desaduanamiento de las mercaderías para su puesta al consumo; n° 6. Tránsito aduanero de mercaderías importadas; n° 7°. Régimen de depósito aduanero; n° 8. Admisión temporaria; n° 9. Drawback; n° 10. Derecho de recurso en materia aduanera; n° 11. Tráfico ferroviario.

Este es, sin duda, un significativo esfuerzo que se valió de la comparación de las soluciones jurídicas en materia aduanera entre esos países.

Estamos entonces en presencia de la consagración de la disciplina del “Derecho aduanero comparado”.

Entendemos por Derecho Comparado¹⁴ la rama de la ciencia del Derecho que tiene por objeto la comparación de los diversos sistemas

14. Sobre la rama de la ciencia del derecho denominada Derecho Comparado, puede verse: AFTALIÓN, Enrique R., GARCÍA OLANO, Fernando, y VILANOVA, José, quienes consideran que puede “...caracterizarse como el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diversos países y épocas, con el fin de determinar sus notas comunes y sus diferencias y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y elementos de juicio para su interpretación y reforma” (*Introducción al Derecho*, Buenos Aires, El Ateneo, 6ª edición, 1960, § 6. 15, p. 95; BARRERA MARTÍNEZ, Carlos Helver, *Introducción al Derecho comparado. Las familias jurídicas. Los sistemas jurídicos y pluralismos jurídicos*, 2ª edición, Bogotá, Fundación Universitaria Juan D. Grupo Editorial Martínez Castellanos, 2011; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, quien expresa: “...el Derecho Comparado es una disciplina que consiste en el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos de diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y criterios para su perfeccionamiento y reforma” (*Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1979, p. 162); MEISEL LANNER, Roberto, quien considera: “Básicamente, el Derecho Comparado es aquella rama de la ciencia del Derecho que tiene por objeto la comparación sistemática de las instituciones de carácter jurídico de los diversos países” (*Derecho Aduanero comparado*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1991, p. 7); SOMMA, Alessandro, *Introducción crítica al Derecho comparado*, Lima, ARA Editores, 2006.

jurídicos que imperan en los distintos Estados, analizando sus conceptos básicos, instituciones y regímenes.

El Derecho aduanero comparado¹⁵ procura identificar los principios que inspiran los sistemas jurídicos aduaneros, así como las notas características de las regulaciones que contemplan las instituciones y los regímenes aduaneros.

La comparación de los diversos sistemas aduaneros pretende actualmente avanzar hacia la uniformidad y la armonización de las legislaciones aduaneras, procurando que el control aduanero sobre el tráfico internacional de mercadería se ejerza con eficacia, sin crear obstáculos innecesarios a la circulación de mercaderías a través de las fronteras aduaneras.

Existe ahora conciencia sobre la importancia de la facilitación del comercio internacional de mercaderías, así como de la necesidad de preservar el control aduanero y la seguridad de la cadena logística internacional. Este control aduanero tiene por misión hoy en día, más que asegurar la percepción de los tributos, aplicar las restricciones de naturaleza no económica, impuestas por razones de seguridad, así como en orden a la salud pública, sanidad animal y vegetal, preservación del medio ambiente, combatir el tráfico ilícito de estupefacientes como de sus precursores, de especies animales en vías de extinción, de armas, etc.

Volviendo al trabajo desarrollado por el Consejo de Cooperación Aduanera –en general, a través de su Comité Técnico Permanente–, resulta pertinente recordar las convenciones más importantes elaboradas en su seno, así como aquellas cuya administración le hubiere sido encomendada. A tal fin, seguimos un orden correlativo.

Convención aduanera sobre la importación temporaria de embalajes, hecha en Bruselas el 6 de octubre de 1960 (Partes: 38; en vigor desde el 15/3/1962).

15. MEISEL LANNER define al Derecho Aduanero Comparado como aquel “que persigue establecer unos parámetros entre los diversos sistemas aduaneros mundiales y cómo unificar los distintos criterios en torno a la interpretación de las reglas de juego dentro del contexto del comercio internacional; fundamental para el desarrollo de los países, especialmente los llamados del Tercer Mundo y propugnar, por ende, por una verdadera integración jurídica en el amplio mundo del comercio exterior” (*Derecho Aduanero comparado, op. cit.*, p. 8).

Convención aduanera sobre la importación temporaria de material profesional, hecha en Bruselas el 8 de junio de 1961 (Partes: 55; en vigor desde el 1º/7/1962).

Convención aduanera sobre facilidades concedidas para la importación de mercaderías destinadas a su presentación o utilización en una exposición, feria, congreso o manifestación similar, hecha en Bruselas el 8 de junio de 1961 (Partes: 61; en vigor desde el 13/7/1962).

Convención aduanera sobre el cuaderno ATA para la importación temporaria de mercadería, hecha en Bruselas el 6 de diciembre de 1961 (Partes: 63; en vigor desde el 30/7/1963).

Convención aduanera sobre el material de bienestar destinado a las gentes de mar, hecha en Bruselas el 1º de diciembre de 1964 (Partes: 42; en vigor desde el 11/12/1965).

Convención aduanera sobre la importación temporaria de material científico, hecha en Bruselas el 11 de junio de 1968 (Partes: 56; en vigor desde el 5/9/1969).

Convención aduanera relativa a la importación temporaria de material pedagógico, concluida en Bruselas el 8 de junio de 1970 (Partes: 38; en vigor desde el 10/9/1971). Nuestro país adhirió a la misma mediante ley 19.883 del 11 de octubre de 1972 (B.O., 7/11/1972).

Convenio aduanero sobre los contenedores, hecho en Ginebra el 2 de diciembre de 1972 (Partes: 38; en vigor desde el 6/12/1975). La gestión ha sido encomendada al Consejo.¹⁶

Convención internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (Convención de Kioto), hecha en Kioto el 18 de mayo de 1973 (Partes: llegó a tener 63, hoy 5; en vigor desde el 25/9/1974),¹⁷

16. Este Convenio, rubricado en Ginebra en 1972 bajo los auspicios de las Naciones Unidas y de la Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (OMCI) –hoy en día Organización Marítima Internacional (OMI)–, tiene por finalidad sustituir al Convenio aduanero sobre los contenedores, hecho en Ginebra el 18 de mayo de 1956 (que entró en vigor el 4/8/1959). Su gestión también había sido encomendada al Consejo. Posteriormente, como se dijo, fue reemplazado por el de 1972.

17. Se trata de una de las convenciones más importantes elaboradas por el Consejo de Cooperación Aduanera, que contempla en forma sistemática los distintos institutos y regímenes aduaneros. Sobre la Convención de Kioto de 1973, puede verse del autor: “La Convención de Kioto. Sucinta información sobre el contenido de sus anexos así como su correlación temática con nuestro Código Aduanero (ley 22.415)”, en revista

integrada con 31 anexos), que tuvo en cuenta los estudios comparativos mencionados. Esta convención fue sustituida por la revisada en Bruselas el 25 de junio de 1999. Esta última cuenta con 102 Partes Contratantes.¹⁸

Convención internacional sobre asistencia mutua administrativa para prevenir, investigar y reprimir las infracciones aduaneras (Convención de Nairobi), hecha en Nairobi el 9 de junio de 1977 (Partes: 52; en vigor desde el 21/5/1980).

Convención sobre el Sistema Armonizado de designación y codificación de mercaderías, hecha en Bruselas el 14 de junio de 1983 (Partes: 150; en vigor desde el 1º/1/1988).¹⁹

Convención internacional relativa a la importación temporaria (Convención de Estambul), hecha en Estambul el 26 de junio de 1990 (Partes: 65, en vigor desde el 27/11/1993).²⁰

Convención internacional de asistencia mutua administrativa en materia aduanera (Convención de Johannesburgo), aprobada en Bruselas, 27 de junio de 2003, bajo los auspicios de la OMA (Partes 3 y 7 bajo reserva de ratificación).²¹

Debe mencionarse también el Glosario de Términos Aduaneros Internacionales, el cual no está abierto a la firma de los Estados, pero pretende

Guía Práctica del Exportador e Importador, diciembre 1982, N°312, pp. L a LVI, y enero 1983, N°313, pp. III a XII.

18. La República Argentina aprobó mediante Ley 27.138, sancionada el 29/4/2015 y promulgada el 15/5/2015, la Convención de Kioto revisada en 1999 y su Anexo General (con sus diez capítulos). En cambio, no aprobó ninguno de sus Anexos específicos.

19. La convención que creó la "Nomenclatura Estructurada del Sistema Armonizado" fue aprobada en las 61/62 sesiones del Consejo de Cooperación Aduanera celebradas en junio de 1983 y entró en vigencia el 1º/1/1988. Con la elaboración de esta única nomenclatura polivalente se procuró redefinir en forma más precisa la designación y la codificación de las mercaderías a fin de facilitar el comercio internacional, reduciendo los gastos que apareja la reclasificación de los bienes cuando se trasladan de un sistema de clasificación a otro con motivo del tráfico comercial. Se facilitó así la uniformización de la documentación comercial y el procesamiento de datos. La necesidad de actualizarla, derivada de los cambios tecnológicos, determinó que fuera enmendada en cinco oportunidades: el 5 de julio de 1989, el 6 de julio de 1993, el 25 de junio de 1999, el 26 de junio de 2004 y 26 de junio de 2009, actualizaciones que entraron a regir el 1º de enero de 1992, de 1996, de 2002, de 2007 y de 2012, respectivamente. La Argentina aprobó en 1993 la Convención que establece dicha Nomenclatura mediante Ley 24.206.

20. La denominada Convención de Estambul cuenta con trece anexos en vigencia.

21. Esta convención tiene un ámbito de aplicación mayor que el de la Convención de Nairobi, con la que habrá de convivir hasta que los Estados parte de esta se vayan incorporando a la recientemente elaborada.

ser una guía calificada para lograr una terminología común en la materia.

Además, en materia aduanera, aunque fuera del ámbito de la OMA, cabe recordar las siguientes convenciones:

Convención internacional para la simplificación de las formalidades aduaneras, hecha en Ginebra el 3 de noviembre de 1923 (Partes: 50; en vigor desde el 27/11/1924), que ya mencionáramos precedentemente.

Acuerdo de Beirut destinado a facilitar la circulación internacional de materiales audiovisuales de carácter educativo, científico o cultural, del 10 de diciembre de 1948 (Partes: 36; en vigor desde el 12/8/1954).

Acuerdo de Florencia para la importación de objetos de carácter educativo, científico o cultural, del 17 de junio de 1950 (Partes: 96; en vigor desde el 31/5/1951).

Convención internacional para facilitar la importación de muestras comerciales y material publicitario, hecha en Ginebra el 7 de noviembre de 1952 (Partes: 63; en vigor desde el 20/11/1955).

Convención aduanera relativa a la importación temporaria de vehículos comerciales por carretera, elaborada en Ginebra el 18 de mayo de 1956 (Partes: 39; en vigor desde el 8/4/1959).

Acuerdo sobre la importación temporaria en franquicia aduanera, a título de préstamo gratuito y con fines de diagnóstico o terapéutica de material médico-quirúrgico y de laboratorio destinado a establecimientos sanitarios, hecho en Estrasburgo, el 28 de abril de 1960.

Convención europea relativa al régimen aduanero de “pallets” utilizados en los transportes internacionales, hecha en Ginebra el 9 de diciembre de 1960 (Partes: 28; en vigor desde el 12/6/1962).

Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, firmada en Washington el 3 de marzo de 1973 (en vigor desde el 1/7/1975).²² Nuestro país adhirió a la misma por Ley 22.344 del 1º de diciembre de 1980 (B.O., 1º/10/1982).

22. En esta convención se reglamenta la importación y la exportación de especies de fauna y flora silvestres sujetándolas a la previa intervención de las autoridades administrativas competentes en cada Estado, que deben emitir los respectivos permisos de importación y de exportación. La convención se refiere no solo a las especies en peligro de extinción, sino también a aquellas que podrían estarlo de no adoptarse medidas estrictas e incluso a otras especies cuyo comercio también se considera oportuno vigilar. A tal fin, se incluyen las especies de que se trata en alguno de los tres apéndices a la convención.

Convención internacional sobre la armonización de los controles de mercaderías en las fronteras, hecha en Ginebra el 21 de octubre de 1982, bajo los auspicios de las Naciones Unidas (Partes: 43; en vigor desde el 15/10/1985).

Convenio de la ONU sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, suscripta en Basilea el 22 de marzo de 1989 (Partes: 58; en vigor desde el 5/5/1992).

Convenio de la ONU sobre la criminalidad transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (Partes: 40; en vigor desde el 29/9/2003).

Convenio internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convención SOLAS), hecho en Londres el 1º de noviembre de 1974, con la Enmienda del 12 de diciembre de 2002, que entrara en vigor el 1º de julio de 2004.

Código internacional para la protección de buques y las instalaciones portuarias (Código PBIP), suscripto en Londres el 12 de diciembre de 2002, que entrara en vigor el 1º de julio de 2004.

Por su repercusión en el comercio internacional, debe mencionarse también la denominada Iniciativa de Seguridad de los Contenedores (CSI, en inglés), adoptada en el 2002 por los Estados Unidos, después de los atentados terroristas que sufriera su país en el 2001, que obliga a escanear los contenedores en los puertos de exportación cuando tuvieren por destino a ese país.

4. LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO ADUANERO: LA CONVENCIÓN DE KIOTO Y LA CONVENCIÓN DE ESTAMBUL

Si bien, como hemos visto, en el ámbito de la OMA se ha elaborado un conjunto importante de convenciones, consideramos que a los fines de propiciar la uniformización de los regímenes aduaneros deben destacarse la Convención de Kioto y la Convención de Estambul.

En consecuencia, brindamos a continuación un breve comentario referido a ellas, para ilustrar sobre su alcance y contenido.

4.1. La *Convención internacional para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros*, aprobada en la ciudad de Kioto (antigua capital de Japón) el 18 de mayo de 1973 (que contiene 31 anexos), fue reemplaza-

zada, mediante el Protocolo de Enmienda del 26 de junio de 1999, por la Convención de Kioto revisada, en vigencia desde el 3 de febrero de 2006. Constituye un importante modelo elaborado para facilitar la uniformización de las legislaciones aduaneras de los distintos países.

Esta Convención, en su versión de 1999, que cuenta actualmente con 102 Partes Contratantes, está constituida por el “Cuerpo de la Convención”, por un Anexo general y por diez Anexos específicos, algunos de ellos divididos en capítulos –los que suman 25–, donde se contemplan las instituciones y los regímenes aduaneros.

Dada su importancia como modelo para la elaboración de códigos o legislaciones aduaneros, reproducimos a continuación su estructura en la nueva versión revisada.

Cuerpo de la Convención

Anexo general

Se integra con los siguientes diez capítulos: 1. Principios generales; 2. Definiciones; 3. Formalidades de desaduanamiento y otras formalidades aduaneras; 4. Derechos e impuestos; 5. Garantía; 6. Control aduanero; 7. Aplicación de la tecnología de la información; 8. Relaciones entre la Aduana y los terceros; 9. Informaciones y Decisiones comunicadas por la Aduana; 10. Recursos en materia aduanera.

1. Anexos específicos

Anexo A Arribo de las mercaderías al territorio aduanero

Capítulos:

1. Formalidades aduaneras anteriores a la presentación de la declaración de mercaderías;
2. Depósito temporario de mercaderías.

Anexo B Importación

Capítulos:

1. Despacho a consumo;
2. Reimportación en el mismo estado;
3. Admisión en franquicia de los derechos e impuestos a la importación.

Anexo C Exportación. Capítulo 1. Exportación a título definitivo.

Anexo D *Depósitos de aduana y zonas francas*

Capítulos:

1. Depósitos de aduana;
2. Zonas francas.

Anexo E *Tránsito*

Capítulos:

1. Tránsito aduanero;
2. Traslado;
3. Transporte de mercaderías por cabotaje.

Anexo F *Transformación*

Capítulos:

1. Perfeccionamiento activo;
2. Perfeccionamiento pasivo;
3. Drawback;
4. Transformación de mercaderías destinadas al despacho al consumo.

Anexo G *Importación temporaria*. Capítulo 1. Importación temporaria.

Anexo H *Infracciones*. Capítulo 1. Infracciones aduaneras.

Anexo J *Procedimientos especiales*

Capítulos:

1. Viajeros;
2. Tráfico postal;
3. Medios de transporte de uso comercial;
4. Productos de aprovisionamiento;
5. Envíos de socorro.

Anexo K *Origen*

Capítulos:

1. Reglas de origen;
2. Pruebas documentales de origen;
3. Control de las pruebas documentales de origen.
- 4.2. La *Convención relativa a la importación temporaria* (Convención de Estambul) fue aprobada en la ciudad de Estambul el 26 de junio de 1983 y entró en vigencia el 27 de noviembre de 1993. Cuenta con 61 Partes Contratantes.

Esta convención, a través de sus distintos anexos, vino a remediar una situación confusa, derivada de la existencia de una multiplicidad de convenciones aprobadas en distintos ámbitos y referidas, principal o

incidentalmente, a la importación temporaria de diferentes mercaderías.

Se logra con ella preservar una terminología uniforme y precisa, así como asegurar, mediante una regulación sistemática, la coherencia de las soluciones contempladas

Reproducimos a continuación su estructura, compuesta por el Cuerpo de la Convención y sus trece anexos.

Cuerpo de la Convención

Se integra con un Preámbulo y cinco capítulos. Capítulo I. Disposiciones generales; Capítulo II. Ámbito de aplicación de la Convención; Capítulo III. Disposiciones especiales; Capítulo IV. Disposiciones varias; Capítulo V. Disposiciones finales.

Anexos

Anexo A *relativo a los títulos de importación temporaria* (Cuadernos ATA, Cuadernos CPD)

Anexo B1 *relativo a las mercaderías destinadas a ser presentadas o utilizadas en una exposición, feria, congreso o manifestación similar*

Anexo B2 *relativo al material profesional*

Anexo B3 *relativo a los contenedores, paletas, embalajes, muestras y otras mercaderías importadas en el marco de una operación comercial*

Anexo B4 *relativo a las mercaderías importadas en el marco de una operación de producción*

Anexo B5 *relativo a las mercaderías importadas con un fin educativo, científico o cultural*

Anexo B6 *relativo a los efectos personales de los viajeros y a las mercaderías importadas con un fin deportivo*

Anexo B7 *relativo al material de propaganda turística*

Anexo B8 *relativo a las mercaderías importadas en tráfico fronterizo*

Anexo B9 *relativo a las mercaderías importadas con fines humanitarios*

Anexo C *relativo a los medios de transporte*

Anexo D *relativo a los animales*

Anexo E *relativo a las mercaderías importadas con suspensión parcial de los derechos e impuestos de importación.*

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES ADUANEROS CONSAGRADOS EN LA CONVENCIÓN DE KIOTO REVISADA EN 1999

Resulta de interés mencionar los principios generales aduaneros que se hallan incorporados a la Convención sobre la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros. Es que tal convención, tanto en su primera versión de 1973 como en la versión revisada en 1999, no podía ignorar los principios consagrados desde hace mucho tiempo en la materia aduanera.

Debe advertirse que en el Anexo General de la Convención de Kioto revisada en 1999, si bien el Capítulo 1, integrado por tres Normas, se titula “Principios Generales” no se propone enumerar a los principios generales del Derecho aduanero, ni siquiera aquellos recogidos en el Anexo General y en los Anexos específicos, como podría esperarse o suponerse. Así, en la Norma 1 expresa: “Las definiciones, las Normas y las Normas Transitorias contenidas en el presente Anexo se aplicarán a los regímenes aduaneros y a las prácticas establecidas en el mismo, y en la medida en que sea aplicable, a los regímenes y prácticas cubiertos por los Anexos Específicos. En la Norma 2 se precisa: “Las condiciones a cumplir, así como las formalidades aduaneras que se deberán llevar a cabo a los efectos de los regímenes y prácticas cubiertos por este Anexo y por los Anexos Específicos, serán establecidas en la legislación nacional y serán tan sencillas como sea posible”. En la Norma 3 se establece: “La Aduana instituirá y mantendrá relaciones formales de consulta con el sector comercial, a fin de incrementar la cooperación y de facilitar la participación en el establecimiento de métodos de trabajo más efectivos y coherentes con las disposiciones nacionales y con los acuerdos internacionales”.

Se comprueba así que en este Capítulo integrado por estas tres Normas no se ha pretendido contemplar a los principios propios y esenciales del Derecho aduanero. Por consiguiente, para la determinación de los mismos debe examinarse atentamente todo el texto de la Convención, vale decir tanto de su Anexo General como el de sus Anexos específicos.

Sin pretender efectuar aquí un análisis exhaustivo al respecto, consideramos de interés, a título ilustrativo, señalar algunos principios aduaneros que para nosotros revisten singular relevancia.

El principio que, a mi entender, es básico en el Derecho aduanero y que, por consiguiente, merece ser mencionado en primer lugar, es el que

impone que todas las mercaderías que pretendan ingresar o egresar del territorio del Estado deben someterse al control aduanero.

Este principio ha sido recogido en el Anexo general de la Convención de Kioto revisada en 1999, en el Capítulo 6 referido al “Control aduanero”, donde se expresa: “Norma 6.1 Todas las mercaderías, comprendidos los medios de transporte, introducidas al territorio aduanero o que salen de él serán sometidas al control de la aduana, puedan o no estar sujetas al pago de derechos e impuestos de importación”.²³

Aunque la norma transcripta se refiera expresamente al ingreso o egreso del territorio aduanero, en realidad el principio también es aplicable al ingreso o egreso de las mercaderías a las zonas o áreas francas. Ello es así porque la aplicación de las restricciones no económicas encomendada a las aduanas debe efectuarse en todas las fronteras del territorio donde el Estado ejerce soberanía, es decir tanto en los ámbitos arancelarios como en los no arancelarios.

Este principio primordial suele hallarse tutelado en los distintos países por una disposición de naturaleza penal, que castiga a quienes voluntariamente eludan ese control aduanero, y que configura el ilícito denominado “contrabando”.²⁴ Lo que se pretende con la tipificación de este ilícito es preservar el adecuado ejercicio del control de las importaciones y de las exportaciones encomendado a las aduanas. Por tal razón, es el ilícito aduanero por antonomasia.

La obligación de someter la mercadería al control aduanero ya estaba prevista en la Ordenanza aduanera francesa de febrero de 1687, tanto con relación a los transportistas como con respecto a los importadores y a los exportadores. Nótese que, por lo común, atañe en primer lugar a los transportistas, ya que son ellos los primeros en ponerse en contacto con las aduanas cuando arriban a los puertos, aeropuertos o a los puntos de entrada terrestres habilitados conduciendo los medios de transporte.

23. En la Convención de Kioto de 1973 puede verse el Anexo A.1 relativo a las formalidades aduaneras anteriores a la presentación de la declaración de mercaderías, norma 3. En la doctrina, puede recordarse a MOLIÉRAC, J., que lo expresaba así: “Todas las mercaderías, a su entrada a Francia, como a su salida deben ser declaradas a la aduana, incluso cuando ellas no están gravadas con derecho alguno” (*Traité de législation douanière, op. cit.*, p. 89, N°74).

24. Al respecto, puede verse del autor “El contrabando y sus notas definitorias”, en la revista *El Derecho*, Buenos Aires, del 24/11/2011 (tomo 245. pp. 931 a 943).

Por otra parte, también la contempla el Código de Aduanas sancionado en Francia, después de la Revolución Francesa, por la Asamblea General por ley del 22 de agosto de 1791. Así puede verse en su Título II, denominado “De la entrada y salida de mercaderías, de las declaraciones, de la visita, etc.” [*sic*], cuyo artículo primero expresa: “Todas las mercaderías importadas en Francia, serán conducidas directamente a la primera oficina de entrada de la frontera, bajo pena de confiscación y de cien libras de multa. Los mercaderes y los conductores (*voituriers*) estarán obligados a realizar su marcha de manera de tomar la ruta directa al lugar donde estará situada la primera y más próxima oficina...”.

Este principio obliga, por consiguiente, al que arriba con mercaderías a presentarlas a la autoridad aduanera y debe hacerlo en forma inmediata y seguir los caminos o rutas indicadas (“rutas legales”) para acceder a la aduana pertinente.

En la Convención de Kioto revisada,²⁵ el Anexo específico A, en el Capítulo 1 relativo a las “Formalidades aduaneras anteriores a la presentación de la declaración de mercaderías”, en la norma 5 se dispone: “La introducción de mercaderías en el territorio aduanero lleva anexa la obligación para el transportista de conducir las directamente, siguiendo, en su caso, los itinerarios determinados, y sin retardo, a una aduana o a otro lugar designado por las autoridades aduaneras, sin romper los precintos y sin modificar ni su naturaleza ni su embalaje”.

En la Ordenanza aduanera francesa de 1687 pueden verse,²⁶ en el Título II, los artículos I, V, VIII y XXIII.

En el artículo I se dispone que deben conducir las mercaderías directamente a la oficina aduanera más próxima, bajo pena de confiscación.

En el artículo V se precisa que los transportistas tienen 24 horas a contar desde su arribo para efectuar la declaración de la carga ante la aduana.

En el artículo VIII se prevé el control que debe ejercer el servicio aduanero sobre todas las mercaderías a través de la denominada “visita”, es decir de su verificación.

25. En la Convención de Kioto de 1973 puede verse el Anexo A.1, norma 7. En el Código Aduanero argentino pueden verse los arts. 116 y 130.

26. Hemos mencionado estas disposiciones de la Ordenanza de 1687 en *Introducción al Derecho Aduanero, op. cit.*, pp. 86 y 89 y en *Derecho Aduanero. Parte General. Sujetos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 41 a 45.

En el artículo XXIII se prohíbe a los transportistas apartarse de la ruta indicada o usual, bajo pena de comiso y multa.

Otro principio que atañe a los transportistas que traen mercadería es el que les impone que, a bordo del medio de transporte, deben tener los documentos que individualicen la mercadería transportada. Es decir, en primer lugar, el cargamento debe estar indicado en el manifiesto de carga. Con relación a los efectos que traen los tripulantes, estos deben estar individualizados en el manifiesto de pacotilla. Las bebidas y alimentos que se hallan en el medio de transporte para consumo de los pasajeros y de los tripulantes, deben estar descriptos en el manifiesto de rancho o de provisiones de a bordo. De tal modo, todo lo que se transporta en el medio de transporte debe estar respaldado por la documentación a bordo. Las mercaderías que han sido cargadas como consecuencia de un contrato de transporte deben estar respaldadas en los respectivos “conocimientos”.

En la Ordenanza aduanera francesa de 1687 pueden verse, en el Título II, los artículos VI y IX.

Otro principio se refiere a los que pretenden importar mercaderías. Ellos deben declarar en forma veraz y exacta la mercadería cuya introducción solicitan. A diferencia de la declaración “sumaria” que debe realizar el transportista al arribo, se trata aquí de la declaración “en detalle”, que incumbe al declarante o importador de la mercadería y que debe efectuarse con carácter previo.

Esta declaración una vez efectuada es “inalterable” y, en caso de no corresponder lo declarado con lo verificado por el servicio aduanero, se configura un ilícito denominado “declaración inexacta”.

Tal principio se hallaba consagrado en la Ordenanza francesa de 1687, en el Título II, cuyo artículo VII expresaba: “Aquellos que hubieran dado o hecho sus declaraciones ya no podrán aumentar o disminuir, bajo pretexto de omisión u otro, y la veracidad o la falsedad de la declaración será juzgada según lo que hubiera sido primeramente declarado”.²⁷

27. Vivent Magnien acota a propósito de esta norma que conforme a ella “...una vez que la declaración es puesta en el registro y firmada por tales razones, y bajo ningún pretexto, no puede modificarse nada” (comentario efectuado en 1876 por este renombrado experto aduanero a la Ordenanza de 1687 y reproducido en anexo junto a la misma en la citada obra de BOY, Jean-Claude, p. 193).

El Código de Aduanas de Francia de 1791, en su título II “De la entrada y salida de mercaderías, de las declaraciones, de la visita, etc.” [*sic*], el artículo XII, en forma concordante, expresa: “Los que hubieran hecho sus declaraciones ya no podrán aumentar ni disminuir, bajo cualquier pretexto, y la veracidad o la falsedad de la declaración será juzgada sobre lo que se hubiera primeramente declarado. Sin embargo, si, el día de la declaración y antes de la visita, los propietarios o los conductores de sus mercaderías reconocen algún error en su declaración, referida al peso, al número, a la medida (longitud) o al valor, podrán modificar, rectificar dichas declaraciones, presentando siempre los bultos, las cajas o los toneles en la misma cantidad, marcas y números que están enunciados en las declaraciones, así como las mismas especies de mercaderías; luego de ese plazo, ya no serán recibidas”.²⁸

En la Convención de Kioto revisada, en el Anexo general, Capítulo 3 “Formalidades de desaduanamiento y otras formalidades aduaneras”, en la norma 3.8 se dispone: “El declarante es considerado responsable ante la aduana de la exactitud de las informaciones suministradas en la declaración de mercaderías y del pago de los derechos y tributos”.²⁹

En la norma 3.27 se expresa: “La aduana permitirá al declarante rectificar la declaración de mercaderías que ha sido presentada, a condición de que al momento de formular la petición no haya dado comienzo el examen de la declaración o la verificación de las mercaderías”.³⁰

En la norma 3.28 se precisa: “La aduana permitirá al declarante rectificar la declaración de mercaderías si formula la petición después de

28. En “Observaciones” a ese artículo se explica: “Interesa al comercio que el servicio de aduanas sea realizado con celeridad. La observancia de todas las reglas tendientes a ese fin es importante. Es con ese fin que la Ordenanza de 1687 había prohibido a los propietarios de las mercaderías aportar ningún cambio a las declaraciones. La nueva ley, más favorable acuerda la facultad de reformarlas; pero quiere que sea el mismo día y antes de que la visita haya comenzado; y que la rectificación no se refiera sino a la cantidad, al peso, la medida o el valor, no sobre la calidad de la mercadería. He aquí la razón de esta diferencia. Un negociante no puede equivocarse sobre la calidad de la mercadería, la conoce ya que la encarga; pero puede fácilmente equivocarse sobre el peso, la medida y la cuenta misma, ya que basta que haya un falso cálculo en la reducción de peso o medida extranjera en peso o medición en Francia”

29. En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo B.1, norma 7. En el Código Aduanero argentino, pueden verse los arts. 234, 237, 246, 248, 777, 954 y 956.

30. En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo B.1, norma 18. En el Código Aduanero argentino, pueden verse los arts. 224, 225, 321 y 322.

iniciado el examen de la declaración, siempre que las razones invocadas por el declarante sean consideradas justificadas por las autoridades aduaneras”.³¹

Como puede verse, con el tiempo se fueron admitiendo ciertas excepciones, que atemperaron el principio, pero no lo desvirtuaron.³²

Debe advertirse que la Convención de Kioto persigue simplificar las normativas aduaneras en beneficio del comercio internacional.

En consecuencia, en sus disposiciones podemos encontrar, además de los principios tradicionales del Derecho aduanero, la consagración de nuevos principios que regulan el ejercicio de las atribuciones aduaneras en favor de la facilitación del comercio. Es que si entendemos por Derecho aduanero el conjunto de normas jurídicas que regulan el tráfico internacional de mercadería y, por lo tanto, este tráfico constituye su objeto, se colige que si la naturaleza de ese tráfico se modifica, es necesario que las disposiciones que tiendan a regularlo se adapten a esas variaciones. Estamos ahora en presencia de nuevos principios, que no siempre conviven armoniosamente con los principios tradicionales. Estos principios emergen del Derecho aduanero internacional contemporáneo, que ha debido adaptarse a las condiciones en que desenvuelve en la actualidad el tráfico internacional de mercaderías. En consecuencia, con ellos se procura muchas veces limitar o condicionar las atribuciones de las aduanas

31. En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo B.1, práctica recomendada 19. Como se ve, esta simple Práctica Recomendada es transformada en Norma en la Convención de Kioto de 1999, lo que torna en obligatorio lo dispuesto para las Partes Contratantes. En el Código Aduanero argentino, pueden verse los arts. 225 y 322.

32. Sobre el principio de la inalterabilidad de la declaración aduanera, puede verse: ALAIS, Horacio Félix, *Los principios del Derecho Aduanero*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 334; ALBERT, Jean-Luc, *Douane et Droit Douanier*, París, PUF, 2013, p. 27; ALLIX, Edgard, *Les droits de douane...*, op. cit., T. I, pp. 360 a 362; BERR, Claude J., y TRÉMEAU, Henri, *Le droit douanier communautaire et national*, 7ª ed., París, Economica, 2006, p. 181, N°305, y p. 190, N°330 y 331; COTTER, Juan Patricio, *Derecho Aduanero*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, T. I, pp. 266 y 267; CUTRERA, Achille, *Principii di diritto e politica doganale*, Padua, Cedam, 2ª ed., 1941, p. 76, N°33; MOLIÉRAC, J., *Traité de législation douanière*, op. cit., p. 93, N°76; PALLAIN, G., *Les douanes françaises*, París, Librairie Administrative Paul Dupont, T. I (*Régime des douanes – Régime général et régime spéciaux*), 1913, pp. 31 a 33, N°36; PRAHL, Hasso, *Douanes et accises*, Bruselas, Guide Fiscal Permanent, 1999, p. 298, N°3790 y 3800. En el Código Aduanero argentino, veáanse los arts. 224, 225, 321 y 322.

con el fin de armonizarlas con las necesidades y características impuestas por dicho tráfico.

Así, por ejemplo, puede verse en este sentido en el Anexo general lo previsto en el Capítulo 6, relativo al control aduanero. Así, si bien en la Norma 6.1 se consagra un principio primordial del Derecho aduanero, al expresarse: “Todas las mercaderías, comprendidos los medios de transporte, que son introducidos al territorio aduanero o que egresen de él, están sometidas al control aduanero, sean o no pasibles de derechos y tributos”, a continuación limita, condiciona o precisa las formas en que debe ejercerse ese control en las normas siguientes.

La Norma 6.2 dispone: “Los controles aduaneros se limitarán al mínimo necesario para asegurar la aplicación de la legislación aduanera”. Se trata así de no crear obstáculos innecesarios al comercio internacional.³³

La Norma 6.3 prevé: “Para la aplicación de los controles aduaneros, la aduana recurrirá a la gestión de riesgos”. Se trata de una norma nueva. Se parte del supuesto de que, dado el crecimiento extraordinario del tráfico, así como su velocidad, resulta imposible ejercer el control aduanero sobre todas las mercaderías importadas, sin provocar una parálisis del comercio internacional. Por consiguiente es necesario limitarse a controlar una parte reducida de tales operaciones, concentrándose en las que presentan mayores peligros. Esa discriminación racional de las operaciones que deben someterse a control prioritariamente se denomina gestión de riesgos.

La Norma 6.4 precisa que “la aduana recurrirá al análisis de riesgos para designar a las personas y a las mercaderías a examinar, comprendidos los medios de transporte, y la extensión de esta verificación”. Esta también constituye una norma nueva.

La Norma 6.7 expresa que “la aduana procurará cooperar con las otras administraciones aduaneras y a concluir acuerdos de asistencia mutua administrativa para mejorar los controles aduaneros”. Con esta nueva norma se persigue que se establezcan vinculaciones permanentes entre las distintas aduanas de los miembros.

La Norma 6.8 dispone: “La aduana procurará cooperar con el comercio y a concluir Protocolos de acuerdo para mejorar los controles aduaneros”.

33. En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo A.1, normas 4 y 9. En el Código Aduanero argentino, pueden verse los arts. 23 inc. j (dto. 618/97, art. 7, punto 9) y 114.

Con esta nueva norma se trata de superar las posiciones antagónicas que se han registrado en el pasado entre los comerciantes y las aduanas, y procurar establecer relaciones de colaboración.

La Norma 6.9 prescribe: “La aduana recurrirá, en la medida de lo posible, a la tecnología de la información y al comercio electrónico para mejorar los controles aduaneros”.³⁴

Asimismo, también en el Anexo general, en el Capítulo 1 referido a los “Principios generales”, la Norma 1.2 establece: “Las condiciones a llenar y las formalidades aduaneras a cumplir a los fines de los regímenes y prácticas cubiertos por el presente Anexo y por los Anexos específicos son definidos en la legislación nacional y serán tan simples como sea posible”.

En ese Anexo general, en el Capítulo 3 relativo a las “Formalidades de desaduanamiento y otras formalidades aduaneras”, se prevé en la Norma 3.1: “La aduana designará las oficinas de aduana en las cuales las mercaderías pueden presentarse o desaduanarse. Ella determina la competencia y la implantación de estas oficinas y fija los días y horas de abertura, teniendo en cuenta, especialmente, las necesidades del comercio”.³⁵

En la Norma 3.2 se contempla: “A pedido del interesado por razones juzgadas válidas por la aduana, esta última cumple las funciones que le incumben a los fines de un régimen aduanero o de una práctica aduanera fuera de las horas de abertura fijadas por la administración o en un lugar distinto que la oficina de aduana, en la medida de los recursos disponibles. Los gastos eventuales a percibir por la aduana están limitados al costo aproximado de los servicios prestados”.

En la Norma 3.3 se prevé: “cuando las oficinas aduaneras están situadas en el mismo punto de paso de una frontera aduanera común, las administraciones de aduanas concernidas armonizan las horas de abertura así como la competencia de estas oficinas”.³⁶

34. En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo J.1, norma 4. Se trata del último anexo incorporado a esa convención, con lo que los anexos ascendían a treinta y uno.

35. En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo A.1, norma 6. En el Código Aduanero argentino, pueden verse los arts. 23 incs. g y h (dto. 618/97, art. 6) y 116.

36. En la Convención de Kioto de 1973, pueden verse el Anexo B.1, práctica recomendada 4, y el Anexo C.1, norma 5.

En la Norma 3.12 se dispone: “La aduana debe limitar sus exigencias en lo que concierne a las informaciones que deben ser suministradas en la declaración de mercaderías a las informaciones consideradas indispensables para permitir la liquidación y la percepción de los derechos y tributos, el establecimiento de estadísticas y la aplicación de la legislación aduanera”.³⁷

En el Anexo específico A, en el Capítulo 1 relativo a las formalidades aduaneras anteriores a la presentación de la declaración de mercaderías, en la norma 3 se establece: “La legislación nacional designa los lugares de introducción de las mercaderías sobre el territorio aduanero. La aduana designa los itinerarios a seguir para conducir las mercaderías directamente a la oficina de aduana o en cualquier otro lugar designado por ella, únicamente cuando ella estima necesario para las necesidades del control. Para determinar esos lugares e itinerarios, se tendrá en cuenta especialmente las necesidades del comercio”.³⁸

Otro principio es el del pago de los tributos aduaneros con anterioridad al retiro de la mercadería de la aduana. Este pago por lo general debe ser al contado. Pueden existir excepciones, cuando puede librarse a plaza la mercadería previo otorgamiento de una garantía suficiente.

En la Ordenanza de 1687, Título II “De la entrada y salida de mercaderías, de las declaraciones, de las visitas y de los pagos”, el artículo XVI expresa: “Nuestros derechos serán pagados al contado; sin embargo, en caso de que el administrador haya expedido su comprobante de pago sin recibirlos, podrá diferir las obligaciones sobre los extractos de los registros, conteniendo las declaraciones y suministros de los transportistas; las obligaciones serán ejecutadas contra los deudores, como por nuestros propios dineros”.³⁹

En el Código de Aduanas de Francia de 1791 pueden verse los artículos 1 a 6.

37. En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo B.1, norma 11.

38. En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo A.1, norma 6. En el Código Aduanero argentino, pueden verse el art. 116.

39. Comenta Vivent Magnien con relación a este artículo XVI: “Inmediatamente después de la verificación de las mercaderías, los derechos deben ser pagados al contado, y antes de que el comerciante pueda retirarlas de la oficina; pero como puede ocurrir que el comerciante no tenga listo su dinero, el administrador puede otorgarle crédito, si le parece bien” (al respecto, puede verse, del autor, *Introducción al Derecho Aduanero*, *op. cit.*, p. 88).

En el Anexo general, el Capítulo 4 referido a los “derechos y tributos”, en la Norma 4.15 establece: “Cuando la legislación nacional prevé el pago diferido de los derechos y tributos, debe precisar las condiciones en las cuales esta facilidad es acordada”. La garantía es objeto del Capítulo 5 del Anexo general.⁴⁰

Otro principio es que la descarga de la mercadería no puede realizarse sin la presencia del agente aduanero.

En la Ordenanza de 1687, en el Título II, el arT. IX establece: “Las mercaderías no podrán ser descargadas de las embarcaciones y de los buques sin una autorización por escrito del administrador y sin su presencia, fuere que la descarga sea hecha a tierra, o con trasbordo”.⁴¹

En el Código de Aduanas de 1791 de Francia, en el Título II, el art. XIII establece: “No podrá cargarse en los buques o en otras embarcaciones, ni ser descargada, ninguna mercadería, sin la autorización o el permiso por escrito de los agentes de la administración, y en su presencia, bajo pena de confiscación de las mercaderías y cien libras e multa”.

Otro principio contempla la necesidad de que el interesado esté presente al tiempo de la verificación aduanera.

En la Ordenanza de 1687, puede verse el Título II, que en su artículo XII expresa: “Los comerciantes o transportistas serán conminados a estar presentes en la visita de las mercaderías; en caso de negativa, se dejará constancia en acta, bajo pena de nulidad”.⁴²

El Código de Aduanas de 1791 de Francia en su Título II, artículo XVI expresa: “La visita no podrá efectuarse sino en presencia de los dueños de las embarcaciones o conductores (*voituriers*), de los propietarios de las mercaderías o de sus factores”.

40. Vivent Magnien comentando este artículo IX señala: “No basta al capitán de un buque que quiera sacar la mercadería tener el permiso escrito del administrador; él no puede proceder a la descarga, incluso de bordo a bordo, sin la presencia de un agente aduanero” (BOY, Jean-Claude, *L'Administration des Douanes en France sous l'Ancien Régime*, op. cit., p. 194). En la Convención de Kioto de 1973, puede verse el Anexo B.1, norma 50, nota 2, y la Práctica Recomendada 51. En el Código Aduanero argentino, pueden verse los arts. 453 a 454 y 790.

41. Al respecto, puede verse, *Introducción al Derecho Aduanero*, op. cit., p. 87. El Código Aduanero argentino prevé la misma solución en los arts. 193 y 194.

42. Al respecto, puede verse, *Introducción al Derecho Aduanero*, p. 87. En el Código Aduanero argentino, pueden verse los arts. 242, 243 y 244.

En la Convención de Kioto de 1999, Anexo General, Capítulo 3 relativo al Desaduanamiento y otros trámites aduaneros, la Norma 36 prevé: “La Aduana tendrá en cuenta las peticiones del declarante de estar presente o estar representado durante el reconocimiento de las mercaderías. Estas peticiones se autorizarán excepto en circunstancias excepcionales”. En la Norma 37 se precisa que “la Aduana solicitará al declarante o su representante que asista al reconocimiento de las mercaderías, cuando lo estime útil, a fin de proporcionarle la asistencia necesaria para facilitar el reconocimiento”⁴³.

Otro principio es que las mercaderías pueden salir del territorio aduanero y volver a ingresar al mismo por otra aduana sin tener que abonar derechos de aduana, que actualmente constituye el denominado régimen de removido en el Código Aduanero argentino (arts. 386 a 409) o en otras legislaciones un régimen de cabotaje aduanero.

Efectivamente, las Ordenanzas de 1687 ya contemplaban el “removido”, que en la Convención de Kioto es denominado “cabotaje”, régimen que permite a las mercaderías que salen de un puerto del país con destino a otro puerto de ese país realicen ese traslado sin estar sujetos al pago de tributos. Así, se preveía en dichas Ordenanzas que “las mercaderías que salen de la extensión de la *Ferme* (Administración aduanera) para regresar posteriormente, sea por tierra o por mar, no estarán sujetas a ningún derecho de salida o de entrada” (Tít. I, art. IV, p. 161). Se aclaraba: “Las mercaderías que van por mar de Rouen a la Rochelle, salen no solo de la extensión de la *Ferme*, sino del reino”.

El Código de Aduanas de 1791, en el Título III, prevé en el artículo primero: “Las mercaderías expedidas por mar de un puerto para otro puerto de Francia no estarán sujetas a ningún derecho de entrada o de salida...” (igual por tierra, si atraviesan territorio extranjero).

43. En la Convención de Kioto de 1973, en el Anexo B.1 relativo al despacho a consumo, puede verse la norma 37. Si bien la presencia del interesado es aquí un derecho, también se prevé que la Aduana puede exigir su asistencia cuando lo consideren necesario.

6. LA UNIFORMIZACIÓN EN MATERIA ADUANERA LOGRADA MEDIANTE EL GATT Y EL ACUERDO SOBRE FACILITACIÓN DEL COMERCIO PARA FAVORECER EL TRÁFICO INTERNACIONAL LIMITANDO LA SOBERANÍA DE LOS ESTADOS EN LA FORMA DE REGULAR SU COMERCIO EXTERIOR

6.1. La uniformización aduanera en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y el Comercio

Las atribuciones en materia aduanera de los distintos Estados que lo suscribieron se han visto limitadas por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Las 23 Partes Contratantes que lo firmaron en 1947 fueron aumentando con el transcurso de los años. Hoy en día, luego del Acuerdo de Marrakech de 1994, que incorpora ese Acuerdo en su Anexo 1.A –con algunas modificaciones introducidas en 1955 y 1965–, como GATT de 1994, es aplicable a todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio, que actualmente ascienden a 161.

En efecto, el poder legislativo de los Estados Miembros resulta restringido por ese acuerdo internacional, incluso en cuanto al ejercicio de la denominada potestad tributaria en materia aduanera.

En consecuencia, se ha producido una uniformización importante en los sectores de los ordenamientos aduaneros nacionales involucrados.

A fin de poner de manifiesto esas limitaciones, mencionaremos algunos principios⁴⁴ que emanan del GATT de 1994 y que resultan relevantes para comprobar la importancia y el alcance de estas limitaciones a las tradicionales atribuciones de los Estados en materia aduanera.

Entre tales principios,⁴⁵ destacamos el de no discriminación, el de transparencia, el que admite como único instrumento legítimo para regular

44. Adviértase que estos principios emergentes del GATT, aunque atañen a la materia aduanera, no son necesariamente principios esenciales del Derecho Aduanero, sino más bien condicionamientos que se han impuesto en forma consensuada los Estados Miembros con el fin de favorecer el comercio internacional.

45. Hemos analizado esos principios en nuestra obra *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª edición, 2013, pp. 57 a 138. Asimismo, puede verse del autor: “El Derecho Aduanero y la Organización Mundial del Comercio”, incluido en la obra *Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje al Dr. Juan Patricio Cotter Moine*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 3 a 26.

el comercio exterior al arancel aduanero, el de la valoración en aduana de las mercaderías según pautas objetivas determinadas, el que proclama la disminución progresiva consensuada de los aranceles aduaneros, el de la consolidación de los derechos aduaneros negociados, el que condena las restricciones económicas directas, el que preconiza la libertad de tránsito de las mercaderías y el que prohíbe la adopción de retorsiones o represalias unilaterales e impone la consulta obligatoria entre los Estados involucrados en un conflicto comercial y un sistema de solución de controversias en la esfera de la OMC.

Veamos, a continuación, cómo dichos principios influyen en los Derechos aduaneros nacionales.

6.1.1. El principio de no discriminación, desarrollado en los Artículos I y III del GATT de 1994, presenta dos aspectos. El primero, contemplado en el Artículo I, exige de cada Estado Miembro que dispense un trato igualitario a las mercaderías importadas de los demás países Miembros. Se sustenta en la cláusula de la nación más favorecida, en virtud de la cual cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por un Miembro con relación a un producto originario de otro Miembro debe ser extendido, en forma inmediata e incondicional, a los productos similares de los demás Miembros. El segundo aspecto, contemplado en el Artículo III, procura asegurar un mismo tratamiento entre las mercaderías nacionales y las extranjeras que hubieran sido importadas para consumo. Se expresa mediante la cláusula del trato nacional.

En definitiva, este principio obliga a los Estados Miembros a tratar en forma igualitaria a las mercaderías de los demás Estados Miembros al tiempo de ser estas importadas, así como a no establecer distinciones entre las mercaderías nacionales y las extranjeras introducidas para consumo en su mercado interno.

6.1.2. El principio de transparencia, contemplado fundamentalmente en el Artículo X, obliga a los Estados Miembros a publicar oficialmente toda la normativa mediante la cual regulan el comercio exterior, bajo pena de que, de no hacerlo, esas regulaciones resultan inoponibles para los demás Estados Miembros y los comerciantes respectivos.

6.1.3. El principio que postula el arancel aduanero como el único instrumento admitido para regular el comercio internacional—que se infiere *a contrario sensu* del Artículo XI—, obliga a los Estados Miembros a recurrir

únicamente a los derechos de importación para restringir el tráfico comercial de mercaderías, resultándoles vedado establecer restricciones económicas directas (v. gr., cupos, contingentes, licencias de importación).⁴⁶

Este principio pone de manifiesto que no constituye un objetivo declarado de la OMC la eliminación absoluta y general de los derechos aduaneros. En especial, interesa a los países en desarrollo que no pueden prescindir del arancel para proteger a sus industrias no consolidadas.

6.1.4. El principio que prescribe que la valoración en aduana de las mercaderías importadas debe efectuarse ateniéndose a su valor real, contemplado en el Artículo VII del GATT, obliga a los Estados Miembros a determinar la base imponible de los derechos de importación ad valorem de conformidad con los métodos establecidos en el Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del GATT de 1994.⁴⁷

6.1.5. El principio relativo a la disminución general y progresiva de los derechos aduaneros, que emana de los Artículos II, XXV, párrafo 1, y XXVIII bis del GATT, obliga a los Estados Miembros a procurar, en base a negociaciones fundadas en la reciprocidad y ventajas mutuas, reducir el nivel de sus respectivos aranceles aduaneros.

Esta reducción de los derechos aduaneros se realiza progresivamente en las rondas de negociaciones comerciales multilaterales, que son convocadas periódicamente.

La octava, desarrollada de 1986 a 1993, denominada Ronda Uruguay, implicó una nueva e importante reducción y consolidación de aranceles para los países Miembros. En la novena Ronda del Desarrollo, iniciada en el 2001 y actualmente en curso, no se vislumbra por ahora con claridad la posibilidad de alcanzar éxito en sus objetivos declarados en la Reunión Ministerial de Doha.

46. Por consiguiente, se advierte que en el sistema del GATT se reconoce en forma expresa el derecho de los Estados a recurrir al arancel aduanero, que tanto puede perseguir obtener recursos como brindar protección a las industrias nacionales. Este principio tiene especial relevancia para los países que deben desarrollar y consolidar sus industrias, vale decir, los países en desarrollo y los menos adelantados.

47. Cabe precisar que en materia de los derechos aduaneros de exportación ad valorem, los Estados no se hallan sujetos a lo previsto en el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del GATT de 1994, aunque sí a los principios previstos en el artículo VII del Acuerdo General (conf. párrafo 1). Puede verse al respecto, ZOLEZZI, Daniel, *Valor en aduana (Código universal de la OMC)*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 6, 7 y 19.

6.1.6. El principio de la consolidación de los aranceles aduaneros, que se infiere de los Artículos II, párrafo 1, y XXVIII del GATT, obliga a los Estados Miembros a no aumentar las alícuotas acordadas en las ruedas de negociación comercial multilateral e incorporadas en las respectivas listas nacionales.

6.1.7. El principio de la condena a las restricciones económicas directas a las importaciones, consagrado en el Artículo XI del GATT, obliga a los Estados Miembros a no establecer restricciones cuantitativas u otras restricciones económicas directas, salvo en los casos expresamente autorizados.

Se trata de una limitación importante a la política comercial de los Estados Miembros, que solo pueden recurrir a las restricciones no arancelarias a la importación o la exportación en casos excepcionales (v. gr., en el Artículo XII para la protección de la balanza de pagos, en el Artículo XI, párrafo 2 a), para preservar el abastecimiento interno, en el Artículo XIX por aplicación de la cláusula de salvaguardia o en el Artículo XXV, párrafo 5, mediante la concesión de una dispensa).

6.1.8. El principio de la libertad de tránsito entre los territorios de los Miembros, establecido en el Artículo V del GATT, obliga a los Estados miembros a no gravar con derechos de importación el ingreso de las mercaderías y de los medios de transporte, siempre que no pretendan incorporarse a la circulación económica interna y se limiten a atravesar el territorio del Estado de que se trate.

Las legislaciones aduaneras de los diversos países contemplan, por lo general, destinaciones suspensivas de tránsito de importación y de exportación. Por su parte, la Convención para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros, revisada en 1999, prevé en el Anexo E, Capítulo 1, el “tránsito aduanero”. Además existen otros convenios internacionales que consagran la libertad de tránsito, entre los que cabe recordar aquí a la Convención de Barcelona sobre la libertad de tránsito del 20 de abril de 1921 y a la Convención sobre la Aviación Civil Internacional, suscripta en Chicago el 7 de diciembre de 1944.

6.1.9. El principio de la consulta obligatoria entre los Estados Miembros para solucionar sus diferendos comerciales, que surge de lo previsto en los Artículos II, párrafo 5, y XXII del GATT, prohíbe a los Estados imponer represalias y retorsiones contra otros Miembros en los supuestos en que consideren que se menoscaban o no se cumplen

las concesiones y ventajas que se hubieran acordado, obligándolos a efectuar reclamos directos y, recién en el supuesto de resultar insatisfechos, a solicitar la intervención del Director de la OMC, que ofrecerá sus buenos oficios, mediación, o, en su caso, se establecerá un grupo de expertos (*panel*), de conformidad con lo previsto en el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de controversias*, aprobado en la Ronda Uruguay, e incorporado como Anexo II del Acuerdo de Marrakech.

Es de notar aquí la importancia creciente de la solución de controversias en ese ámbito y la creación de un Órgano Permanente de Apelación, integrado por siete juristas especializados en la materia e independientes, que, además de posibilitar la elaboración de una verdadera jurisprudencia en la materia, reforzará y otorgará mayor consistencia al sistema de la OMC.

6.1.10. En todos estos supuestos, puede verse cómo, a través de esos principios, se va acotando el ejercicio de la soberanía de los Estados Miembros de la OMC en las competencias cedidas.

6.1.11. Si bien existen excepciones a tales principios que pueden ser invocadas por los distintos Estados Miembros, lo cierto es que también estas excepciones se hallan reguladas en la OMC, donde se imponen determinados requisitos y condiciones para su aplicación.

6.2. La uniformización aduanera en el Acuerdo de Facilitación del Comercio

En la Primera Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur en 1996, se aprobó un Programa de Trabajo en el que se agendaron cuatro temas, uno de los cuales fue la “facilitación del comercio”.

En la Cuarta Conferencia Ministerial, llevada a cabo en el 2001 en la ciudad de Doha, se aprobó la Declaración Ministerial en la que encomendó al Consejo del Comercio de Mercancías examinar y, según proceda, aclarar y mejorar los aspectos pertinentes de los arts. V, VIII y X del GATT de 1994, con el propósito explicitado de “facilitar el comercio”.

En la Novena Conferencia Ministerial, celebrada en Bali del 3 al 6 de diciembre de 2013, se aprobó el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, mediante la Decisión Ministerial del 7 de diciembre de 2013.

Consideramos pertinente señalar algunos principios aduaneros que se consagran en este acuerdo.

En el Artículo 1 se reitera el principio de transparencia que contempla el Artículo X del GATT y que ya hemos visto. Aquí se propicia la utilización de internet y el establecimiento o mantenimiento de servicios de información para los gobiernos, los comerciantes y demás partes interesadas, con el fin de hacer conocer las restricciones al comercio exterior que rigen en el Estado de que se trate.

En el Artículo 3 se prevé la emisión de Resoluciones anticipadas por parte de los Miembros en materia de clasificación arancelaria y origen de la mercadería para conocimiento de los importadores y exportadores, quienes así pueden saber el tratamiento aduanero que se les dispensará a sus mercaderías.

En el Artículo 4 se consagra el derecho de los interesados a recurrir las decisiones de la administración aduanera ante una autoridad independiente. Se reitera así lo establecido en el Artículo X, párrafo 2 b), del GATT, donde se prevén “tribunales independientes”.

En el Artículo 6 se consagran ciertas disciplinas sobre las tasas y cargas aplicables a las importaciones y exportaciones. Se determina que su importe debe limitarse al costo aproximado de los servicios prestados, conformándose a lo previsto en el Artículo VIII, párrafo 1 a), del GATT, así como que las sanciones aduaneras serán proporcionadas a la gravedad de la infracción cometida, siguiéndose lo previsto en el Artículo VIII, párrafo 3, del GATT.

En el Artículo 7 se impone a los Miembros reducir al mínimo los efectos y las complejidad de las formalidades. Los Miembros deben prever también la posibilidad de presentar documentación antes del arribo de las mercaderías, para agilizar el libramiento aduanero. Asimismo, se determina que cada Miembro adoptará o mantendrá un sistema de gestión de riesgo para el control aduanero. También se contempla la figura del “operador económico autorizado”, el que siempre que se cumplan determinados requisitos, podrá beneficiarse con “medidas adicionales de facilitación del comercio”.⁴⁸

48. En la Directiva relativa al Marco normativo para brindar seguridad y facilitar el comercio internacional (SAFE), de la Organización Mundial de Aduanas, se contempla la figura del operador económico autorizado.

En el Artículo 8 se impone a los Miembros coordinar las actividades de control en frontera.

En el Artículo 10 se contemplan las formalidades en relación con la importación y la exportación y el tránsito.

Con relación a este tema, se establecen diversas obligaciones para los Estados Miembros.

En el apartado 1 se obliga a reducir al mínimo los efectos y la complejidad de las formalidades de importación, exportación y tránsito.

En el apartado 3 se preconiza la utilización de las normas internacionales como base para los procedimientos aduaneros.

En el apartado 4 se propicia la existencia de una ventanilla única para la presentación de documentos referidos a diversas operaciones.

En el apartado 6 se dispone: “Sin perjuicio de las importantes preocupaciones de política de algunos Miembros que mantienen actualmente una función especial para los agentes de aduanas, a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo los Miembros no introducirán el recurso obligatorio a agentes de aduanas”. Se trata de una norma que rige para el futuro. Su inclusión fue impulsada por la Unión Europea. Consideramos que es una disposición desafortunada, que, además, excede el mandato de “aclarar y mejorar” el Artículo VIII. Avanza indebidamente sobre las atribuciones de los Estados para regular, según sus necesidades y circunstancias la forma de la intervención de los despachantes de aduana, que han sido reconocidos por muchas legislaciones como auxiliares del servicio aduanero y del comercio.⁴⁹

En el apartado 7 se preconiza que los procedimientos en frontera y los requisitos de documentación exigidos sean uniformes para el despacho de las mercaderías en todo el territorio de los Miembros.

En el apartado 8 se establece que los miembros deben permitir al importador devolver al exportador las mercaderías rechazadas sin abonar tributos aduaneros cuando este rechazo se debe a que no cumplen los reglamentos sanitarios o fitosanitarios o los reglamentos técnicos prescriptos. Cabe recordar aquí la Recomendación del 28/11/57 del CCA relativa a

49. Al respecto, puede verse del autor: “El despachante de aduana. Situación planteada frente a la Convención de Kioto revisada en 1999 de la OMA y al Acuerdo sobre facilitación del comercio de la OMC”, publicado en la *Revista del Centro de Despachantes de Aduana del Paraguay*, Asunción, julio de 2014, pp. 24 a 33, y reproducido en la revista *Guía Práctica de Comercio Exterior*, Buenos Aires, 14/11/2014, N°273, pp. 3 a 11.

la devolución o no exigencia de derechos correspondientes a mercaderías rehusadas por el importador por no ser conformes a los contratos. Es este apartado 8 se contempla una situación distinta, pues el rechazo de debe a algún organismo del Estado.

En el apartado 9 se impone a los Estados contemplar la importación temporaria de mercaderías con un fin determinado, sin modificar su estado o para ser objeto de perfeccionamiento. En realidad, la gran mayoría de los Estados ya tienen incorporada en su legislación esta destinación aduanera suspensiva.

En el Artículo 11 se consagra la libertad de tránsito, que ya estaba previsto en el Artículo V del GATT, como hemos visto.

En el Artículo 12 se contemplan medidas para promover el cumplimiento de la normativa aduanera por parte de los comerciantes y el intercambio de información entre los Miembros sobre las mejores prácticas de gestión del cumplimiento de procedimientos aduaneros.

7. LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO ADUANERO A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN. VINCULACIÓN CON EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

El sistema normativo que regula el proceso dirigido a la eliminación progresiva de las discriminaciones relativas a las mercaderías objeto del tráfico entre los distintos territorios aduaneros es denominado “Derecho de la integración”.⁵⁰

Una vez consolidado el proceso, constituirá el sistema jurídico que ha de asegurar la no discriminación entre las mercaderías en el nuevo espacio económico así conformado.

50. Nos hemos ocupado del Derecho de la Integración en nuestra obra *MERCOSUR y Derecho de la Integración*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999 (reimpresión en 2011), y en “Disciplinas y herramientas para la integración económica”, ponencia presentada en el Primer Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero, celebrado en Guadalajara, México, los días 9 y 10 de junio de 2005, publicada en las respectivas *Memorias* de dicho Encuentro por el Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas, ISEF, México DF (pp. 15 a 26), así como en la revista *El Derecho*, Buenos Aires, del 28-X-2005 (sección “Tributario”).

Se distingue netamente del Derecho internacional, pues a diferencia de este, que parte del supuesto insoslayable de la soberanía de los Estados y de su integridad territorial, el Derecho de la integración procura cercenar dicha soberanía y desconocer las fronteras que los delimitan y separan para construir un nuevo ámbito espacial, el territorio común de la unión aduanera.

Además, en sus expresiones más avanzadas, el Derecho de la integración alcanza el denominado “efecto directo” de sus normas y, por lo tanto, resulta aplicable también a los ciudadanos o residentes de los diversos Estados que conforman la unión aduanera. En cambio, el Derecho internacional público se mantiene, en principio, en la esfera de los Estados, cuyas relaciones procura regular.

El Derecho internacional público se caracteriza, entonces, por ser un sistema conservador, un orden básicamente estático y respetuoso del *statu quo*—representado por las soberanías existentes—, frente al dinamismo propio y al afán innovador del Derecho de la integración.

Al respecto, nos parece de interés mencionar las opiniones de Carreau y Juillard, quienes señalan: “El derecho internacional económico al igual que el derecho internacional general están ligados a la existencia de los Estados-nación, independientes, cuyas fronteras constituyen también límites a su acción política y económica. Pero una diferencia fundamental aparece de inmediato. El derecho internacional es un derecho de *protección*: reposa enteramente en la idea de preservación de la independencia política de los Estados. El derecho internacional económico es un derecho de *expansión*: reposa enteramente en la idea de que el enriquecimiento de los Estados es un fin legítimo, y que ese enriquecimiento torna necesario el establecimiento de relaciones de interdependencia económica entre las naciones. A este respecto, el rol que le asignan a la frontera el Derecho Internacional, por una parte, y el Derecho Internacional Económico, por otra parte, ilustra bien esta diferencia: en un caso, ella garantiza la seguridad política de los Estados, y debe entonces permanecer impermeable; en el otro caso, ella implica la cooperación económica entre los Estados, y no puede entonces sino volverse cada vez más permeable”.⁵¹

51. CARREAU, Dominique, y JUILLARD, Patrick, *Droit International Économique*, París, Dalloz, 2ª ed., 2005, p. 7 N°19.

Coincidimos con estos autores. Ya la Carta de las Naciones Unidas consagra en su artículo 2 el principio de la intangibilidad de los territorios de los distintos Estados, espacio donde estos ejercen su soberanía. De tal forma, el Derecho internacional se nos presenta como un derecho conservador, preocupado por la paz y por el mantenimiento del *status quo* establecido después de la segunda guerra mundial, tendiente a evitar reclamos territoriales entre los distintos Estados que componen las “naciones unidas”.

El Derecho de la integración, por el contrario, tiene por fin lograr la conformación de espacios económicos más grandes, que permitan correr las fronteras económicas mediante el establecimiento de uniones aduaneras. Esta institución aduanera implica la sustitución de los territorios aduaneros de los Estados que forman parte del proceso, por un solo territorio aduanero común.

De tal modo, dejando de lado el problema de la soberanía, que involucra a los límites políticos de los Estados, la integración económica avanza basándose en las instituciones que brinda el Derecho aduanero, que permiten la eliminación de las fronteras aduaneras internas, que corresponden a cada Estado, por la búsqueda de una nueva frontera común abarcadora del nuevo espacio económico resultante de la suma de sus respectivos territorios aduaneros.

Por lo tanto, el Derecho de la integración se manifiesta como un derecho proclive al cambio y privilegia la interdependencia entre los Estados, sobre el concepto de la integridad territorial que garantiza la Carta de las Naciones Unidas.

Ahora bien, es necesario advertir que el Derecho aduanero desempeña un rol fundamental en los procesos de integración económica. En las primeras etapas de la integración, partiendo de las preferencias arancelarias, siguiendo por las zonas de libre comercio, hasta la consolidación de las uniones aduaneras, el Derecho aduanero resulta ser la disciplina que cumple el papel básico para su desarrollo y perfeccionamiento. Constituye la herramienta primordial para su construcción y la columna vertebral de las estructuras jurídicas que aseguran el funcionamiento de tales procesos.⁵²

52. Al respecto puede verse del autor, “Disciplinas y herramientas para la integración económica”, *op. cit.*

En los procesos relativos a la creación de las zonas de libre comercio y en las uniones aduaneras, las normativas aduaneros de los distintos países son objeto de armonización y de una paulatina uniformización.

En especial, constituye un requisito reconocido de las uniones aduaneras tener una legislación aduanera común.

En efecto, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, en su vigésima sesión, celebrada en 1931, precisó, en un dictamen sobre la naturaleza que vinculaba entonces a Austria y Alemania, los requisitos necesarios para considerar que nos hallamos frente a una Unión aduanera. Entre ellos se enumera la necesidad de contar con una legislación aduanera común.⁵³

El cumplimiento de este requisito da lugar, como en la Unión Europea, a la elaboración de un código aduanero comunitario. En el MERCOSUR también se ha elaborado un código aduanero, aunque todavía no ha entrado en vigencia, pues debe contar para ello con la ratificación parlamentaria de los países miembros.

8. LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO ADUANERO EN LA UNIÓN EUROPEA

El Código Aduanero de la Unión Europea

En el ámbito europeo, cabe recordar primero el Código Aduanero Comunitario de 1992 (Reglamento CEE 2913/1992), luego el dictado en 2008 para reemplazarlo, denominado Código Aduanero Modernizado de la Unión Europea (Reglamento 2008/450/CE, de 23 de abril) y, finalmente, el Código Aduanero de la Unión Europea, aprobado por el Reglamento (UE) N°952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo del 9 de octubre de 2013.

Los resultados de este proceso de uniformización emprendido por la ahora Unión Europea, que se fueron cristalizando en los códigos mencionados, constituyen un elemento útil a tener en cuenta en la elaboración de otros códigos aduaneros relativos a otros países y a la conformación de uniones aduaneras.

53. Al respecto, puede verse *MERCOSUR y Derecho de la Integración, op. cit.*, p. 39.

Lo cierto es que los tres códigos elaborados sucesivamente revisten singular interés por el esfuerzo de integración que significa acordar un texto entre tantos países como los que integran la Unión Europea, que hoy ascienden a veintiocho.

Sin embargo, debe advertirse que en cuanto a la metodología,⁵⁴ como con relación al abordaje realizado en ciertas cuestiones, todavía deja bastante que desear en lo que hace a un modelo a seguir sin reservas.

El “Código Aduanero de la Unión Europea” se compone de Títulos, Capítulos y Secciones. Reproducimos las denominaciones de todos ellos.

Código Aduanero de la Unión Europea

Título I. Disposiciones generales

Capítulo 1 Ámbito de aplicación de la legislación aduanera, misión de las aduanas, definiciones

Capítulo 2 Derechos y obligaciones de las personas en el marco de la legislación aduanera

Sección 1 Suministro de información

54. La metodología entre el Código Aduanero modernizado del año 2008 y el Código Aduanero de la Unión Europea de 2013 es básicamente la misma. Creemos que resulta válido el comentario efectuado por el destacado jurista Berr: “Sería sin duda exagerado afirmar que este instrumento jurídico alcanza un nivel de calidad tal que pudiera constituir un modelo para otras uniones regionales. Contiene todavía numerosas imperfecciones, debidas, quizás, precisamente al hecho de que, en tanto que obra de compromiso, le falta una inspiración de conjunto, que exprimiría una actitud voluntarista frente a los grandes desafíos de la economía internacional del siglo XXI” (BERR, Claude J., “El Código de Aduanas Comunitario o la perpetua búsqueda de compromiso”, ponencia presentada en el Cuarto Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero, celebrado en Cartagena de Indias, los días 19 y 20 de junio de 2008, publicada en las respectivas *Memorias* del Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas, pp. 203 a 218 (la cita es de la p. 218). Por su parte, PELECHÁ ZOZAYA, Francisco, en diversos lugares de su obra, critica la metodología del Código Aduanero Modernizado de la Unión Europea. Así, por ejemplo, luego de señalar que en ese código no se habla de hecho imponible, ni supuestos de no sujeción, ni de devengo, ni de sujeto pasivo, ni de contribuyente, ni de sustitutos del sujeto pasivo, ni de responsables del pago de la deuda aduanera, concluye: “Lo que sucede es que, como ya hemos visto antes, sigue una sistemática muy rara respecto de la contenida en las leyes tributarias españolas” (*Fiscalidad sobre el comercio exterior: el derecho aduanero tributario*, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 49 y 50).

Sección 2 Representación aduanera
Sección 3 Decisiones relativas a la aplicación de la legislación aduanera
Sección 4 Operador económico autorizado
Sección 5 Sanciones
Sección 6 Recursos
Sección 7 Control de las mercancías
Sección 8 Conservación de documentos y datos. Gravámenes y costes
Capítulo 3 Conversión de divisas y plazos
Título II. Elementos en que se basa la aplicación de los derechos de importación o exportación y otras medidas en el comercio de mercancías
Capítulo 1 Arancel aduanero común y clasificación arancelaria de las mercancías
Capítulo 2 Origen de las mercancías
Sección 1 Origen no preferencial
Sección 2 Origen preferencial
Sección 3 Determinación del origen de mercancías específicas
Capítulo 3 Valor en aduana de las mercancías
Título III. Deuda aduanera y garantías
Capítulo I Origen de la deuda aduanera
Sección 1 Deuda aduanera de importación
Sección 2 Deuda aduanera de exportación
Sección 3 Disposiciones comunes a las deudas aduaneras nacidas en el momento de la importación y de la exportación
Capítulo 2 Garantía de una deuda aduanera potencial o existente
Capítulo 3 Cobro, pago, devolución y condonación del importe de los derechos de importación y de exportación
Sección 1 Determinación del importe de los derechos de importación o de exportación, notificación de la deuda aduanera y contracción
Sección 2 Pago del importe de los derechos de importación de exportación
Sección 3 Devolución y condonación
Capítulo 4 Extinción de la deuda aduanera
Título IV. Mercancías introducidas en el territorio aduanero de la Unión
Capítulo 1 Declaración sumaria de entrada
Capítulo 2 Llegada de las mercancías
Sección 1 Introducción de las mercancías en el territorio aduanero de la Unión

Sección 2 Presentación, descarga y examen de las mercancías
Sección 3 Depósito temporal de las mercancías
Título V. Normas generales sobre el Estatuto Aduanero, la inclusión de mercancías en un régimen aduanero, la comprobación, el levante y la cesión de las mercancías
Capítulo 1 Estatuto aduanero de las mercancías
Capítulo 2 Inclusión de mercancías en un régimen aduanero
Sección 1 Disposiciones generales
Sección 2 Declaraciones en aduana normales
Sección 3 Declaración en aduana simplificada
Sección 4 Disposiciones aplicables a todas las declaraciones en aduana
Sección 5 Otras simplificaciones
Capítulo 3 Comprobación y levante de las mercancías
Sección 1 Comprobación
Sección 2 Levante
Capítulo 4 Disposición de las mercancías
Título VI. Despacho a libre práctica y exención de derechos de importación
Capítulo 1 Despacho a libre práctica
Capítulo 2 Exención de derechos de importación
Sección 1 Mercancías de retorno
Sección 2 Pesca marítima y productos extraídos del mar
Título VII. Regímenes especiales
Capítulo 1 Disposiciones generales
Capítulo 2 Tránsito
Sección 1 Tránsito externo e interno
Sección 2 Tránsito de la Unión
Capítulo 3 Depósito
Sección 1 Disposiciones comunes
Sección 2 Depósito aduanero
Sección 3 Zonas francas
Capítulo 4 Destino especial
Sección 1 Importación temporal
Sección 2 Destino final
Capítulo 5 Perfeccionamiento
Sección 1 Disposiciones generales
Sección 2 Perfeccionamiento activo

- Sección 3 Perfeccionamiento pasivo
- Título VIII. Salida de las mercancías sacadas del territorio aduanero de la Unión
- Capítulo 1 Formalidades previas a la salida de las mercancías
- Capítulo 2 Formalidades de salida de las mercancías
- Capítulo 3 Exportación y reexportación
- Capítulo 4 Declaración sumaria de salida
- Capítulo 5 Notificación de reexportación
- Capítulo 6 Exención de derechos de exportación
- Título IX. Sistemas electrónicos, simplificaciones, delegación de poderes, procedimiento de Comité y disposiciones finales
- Capítulo 1 Desarrollo de sistemas electrónicos
- Capítulo 2 Simplificación en la aplicación de la legislación aduanera
- Capítulo 3 Delegación de poderes y procedimiento de comité
- Capítulo 4 Provisiones finales
- Anexo Tabla de correspondencias

La simple lectura de los títulos pone de manifiesto una metodología criticable. Por ejemplo, resulta evidente que, desde un punto de vista cronológico, el Título IV referido a la introducción de las mercaderías al territorio aduanero de la Unión, es decir al arribo de las mercaderías, debería preceder al Título II referido a los derechos aplicables, así como al Título III relativo a la deuda aduanera y garantías, ya que ambos suponen el arribo de las mercaderías.

9. LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO ADUANERO EN EL MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) constituye un proceso de integración económica iniciado mediante la suscripción del Tratado de Asunción el 26 de marzo de 1991 entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.⁵⁵

En dicho tratado se declara como objetivo conformar un mercado común, el que ha de asentarse sobre una unión aduanera.

55. Hemos analizado el proceso de integración del MERCOSUR en nuestra obra ya citada *MERCOSUR y Derecho de la Integración*.

Ahora bien, en la medida que el MERCOSUR debe consolidarse como unión aduanera, para asentar sobre ese espacio económico el mercado común, resulta claro que debe lograr reunir las características básicas que corresponden a las uniones aduaneras.

Ya vimos que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, en 1931, precisó en un dictamen los requisitos necesarios para tener por configurada una Unión Aduanera y entre ellos mencionó la necesidad de una legislación aduanera común.

Por lo tanto, en el ámbito del MERCOSUR desde el inicio se procuró desde la elaboración de un Código Aduanero común. Sin embargo, el primer proyecto, confeccionado en 1994 no obtuvo la aceptación de los Estados, dadas sus notorias falencias.⁵⁶ El segundo intento logró un avance mayor, aunque todavía no logró entrar en vigencia, pues no cuenta con la aprobación de todos los Estados miembros.⁵⁷

56. Al respecto, puede verse del autor, *MERCOSUR y Derecho de la Integración*, op. cit., pp. 487 a 491, y “Reflexiones sobre el Código Aduanero del MERCOSUR”, en *Revista de Estudios Aduaneros*, año VI, N°10, Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, 2do. semestre 1996 y 1er. semestre 1997, pp. 115 a 129.

57. Sobre el Código Aduanero del MERCOSUR de 2010, puede verse del autor: “El Código Aduanero del MERCOSUR: ‘territorio aduanero’ y ‘mercadería’. Dos nociones básicas mal definidas”, en *Guía Práctica de Comercio Exterior*, Buenos Aires, 30/9/2010, N°174, pp. 3 a 8; “El Código Aduanero del MERCOSUR: Los derechos de exportación y la necesidad de reparar una notoria incongruencia”, en *Guía Práctica de Comercio Exterior*, Buenos Aires, 15/11/2010, N°177, pp. 3 a 5; “Observaciones al Código Aduanero del MERCOSUR”, en revista *Impuestos*, N°5, mayo 2011, Buenos Aires, pp. 121 a 129; “Comentarios al Código Aduanero del MERCOSUR, aprobado en la provincia de San Juan (Argentina) en agosto de 2010 (Decisión CMC 27/2010)”, en revista *El Derecho*, Buenos Aires, del 16/9/2011 (tomo 244, pp. 590 a 606); “Código Aduanero del MERCOSUR. Antecedentes y modelos de uniformización aduanera”, ponencia presentada en el IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del MERCOSUR, celebrado en Quito, los días 20 y 21 de septiembre de 2012, y publicado en las respectivas *Memorias*, Quito, pp. 41 a 93. Asimismo, puede verse: BARREIRA, Enrique C., “Aspectos institucionales que presenta el Código Aduanero del MERCOSUR (Decisión N°27/94)”, revista *Guía Práctica de comercio exterior*, Buenos Aires, 30/11/2010, N°178, pp. 3 a 8; y *El Código Aduanero del MERCOSUR (Decisión N°27/94)*, www.aduananews.com.ar, N°103, octubre 2010; COTTER, Juan Patricio, “MERCOSUR. Reflexiones en torno al nuevo Código Aduanero aprobado por Decisión 27/10 del Consejo Mercado Común”, revista *El Derecho*, 13/10/2011, y “El Código Aduanero del MERCOSUR”, ponencia presentada en el Cuarto Encuentro Iberoamericano de Derecho Aduanero, celebrado en Cartagena de Indias,

Cabe señalar que este segundo proyecto, cuya redacción se encomendó a un Grupo de Trabajo *ad hoc*, luego de iniciada su tarea, se vio sorpresivamente limitado en el alcance de su propósito originario, en razón de que el Grupo Mercado Común, desafortunadamente, frente a algunas dificultades para lograr consenso sobre ciertos temas y apremiado para poder mostrar un resultado, mediante la resolución N°40/2006, convirtió el proyecto de Código Aduanero del MERCOSUR en un mero “código marco”. En tales términos, la normativa aprobada mediante la Decisión CMC N°27 de 2010, constituye un cuerpo elemental, que en la gran mayoría de las materias abordadas remite a las respectivas legislaciones nacionales. Por lo tanto, la materia objeto de uniformización a través de esta regulación resulta exigua y no llega a conformar un código en sentido propio.

No obstante, a pesar que se trata de un intento de uniformización acotado e insuficiente, estimamos pertinente reproducir su estructura.

Código Aduanero del MERCOSUR de 2010

Título I Disposiciones preliminares y definiciones básicas

Capítulo I Disposiciones preliminares

Capítulo II Definiciones básicas

Capítulo III Zonas aduaneras

Título II Sujetos aduaneros

Capítulo I Administración aduanera

Capítulo II Personas vinculadas a la actividad aduanera

Título III Ingreso de la mercadería al territorio aduanero

Capítulo I Disposiciones generales

los días 19 y 20 de junio de 2008, publicada en las respectivas *Memorias* del Instituto Interamericano de Fronteras y Aduanas, pp. 167 a 185; “Observaciones al anteproyecto del Código Aduanero del MERCOSUR de 2008, sugeridas por el Instituto Argentino de Estudios Aduaneros y la Cámara Argentina de Comercio”, en la revista *Guía Práctica de comercio exterior*, 15 de noviembre 2010, N°177, pp. 6 a 11. Estas observaciones fueron formuladas por el Grupo de Trabajo, conformado a instancias de la Dirección General de Aduanas, por el Instituto Argentino de Estudios Aduaneros y la Cámara Argentina de Comercio para analizar la versión del Anteproyecto de CAM de mayo de 2008. El Grupo de trabajo se integró con los Dres. Enrique C. Barreira, Ricardo Xavier Basaldúa, Juan P. Cotter, Juan M. Devoto, Jorge Di Fiori, Francisco Menéndez, Horacio García Prieto, Catalina García Vizcaíno, Ana L. Sumcheski y Daniel Zolezzi.

Capítulo II Declaración de llegada y descarga de la mercadería
Capítulo III Depósito temporal de importación
Título IV Destinos aduaneros de importación
Capítulo I Clasificación
Capítulo II Inclusión en un régimen aduanero de importación
Sección I Disposiciones generales
Sección II Importación definitiva
Sección III Admisión temporaria para reexportación en el mismo estado
Sección IV Admisión temporaria para perfeccionamiento activo
Sección V Transformación bajo control aduanero
Sección VI Depósito aduanero
Capítulo III Reembarque
Capítulo IV Abandono
Capítulo V Destrucción
Título V Egreso de la mercadería del territorio aduanero
Capítulo I Disposiciones generales
Capítulo II Declaración de salida
Capítulo III Depósito temporal de exportación
Título VI Destino aduanero de exportación
Capítulo I Disposiciones generales
Capítulo II Exportación definitiva
Capítulo III Exportación temporaria para reimportación en el mismo estado
Capítulo IV Exportación temporaria para perfeccionamiento activo
Título VII Tránsito aduanero
Título VIII Regímenes aduaneros especiales
Capítulo I Disposiciones generales
Capítulo II Equipaje
Capítulo III Efectos de los tripulantes o pacotilla
Capítulo IV Suministro y provisiones para consumo a bordo
Capítulo V Franquicias diplomáticas
Capítulo VI Envíos postales internacionales
Capítulo VII Muestras
Capítulo VIII Envíos de asistencia y salvamento
Capítulo IX Tráfico fronterizo
Capítulo X Contenedores
Capítulo XI Medios de transporte con fines comerciales

- Capítulo XII Retorno de mercaderías
- Capítulo XIII Envíos en consignación
- Capítulo XIV Sustitución de mercadería
- Título IX Áreas con tratamientos aduaneros especiales
- Capítulo I Zonas francas
- Capítulo II Áreas aduaneras especiales
- Capítulo III Tiendas libres
- Título X Disposiciones comunes a la importación y a la exportación
- Capítulo I Prohibiciones o restricciones
- Capítulo II Garantía
- Capítulo III Caso fortuito o fuerza mayor
- Capítulo IV Gestión de riesgo
- Capítulo V Sistemas informáticos
- Capítulo VI Disposición de la mercadería
- Capítulo VII Transbordo
- Título XI Tributos aduaneros
- Capítulo I Disposiciones generales
- Capítulo II Obligación tributaria aduanera
- Capítulo III Determinación del impuesto de importación
- Título XII Derechos del administrado
- Capítulo I Petición y consulta
- Capítulo II Recursos
- Capítulo III Disposiciones generales
- Título XIII Disposiciones transitorias
- Título XIV Disposiciones finales
- Capítulo I Incumplimiento de obligaciones
- Capítulo II Comité del Código Aduanero

Del desarrollo de los temas tratados en el CAM puede advertirse por parte del Grupo de Trabajo una preocupación por seguir un orden lógico.⁵⁸

58. COTTER, Juan Patricio, en la ponencia citada sobre “El Código Aduanero del MERCOSUR”, expresa en lo que hace a la metodología del código aduanero común: “La moderna concepción del Derecho aduanero considera como finalidad primordial de la Aduana la regulación del comercio internacional de mercaderías. La Aduana controla el ingreso y egreso de mercaderías del territorio aduanero, aplica la legislación aduanera vigente, el régimen de restricciones correspondiente así como

En este sentido, debe señalarse, a nivel general, que la metodología seguida es adecuada.

En un trabajo⁵⁹ sobre el Código Aduanero del MERCOSUR hemos expresado al respecto:

9.- La metodología seguida en la redacción del CAM. Desde el punto de vista metodológico, ha de reconocerse que este proyecto supera claramente al de 1995. Puede comprobarse que el Grupo de Trabajo que lo elaborara tuvo en consideración al Código Aduanero argentino. Asimismo, se tuvieron en cuenta muchas de las propuestas formuladas por el Instituto Argentino de Estudios Aduaneros en relación a un primer anteproyecto que, con cierta reticencia, pudo conocerse.

también fiscaliza la adecuada liquidación y pago de los tributos aduaneros. Los tributos aparecen entonces como una restricción arancelaria, mas no como la materia esencial de la Aduana, sino simplemente como una de sus funciones y no ciertamente la más relevante. Esta concepción indudablemente debe actuar como un lucero en la tarea de los codificadores. No recomendamos entonces un esquema metodológico que gire en torno de los tributos aduaneros” (pp. 176 y 177). A continuación menciona el orden de tratamiento de los temas: primero “Disposiciones generales” con los conceptos básicos (territorio aduanero, mercadería, importación y exportación) y ámbito de aplicación del CAM. Luego los “sujetos” que participan en la relación aduanera. Seguidamente, la regulación de las importaciones y exportaciones (aspectos operativos y destinaciones aduaneras). Luego los regímenes especiales (v.gr., equipaje, envíos postales, tráfico fronterizo), el régimen de restricciones directas a la importación y exportación (económicas y no económicas), los tributos regidos por el código (hecho gravado, base imponible y momento imponible), la obligación tributaria aduanera, estímulos a la exportación. Se advierte que la metodología propuesta coincide con la prevista en el Código Aduanero argentino. Agrega, finalmente, que estima conveniente que el CAM, en esta primera etapa, no regule las infracciones y los delitos aduaneros, ni que se ocupe de los procedimientos aduaneros, excepto dejar a salvo el derecho a recurrir las decisiones aduaneras por los administrados. Compartimos todos estos conceptos de Cotter, así como también estas últimas limitaciones. En el caso de los ilícitos, por ser una materia delicada, que ofrece mucha resistencia de los países para ser uniformada. Así ocurre en el ámbito de la Unión Europea, incluso con su tercer código aduanero. En el caso de los procedimientos, por tratarse de una materia que atiende a usos consagrados que responden a la idiosincrasia, los que salvo casos puntuales no requieren ser uniformados, bastando su armonización y la consagración de principios básicos (v.gr., transparencia, derecho a recurrir, entre otros).

59. “Código Aduanero del MERCOSUR. Antecedentes y modelos de uniformización aduanera”, citado en la nota 57.

Sin embargo, a nivel particular, por ejemplo, cabe advertir que en el CAM se incurre en un error metodológico relativo a la ubicación de los Títulos V y VI. En efecto, el Título V trata del “Egreso de la mercadería del territorio aduanero” y el Título VI contempla el “Destino aduanero de exportación”. Entendemos que debería invertirse su orden, ubicando antes el que figura como VI y luego el que obra como V. Ello es así ya que, en la exportación, la destinación tiene lugar, necesaria y lógicamente, antes del egreso de la mercadería. En cambio, en la importación, primero debe regularse la llegada de la mercadería y luego su destino. Al respecto, puede verse la metodología del Código Aduanero argentino (Sección IV, “Exportación”, Título I “Destinaciones de exportación”, y Título II “Salida de la mercadería”).

En definitiva, estamos frente a un proyecto de código básicamente bien desarrollado metodológicamente, pero escuálido, pues debió sujetarse a la resolución GMC N°40/2006, y no pudo entonces regular cuestiones esenciales para constituir un verdadero código que pudiera uniformar la materia aduanera en grado aceptable.

10. LA INFLUENCIA DEL DERECHO ADUANERO COMPARADO EN LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO ADUANERO ARGENTINO

El Código Aduanero argentino de 1981

La Comisión Redactora en la Exposición de Motivos dejó constancia de los antecedentes internacionales y de legislación comparada que tuvo en cuenta al tiempo de elaborar el Código Aduanero,⁶⁰ sancionado mediante la ley 22.415 de 1981.

Así, se precisó: en la legislación comparada de Europa continental: Ley de aduana de Alemania de 1961 (reformada en 1976), Ley General de Aduanas e Impuestos de Bélgica de 1977, Ordenanzas de Aduanas de España

60. Puede verse del autor la “Reseña sobre la elaboración del Código Aduanero. Recuerdo a los 30 años de su entrada en vigencia”, incluido en COTTER, Juan Patricio (coord.), *Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje a los 30 años del Código Aduanero*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 7 a 19.

de 1924 (texto actualizado en 1947), Código de Aduanas de Francia de 1948 (con importantes reformas, hasta 1973), Texto único de las disposiciones legislativas en materia aduanera de Italia de 1973; Ley federal sobre aduanas de Suiza de 1925 (reformada en 1972). En la legislación anglosajona, la *Customs and Excise Act* de 1952, modificada en 1979, de Gran Bretaña, y la *UCR Customs Regulations y Tariff Act* de los Estados Unidos de América de 1930 y las enmiendas de 1970. En América Central, el Código Aduanero Uniforme Centroamericano de 1960. En América del Sur, la Ley Orgánica de Aduanas de Bolivia, decreto-ley N°37 de 1966 del Brasil, las Ordenanzas de Aduana de Chile de 1963, el Código Aduanero del Paraguay de 1947, la Ley General de Aduanas del Perú de 1973 y el Código Aduanero del Uruguay. Asimismo, los trabajos y estudios del Consejo de Cooperación Aduanera, sus Convenciones, Recomendaciones y Resoluciones y, en especial, la Convención para la simplificación y armonización de los regímenes aduaneros (Convención de Kioto) de 1973.

Cabe señalar que, posteriormente, cinco de los ocho integrantes de la Comisión Redactora trabajaron durante varios años en un comentario al Código Aduanero sancionado, que dio lugar a la publicación de una obra integrada por ocho tomos.

La mención resulta pertinente, puesto que en tal obra denominada “Código Aduanero. Comentarios. Antecedentes. Concordancias”, en los artículos comentados se indicó, entre sus antecedentes, los relativos a la “legislación comparada”, por lo que quedaron de tal modo precisadas las fuentes consideradas en la redacción de las distintas normas que integran el código. Se llevó a cabo, de tal modo, un importante trabajo sobre el Derecho aduanero comparado.

La metodología del Código Aduanero ha sido objeto de una especial atención por parte de los codificadores, por lo que estimo que puede servir de modelo en la elaboración de otros códigos.

Se halla compuesto, además de un título preliminar, por dieciséis secciones, subdivididas en títulos y capítulos.

A los fines de poner de manifiesto la metodología seguida⁶¹, estimamos

61. Un análisis sobre la metodología seguida en el Código Aduanero argentino puede verse en BARREIRA, Enrique C., “Sistema y metodología del Código Aduanero argentino”, en COTTER, Juan Patricio (coord.), *Estudios de Derecho Aduanero. Homenaje a los 30 años del Código Aduanero*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 21 a 38.

que resulta suficiente reproducir aquí las denominaciones de las secciones y de los títulos de dicho código, con exclusión de los capítulos.

Código Aduanero de la República Argentina

Título Preliminar: Disposiciones generales

Sección I: Sujetos

Título I: Servicio aduanero

Título II: Auxiliares del comercio y del servicio aduanero

Título III: Importadores y exportadores

Título IV: Otros sujetos

Sección II: Control

Título I: Disposiciones generales

Título II: Ámbitos de control

Sección III: Importación

Título I: Arribo de la mercadería

Título II: Destinaciones de importación

Sección IV: Exportación

Título I: Destinaciones de exportación

Título II: Salida de la mercadería

Sección V: Disposiciones comunes a la importación y a la exportación

Título I: Operación de transbordo

Título II: Despacho de oficio

Título III: Régimen de garantía

Sección VI: Regímenes especiales

Sección VII: Áreas que no integran el territorio aduanero general

Sección VIII: Prohibiciones a la importación y a la exportación

Sección IX: Tributos regidos por la legislación aduanera

Título I: Especies de tributos

Título II: Disposiciones comunes

Sección X: Estímulos a la exportación

Sección XI: Reciprocidad de tratamiento

Sección XII: Disposiciones penales

Título I: Delitos aduaneros

Título II: Infracciones aduaneras

Sección XIII: Preferencias aduaneras

Sección XIV: Procedimientos

Título I: Disposiciones generales
Título II: Procedimientos especiales
Título III: Recursos
Sección XV: Disposiciones complementarias
Sección XVI: Disposiciones transitorias.

La enunciación precedente de la estructura seguida pone de manifiesto el orden lógico de ella.

11. CONCLUSIONES

Con el presente trabajo esperamos haber puesto de manifiesto la importancia del Derecho Comparado para comprender el proceso de la conformación del Derecho aduanero. Ello tanto en la elaboración de las legislaciones aduaneras de los distintos países, como en la elaboración de los numerosos instrumentos internacionales.

Siendo el objeto del Derecho aduanero la regulación del tráfico internacional de mercadería, es evidente la necesidad de los Estados de regular esta materia en forma armónica y articulada con los demás países, a fin de no entorpecer o dificultar el normal desarrollo de las relaciones que configuran tal tráfico internacional y facilitar la tarea encomendada a las diversas aduanas.

En consecuencia, no debe sorprender que este Derecho haya recibido una codificación temprana, como lo acreditan las Ordenanzas de Colbert de 1687 y el Código de Aduanas de 1791 de Francia, ni el hecho de que la materia aduanera sea una de aquellas donde se ha alcanzado un mayor grado de uniformización en el ámbito del orden jurídico internacional.

Así es que a lo largo de este trabajo nos hemos propuesto mostrar estas características y tendencias en la historia del Derecho aduanero, especialmente a partir de la conformación del Estado-nación.

Por ello, cabe concluir que es imposible entender el Derecho aduanero que impera en el mundo sin un adecuado auxilio del Derecho Comparado.

B.5.

En el Derecho Administrativo

El procedimiento administrativo. Su visión desde el Derecho Comparado

*Héctor M. Pozo Gowland**

1. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO EN LAS REGULACIONES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo es el cauce a través del cual tiene lugar la actuación de la Administración Pública. Fija las modalidades y exigencias de la actividad que lleva a cabo con motivo de las funciones administrativas, reglamentarias y jurisdiccionales, excluyendo la facultades judiciales que corresponden al Poder Judicial de la Nación que se ejercen a través del proceso judicial.¹ Son múltiples las definiciones de procedimiento administrativo en la doctrina argentina² y en el Derecho Comparado.³ Sin embargo, todas ellas tienen un sentido similar: determinar la forma de actuación de la Administración, con sus derechos y obligaciones.

* Profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico, Universidad Católica Argentina. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

1. CASSAGNE, Juan Carlos, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Comentada y Anotada*, La Ley, 2009, p. 35.

2. El procedimiento administrativo es el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación administrado-Administración; DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Ciudad Argentina, 2000, p. 889.

3. En España se entiende que es “el iter procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración” (STC 227/1988 de 29 de noviembre), “El cauce por el que debe discurrir la voluntad administrativa” (STS. 25-4-1977). En México la Ley de Procedimientos Administrativos en su artículo 30 dispone: “El procedimiento administrativo servirá para asegurar el mejor cumplimiento de los fines de la administración pública del distrito federal, así como para garantizar los derechos e intereses legítimos de los gobernados, de conformidad con lo preceptuado por los ordenamientos jurídicos aplicables”.

No se concibe una contienda judicial que no se resuelva a través de un proceso que determine una secuencia ordenada de las actuaciones de las partes y del juez, bajo el principio de imparcialidad. Del mismo modo, es necesario un procedimiento que encauce la actuación de la Administración, ajustándose a las previsiones del ordenamiento jurídico, considerando el interés público comprometido en cada situación y asegurando el respecto de los derechos e intereses particulares afectados. Como señala Javier Barnés, la idea de secuenciar el proceso decisorio, esto es, establecer una serie o sucesión de actuaciones encadenadas conducentes a la toma de decisiones, es tan antigua como el Derecho mismo. Con la instauración de la división de poderes, se abriría paso la necesidad de establecer un procedimiento específico para cada uno de ellos. Las decisiones jurisdiccionales –sentencias, autos, providencias– se adoptarían a través de un proceso. Las decisiones parlamentarias –desde la entrada del proyecto o proposición en la Cámara o Asamblea, el debate y enmienda, hasta su aprobación y promulgación– seguirían su propio cauce, un procedimiento legislativo. Finalmente, el Ejecutivo y la Administración sujetarían sus decisiones dotadas de autoridad (concesiones, permisos, sanciones, etc.) a un procedimiento administrativo.⁴

La Administración ejerce la competencia a través de los diferentes órganos y personas jurídicas que las integran –Administración centralizada y descentralizada–. Sin embargo, todos ellos actúan por medio de las personas físicas que las integran. Su voluntad se imputa al ente jurídico o persona ideal. Como enseña Cassagne, la voluntad constituye la construcción racional de una realidad psíquico-física, la cual existe tanto en los órganos cuyo titular es un individuo como en los órganos de carácter colegiado, admitiéndose su configuración en forma implícita o por silencio.⁵ La voluntad se constituye tanto por la intención como por el fin. La dificultad que presenta el análisis de la voluntad del acto administrativo se debe a la asociación mental que se hace respecto de la voluntad de las personas fisi-

4. BARNÉS, Javier, “Tres generaciones de procedimiento administrativo”, en Pedro ABERASTURY - Hermann-Josef BLANKE, *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Eudeba y Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 125.

5. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ª edición actualizada, pp. 128-131.

cas, como concepto propio del derecho civil. Los órganos administrativos, como todas las personas jurídicas, actúan a través de las personas físicas que los integran o representan. Por ello la voluntad aparece necesariamente como un presupuesto general de la actuación administrativa, y específica del acto administrativo que emite. La declaración que contiene todo acto administrativo es en última instancia la declaración que emana del funcionario actuante. Los actos administrativos son las declaraciones emitidas por los órganos de la Administración en ejercicio de la función administrativa que tienen efectos directos e inmediatos en la esfera de los particulares. El acto jurídico es la expresión de voluntad de la persona que lo emite, para lo cual resulta esencial su voluntad; en cambio, el acto administrativo es la declaración que emite el órgano administrativo, en la cual lo esencial es que sea conforme con el ordenamiento jurídico que lo regula. El órgano de la Administración actúa a través del funcionario que ocupa el cargo, el acto administrativo es emitido por el órgano y no es la expresión de voluntad del funcionario. Sin embargo, es necesario que la declaración de la Administración y que la actuación que con tal sustento tenga lugar, no sea la sola voluntad del funcionario actuante librada a us arbitrio.

Las circunstancias señaladas brindan el sentido y la importancia del procedimiento administrativo: asegurar que la actuación administrativa no sea producto de la libre voluntad del funcionario sino el resultado de la actividad previa que tiene lugar en el seno de la Administración; y que una vez emitido el acto administrativo, quienes sean afectados, con beneficios o detrimentos, cuenten con los mecanismos de defensa pertinentes ante la propia Administración y ante los jueces que tienen a su cargo la resolución de los conflictos.

Esta problemática es común a todos los órganos estatales que ejercen la función administrativa, cualquiera sea el país, y cualquiera sea la jurisdicción en la que actúen.

A partir de estos antecedentes, el contenido del procedimiento administrativo varía según el alcance que se le asigne. Puede considerarse que se ocupa preferentemente de las relaciones de la Administración con los particulares, o que comprende también todos los aspectos vinculados a la organización de la Administración y al ejercicio de la competencia que tiene cada órgano y sujeto estatal. Puede entenderse que sus reglas se aplican solo a la actuación externa o también a la actuación interna. En la

doctrina argentina, Gordillo se pronunció en favor de una definición más restringida, considerando que el procedimiento administrativo es la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.⁶ En cambio, Cassagne asigna al procedimiento administrativo un alcance más amplio, por ser el instrumento de control y garantía del administrado y como el cauce formal de la función administrativa.⁷ En el mismo sentido, para Fiorini el procedimiento se refiere a la total actividad práctica jurídica de la Administración Pública para que manifieste y ejecute sus actos en forma ordenada, regulada y sistematizada, ya sea de oficio o a instancia de los administrados. No puede reducirse parcialmente a los actos administrativos irregulares y a las vías recursivas dentro de la administración para su impugnación.⁸ El mismo alcance le asignan la mayoría de los autores.⁹

Si bien la Administración Pública tiene una actuación interna y otra externa, no es menos cierta la íntima vinculación entre ambas. Toda actuación externa está precedida por la actuación interna, de manera que aquella es consecuencia de esta última. Por lo tanto, los principios del procedimiento administrativo tienen aplicación en el ámbito interno que luego culmina con la actuación externa a través de la emisión del acto administrativo y en las etapas impugnatorias y de revisión.

El procedimiento administrativo existió desde el mismo instante de la constitución del Estado y de la conformación de los diversos órganos y

6. Este criterio fue sostenido por GORDILLO desde 1963 cuando publicara su libro *Procedimientos y recursos administrativos*, y lo mantuvo en la 9ª edición de su *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 2, cap. IX-7. Define el procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.

7. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo II, 6ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 305-310.

8. FIORINI, Bartolomé, *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 25.

9. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, capítulo XXII, 2ª ed.; HUTCHINSON, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Tomo 1, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, p. 31; BALBÍN, Carlos, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, cap. XVII, La Ley.

dependencias que se fueron creando para el ejercicio del poder público. De esta manera, el ejercicio de la función administrativa se fue perfilando bajo los principios, criterios y modalidades que dieron lugar a las reglas propias del procedimiento administrativo.¹⁰

El ejercicio de la función administrativa tiene su justificativo y razón en satisfacer el interés público, conforme las exigencias y particularidades que este último presenta en cada momento. La realidad en la que actúa la Administración es un fenómeno dinámico, y son cambiantes los requerimientos de la población según las circunstancias que presenta la realidad. Por ello el procedimiento administrativo, en la actualidad, debe contar con dos columnas que lo sostengan: las regulaciones que aseguran un ejercicio eficiente de las potestades y la vigencia de los derechos y garantías; los beneficios y ventajas que brindan los avances tecnológicos, como ocurre en el ámbito de la informática y las comunicaciones.

Es fundamental que toda regulación del procedimiento administrativo cubra los dos frentes comprometidos. Por un lado, favorecer a la eficiencia de las actividades administrativas que tienen lugar con motivo del ejercicio de la función pública; y al mismo tiempo, contribuir a lograr el equilibrio que es necesario alcanzar entre las potestades públicas y los derechos y garantías de las personas. Las reglas del procedimiento administrativo son para los funcionarios y empleados públicos y también para los sujetos privados. Por lo tanto la definición, expresión, publicidad y aplicación de dichas reglas sin duda es del interés de todos los administrados y debe serlo también de la Administración.

Con acierto, Brewer Carías ha señalado que el signo más importante de la evolución del derecho administrativo en América Latina durante las últimas décadas del siglo pasado hasta el presente ha sido precisamente el proceso de codificación que se ha materializado particularmente en la sanción de leyes reguladoras del procedimiento administrativo; a lo cual agrega, que también puede decirse que la historia del derecho administrativo se

10. Uno de los fundadores del derecho administrativo, José María Regando, en 1822 introdujo ese término para designar “las reglas de tramitación de los asuntos propios de la administración como tarea preparatoria que ha de conducir a la decisión administrativa”. Un procedimiento administrativo es un proceso de toma de decisiones de la Administración Pública. Este proceso consiste en una secuencia ordenada de trámites o actuaciones (actos administrativos).

divide en dos grandes etapas en su evolución, referidas una para la situación anterior a la sanción de dichas leyes, y otra para la situación posterior.¹¹

El derecho administrativo es un derecho de naturaleza claramente local, que encuentra su fuente principal en las normas constitucionales que rigen cada país. Sin embargo, la globalización, los tratados internacionales, los antecedentes históricos compartidos han ido generando vínculos y relaciones muy importantes en los sistemas jurídicos de los diferentes países. A ello se agrega que la Administración Pública en las distintas jurisdicciones y en los diversos países enfrentan necesidades y problemas comunes.

Antecedentes jurídicos y realidades compartidas hacen que el diseño y regulación del procedimiento administrativo sean uno de los ámbitos en los que el Derecho Comparado puede formular sus más significativas contribuciones. Analizar otros ordenamientos legales, evaluar sus resultados y tener presente su evolución normativa frente a problemáticas comunes son aportes claramente relevantes que brinda el Derecho Comparado.

El sistema federal argentino prevé diversas jurisdicciones: federal, provincial y municipal. Cada una cuenta con sus normas de procedimiento. En cada ámbito, la actuación de la Administración Pública es tan amplia y tiene lugar frente a realidades tan diferentes, que no es posible hacer una regulación uniforme que cubra todos los procedimientos y trámites administrativos. Sin embargo, existen principios, presupuestos, modalidades y condiciones generales que se presentan en todos los procedimientos que válidamente pueden y deben ser establecidos en una norma general, dejando las regulaciones particulares a una norma especial que las disponga. Desde esta perspectiva, las experiencias y antecedentes del Derecho Comparado brindan un aporte significativo.

El estudio comparativo de las normas que regulan el procedimiento administrativo indican que se trata de un fenómeno que presenta una problemática básica y común. Así ocurre en temas tradicionales de esta materia como son la organización administrativa, el alcance de la legitimación, la exigencia del agotamiento de la instancia administrativa, los plazos de caducidad y de prescripción, la regulación del acto administrativo; y también

11. BREWER CARÍAS, Allan R., “La codificación del derecho administrativo la ley 1473 de 2011 sobre el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”, Lección inaugural de los cursos de la Maestría en Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 9 de febrero de 2011.

sucede en asuntos mas novedosos como son el acceso a la información, las audiencias públicas, el uso de la informática, etc.

2. ASPECTOS DESTACADOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ARGENTINO

El sistema federal de gobierno argentino hace que en la Argentina coexistan la jurisdicción federal o de la Nación, junto con las de las provincias que la integran. A ellas se agregan los municipios dentro de cada una de las provincias. Cada una de estas tres jurisdicciones –la Nación, las provincias junto con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los municipios– cuenta con sus propias normas de derecho administrativo, entre las cuales se encuentran las referidas al procedimiento administrativo. A su vez, en cada una de las jurisdicciones existe una norma que rige el procedimiento administrativo general, junto con normas específicas previstas para determinados sujetos públicos estatales y para ciertas actividades específicas.¹²

La diversidad de normas de procedimiento administrativo dentro de una misma jurisdicción nos lleva a advertir los inconvenientes que para la seguridad jurídica resulta de esta multiplicidad de disposiciones legales. Como señala González Pérez, una regulación uniforme de los procedimientos que se tramitan ante las Administraciones es tarea imposible, ya que la diversidad de los fines a realizar y las modalidades de la función administrativa se traducen en la exigencia de tal número de procedimientos adecuados a cada una de ellas. Sin embargo, es necesario advertir la conveniencia de que los apartamientos a lo establecido en la norma general deberían ocurrir solo cuando existan razones que los justifiquen. En especial la mayor uniformidad es aconsejable en los aspectos vinculados a la impugnación de los actos administrativos –recursos obligatorios y optativos, y plazos–. Debe tenerse

12. Con motivo cumplirse en el año 2012 los cuarenta años de la sanción de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, la Ley 19.549 y su decreto reglamentario 1759/72, la editorial La Ley publicó una obra colectiva en 6 tomos que se ocupó de analizar la ley nacional, los procedimientos en actividades especiales en el orden nacional y los regímenes de procedimientos administrativos en las provincias –tomos III, IV y V respectivamente–: POZO GOWLAND, HALPERIN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA y CANOSA (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, La Ley.

siempre presente que las normas que fijan el procedimiento administrativo aplicable deben ser conocidas por los funcionarios y empleados públicos y por los particulares.¹³

En el orden federal el procedimiento administrativo recién tuvo su regulación normativa en 1972 a través de la Ley 19.549. Con anterioridad, el procedimiento estuvo regido por una serie de principios, las reglas que emanaban de la jurisprudencia administrativa –en especial de la Procuración del Tesoro de la Nación–, y de algunas disposiciones normativas aisladas.

La Ley 19.549 responde a una concepción amplia del procedimiento administrativo, conforme surge de la diversidad de materias de las que se ocupa y regula. La ley procuró establecer con carácter normativo los principios, reglas y derechos bajo los cuales los órganos administrativos deben actuar; la regulación de la competencia; los requisitos esenciales y demás regulaciones del acto administrativo; el régimen de impugnación judicial del obrar administrativo. Sus autores dejaron para la reglamentación –decreto 1759/72– la regulación con mayor detalle de todas las actuaciones de la Administración y de los particulares que tienen lugar y se integran en los expedientes administrativos, por ser nuestro procedimiento escrito, así como lo vinculado a los procedimientos de impugnación en sede administrativa.

Lo expuesto indica el carácter amplio con que la Ley 19.549 y el decreto 1759/72 –en adelante LNPA y RLNPA, respectivamente– regulan el procedimiento administrativo en sus diversos aspectos. Como señalara Hutchinson, una ley de procedimientos es un cuerpo legal que se ocupa de diversos aspectos formales que, sin embargo, son sumamente importantes porque condicionan los aspectos sustanciales de la materia. También es habitual que las leyes de procedimiento contengan normas de fondo de derecho administrativo. Así ocurre con las que regulan el acto administrativo.¹⁴

Desde su entrada en vigencia, la Ley 19.549 fue modificada en tres oportunidades: por la Ley 21.686 de 1977, que tuvo por finalidad intro-

13. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, en el prólogo al libro de BREWER-CARÍAS, Allan R., *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Legis, 1ª edición, 2002.

14. HUTCHINSON, Tomás, “Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales”, Tomo 1, pp. 3-4, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Esta obra es un clásico de la doctrina nacional y constituyó una importante contribución al estudio del procedimiento administrativo.

ducir ajustes en el texto para superar algunas dudas planteadas a partir del análisis de interpretación efectuado en especial por la doctrina; por la Ley 23.344 de 2000, que modificó el régimen del reclamo administrativo, aplicable cuando la pretensión no está referida a la impugnación de un acto administrativo; y por el decreto 1023/01, que dispuso la aplicación directa y no por analogía de las normas sustanciales del acto administrativo a los contratos administrativos.¹⁵

Señalaremos los aspectos relevantes del régimen del procedimiento administrativo en el orden federal, indicando algunas de las ventajas y cuestionamientos que en nuestra opinión merecen. Este análisis puede complementarse con el realizado por Julio C. Durand.¹⁶

a. Ambito de aplicación

La LNPA en su art. 1º dispone: “Las normas del procedimiento que se aplicará ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad”. La ley adoptó un criterio subjetivo, abarcando la totalidad de los órganos que integran la Administración centralizada y los entes dotados de personalidad jurídica propia. Sin embargo, la definición del ámbito de aplicación de la LNPA tuvo dos tipos de inconvenientes prácticos.

En primer término, el art. 2º estableció: “Dentro del plazo de CIENTO VEINTE días, computado a partir de la vigencia de las normas procesales a que se refiere el artículo 1, el PODER EJECUTIVO determinará cuáles serán los procedimientos especiales actualmente aplicables que continuarán vigentes”. Ello tuvo lugar a través del decreto 9101/72, que en una larga lista indicó numerosos procedimientos que continuaban

15. POZO GOWLAND, Héctor M., “Cambios en el contencioso administrativo federal. El reclamo administrativo”, Suplemento Derecho Administrativo de *El Derecho*, 29/12/2000.

16. DURAND, Julio César, “El procedimiento administrativo en la Argentina”, en *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo*, Pedro ABERASTURY - Hermann-Josef BLANKE, Buenos Aires, Eudeba y Konrad Adenauer Stiftung, pp. 271 a 307, 2012.

vigentes. Durante la vigencia de la LNPA se fueron estableciendo otros procedimientos especiales para determinados sujetos y ciertas actividades. La realidad es que en el orden federal, junto con la LNPA que establece el procedimiento administrativo común, existen una infinidad de procedimientos especiales, lo cual genera un alto grado de incertidumbre para determinar en cada caso cuál es el procedimiento aplicable.

A lo expuesto se agrega la multiplicidad de sujetos públicos que integran la Administración descentralizada, que en unos casos pertenecen al Estado pero ejercen actividades de carácter mercantil o privado, y en otros no pertenecen al Estado pero que en razón del fin público que persiguen se les otorga el ejercicio de potestades de poder público. En el primer casos se encuentran las empresas del estado a través de diversas formas societarias –sociedades del estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades anónimas, etc.– y las entidades binacionales; mientras que en el otro se ubican las personas públicas no estatales. El criterio de distinción a favor de la LNPA ha sido en general la pertenencia al Estado y el régimen público aplicable. Sin embargo, ello ha sido motivo de importantes controversias, cuyo resultado ha dependido del criterio de interpretación aplicable.

b. Los principios generales del procedimiento administrativo

La LNPA establece en su art. 1° diversos principios como requisitos generales del procedimiento administrativo. Ellos son:

Impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones.

Celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites, quedando facultado el Poder Ejecutivo para regular el régimen disciplinario que asegure el decoro y el orden procesal. Este régimen comprende la potestad de aplicar multas mediante resoluciones que, al quedar firmes, tendrán fuerza ejecutiva.

Informalismo, que supone la excusación de la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente. Este principio, creado por impulso de

la Procuración del Tesoro, se fue consagrando en nuestro derecho disponiendo que el procedimiento es informal para el administrado, procurando que la defensa de sus derechos no se viera limitada por exigencias meramente formales, y para distinguirlo por otra parte del rigor típico del proceso judicial.¹⁷ El principio del informalismo tuvo especial aplicación en materia de recursos, dando preeminencia a la voluntad del administrado de cuestionar un acto administrativo, por sobre la denominación del recurso que pudiera haber interpuesto. Al tratar el alcance del informalismo en favor del administrado, Fiorini lo vinculaba con la preclusión procesal, la cual establece firmeza definitiva con carácter dogmático formal a cada acto procesal en el desarrollo progresivo del proceso e impide volver hacia atrás la etapa y el acto ya cumplido. Este contenido de la preclusión se sustenta en la imposibilidad de reabrir un plazo vencido cuando está establecido en forma expresa, salvo la impugnación de invalidez e irregularidad. El rigor de la preclusión en el ámbito del proceso judicial no tiene vigencia en el procedimiento administrativo. Si bien el cumplimiento de las normas procesales es un imperativo tanto para el poder administrador como para los administrados, cuando bajo la apariencia de la caducidad preclusiva de actos o secuelas de actos puede afectarse el interés público o decidirse una grave arbitrariedad, la dogmática exigencia de los plazos y las cargas procesales deben ceder.¹⁸ Por lo tanto, del informalismo en favor del administrado deriva también la atenuación de la preclusión, cuando fuera necesario para no afectar el derecho de defensa y el debido proceso, la legalidad, la búsqueda de la verdad material y el interés público, todo ello bajo un criterio de razonabilidad. Todo esto, claro está, debe respetar el principio de igualdad cuando intervienen varios administrados.

Debido proceso adjetivo, que comprende:

Derecho a ser oído, de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos

17. Dictámenes t. 39, p. 115; t. 62, p. 112, t. 64, p. 208, entre muchos otros.

18. FIORINI, Bartolomé, *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 33-41.

subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

Derecho a ofrecer y producir pruebas, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos, todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.

Derecho a una decisión fundada, de manera que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

El debido proceso y el derecho de defensa son derechos garantizados en la Constitución, que fueron siempre admitidos dentro del procedimiento administrativo, ya que no podría entenderse un procedimiento que desconociera o limitara el derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Ello hizo no solo que se los admitiera como principios generales, sino que dieran lugar a exigencias y modalidades concretas dentro del procedimiento administrativo, como han sido no limitar el acceso a los expedientes, dar la oportunidad de expresar las pretensiones, exponer los fundamentos, ofrecer y producir prueba, a ser debidamente notificados de los actos administrativos, a poder impugnarlos tanto en sede administrativa como judicial, etc. Es que no podría concebirse un procedimiento administrativo que no admitiera la vigencia de estos principios, siendo una necesidad reconocer la procedencia de estas exigencias procedimentales, más allá de su expresa regulación normativa, que finalmente tuvo lugar con la Ley 19.549 y su decreto reglamentario.

Cabe advertir que estos principios ya regían en la práctica normativa, ya que habían sido admitidos por la doctrina y la jurisprudencia. A ellos se agregan otros que, aun cuando no fueran nombrados expresamente en la LNPA, permanecen vigentes:

La legalidad objetiva: el sometimiento y cumplimiento del ordenamiento jurídico ha sido siempre el principio rector del derecho admi-

nistrativo, que de manera particular se ha mantenido vigente como una exigencia del procedimiento administrativo y de la actuación del Estado en general, tanto cuando tiene lugar de oficio a partir del ejercicio de la función administrativa, como cuando es a instancias de los particulares con motivo tanto del ejercicio del derecho de petición como del derecho de defensa a través de la vía recursiva. El principio de legalidad, a su vez, dio lugar a otros principios, como los referidos a la búsqueda de la verdad material por sobre la verdad formal, y a la necesidad del adecuado control por la propia Administración.

La improrrogabilidad de la competencia y la obligatoriedad de su ejercicio por parte de los órganos de la Administración, establecido también en el art. 3° de la LNPA.

Principio de igualdad e imparcialidad en la actuación de la Administración: el derecho administrativo desde siempre fue una respuesta a la búsqueda del equilibrio entre el ejercicio de las prerrogativas del poder público y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos considerados individualmente y de la comunidad en su conjunto. El gran cambio del derecho administrativo, como derivación del derecho constitucional, fue el paso del individuo entendido como un súbdito a ser considerado como un ciudadano en términos administrativos, titular de derechos cuya vigencia debe ser respetada incluso en el ejercicio de la función administrativa para el logro del interés público. Ello llevó a la necesidad de fijar las reglas que permitieran compatibilizar el interés público y los intereses privados, procurando que el procedimiento administrativo transcurriera bajo un cauce de colaboración entre la Administración y el administrado, y no de confrontación como ocurre en el proceso judicial en el que el Estado ejerce el poder público para resolver conflictos entre particulares. Esta concepción del procedimiento administrativo llevó a consagrar el principio de igualdad e imparcialidad con el que la Administración debe llevar a cabo la actividad que tiene lugar a través del procedimiento administrativo. De estos principios derivaron importantes reglas, como fueron la prohibición de la arbitrariedad, la necesidad de motivar los actos administrativos, el establecimiento del régimen de incompatibilidades, la posibilidad de recusar bajo

determinadas causales a los funcionarios públicos así como el deber de excusarse por parte de los mismos funcionarios.

Carácter escrito del procedimiento: el procedimiento es un conjunto de actos a cargo de la Administración y de los administrados, de carácter instrumental, destinados a la emisión de un acto administrativo. En el derecho administrativo se fueron distinguiendo entre los actos internos de la Administración y las peticiones e intervenciones de los administrados, que integran propiamente el procedimiento administrativo, y el acto administrativo como la culminación del ejercicio de la función administrativa, a la cual suceden posteriormente las etapas de impugnación en sede administrativa y judicial. Respecto de cada una de estas etapas se fueron elaborando las diversas exigencias formales y sustanciales. Sin embargo, para todas ellas se fijó como criterio general que tuvieran lugar en principio a través de la forma escrita, dando lugar así a la conformación del expediente como la modalidad que permitía dejar constancias del cumplimiento de las sucesivas etapas del procedimiento. De esta manera se fue configurando el concepto de forma en el procedimiento administrativo. Desde el lado de la Administración, se consideró a la forma como el modo como se documenta la voluntad administrativa que da origen al acto administrativo, guardando similitud con la idea de forma vigente en el derecho privado. Dentro de los diversos aspectos que hacen a la forma, uno de ellos se vinculó desde siempre a cómo los órganos administrativos exteriorizan su voluntad e intervención, la cual por regla general fue la forma escrita.¹⁹ En el caso de los actos administrativos, la forma escrita tuvo lugar como una necesidad de dejar constancia de las peticiones y permitir además su adecuado estudio por la Administración para el posterior pronunciamiento. La forma escrita en el procedimiento administrativo también derivó como una necesidad propia de la organización administrativa conformada por una diversidad de órganos que mantienen relaciones jerárquicas y funcionales según los casos, de lo cual resulta que en el procedimiento son diferentes los órganos que inician la actuación o ante quienes se

19. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, T. I, 1947, pp. 237 y 240.

formulan las peticiones, quienes intervienen con carácter consultivo, quien emite el pronunciamiento dictando el acto administrativo y quien resuelve ulteriormente el recurso jerárquico con el que en general tiene lugar el agotamiento de la vía administrativa.

El acceso por el particular al expediente: desde sus inicios, el procedimiento administrativo planteó la necesidad de determinar el alcance con el que debía otorgarse el acceso a los expedientes administrativos por los particulares. Además del principio constitucional de publicidad de los actos de gobierno, el derecho de defensa por quien se viera afectado por dichos actos exigía permitir el acceso a las actuaciones administrativas. Sin embargo, la naturaleza propia de la función administrativa, en especial en lo que se refiere a la actividad interna de la Administración, requería regular esta cuestión, distinguiéndola del derecho de acceso propio a los expedientes en los procesos judiciales. También se consideraba necesario diferenciar los casos en los que se tramitaban sumarios o en los que la Administración ejercía actividades represivas o de control de aquellos otros que tenían lugar a instancias de los particulares. De esta manera, la jurisprudencia administrativa y la doctrina fueron señalando la necesidad de permitir el acceso a las actuaciones administrativas cuando las mismas pudieran afectar intereses o derechos de los particulares.

El derecho a recurrir los actos administrativos: los derechos constitucionales de petionar, de defensa y de propiedad dieron lugar al reconocimiento del derecho de los administrados a recurrir ante la Administración cuando se lesionaran sus derechos e intereses, más allá de la existencia o no de normas que específicamente regulasen las modalidades y alcance de este control. Como señalara Fiorini, la inexistencia de una norma positiva sobre recursos administrativos no quería decir que el administrado no se pudiera defender contra los actos ilegales de la Administración y que solo pudiera hacer efectiva su defensa ante el poder judicial. Si la norma no existía en forma positiva, de todas formas se encontraba vigente la garantía constitucional del derecho de defenderse y de petionar justicia.²⁰

20. FIORINI, Bartolomé, *Procedimiento administrativo y recurso jerárquico*, 2º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 77.

Otros principios: rapidez, simplicidad y economía. Junto a los principios fundamentales señalados, la doctrina formuló otros secundarios como característicos del procedimiento administrativo en sus aspectos formales. La rapidez, simplicidad y economía fueron consideradas para evitar procedimientos complicados, costosos y lentos propios de los trámites burocráticos. Sin embargo, la doctrina advirtió que estos principios secundarios no debían coartar la vigencia de los principios fundamentales como los de la verdad material por sobre la verdad formal, el del informalismo en favor del administrado y el de defensa.²¹

Una característica general de las leyes de procedimiento administrativo en América Latina es la enumeración en el propio texto del conjunto de principios generales sobre los mismos, los cuales por tanto no se tienen que deducir por interpretación, permitiendo así tener precisas herramientas en la etapa de control de la actividad administrativa. Incluso, en algunos casos, se han establecido con rango constitucional, como es el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, en cuyo artículo 141 se establece: “La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y el derecho”. Pero en general, ha sido en las leyes de procedimiento administrativo donde se han enumerado estos principios.²²

De esta manera la LNPA inició una modalidad en la regulación del procedimiento administrativo de dejar establecido al comienzo de la norma los principios o requisitos generales de los mismos. Ello fue continuado por otras legislaciones como han sido la Ley N°27.444 de Procedimiento Administrativo General del Perú, que hace una descripción de los principios en los que se enmarca el procedimiento: legalidad, debido procedimiento, impulso de Oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, conducta procedimental, celeridad, eficacia, verdad material, participación, simplicidad, uniformidad, predictibilidad, privilegio de

21. GORDILLO, Agustín, *Procedimiento y recursos administrativos*, Jorge Álvarez, 1964, p. 41.

22. BREWER-CARÍAS, Allan R., *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Tomo IV, Civitas Thomson Reuters, 2013, pp. 17 y 18.

controles posteriores. Aclara que la mencionada enunciación no es única o taxativa. En consecuencia, se aplican al Procedimiento Administrativo otros principios que abarcan el derecho administrativo. Lo mismo ocurre en Chile a través de la Ley N°19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, cuyo art. 4° respecto de los principios del procedimiento establece lo siguiente: escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia, publicidad. También la Ley Federal de Brasil de Procedimientos Administrativos y sus modificaciones fija los siguientes principios administrativos: economía, celeridad, eficacia, legalidad, publicidad y buena fe, interés público. En esa línea, también en Colombia la Ley N°1473 del año 2011, sobre el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, establece los siguientes principios: debido procedimiento administrativo que sustituye el principio de contradicción, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, legalidad.

Además de los principios expuestos, el procedimiento administrativo cuenta con otros relevantes como son el principio de razonabilidad y el de la tutela administrativa efectiva.

Si bien es acertado dejar establecido en las normas de procedimientos administrativo los principios generales que lo rigen, muchas veces ocurre que diversas disposiciones particulares se encuentran en contradicción con los mismos. La sana interpretación exige que prevalezcan los principios generales en la aplicación de cláusulas particulares cuando arrojen un resultado en contravención con aquellos.

c. La competencia

El ejercicio de la función administrativa gira en torno a los tres conceptos fundamentales de legalidad, potestad y competencia, que fueran desarrollados por García de Enterría y Fernández en su *Curso de Derecho Administrativo*.²³ La LNPA siguiendo la metodología de la Ley Española de

23. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso*

17 de julio de 1958 de Procedimiento Administrativo, dedicó el título II a la competencia, fijando las reglas de su atribución, la manera de resolver las controversias y contiendas, así como las excusaciones y recusaciones de los funcionarios y empleados.

d. La legitimación

La LNPA siguió las reglas generales del Derecho Comparado referidas a la legitimación a través de las figuras del interés legítimo y del derecho subjetivo, estableciendo las reglas específicas en el RLNPA. Así dispone que el trámite administrativo podrá iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo; estas serán consideradas parte interesada en el procedimiento administrativo –art. 3º– y que los recursos administrativos podrán ser deducidos por quienes aleguen un derecho subjetivo o un interés legítimo –art. 73.

e. Notificaciones

El ejercicio de la potestad administrativa impone cargas y obligaciones. La presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria de la que gozan los actos administrativos establecida en la LNPA –art. 12– y el principio de autotutela del que goza la Administración de llevar a la práctica por sí misma lo dispuesto en los actos administrativos conforman el privilegio con el que cuenta la Administración frente a los particulares. Toda actuación material de la Administración, por regla general debe contar con el respaldo que resulta de la declaración previa emitida a través del acto administrativo. Ello exige asegurar el conocimiento de este último. La LNPA otorga importancia a la notificación y la publicación. Por ello dispone que para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado y de publicación el de alcance general

de Derecho Administrativo, tomo I, capítulo VIII, 1ra. edición argentina, Thomson Civitas - La Ley.

–art. 11–. Respecto de las notificaciones, el RLNPA reguló con detalle las exigencias que se deben cumplir a los fines de que las notificaciones sean válidas –arts. 39 a 45.

f. La regulación del acto administrativo

El acto administrativo es la manifestación externa del ejercicio de la función administrativa. Si la legalidad significa genéricamente el respeto de la ley y del derecho, la Administración debe actuar conforme el ordenamiento jurídico. El Estado por ser quien dicta las normas, tiene un deber mayor de sujetarse a ellas, respetando la jerarquía normativa. El principio de legalidad, como respeto de la ley y del derecho, no alcanza si a este postulado no se lo acompaña de los instrumentos que contribuyan a lograr su efectiva vigencia. Por ello, junto al marco genérico de legalidad en el sentido expuesto, se exige que la actuación de la Administración Pública cuente con un segundo respaldo más específico y particular en el ejercicio de la función administrativa. En su actuación, y especialmente en su actuación externa, la Administración debe hacerlo y expresarse de determinadas formas. Todos los actos materiales de la Administración, en especial aquellos que tienen efectos directos e inmediatos en la esfera de los intereses y derechos de los particulares, deben estar en principio precedidos de una declaración que fija su contenido y alcance. La teoría del acto administrativo tiene entonces una doble finalidad: establecer reglas para asegurar que la actuación de la administración sea eficiente, y al mismo tiempo es un mecanismo para el control de legalidad tanto por la propia Administración como por los administrados afectados en sus derechos. Es así como el régimen del acto administrativo constituye un mecanismo destinado a procurar un eficiente ejercicio de la función administrativa, que a su vez permite llevar a cabo el control sustancial de la misma.

La LNPA en el Título III se ocupa del acto administrativo, tal como lo hacen en general las leyes que regulan el procedimiento administrativo en el derecho continental europeo y en los países latinoamericanos. El procedimiento administrativo se vincula al ejercicio de la función administrativa al establecer, en un sentido amplio, las modalidades que regulan la actuación tanto interna como externa de la Administración. Esta última tiene lugar a

través de las declaraciones que emite, bajo la figura de actos administrativos. Esta es la razón por la cual las leyes de procedimientos administrativos se ocupan de todo lo referente al acto administrativo, aun cuando pueda entenderse que estas regulaciones se ubican dentro del derecho de fondo.

El art. 7° de la LNPA regula los requisitos esenciales del acto administrativo, pero no define ni brinda una noción jurídica del acto administrativo. El ordenamiento jurídico juega así un doble rol en el ejercicio de las atribuciones por parte de la Administración, ya que por un lado lo habilita y por otro lo limita al fijar simultáneamente las respectivas modalidades. A partir de este enfoque surge la importancia del procedimiento administrativo y el vínculo estrecho que existe con el acto administrativo. Uno de los objetivos esenciales de las leyes de procedimiento administrativo ha sido reforzar el principio de legalidad, es decir, busca asegurar el sometimiento de la Administración al derecho, de manera de garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma. La Administración no solo puede y debe actuar sometida al derecho, sino además debe hacerlo dentro del preciso marco de las competencias que las normas le asignan, y siempre de acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas dichas competencias.

Estas razones llevan a las leyes de procedimientos a regular, como lo hace la LNPA, cuáles son los elementos esenciales del acto administrativo, la forma, las vías de hecho, el silencio y la ambigüedad de la Administración, la eficacia mediante la notificación y publicidad, los caracteres de legitimidad y fuerza ejecutoria, la retroactividad, las nulidades, la revocación, el saneamiento, la conversión y la caducidad y la revisión.

g. La impugnación administrativa y el agotamiento de la instancia administrativa

El cuestionamiento de la actuación administrativa, sea por acción u omisión, en la LNPA se asienta sobre dos presupuestos básicos: si la pretensión administrativa se dirige respecto de un acto administrativo, o si se trata de otro tipo de pretensiones. En ambos casos el agotamiento de la vía administrativa es una exigencia para la pretensión judicial, pero tienen modalidades diferentes.

Tratándose de un acto administrativo emitido por un órgano de la Administración centralizada el agotamiento de la instancia administrativa tiene lugar mediante el recurso jerárquico. En cambio, siendo un ente descentralizado debe obtenerse el pronunciamiento del órgano superior por vía del recurso jerárquico; y una vez logrado la instancia administrativa se encuentra agotada. En ambos casos esto último puede ocurrir en forma expresa o por la vía del silencio, en cuyo caso no se requiere la interposición de pronto despacho.

Si la pretensión no se vincula con la impugnación de un acto administrativo, el agotamiento de la instancia administrativa tiene lugar mediante la presentación de un reclamo administrativo, salvo en los casos de excepción –LNPA arts. 30 a 32.

La necesidad del agotamiento de la instancia administrativa es fuertemente cuestionada por la doctrina mayoritaria, tal como ocurre respecto de otras legislaciones. Lo mismo sucede respecto de los plazos de caducidad, en especial con relación a la impugnación administrativa, que es de 15 días hábiles administrativos en el caso del recurso jerárquico –RLNPA art. 90–. Para la impugnación judicial de los actos administrativos el plazo es de 90 días hábiles judiciales, salvo que el caso que una norma expresa prevea un recurso directo en cuyo caso el plazo es de 30 días hábiles judiciales. El plazo de 90 días se aplica también para la acción judicial frente al rechazo de reclamos administrativos, no vinculados como ya indicamos a la impugnación de actos administrativos.

h. Las pretensiones judiciales contra el Estado

La ausencia de un código contencioso administrativo que regule las acciones judiciales contra el Estado llevó a que el Título IV de la LNPA se ocupara de esta materia. Transcurridos cuarenta y tres años de la sanción de la LNPA, en el orden federal continúa sin sancionarse el citado código, siendo la Nación la única jurisdicción que no cuenta con tan importante normativa. Al igual que en el Derecho Comparado, el contencioso administrativo argentino ha venido ampliando el alcance de las pretensiones, que no se agotan en la impugnación de actos administrativos, sino que comprenden todo tipo de obligaciones de dar sumas de dinero, cantidades

de cosas, de hacer y de no hacer. Las diversas pretensiones pueden tramitar mediante diferentes tipos de acciones y procesos, como son la vía ordinaria, la acción de amparo, la acción declarativa, las medidas cautelares autónomas, las medidas autosatisfactivas y los procesos colectivos.

3. LA INFLUENCIA DE LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS

En el desarrollo del procedimiento administrativo en América Latina, la Argentina tuvo un rol fundamental. Así ha sido puesto de manifiesto por la más destacada doctrina nacional y extranjera. Señala Brewer Carías que el signo más importante de la evolución del derecho administrativo en América Latina durante la segunda mitad del siglo pasado puede decirse que fue el proceso de su codificación, particularmente a través de la sanción de leyes reguladoras del procedimiento administrativo en general. El proceso comenzó precisamente con la sanción de la Ley de Procedimientos Administrativos N°19.549. Esta ley fue pionera en esta materia en el continente. En la actualidad, buena parte de los países latinoamericanos cuenta con leyes de esta naturaleza, de manera que en todos ellos puede decirse que el mismo fenómeno se ha producido cuando se estudia la evolución de nuestra disciplina, y es la posibilidad de división de la misma en dos grandes etapas referidas al antes y al después de la sanción de dichas leyes. Con esas leyes, en todos nuestros países se le comenzó a dar un nuevo enfoque al objeto central de nuestra disciplina, que es la Administración Pública y su actividad, al comenzarse a regular en el derecho positivo, y no solo como consecuencia de principios generales, tanto los aspectos formales y sustantivos de la actividad administrativa como los aspectos centrales de la relación de la Administración con los administrados. Estas leyes, por tanto, superaron el alcance limitado de las que las precedieron y que se referían básicamente a la organización interna de la Administración y sus prerrogativas. Con estas nuevas leyes se pasó así a regular, además, el conjunto de las situaciones jurídicas en las cuales se encuentran no solo la Administración sino los mismos administrados en sus relaciones recíprocas, buscando establecer el balance de siempre que persigue nuestra disciplina entre el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de la Administración, por una parte; y

por la otra, los derechos y obligaciones de los particulares en sus relaciones con aquella. Ese proceso de transformación del derecho administrativo mediante la codificación del procedimiento se inició con la Ley 19.549 de Argentina sobre procedimientos administrativos, texto que vino a culminar un largo proceso de regulación provincial sobre normas de procedimiento administrativo y de regulación nacional sobre los recursos administrativos. La Ley 19.549, en todo caso, es claro que no solo estableció los principios básicos a que deben ajustarse los procedimientos administrativos desarrollados ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada, incluso entes autónomos, en cuanto tiendan a asegurar a los interesados las garantías constitucionales del debido proceso, sino que reguló las reglas fundamentales relativas a los requisitos esenciales del acto administrativo, su estructura, validez y eficacia. En particular en materia relativa al debido proceso administrativo, la ley argentina fue también pionera en establecer su alcance (art. 1º, f), indicando que comprende: *primero*, derecho a ser oído, con la posibilidad para el administrado de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de que la Administración emita actos administrativos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, así como de interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. *Segundo*, el derecho a ofrecer y producir pruebas, y que las mismas se produzcan, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la Administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo ello “con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio”. Y *tercero*, el derecho a una decisión fundada, en el sentido de que el acto administrativo decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.²⁴

24. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, “La Ley de Procedimientos Administrativos de Argentina de 1972 en el inicio del proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo en América Latina”, en POZO GOWLAND, HALPERIN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA Y CANOSA (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. II, capítulo XXXI, La Ley 2012.

4. LAS CONTRIBUCIONES DEL DERECHO COMPARADO A LA LEY NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE ARGENTINA

Hemos tenido la oportunidad de estudiar y exponer los antecedentes históricos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos.²⁵ La exposición de motivos de la Ley 19.549 da cuenta de las fuentes que consideraron sus autores. En cuanto a los principios básicos del procedimiento administrativo, tratados en el Título I de la ley, estuvieron inspirados en la tradicional doctrina jurídica de la Procuración del Tesoro de la Nación, la Ley 7647 de la provincia de Buenos Aires, los proyectos Linares-Gordillo y la ley española de 1958. Respecto del Título III, que establece la regulación del acto administrativo, se consideraron las opiniones de Marienhoff en el tomo II de su *Tratado de Derecho Administrativo* dedicados a esta materia; en lo que atañe al recurso de revisión, a la impugnación judicial de los actos administrativos y al amparo por mora de la Administración, se siguió de cerca el anteproyecto de Código en lo Contencioso-Administrativo de enero de 1968, redactado por la Comisión que integraron Germán J. Bidart Campos, Jorge T. Bosch, Adalberto E. Cozzi, Juan F. Linares y Miguel S. Marienhoff; y en lo relacionado al reclamo administrativo previo a la demanda judicial contra el Estado se tuvo en cuenta la jurisprudencia vigente y lo sostenido por Juan Francisco Linares en su trabajo “Demandas contra la Nación y los decretos del Poder Ejecutivo” –LL, t. 138, p. 197–. Por lo tanto, allí no se hizo referencia particular a las normas del Derecho Comparado.

De acuerdo a lo expuesto, los autores de la LNPA no hicieron expresa referencia a la contribución que en dicha norma tuvieron los antecedentes del Derecho Comparado. Sin embargo, dicha influencia efectivamente tuvo lugar no solo al momento de su redacción sino también en su evolución e interpretaciones posteriores.

España fue la primera nación en tener una ley de procedimientos administrativos. Fue la ley de 19 de octubre de 1889. Señala Jesús González

25. POZO GOWLAND, Héctor María, “Antecedentes históricos y evolución normativa del procedimiento administrativo en la Argentina”, en POZO GOWLAND, HALPERIN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA Y CANOSA (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, capítulo XII, La Ley 2012.

Pérez que se trataba de una ley de bases que habría de desarrollarse por los distintos departamentos ministeriales a través de los correspondientes reglamentos, que se aprobaron en fechas muy distintas, dando lugar a un conjunto heterogéneo de disposiciones en pugna con la idea directriz que había presidido la promulgación de la ley. De ahí la necesidad de una ley que superara el caos normativo existente. A dicha necesidad se refería Gascón y Marín en el trabajo que publicara en el N°48 de la *Revista de Estudios Políticos*. Lo expuesto ocurrió en 1958 con el proyecto en el que intervinieran Laureano López Rodó –secretario general técnico de la Presidencia de Gobierno–, Manuel Ballbé y Jesús González Pérez.

Brewer Carías señala que la Ley de 17 de julio de 1958 de Procedimiento Administrativo tuvo una enorme influencia en los ordenamientos jurídicos americanos.²⁶ La referida ley española por diversos motivos tuvo influencia en la norma argentina. En primer término porque era una de las pocas disposiciones legales vigentes en los países con afinidad histórica, cultural y jurídica. Si bien la LNPA cuenta solo con 32 artículos, en forma simultánea fue dictada su reglamentación –Decreto 1759/72– que en sus 110 artículos complementa en los detalles el régimen de procedimiento administrativo. En cambio, la Ley de 17 de julio de 1958 en sus 146 artículos estableció la totalidad de las disposiciones.

5. LAS CONTRIBUCIONES DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La reforma constitucional de 1994 incorporó a su texto diversos tratados internacionales, de los cuales resultó consagrado el derecho a la tutela administrativa efectiva. Sobre esta última señala Canosa que debe ser considerada como una verdadera garantía, en tanto y en cuanto estas deben ser entendidas como instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos, dando origen estas garantías a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el Estado exclusivamente. Resaltamos la presencia del término procedimiento y además la consideración acerca

26. BREWER-CARÍAS, Allan Randolph, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, Civitas, 1990, p. 24.

de que son, estas garantías, pretensiones que podemos hacer valer frente al Estado. Agrega este autor, de acuerdo a su contenido pareciera que la tutela administrativa efectiva tiene una suerte de estructura jurídica compleja. No tenemos dudas de que se trata de una garantía porque dentro de la misma se hallan contenidos una serie de derechos que hacen al buen y legítimo desarrollo del procedimiento administrativo, pero también debe aplicársele como un principio sustantivo del procedimiento administrativo. Del mismo modo podemos afirmar que la vigencia de la tutela administrativa efectiva también responde a los principios de buena administración y buen gobierno, y en el mismo plano esta garantía contiene, en lo que atañe a la administración, el derecho que tiene el ciudadano a la buena marcha de los asuntos públicos.²⁷

La tutela administrativa efectiva tiene fundamento constitucional en su art. 18 y en tratados internacionales. En el primer caso, la norma dispone: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”. En cuanto a los tratados fueron los arts. XVIII y XXXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre,²⁸ arts.

27. CANOSA, Armando, “Principio de la tutela administrativa efectiva”, en POZO GOWLAND, HALPERIN, AGUILAR VALDEZ, JUAN LIMA Y CANOSA (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, capítulo XVI.

28. “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”. “Toda persona tiene

8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁹ y arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁰

La tutela administrativa efectiva tuvo reconocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER –Decreto 310/98 s/ amparo ley N°16.986” del 14/10/2004.

6. LA PROBLEMÁTICA COMÚN EN TORNO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Problemáticas locales comunes y el proceso de globalización son dos aspectos de la realidad actual de los países. La función administrativa exige ser

derecho a presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución”.

29. “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por ley”. “Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

30. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”; “Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y; c) a garantizar el cumplimiento, por la autoridades competentes, de toda decisión que en que se haya estimado procedente el recurso”. Arts. inc. 3º ap. a) y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”. “Toda las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley...”.

ejercida como una respuesta del poder público frente a la realidad que presenta la sociedad y a las exigencias que plantean sus integrantes. Las condiciones sociales, culturales, económicas y tecnológicas son cambiantes y evolucionan en cada comunidad de acuerdo a su historia, sus creencias, sus necesidades y proyectos. Sin embargo, quienes ejercen el poder público deben tener en todos los casos la preocupación de responder a las expectativas que reciben. Para ello deben contar con estructuras y modalidades de actuación adecuadas a tales fines. Los países con un pasado y un futuro común, que básicamente se expresa en lo económico, social y cultural, deben vivir el presente bajo un sistema de experiencias, vivencias e intereses compartidos. Los antecedentes del desempeño de las administraciones públicas de los diferentes países, los problemas que enfrentan y las soluciones implementadas constituyen sin duda experiencias de interés que merecen ser compartidas.

La globalización, que comprende los fenómenos compartidos entre las naciones y las comunidades, es una realidad indiscutible de nuestro tiempo. Como señalan Aberastury y Gottschau, las problemáticas individuales de cada país y las formas de enfrentarlas trascienden los límites y las fronteras. Globalización es un término demasiado genérico que comprende tanto los procesos económicos, tecnológicos, sociales y culturales que se producen debido a las herramientas de comunicación y por tanto de conocimiento y que afecta a los Estados, trascendiendo las barreras nacionales de tal manera que hechos que se producen en un lugar del mundo pueden afectar a otros. De esta manera, el derecho, como instrumento indicador de un determinado comportamiento de una cultura determinada en un momento dado, no está exento de esta nueva trascendencia internacionalizante, y en lo que aquí nos ocupa se observa que reglamentaciones que determinan una actuación del Estado son exportadas a otros países sin vislumbrar si las mismas pueden ser aceptadas en razón de su propia cultura o naturaleza o por el régimen constitucional que las gobierna.³¹

Ambas circunstancias hacen que en el mundo actual la evolución de los ordenamientos jurídicos, con la herramienta del Derecho Comparado,

31. ABERASTURY, Pedro y GOTTSCHAU, E. Patrizia, “Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional”, en Pedro ABERASTURY - Hermann-Josef BLANKE, *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Eudeba y Konrad Adenauer Stiftung, 2012, p. 82.

contribuya a la solución de problemáticas comunes, que trascienden las fronteras, como son las de orden financiero, económico, social, sanitario, etc. El procedimiento administrativo local no es ajeno a este fenómeno.

7. LOS ACTUALES DESAFÍOS EN TORNO AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Hemos dicho que el procedimiento administrativo, en la actualidad, debe contar con dos columnas que lo sostengan: las regulaciones que aseguran un ejercicio eficiente de las potestades y la vigencia de los derechos y garantías; los beneficios y ventajas que brindan los avances tecnológicos, como ocurre en el ámbito de la informática y las comunicaciones.

La primera de dichas columnas mantiene sin solución viejos problemas del procedimiento administrativo: la falta de una conciencia jurídica de los operadores de la Administración –funcionarios y empleados públicos– que en el ejercicio de sus respectivas competencias deben actuar conforme al principio de legalidad; la necesidad de actuar con la necesaria eficacia y eficiencia, conforme a los tiempos que resulten razonables; la impostergable implementación de adecuados sistemas de control interno; la aplicación de justos procedimientos de responsabilidad por actuaciones y omisiones ilegítimas; el reconocimiento del derecho de participación de los ciudadanos; la derogación de las exigencias del agotamiento de la instancia administrativa y el establecimiento de adecuados sistemas de revisión judicial.

El avance tecnológico, con el aporte de la informática y de las comunicaciones, brinda herramientas fundamentales para un mejor desempeño de la función administrativa. Es inconcebible que solo en algunas reparticiones públicas las tramitaciones administrativas puedan realizarse vía internet, mientras que en la mayoría de los casos se sigan utilizando los viejos expedientes, con notificaciones por correo y sin un diálogo práctico, simple y directo entre las personas.

Lo expuesto indica la necesidad de instaurar un procedimiento administrativo nuevo, ágil, confiable y eficaz, cuya implementación no solo será en beneficio de los particulares sino también de la propia Administración.

B.6.

En el Derecho Aeronáutico

Derecho Comparado y Derecho Aeronáutico

*Mario O. Folchi**

INTRODUCCIÓN

En el estudio conjunto del Derecho Comparado y del Derecho Aeronáutico aparecen, con claridad, diferencias y similitudes entre estos dos componentes de las ciencias jurídicas. Entre las primeras, debe destacarse como una de las principales que en tanto el Derecho Comparado no integra el conjunto de las diferentes ramas de dichas ciencias, el Derecho Aeronáutico es, precisamente, una de sus más modernas expresiones. Esta importante premisa científico-jurídica quedará demostrada, según mi criterio, poco más adelante, cuando recuerde los conceptos de ambos sectores.

Bajo otro ángulo de enfoque, una de las similitudes o semejanzas más evidentes entre ambos surge cuando se evocan sus respectivas historias, ya que el siglo XX ha sido el tiempo en el que nuestras dos materias tuvieron su más empujado desarrollo. Y puede agregarse a esto un dato íntimamente vinculado con ese desarrollo: son expresiones arquetípicas del derecho contemporáneo, ya que, por un lado, el mundo actual, profundamente globalizado, obliga al estudioso del Derecho o a quien lo practica a analizar distintas legislaciones o decisiones judiciales, pertenecientes a diversos sistemas jurídicos, en tanto que, por otro lado, el desarrollo de la aeronáutica civil, con su constante evolución tecnológica, convierte al Derecho aeronáutico, que es su marco legal, en la expresión más moderna de las ciencias jurídicas.

* Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial. Exprofesor titular de Derecho Aeronáutico en las Universidades de Buenos Aires, del Salvador y de Morón, y de Derecho Aeronáutico Comparado en el Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial. Consultor internacional y abogado en ejercicio.

Otra importante similitud en el estudio de ambos sectores surge cuando se analizan sus respectivos fines. En efecto, uno de los principales del Derecho Comparado es el de la unificación o uniformidad del derecho, en tanto el Aeronáutico resulta, sin duda, la rama con mayor cantidad de tratados internacionales –nada menos que 17 celebrados en los últimos 70 años entre tratados y protocolos, la gran mayoría en vigencia y sin contar las varias enmiendas al Convenio de Chicago de 1944–, los que han producido importantes unificaciones en distintos sectores de la materia, o las bases para la uniformidad de las leyes internas de los países que integran la comunidad internacional de la aviación. En este sentido, tengo para mí que en ningún otro ámbito del mundo jurídico se ha obtenido tan elevado nivel de un gran marco legal internacional para una actividad determinada.

Esto ha llevado a la razonable existencia de un Derecho Aeronáutico Comparado, cuya sustancia y desarrollo debería ser sujeto de estudio y de enseñanza en universidades y centros de estudios superiores.

NOCIONES BÁSICAS

La determinación del concepto del Derecho Comparado es uno de los puntos más interesantes que plantea el campo doctrinario en esta materia. Sea por las divergencias existentes entre juristas de países distintos, de diverso origen cultural y tradición jurídica, sea porque en las últimas décadas el Derecho Comparado muestra un vigoroso desarrollo, lo cierto es que los enfoques y criterios muestran una gran variedad y, desde luego, los mismos se vinculan con las épocas en que fueron expuestos.

Es así como el alemán Kohler entendía como equivalentes a la Historia Universal del Derecho y a la Ciencia Comparada del Derecho. Idéntico criterio seguían Pollock y Holland.¹ En la segunda mitad del siglo XX se manifestaron tres posiciones doctrinarias con relación a este asunto. Una afirma que el Derecho Comparado es una rama autónoma del Derecho; otra que no es más que un método, y, por último, hay quienes consideran al Derecho Comparado como una ciencia.

1. GUTTERIDGE, H.C., *El Derecho Comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954, p. 12.

En este último criterio puede hallarse a Vico, jurista italiano del siglo XVIII, cuyas ideas sobre los principios generales del derecho han constituido la base para una ciencia jurídica comparada, y al famoso Del Vecchio, quien apoyándose en aquel, representa las tendencias filosóficas en esta materia, ya que intenta determinar una ciencia universal del derecho a través de unas reglas jurídicas que superen las contingentes legislaciones positivas, a la que llega, desde luego, por medio de la comparación de los distintos derechos. Este aspecto científico fue también destacado por el inglés Bryce, quien distinguía entre el carácter puramente científico de la materia y su aspecto práctico, donde aparece su finalidad más evidente, en tanto que Salmond ubica al Derecho Comparado como método especial de la Filosofía del Derecho, aunque entendiéndolo que estudia las similitudes y diferencias entre diversos sistemas jurídicos.²

Sin analizar en detalle las posiciones de juristas que trazaron divisiones en el Derecho Comparado, como fueron Rabel, Sarfatti y Wigmore, puede citarse a Lambert, para quien esta disciplina posee dos fines, uno científico y el otro práctico, y a Saleilles, quien sostenía que el Derecho Comparado tiene como función establecer los principios comunes a todos los sistemas jurídicos, los que constituirían un “derecho ideal relativo”. Ambos estudiosos franceses, por otra parte, pueden ser ubicados entre quienes forman parte de la teoría “universalista”, para posibilitar una mayor colaboración entre las naciones.

Para Gutteridge el principal problema no consiste en “qué es” el Derecho Comparado sino “para qué sirve”. En tal sentido, destaca que el método comparativo es muy elástico como para encerrarlo en clasificaciones, las que en su opinión no dieron resultados prácticos. De ahí que estima más útil hacer una amplia distinción entre la comparación practicada para conocer el derecho extranjero y la investigación comparativa para otros fines. En esta línea de pensamiento, traza una distinción entre el “Derecho Comparado descriptivo” y el “Derecho Comparado aplicado”. El primero debe atender a toda comparación de distintos sistemas jurídicos cuya finalidad sea solo la información, mientras que el segundo tiene lugar cuando la investigación o el uso del método comparativo tenga otra finalidad que la mera información, sin que interese aquí si el trabajo tiene

2. GUTTERIDGE, H.C., *op. cit.*, p. 13.

o no un fin práctico. Para este autor, la mayor parte de los casos se ubican en este segundo sector. Para Gutteridge, entender el Derecho Comparado como un método es su principal característica porque se aplica a todas las formas de investigación jurídica. Y dice: “El método del Derecho Comparado se halla tanto al servicio del historiador del Derecho, como al del filósofo, el juez, el abogado y el profesor de Derecho. Es aplicable tanto al Derecho público como al privado y está igualmente a la disposición del economista, el sociólogo y el abogado. Puede prestar un importante servicio al político, al funcionario y al hombre de negocios. Una de sus cualidades más importantes es la flexibilidad, y se corre el peligro de que sus finalidades no podrían alcanzarse plenamente si se subdividieran en categorías imprecisas y artificiales. Con el método comparativo, no solamente se consiguen resultados importantes en un sentido material, sino que con él se puede descubrir la base del Derecho, considerándolo como un todo, que no es perceptible cuando se estudian aisladamente los sistemas nacionales de Derecho. Puede arrojar luz sobre las leyes e instituciones que no parecen tener justificación desde el punto de vista lógico o tradicional. Constituye, asimismo, la piedra de toque con la cual juzgamos si una ley es la mejor solución a un problema determinado para la que fue promulgada”.³

René David puede ser ubicado entre quienes consideran al Derecho Comparado como la comparación de derechos diferentes, o sea es el método jurídico aplicado a las ciencias del Derecho. Para este jurista francés, el Derecho Comparado debe romper las barreras que se levantaron entre los distintos derechos nacionales a partir del Código Napoleón y debe devolverle a la ciencia del derecho el carácter de universalidad, por ser el propio de toda ciencia verdadera.⁴ En su última obra importante sobre la materia, David adopta la expresión “familias jurídicas” para individualizar los distintos sistemas de derecho, si bien reconoce la dificultad para lograr el criterio clasificatorio más adecuado. Destaca, asimismo, los distintos fines del Derecho Comparado.⁵

3. GUTTERIDGE, H.C., *op. cit.*, p. 22.

4. DAVID, René, *Tratado de Derecho Civil Comparado*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1953, p. 11.

5. DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, Aguilar, 1969, p. 7 y ss.

En esta breve revista de distintas opiniones sobre el concepto del Derecho Comparado, citaré tres definiciones ofrecidas por sendos juristas de gran prestigio. La primera se debe a Levy-Uhlmann, para quien el Derecho Comparado “es una rama de la ciencia jurídica que tiene por objeto la comparación sistemática de las instituciones de los países civilizados”, por lo cual posee una finalidad de acercamiento y determinación de relaciones entre las instituciones jurídicas de distintos países, para lograr la unificación del derecho.⁶

Solá Cañizares, por su parte, dice que “el Derecho Comparado consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos”.⁷

La tercera definición es obra del argentino Enrique Martínez Paz, para quien el Derecho Comparado “es la disciplina jurídica que se propone, por medio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema de derecho positivo actual”.⁸

El análisis de estas definiciones demuestra diversidad de opiniones, ciertas vinculaciones entre los elementos de unas con los de otras, todo lo cual no es malo; antes bien, parece indispensable cuando se trata de encarar una tarea con rigor científico, porque luego podrá obtenerse alguna síntesis de todo ello.

En mi opinión, no puede considerarse al Derecho Comparado como una más de las ramas integrantes del conjunto del Derecho, como el Derecho civil, comercial, penal, etc. David mencionó con precisión que nuestra materia no formula reglas de conducta o de solución de conflictos. Es que, además, carece de un conjunto de instituciones propias como ocurre con todas las demás del gran cuerpo del Derecho, ni tiene por objeto relaciones jurídicas determinadas.

Por ello es que no comparto el criterio de Solá Cañizares cuando afirma que la comparación de normas positivas puede ser el objeto propio

6. MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al Derecho Civil Comparado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

7. SOLÁ CAÑIZARES, Felipe de, *Iniciación al Derecho Comparado*, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954, p. 98.

8. MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *op. cit.*, p. 143.

de una ciencia jurídica autónoma, esencialmente porque es sabido que la autonomía científica de las ramas del Derecho siempre debe concebirse sin perder de vista que el Derecho es uno solo. Es que el Derecho Comparado no es nuevo, porque se relaciona con las ramas e instituciones jurídicas ya existentes y porque precisamente las mismas existen, es que puede “hacerse” Derecho Comparado.

Sostengo, en definitiva, que el Derecho Comparado forma parte de la ciencia jurídica, porque el componente científico hace a su esencia misma. La comparación de sistemas jurídicos debe tener siempre la certeza, la explicación y la fundamentación que son inherentes al método científico. Existe indisoluble unidad entre lo científico propiamente dicho y el Derecho Comparado y así debe ser comprendido.

Por otra parte, sostener que el Derecho Comparado es solo un método tiene el inconveniente de quitar de su contenido y hasta de sus finalidades esenciales, sectores importantes, como son aquellos que trascienden de la comparación propiamente dicha y para los cuales esta última es un instrumento adecuado. Es por ello que comparto la expresión “disciplina jurídica” que utilizara Martínez Paz para su definición. Este vocablo es comprensivo de los diversos componentes de la materia utilizada y ofrece la ventaja de que prescinde de la idea de su existencia como rama autónoma del Derecho, si bien permite involucrar en ella el conjunto de elementos que le otorgan vida científica, incluyendo también las finalidades prácticas que han señalado autores de prestigio.

El vocablo “disciplina jurídica” tiene, asimismo, la suficiente generalidad de significado como para que sea un marco en el cual quepa no solo el método comparativo –sin duda uno de los elementos principales–, sino todos aquellos elementos que permiten afirmar que el Derecho Comparado no tiene meramente un valor adjetivo en el campo de las ciencias jurídicas y que su trascendencia actual y futura tiene sustantividad propia y peculiar.

En cuanto al Derecho aeronáutico, lo he definido como “el conjunto de principios y normas, de Derecho Público y Privado, de orden interno e internacional, que rigen las instituciones y relaciones jurídicas nacidas de la aeronáutica civil o modificadas por ella”. Esta noción, que sigue en lo esencial a la que algunas décadas anteriores elaboró Videla Escalada, se apoya en la concepción autonomista de la materia respecto del Derecho de la Navegación por agua, senda científica diseñada por el maestro italiano

Antonio Ambrosini. Este último sostuvo que dicho criterio se sustentaba en la opinión de otro italiano, Donati, quien había dicho que podía decirse que una rama del derecho es autónoma cuando posee novedad orgánica de la materia que regula, cuando posee principios generales que la gobiernan y cuando demuestra completitud en sus aspectos público y privado. Y no cabe duda que estos tres elementos se presentan en el Derecho aeronáutico.⁹

Esta definición supone que el Derecho aeronáutico se integra con principios y normas que constituyen un todo orgánico y sistemático, con identidad propia y que abarca los distintos sectores en que usualmente se divide el Derecho. Además, que está integrado con instituciones, algunas propias y otras tomadas de otras ramas del Derecho pero que al hacerlo, se han visto modificadas en algunos de sus componentes científico-jurídicos.

A esta noción puede agregarse la de la aeronáutica civil misma, que puede ser definida como “el conjunto de toda actividad vinculada con el empleo de aeronaves privadas y públicas, excluidas las militares, y con la actividad aeroportuaria”.

LOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL MUNDO

La expresión “sistemas jurídicos” es la preferentemente usada para designar las distintas formas que tiene el Derecho en el mundo, como consecuencia de una larga tradición y evolución de las instituciones en regiones y países. También un jurista de la talla de René David utilizó el vocablo “familias jurídicas”, si bien la esencia del sentido de la expresión no es diferente de aquella.

Prefiero la palabra “sistema”, por cuanto la misma indica la existencia de un conjunto de principios determinados y reunidos entre sí, en forma que integran un cuerpo completo, así como la combinación de partes reunidas para lograr un resultado o formar un conjunto. También es útil este vocablo, aun con el sentido de indicar el método de clasificación de algo, fundado en ciertos caracteres. Es así como referirse a “sistemas jurídicos” supone hacerlo respecto de un conjunto orgánico de elementos de Derecho,

9. FOLCHI, Mario O., *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil*, Buenos Aires, Ed. Astrea y ALADA, 2015, p. 11 y ss.

de un todo completo y susceptible de encerrarse dentro de sí, incluyendo aquellos conceptos que trascienden el campo exclusivamente normativo, como son los de la Justicia, Libertad, Equidad, etc., pero que, en mi opinión, se hallan consustanciados en la idea del Derecho.

Con esta expresión se quiere nominar a los pocos y grandes conjuntos de principios, caracteres e instituciones fundamentales del Derecho que, en el mundo, se agrupan de modo orgánico y constituyen cuerpos individualizables entre sí, integrales en sí mismos, como resultado de las grandes evoluciones habidas en la historia de la Humanidad. De este modo, es posible hablar de un sistema y de varios Derechos involucrados en el mismo, como por ejemplo, el derecho inglés o norteamericano como integrantes del *commonlaw*.

Es importante esta distinción, porque dos derechos pueden pertenecer a un mismo sistema cuando se asientan en la misma tradición, cuando son iguales los conceptos y los vocablos que se utilizan, cuando son idénticas las clasificaciones legales adoptadas por ambos; es decir, cuando existe lo que puede llamarse comunidad de formación profesional. Por el contrario, parece que dos derechos pertenecen a diferentes sistemas cuando alguno de dos enfoques con que pueden analizarse demuestra la diversidad.

Dichos enfoques corresponden a lo ideológico y a lo técnico. En el primer caso, los derechos se oponen unos a otros porque representan distintas concepciones de la justicia, en relación con la forma como están organizadas las sociedades determinadas. También pueden diferir en virtud de las creencias religiosas o filosóficas que sustentan dichas sociedades o comunidades, o bien porque tienen diversas estructuras políticas, económicas o sociales. Esto ocurrió, por ejemplo, con el derecho soviético y el de los países europeos hasta comienzos de la última década del siglo XX.

Desde el enfoque técnico, los derechos son distintos o pertenecen a diferentes sistemas jurídicos cuando la técnica que han desarrollado los juristas no es la misma, aun cuando los elementos ideológicos que se encuentran en el sustrato básico de ellos sean similares o idénticos. La diversidad estriba en la técnica para hacer triunfar esa concepción esencial. Y es importante señalar la trascendencia que posee la técnica en el Derecho, que no debe ser subestimada, lo que se advierte con facilidad cuando se intenta la unificación de derechos que responden a técnicas diferentes. Claro está que la técnica no puede superar la importancia del elemento ideológico,

pero sería equivocado asignarle mucho menor valor que a este último.

El estudio de los sistemas jurídicos del mundo ha originado distintos criterios para su clasificación entre los juristas que se han dedicado al tema y, al respecto, pueden verse las opiniones de David y otros estudiosos europeos, así como la de Martínez Paz, en las obras citadas más arriba. En ese análisis puede intentarse la búsqueda de una síntesis, aunque en la actualidad aparece un importante nuevo sistema desde que la Unión Europea tiene entidad multinacional, y que es el llamado “derecho comunitario”, donde se advierte un interesante entramado legislativo y de aplicación jurisprudencial entre el derecho romano-germánico y el derecho anglosajón. Este derecho europeo posee significativa presencia e influencia, tanto dentro del conjunto de países que lo viven cuanto más allá de sus fronteras y esto responde, quizá, a que es indiscutible la perdurabilidad de la idea de que el derecho posee principios y fines comunes a todos los hombres, cualesquiera sean su raza o religión, por sobre las peculiaridades nacionales, idiomáticas o de tradiciones jurídicas.

Algo parecido puede decirse de la evolución del derecho en Rusia, ya que el anterior derecho soviético cambió bastantedesde que se produjo la caída de la Unión Soviética y se aprobó la Constitución de 1993. En un estudio reciente se ha destacado que el actual derecho ruso, si bien mantiene vinculaciones con el romano-germánico, podría ser ubicado como un derecho “extraeuropeo” dentro del marco de este último, ya que entre sus características básicas está la división en derecho público y privado, separación de las distintas ramas (constitucional, administrativo, penal, procesal, etc.), existencia del derecho de las obligaciones y reconocimiento limitado de la jurisprudencia como fuente de derecho.¹⁰

Es que la globalización, en su forma más virtuosa, no puede sino reconocer esos derechos inalienables al género humano y esto se manifiesta de manera evidente en el desarrollo de la actividad aeronáutica, ya que el hecho técnico respectivo es idéntico en todo el mundo y existe un marco legal internacional aceptado por 191 Estados, que integran la comunidad de la aviación civil internacional. Casi podría decirse que es una expresión paradigmática de uno de los fines del Derecho Comparado.

10. MIRONOV, Nicolai, “Sistema jurídico de Rusia”, en *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata*, Mar del Plata, Año 3, N°3, 2008, p. 129 y ss.

La expresión “Derecho aeronáutico comparado” no significa que estamos frente a una nueva rama de las ciencias jurídicas, pero resulta adecuada para enmarcar ciertos temas específicos, especialmente el estudio de las instituciones del Derecho aeronáutico con un enfoque comparatista. Para ello, no está demás recordar brevemente algunos aspectos conceptuales, comenzando por mencionar que el concepto de dicha expresión se sustenta, desde luego, en el del Derecho Comparado mismo, que acabo de analizar poco más arriba.

Aunque las definiciones responden por cierto al criterio de quienes las formulan, siempre suponen una importante herramienta para la sistematización científica y pedagógica. Por ende, asumiendo los riesgos propios de los límites ínsitos a toda noción, estimo que el Derecho Aeronáutico Comparado “es la disciplina jurídica que estudia, por medio de la investigación científica y comparada del Derecho Aeronáutico vigente, la determinación de los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídico-aeronáuticas y su coordinación en un sistema de derecho positivo actual”.

Por cierto que he tomado los lineamientos generales de la definición que diera Martínez Paz del Derecho Comparado en la obra citada en nota 6, destacando que la expresión “disciplina jurídica” tiene para mí el sentido genérico y amplio que permite incluir dentro de sus límites las nociones sustantivas que hacen a la investigación jurídica de los principios básicos y los elementos adjetivos que han sustentado aquellas opiniones que solo ven en el Derecho Comparado un método. Por tanto, la adopto para esta definición y además porque tengo en cuenta su etimología, según la cual puede indicar ya una doctrina, ya un conjunto de reglamentos.

Es precisamente su esencia etimológica lo que confiere al término su más valioso ajuste al sentido que tiene la definición, en tanto supone enmarcar en el Derecho aeronáutico comparado una infinita variedad de posibilidades del conocimiento jurídico específico y sin que ello obligue a que las mismas deban poseer una determinada unidad orgánica entre sí.

Asigno al Derecho aeronáutico comparado una función principal: la de estudiar. Sin perjuicio de señalar la variedad que puede tener el objeto de este estudio, he querido destacar esta función, porque entiendo que en

ella se centran todos los problemas que se vinculan, de un modo u otro, a esta disciplina. De este modo le otorgo asimismo, un valor específico que, en su generalización, permitirá obtener los elementos más valiosos para el progreso jurídico. De esta manera especial estos elementos facilitarán la tarea de los legisladores que en el derecho aeronáutico es permanente, por el dinamismo que lo caracteriza y de las relaciones internacionales que conlleva la actividad aviatoria, las que incluyen un vastísimo campo de muy variadas facetas de orden jurídico, económico, técnico y político.

Esta función que otorgo al Derecho aeronáutico comparado debe entenderse en su más amplia acepción. El intento de esquematizar el estudio o encerrarlo en determinadas fórmulas violentará, sin duda, la esencia de la materia que aquí me ocupa, que brinda campo infinito para la investigación. Solo cabría resaltar un elemento constante en este estudio: su carácter científico. Sin ese elemento será difícil colocar un determinado estudio en el importante nivel de función que tiene en el Derecho aeronáutico comparado, cualesquiera sea el objetivo o la finalidad que tenga dicho estudio. En efecto, el Derecho Comparado posee un componente científico sin el cual no es posible entenderlo, y esto es también inherente al Derecho aeronáutico comparado, porque ofrece una nueva y vasta problemática en la cual el “conocimiento” no puede ser sino el objeto de una investigación abstracta. En los casos en que se haga dogmática jurídica, la misma penetrará en el ámbito del Derecho aeronáutico comparado cuando asuma valor de comparación de sistemas o cuando se la enfoque comparativamente, porque es sabido que la dogmática jurídica no es sino la reconstrucción científica del derecho vigente.

El camino que toma nuestra disciplina para cumplir su objeto es el de la investigación científica y comparada del Derecho aeronáutico vigente. Es importante señalar aquí que, en mi opinión, referirse a derecho vigente no significa solo la legislación positiva, pues el Derecho no es la ley a secas, sino también todo el contenido vivencial de la comunidad en que rige. Por tanto, esa investigación científica y comparada abarcará no solo el llamado “derecho positivo” sino también los principios, la doctrina y todo aquello que ha contribuido a estructurar el derecho aeronáutico dentro de un determinado sistema jurídico. Asimismo, cuando me refiero a “investigación científica y comparada” aludo al concepto amplio de “investigar”; es decir, efectuar una tarea para descubrir una cosa. En nuestro tema, el descubri-

miento estará supeditado al objetivo o al fin de la comparación y por eso la labor de investigación debe reunir dos elementos que la definen: el carácter científico ínsito en el Derecho Comparado y el enfoque comparatista.

Con respecto al primero de los elementos mencionados, puedo agregar que si el objetivo de la investigación científica en el campo jurídico es el estudio de las leyes que reglamentan los grupos determinados de fenómenos homogéneos, cabe interpretar con la doctrina moderna que la ley es la hipótesis interpuesta entre muchos fenómenos; que entre todos los fenómenos de distintas categorías existe una relación indisoluble de dependencia o de correlación y por tanto, el estudio sistemático –científico– del derecho puede aplicarse al derecho aeronáutico y a los fenómenos homogéneos que el mismo regula, con el criterio de unidad orgánica que en cada caso sea factible y dentro del sentido universalista que supone el enfoque del Derecho Comparado.

De este modo el estudio se inserta en la disciplina que analizo y puedo decir que existe un componente científico, porque nos ofrece resultados aplicables a todos los fenómenos y a todas las hipótesis análogas a aquellas que ya fueron verificadas; es decir, nos encontramos ante una nueva clase de “estudio” de características esencialmente científicas, que tiene por objeto establecer las “leyes naturales” (no en el sentido de ley superior sino en el sentido de ley lógica) que determinan y rigen la evolución del fenómeno jurídico, teniendo por objetivo encontrar los extremos que enlacen un derecho con otro.

En la definición diseñada más arriba incorporé los elementos esenciales referidos al objeto de la función que asigno al Derecho aeronáutico comparado. Son ellos: la determinación de los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídico-aeronáuticas. Con respecto al primero, esos principios pueden ser comunes a todo el derecho aeronáutico o solo vinculados de manera parcial a ciertas instituciones de la materia. Lo trascendente en orden a nuestra disciplina es que esos principios fundamentales surjan como el resultado mismo de la investigación comparada, o sea que puedan ser tenidos como “leyes naturales” del estudio e investigación efectuados, porque demuestran su existencia más allá de las diferencias habidas entre los sistemas jurídicos.

Dentro del mismo criterio, la determinación del fin de las instituciones jurídico-aeronáuticas supone la búsqueda de esa finalidad última que

reside en los institutos propios de la materia, común a los distintos sistemas jurídicos y que aparecerá como consecuencia del análisis comparativo. Esa finalidad última puede, a su vez, dividirse en partes diferentes según el enfoque científico que tenga el estudio respectivo.

Tanto la determinación de los principios fundamentales relativos cuanto la del fin de las instituciones jurídico-aeronáuticas concluyen en el último e importante elemento de la definición que he expuesto: su coordinación en un sistema de derecho positivo actual. En este orden de ideas, el estudio que es función del Derecho aeronáutico comparado deberá demostrar, en su proceso evolutivo, la certeza de la posible unificación o, al menos, de la uniformidad del Derecho aeronáutico en casi todo el mundo. Con ello quedará ratificada, una vez más, la tendencia universalista de esta materia, nacida internacionalmente y al mismo tiempo, la gran similitud que ofrece a pesar de que está regida por leyes pertenecientes a sistemas jurídicos distintos, debido a que regula una actividad casi única por su manifestación técnica en la sociedad actual. Por ello, la confluencia entre el Derecho Aeronáutico y el Derecho Comparado no resulta difícil de encontrar, dado que, y a pesar de sus bien distintas esencias, estructuras y contenidos, resultan dos muy típicas manifestaciones del derecho contemporáneo.

Es así como el Derecho aeronáutico comparado se perfila como un magnífico instrumento de trabajo para una cada vez mayor unificación del Derecho aeronáutico. Cuanto más conozcamos los derechos extranjeros, mejor sabremos perfeccionar el propio y a la vez, de mejor manera contribuiremos a elaborar el Derecho aeronáutico internacional que sirva, por su parte, a una mayor justicia internacional.

EL ESTUDIO DEL DERECHO AERONÁUTICO COMPARADO

Durante varias décadas y por iniciativa de quien firma estas líneas, se dictó en el Curso del Instituto Nacional de Derecho Aeronáutico y Espacial de la Argentina la asignatura “Derecho Aeronáutico Comparado”. Su primer titular fue Agustín Rodríguez Jurado y me tocó sucederlo cuando se retiró de toda actividad. Un cambio del plan de estudios hace pocos años y retirado yo también de la actividad permanente—después de cuatro décadas de existencia de la cátedra— la quitó de la currícula, en una

modificación que, por cierto, no comparto. Y sostengo este criterio porque en la formación de todo abogado que desee especializarse en Derecho aeronáutico, no puede faltar el conocimiento de un sector tan significativo y ejemplar de una actividad claramente globalizada en la práctica y en el marco legal que la regula.

No hay ningún organismo universitario o similar, en mi conocimiento, que en la actualidad y en América Latina incluya esta asignatura en sus planes de enseñanza o de investigación. Por lo tanto, la posibilidad de su existencia en el futuro no haría sino ratificar la importancia de los dos sectores que han dado origen a este artículo. Y no solo porque el Derecho Comparado no se enseña en nuestras universidades, sino porque se quiere generalizar una nueva moda en los planes de estudios de las Facultades de Derecho, reemplazando el Derecho de la Navegación (marítimo y aeronáutico) por el Derecho del transporte. Esto no tiene en cuenta que el transporte es una de las instituciones del Derecho aeronáutico, pero que este último posee una gran cantidad de otros institutos jurídicos en su estructura –con lo cual queda claro el disvalor científico de la nueva propuesta– y por ende solamente se enseñaría una parte de nuestra materia. Con esto solo se sigue la línea del cada vez menor esfuerzo en las exigencias curriculares de la formación del nuevo abogado, producto de una clara demagogia universitaria.

La enseñanza del Derecho aeronáutico comparado puede concretarse en base a un esquema de programa como el que sigue:

Parte general

- A. Derecho Comparado. Concepto, método, objeto, fines.
- B. Derecho aeronáutico comparado. Concepto, método, objeto, fines.

Parte especial

A. Comparación de las instituciones del Derecho aeronáutico en los distintos sistemas jurídicos, en base al análisis de un conjunto de determinadas legislaciones, por ej.: una o dos latinoamericanas; la estadounidense, la inglesa, la europea, la japonesa y otra de raíz musulmana.

B.El número mínimo de las instituciones del Derecho aeronáutico que pueden ser objeto de la comparación sería:

- a) El espacio aeronáutico.
- b) La infraestructura aeronáutica.
- c) La aeronave.
- d) El personal aeronáutico.
- e) La figura del explotador de aeronaves y los contratos de utilización de aeronaves.
- f) El contrato de transporte aéreo.
- g) Los servicios de transporte aéreo.
- h) El socorro aeronáutico y el siniestro aeronáutico.
- i) La responsabilidad aeronáutica.
- j) Los seguros aeronáuticos.
- k) El derecho aeronáutico penal.

En esta forma puede desarrollarse un plan de estudios de esta materia, que une el Derecho Comparado y el Derecho Aeronáutico, haciendo realidad la existencia de un sector del saber jurídico de especial interés, no solo para los comparatistas, quienes tienen ante sí un interesante nuevo campo de investigación y análisis, sino también para los eventuales aerójuristas, quienes no pueden carecer de su conocimiento si pretenden convertirse en especialistas del sector.

B.6.

En el Derecho a la Información

La codificación del derecho de acceso a la información en América Latina*

*Ricardo Perlingeiro***

INTRODUCCIÓN

I. La implementación del derecho a la información al alcance de las autoridades

Si bien el derecho de acceso a la información no está explícitamente previsto en la mayoría de las constituciones ni tampoco se encuentra unanimidad sobre la existencia de códigos legislativos en Latinoamérica, es común verificar rasgos comunes con respecto a la transparencia o los principios relacionados con la publicidad, además de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que garantizan la transparencia como condición de los principios básicos del Estado Constitucional democrático.¹

*Texto adaptado de la charla presentada en el Congreso Систематизация и кодификация информационного законодательства (Sistematización y codificación de la legislación sobre información), organizado por el Институт Государства и Права Российской Академии Наук (Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences), en Moscú, los días 13 y 14 de marzo de 2014, y de la charla presentada en la Asociación Argentina de Derecho Comparado, en Buenos Aires, el día 28 de abril de 2014.

**Profesor Catedrático (*Professor Titular*) de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense. Juez de la Corte Federal de la 2ª Región (Río de Janeiro).

1. Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, "La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho", en GARCÍA MACHO, Ricardo (org.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 12-19.

En este contexto, se indaga cómo deben proceder las autoridades públicas frente a la necesidad de interpretación constitucional o de omisión legislativa sobre el derecho de acceso a la información en poder del Estado.

¿Corresponde el derecho de acceso a la información a una prestación exigible directamente desde las constituciones y convenciones internacionales?

¿Está al alcance de las autoridades administrativas, sin tener como base la ley, atender las demandas de prestación, que hacen referencia al acceso a la información en poder del Estado?

¿En uno u otro caso, dependerían las autoridades administrativas de la intervención judicial previa?

En el año 2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión,² en la cual seafirmael deber de los Estados de proveer informaciones que excepcionalmente podrían ser negadas solo si hubiese una ley en este sentido.

Más tarde, en 2004, laCúpula Extraordinaria de Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas, en el ámbito de la OEA, aprobó la *Declaración de Nuevo León*,³ prescribiendo que “el acceso a la información en poder del Estado depende del respeto por las normas constitucionales y legales”, no haciendo distinción entre acceso a la información y restricción a la información.

De hecho, la necesidad de una ley previa como condición de actuación de las autoridades públicas no es un principio absoluto; ella depende de la realidad social, cultural y jurídica de cada país.

Para reconocer prestaciones basadas en normas constitucionales, pero que no están contempladas en la ley, es necesario comprender la doble connotación del principio de la legalidad –la primacía de la ley y la reserva de ley.

Es de total aceptación que las autoridades administrativas en un Estado de Derecho consolidado deben actuar bajo la jerarquía de los derechos fundamentales.

A la par, el principio de la reserva de ley (*Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*) continúa ligado a la idea de la ley en sentido estricto y con un

2. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA), Período ordinario de sesiones 108. *Declaration of Principles on Freedom of Expression*, Washington, 2 a 20 octubre de 2000, consultado en <http://bit.ly/15Ije4Men> fecha 27 enero 2014.

3. CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, 4, 2004, *Declaración de Nuevo León*, Mar del Plata, 2004, 13 pp., consultado en <http://bit.ly/28N1NWN> fecha 18 febrero 2014.

doble fundamento: (i) respecto a los derechos y libertades constitucionales de los ciudadanos; (ii) los poderes y deberes de las autoridades públicas deben provenir de una efectiva deliberación democrática de la sociedad; y (iii) los poderes y deberes de las autoridades deben corresponder a ventajas y desventajas individuales en igualdad de acceso a la participación.

Sin embargo, y de hecho, se ha observado en algunos sistemas una exacerbada concentración de poderes en las autoridades públicas por diferentes razones, que van desde la inmotivada inercia del legislador a la necesidad de normas sobre temas de nuevas tecnologías y que reclaman conocimientos especializados y complejos, a menudo asequibles solo dentro de una estructura gubernamental, en un fenómeno que se ha llamado “parlamentarización del Poder Ejecutivo”.⁴

En esta perspectiva, avanzando en un campo que una vez fue exclusivo del poder legislativo, los procedimientos administrativos (no judiciales) en la restricción de los derechos e intereses individuales, así como los destinados a otorgar beneficios o servicios públicos, pasan a ocupar un papel fundamental en una sociedad democrática, lo que pone de relieve la necesidad urgente de su efectividad mediante el cumplimiento de las garantías del debido proceso legal (*dueprocess of law*).

Los efectos negativos que representa la existencia de autoridades públicas con tal poder, sin el respaldo de un procedimiento administrativo que sea verdaderamente eficaz, se perciben en los tribunales. Por un lado, con el aumento de conflictos judiciales (legales); por el otro lado, paradójicamente, con ciertas actuaciones administrativas que pasan a depender de la intervención judicial previa, tales como, por ejemplo, determinan la “apertura” del secreto bancario para los propósitos de la investigación penal o fiscal.

II. ¿Cuáles serían las condiciones institucionales ideales para un procedimiento eficaz (extrajudicial) de acceso a la información?

En este contexto, la intensidad en la comprensión de las actuaciones de las autoridades administrativas está condicionada por la existencia de una ley previa o por una intervención judicial previa, manteniendo relación

4. Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, *op. cit.*

con el grado de eficacia y de participación democrática que se atribuye a los procedimientos administrativos (no judiciales).⁵

Por supuesto, se requiere más del legislador y los jueces en los sistemas en los que las autoridades administrativas tienden a conductas autoritarias o inquisitorias, sin el cumplimiento de las reglas básicas de un procedimiento administrativo justo.⁶

Así, ¿cómo generar credibilidad en una autoridad administrativa con este poder de decisión? ¿Cuáles serían las condiciones institucionales ideales para la efectividad de un procedimiento administrativo de acceso a la información?

III. ¿En qué medida un código legislativo puede contribuir a la efectividad del derecho a la información?

De todos modos, en ausencia de tales condiciones ideales, ¿en qué medida un código legislativo podría contribuir a la efectividad del derecho a la información y evitar una judicialización excesiva?

¿Traerán los principios y normas generales sobre el derecho a la información, sistematizados y auténticamente interpretados, claridad suficiente y reducción de los poderes de apreciación de las autoridades administrativas en relación a la exégesis teleológica actualmente sujeta a controversia e inseguridad?

IV. Objetivos propuestos

De esta manera, desde una perspectiva latinoamericana, la presente exposición se orienta en tres direcciones.

5. Ver PERLINGEIRO, Ricardo, *Justicia Administrativa en Brasil: ¿Una jurisdicción Administrativa Judicial, Extrajudicial o Híbrida?* [Administrative Justice in Brazil: A Judicial, Non Judicial or Hybrid Jurisdiction?], February 7, 2014, consultado en <http://bit.ly/28TsGGi>, en fecha 21 marzo 2014.

6. Ver ASIMOW, Michael, *Five Models of Administrative Adjudication* (July 17, 2015), Stanford Public Law Working Paper No. 2632711, consultado en <http://bit.ly/28QWq5i> en fecha 31 enero 2016.

En primer lugar, se propone que los órganos de control de acceso a la información mantengan una independencia efectiva. En segundo lugar, que cuando esta independencia no exista, se refuerce el papel de las leyes generales o códigos legislativos como una herramienta para la efectividad del derecho de acceso a la información. Finalmente, señala los principios fundamentales y reglas generales que aún exigen una mayor reflexión sobre un sistema que no goza de la independencia de los órganos de control.

1. El acceso a la información como derecho humano fundamental

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la decisión sobre *Claude Reyes and Others v. Chile* de 2006, reconoció la existencia de un derecho de acceso a la información oficial –buscar y recibir información– con base en el art. 13 de la Convención Interamericana de Derechos humanos, que dispone sobre la libertad de pensamiento y expresión.⁷

Un desarrollo significativo ocurrió en 2008, con la aprobación por la Comisión Jurídica Interamericana de los principios sobre el derecho de acceso a la información. Este documento contiene una declaración de diez principios que rigen el derecho a la información, afirmando que es un derecho humano fundamental a ser aplicado a todas las agencias de gobierno, el Legislativo, Ejecutivo y Judicial y sobre todo tipo de información. También dispone que las excepciones deben ser claras y restrictivamente definidas, y que debe garantizarse el derecho de apelación ante el órgano de control frente a la negación del derecho de acceso a la información.⁸

De hecho, la información sobre el funcionamiento de las instituciones y actores responsables (transparencia institucional), la información sobre los procesos de formación de la voluntad (transparencia procesal) y la información sobre el contenido de las decisiones y sus motivos (material de transparencia) contribuyen a que los individuos controlen mejor las

7. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Case of Claude Reyes et al. v. Chile Judgment*, San José, 19 septiembre, 2006. Séries C N°151, párrafo 77, 69 pp., consultado en <http://bit.ly/1EJmcBE> en fecha 27 enero 2014.

8. Ver MENDEL, Toby, *El derecho a Información na América Latina*, UNESCO, 2009, 13 pp., consultado en http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf, en fecha 27 enero 2014. Ver COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, CNJ/ Resolución 147 (LXXIII-0/0): *Principios sobre el derecho de acceso a la información*. Río de Janeiro, 2008, 2 p., consultado en <http://bit.ly/1zbnTZTen> en fecha 27 enero 2016.

actividades de los organismos públicos, participen en asuntos públicos y faciliten la realización de sus derechos.⁹

De esta manera, la transparencia del poder público es un elemento esencial en la estrategia para restablecer la confianza en el sistema democrático y salvaguardar el Estado de Derecho en una realidad siempre más compleja; como conclusión lógica, la retención u ocultamiento de información podría indicar deficiencias de un sistema público y hoy se considera como características propia de un régimen dictatorial y con problemas de legitimación.¹⁰

2. Las garantías institucionales en la implementación del derecho de acceso a la información contenida en la Ley Modelo Interamericana de Acceso a la Información Pública

Comportarse como parte integrante de un verdadero segundo poder de Estado, orientarse por los derechos fundamentales, actuar mediante decisiones administrativas precedidas de procedimientos dotados de las garantías del debido proceso legal (*due process of law*), procedimientos administrativos en los cuales democráticamente los ciudadanos tienen posibilidad de influir en el resultado.

En efecto, todo esto requiere por parte de las autoridades públicas condiciones mínimas, para que su actuación no sea meramente formal.

En particular, nos referimos a una de las técnicas de solución de conflictos administrativos como es la de valerse de las autoridades públicas independientes, para que las demandas se decidan por quien no esté subordinado a algún superior.¹¹

Las prerrogativas que garantizan esta independencia con relación a las autoridades públicas tienden a acercarse a las prerrogativas de los tribunales

9. Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, *op. cit.*

10. Ver SOMMERMANN, Karl-Peter, *op. cit.*

11. Sobre el concepto de autoridad administrativa independiente, ver CONSEIL D'ÉTAT, *Les Autorités Administratives Indépendantes - Rapport public 2001*, consultado en <http://bit.ly/28NQxrP> en fecha 27 enero 2016. Ver también ZILLER, Jacques, "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne", en *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 2010, pp. 901-906. Sobre las agencias independientes en los EE.UU., Reino Unido y Australia, ver ASIMOW, Michael, *op. cit.*

y jueces, cualesquiera que sean: (i) las prerrogativas institucionales, como la autonomía administrativa y financiera a favor de órganos decisorios; (ii) prerrogativas personales, como la inamovilidad y la remuneración justa de aquellos que están investidos de la función de decisión, los cuales deberían ser nombrados después de un criterio de selección transparente.¹²

De hecho, la solución de conflictos, basada en la técnica de las autoridades administrativas independientes es oportuna a los procedimientos destinados al derecho de acceso a la información oficial, en los cuales la vulnerabilidad al riesgo de interferencia política es aún mayor.

Además, cuanto mayor sea el grado de efectividad de un procedimiento administrativo, es menor la necesidad de intervención de los tribunales que, en América Latina, ya dan señales de agotamiento. A ello se suma que no todos los tribunales son especializados en derecho administrativo, y una gran parte está estrangulada, en un sistema donde mucho se judicializa y las autoridades administrativas, para ejercer sus atribuciones, parecen depender o convenientemente se aprovechan de la situación.

De hecho, aunque en forma incipiente, se ha presentado una auténtica tendencia en la creación de organismos independientes que permiten el acceso a la información.

En América Latina, hay cuatro ejemplos de órganos de control que propenden por una independencia efectiva garantizada por prerrogativas previstas en la ley: México, con el Instituto y los Órganos Garantes;¹³ Chile, con el Consejo de Transparencia;¹⁴ Honduras, con el Instituto de Acceso a la Información pública, integrado por tres Comisionados;¹⁵ y El Salvador, con el Instituto de Acceso a la Información Pública.¹⁶

12. Ver COUNCIL OF EUROPE (Consultative Council of European Judges), *Magna Carta of Judges* (Fundamental Principles), consultado en <http://bit.ly/28NoOrV> en fecha 24 febrero 2016. Ver también UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. Comentario n. 26 (a), p. 36, consultado en <http://bit.ly/1yZmRgl>, en fecha 24 febrero 2014.

13. Art. 8, III y IV, 30, 37-42 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2015.

14. Art. 31-44 de la Ley N°20.285 de 11 de julio de 2008 / Ley sobre acceso a la información pública.

15. Art. 8-11 del Decreto Legislativo N°170 de 30 de diciembre de 2006 / Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

16. Art. 51-60 del Decreto de El Salvador N°534 de 3 de marzo de 2011 / Ley de

También es posible identificar los órganos de control independientes en países de otras regiones; sin embargo, no son muchos los que tienen características similares.

A modo de ejemplo citaremos a Serbia, con *The Commissioner*,¹⁷ a Eslovenia, con *The Commissioner for Access to Public Information* (Comisionado para el acceso a la información pública),¹⁸ a Liberia, con *Independent Information Commissioner* (Comisionado para información Independiente),¹⁹ la India, con *The Central Information Commission* (la Comisión de información Central),²⁰ Antigua y Barbuda, con *The Information Commissioner* (el Comisario de información),²¹ Macedonia, con *Commission for Protection of the Right to Free Access to Information of Public Character* (la Comisión para la protección del derecho al libre acceso a información de carácter público)²² y Azerbaiyán, con *Authorized Agency* (la Agencia autorizada).²³

En términos generales, estos son organismos autónomos con su propia personalidad jurídica y pronóstico presupuestal específico. Los miembros de estos órganos tienen un mandato. Su nombramiento y el término de sus funciones están sujetos a normas específicas con la participación del Poder Legislativo y Ejecutivo y, en algunos casos, del Poder Judicial.

Por cierto, la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública, aprobada en 2010 por la Asamblea General de la OEA,²⁴ prevé una Comisión de Información con la función de promover la implementación efectiva del derecho de acceso de la información pública, inclusive de decidir en última instancia sobre las solicitudes de acceso a la información. La Comisión de Información, como se propone, tendría personalidad jurídica completa, autonomía operativa, presupuestaria, y de decisión.²⁵

Acceso a la Información Pública.

17. Art. 32-35 de la Ley de Serbia.

18. Art. 28-30 de la Ley de Eslovenia.

19. Cap. 5 de la Ley de Liberia.

20. Art. 12-14 de la Ley de India (ActNº22 de 15 de junio de 2005).

21. Art. 35-40 de la Ley de Antigua y Barbuda.

22. Art. 30-35 de la Ley sobre el libre acceso a la información de carácter público de Macedonia.

23. Art. 44 de la Ley de la República de Azerbaiyán sobre el derecho a obtener información.

24. OEA, La Ley Modelo Interamericana, consultado en <http://bit.ly/1yhRuJYen> fecha 27 enero 2014.

25. Arts. 46 a 49 y 53 a 62 de la Ley Modelo Interamericana.

Esta Ley Modelo Interamericana dispone, a partir de su art. 53, que “los miembros de la Comisión serán nombrados por el [Poder Ejecutivo] después de ser nombrados por una mayoría de dos tercios de los miembros del [Poder Legislativo] y en un proceso que atienda a los siguientes principios: (i) la participación pública en el proceso de nombramiento, (ii) transparencia y apertura, y (iii) la publicación de una lista de candidatos considerados como los más cualificados para la posición” y que “el mandato de los comisionados tendrá una duración de cinco años y podrá ser renovado por una vez”.

Sobre la remuneración de los comisionados, prescribe la Ley Modelo que sus funciones se llevarán a cabo “de tiempo completo y serán remunerados con un sueldo equivalente al de un juez (Tribunal de segunda instancia). Los comisionados no podrán tener otro empleo, cargo o comisión, con excepción de instituciones académicas, científicas o filantrópicas”.

En cuanto a la separación de sus funciones, “los comisionados solo podrán ser removidos o suspendidos de sus funciones, según el proceso de selección por el cual fueron nombrados y solo por razones de incapacidad o por cualquier conducta que justifique la destitución del cargo. Estas conductas incluyen: (i) condena por un crimen; (ii) problema de salud que afecte la capacidad del individuo para cumplir con sus obligaciones; (iii) grave violación de la Constitución o de esta ley; (iv) incumplimiento de cualquiera de los requisitos de divulgación, tales como no hacer público su salario o los beneficios de que goza”.

3. La contribución de una codificación con el fin de concretar el acceso a la información

Las ventajas y desventajas de una codificación legislativa remontan al debate entre Thibault y Savigny en Alemania en 1814. El primero creía en la sistematización científica de normas unificadas, propiciándoles objetividad y claridad; el segundo jurista se preocupaba por la paralización que los códigos podrían representar para la evolución del derecho.

La codificación del derecho a la información ha sido una tendencia global en los últimos años. Actualmente están en vigor alrededor del mundo aproximadamente noventa leyes sobre el acceso a la información con características de código, la mayoría de ellas aprobadas después de la década de los 90.

En América Latina, de los 19 Estados existentes, la mayoría ya contienen normas generales sobre el derecho de acceso a la información. Ellos son: México,²⁶ Perú,²⁷ Argentina,²⁸ Ecuador,²⁹ República Dominicana,³⁰ Honduras,³¹ Nicaragua,³² Chile,³³ Guatemala,³⁴ Uruguay,³⁵ El Salvador,³⁶ Brasil,³⁷ Colombia,³⁸ Panamá³⁹ y Paraguay.⁴⁰ En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se registra la mencionada Ley Modelo Interamericana sobre Acceso Público a la Información de 2010.

No es difícil entender por qué tanto entusiasmo con códigos sobre acceso a la información: una rama del derecho que, hasta el final de la década de los 90, era prácticamente desconocida en la cultura jurídica de la mayoría de los países; una rama del derecho en la que los deberes de la prestación del Estado son extraídos directamente de las normas internacionales y constitucionales y por lo tanto, coexiste con un amplio margen de interpretación; una rama del derecho frente a una legislación dispersa y no clara, en la que los poderes públicos aumentan su margen de depreciación.

26. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública / Ley de 4 de mayo de 2015.

27. Ley de transparencia y acceso a la información pública de 2003 / Ley N°27.806 de 3 de agosto de 2003.

28. Reglamento Argentino de Acceso a la Información Pública del Poder Ejecutivo Nacional / Decreto N°1172 de 3 de diciembre de 2003.

29. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública / Ley N°24 de 18 de mayo de 2004.

30. Ley General de Libre Acceso a la Información Pública / Ley N°200 de 28 de julio de 2004.

31. Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública / Decreto Legislativo N°170 de 30 de diciembre de 2006.

32. Ley de Acceso a la Información Pública / Ley N°621 de 22 de junio de 2007.

33. Ley sobre acceso a la información pública / Ley N°20.285 de 11 de julio 2008.

34. Ley de Acceso a la Información Pública / Decreto N°57 de 22 de octubre de 2008.

35. Ley de Acceso a la Información Pública / Ley n°18.381 de 17 de octubre de 2008.

36. Ley de Acceso a la Información Pública / Decreto N°534 de 3 de marzo de 2011.

37. Ley de Acceso a la Información / Ley N°12.527 de noviembre de 2011.

38. Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional / Ley 1.712 de 6 de marzo de 2014.

39. Ley de Acceso a la Información / Ley N°6 de 22 de enero de 2002.

40. Ley de Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental / Ley N°5.282 de 19 de septiembre de 2014.

Por lo tanto, cabe señalar las ventajas de una codificación legislativa de acceso a la información en los siguientes aspectos: (i) adecuación de las autoridades administrativas a una noción extensiva del principio de reserva de ley, reafirmando el papel institucional del legislador en un Estado de Derecho democrático; (ii) restricción del amplio margen de actuación de las autoridades administrativas en pro de la seguridad jurídica; (iii) la movilización de la sociedad en la búsqueda de la implementación del derecho a la información, llevando al fortalecimiento de las garantías institucionales y procedimentales correspondientes, y al aumento gradual de su credibilidad.

En busca de esos resultados, un código sobre el derecho de acceso a la información debería explicitar lo antes posible algunos conceptos indeterminados (interpretación auténtica), indicar los principios fundamentales y organizar las normas generales por lo menos en dos niveles.

En un nivel previo, con cuatro capítulos: el primero, sobre los conceptos indeterminados (definiciones legales); el segundo, sobre los principios fundamentales; el tercero, sobre derechos y deberes sustantivos; y el último, en cuanto a los derechos y deberes procesales.

En el plano posterior, con una subdivisión, un código debería contener, en el capítulo de derechos y deberes sustantivos, los siguientes aspectos: (i) el alcance de las obligaciones de prestación del Estado; (ii) las funciones de apertura; (iii) las restricciones al deber de información; y (iv) las diversas sanciones –administrativa, civil y penal–por incumplimiento de las obligaciones.

A su vez, el capítulo sobre derecho procesal de un código debería destacar: (i) las garantías institucionales, tales como la organización de las autoridades administrativas competentes para decidir sobre la solicitud de información; y (ii) los procedimientos propiamente dichos, a la luz de las garantías del debido proceso de ley (*dueprocess of law*), entremezclando el derecho de petición con el derecho de defensa, mediante previsión de los casos de legitimidad *ad causam* y de los siguientes derechos procesales: asistencia gratuita, argumentación, prueba, contradictorio, decisión motivada, decisión pública, recurso y una conclusión en tiempo razonable.

Código de acceso a la información

I Conceptos.

II Principios fundamentales.

III Derechos materiales (reglas).

III.1. Derecho a la información.

III.2. Apertura de informaciones.

III.3. Restricciones a la información.

III.4. Responsabilidades.

IV Derechos procesales (normas).

IV.1. Autoridades públicas.

IV.2. Garantías procesales.

Esta forma de exposición de un código sobre el derecho a la información puede encontrarse en algunas leyes de América Latina, aunque no siempre se tenga en cuenta el orden arriba propuesto.

Interpretación auténtica

Ley Modelo (2010); Brasil (2011); El Salvador (2011); Chile (2008); Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

Principios y reglas (normas)

Ley Modelo (2010); Brasil (2011); El Salvador (2011); Argentina (2003); Chile (2008); Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

Derechos materiales y derechos procesales

Brasil (2011); El Salvador (2011); Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2002)

Derecho a la información y apertura de información y restricciones a la información

Ley Modelo (2010); Brasil (2011); Argentina (2003); Chile (2008); Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

Responsabilidades y otras materias

Brasil (2011); El Salvador (2011); Chile (2008); Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

Garantías institucionales y garantías procesales

Ley Modelo (2010); El Salvador (2011); Chile (2008); Guatemala (2008); Honduras (2006); México (2002); Nicaragua (2007)

4. Vulnerabilidad en los códigos latinoamericanos sobre acceso a la información

Desde una perspectiva comparada basada en leyes nacionales y en la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la información, se nota un progreso sensible en la implementación del derecho a la información en América Latina.

Con orientaciones claras y basadas en el sistema interamericano de derechos humanos, las recientes codificaciones legislativas fueron capaces de reducir diferentes asuntos controvertibles que con anterioridad eran definidos por las propias autoridades.

No son pocos los ejemplos de esa evolución. Tomemos tres de ellos: el alcance de las leyes de acceso a la información; el derecho a la información como un derecho universal; y las informaciones sujetas a su apertura proactiva.

En cuanto al primer ejemplo, fue pacífica la comprensión de que una ley de acceso a la información implica deberes de toda autoridad pública de cualquier rama del Poder Público (legislativo, ejecutivo y judicial), en todos los niveles. Bajo este deber, se incluyen, igualmente, personas o entidades privadas en el ejercicio de un poder público o que presten cualquier otro servicio con fondos públicos, en este caso, limitándose solo a la información sobre actividades y a los fondos públicos.

Esta norma se presenta en el art. 3 de la Ley Modelo Interamericana y, de manera semejante, en las leyes de El Salvador, Nicaragua, Brasil, Chile, Guatemala, México y República Dominicana.⁴¹

Acerca del derecho de acceso a la información, se admite, en general, la titularidad en favor de cualquier persona, sin necesidad de tener que identificarse o demostrar cualquier interés particular, reafirmando la tesis de que es pública cualquier información en poder de las autoridades administrativas.

41. Arts. 7oy 8o de laLey de El Salvador, art. 1o de la Ley de Nicaragua;arts. 1o y 2o de la Ley brasilera, art. 2o de la Ley chilena;arts. 2oy 6o de laLey de Guatemala;y arts. 1oy 6o § 4o de laLey de República Dominicana.

Se confiere tal norma en el art. 5º “d” y “e” de la Ley Modelo Interamericana y en las leyes de El Salvador, Honduras y Brasil.⁴²

Finalmente, a propósito de la apertura proactiva de informaciones, los códigos han venido detallando una serie de informaciones clave a ser divulgadas en un plazo determinado, tales como la calificación y la remuneración de altos funcionarios públicos y las escalas salariales correspondientes a todas las categorías de funcionarios o consultores que trabajan con una autoridad administrativa.

La norma en cuestión puede encontrarse en el art. 11 de la Ley Modelo Interamericana y se refleja en la legislación de Chile, El Salvador, República Dominicana, Guatemala y Nicaragua.⁴³

A pesar de la sistematización exitosa de numerosas normas sobre leyes generales de acceso a la información, de manera persistente algunas de ellas no corresponden a las expectativas de un código legislativo, especialmente en lo que dice respecto a la realidad sociopolítica de América Latina.

Hago referencia a las normas que continúan con un alto grado de inexactitud y que están sujetas a interpretaciones polémicas en las manos de las autoridades públicas, casi siempre sin garantía de una actuación independiente.

Las normas de mayor impacto son las que dicen, respecto a las limitaciones de acceso a la información, que, generalmente, se basan en intereses privados, como laprivacidad, y en el interés público, tales como la seguridad pública o defensa nacional.

Tomando como base el análisis, transcribo parte del art. 40 de la Ley Modelo:

Las autoridades públicas pueden negar el acceso a la información solo bajo las siguientes circunstancias, cuando son legítimos y estrictamente necesarios en una sociedad democrática, basándose en los parámetros y la jurisprudencia del sistema interamericano:

a) Cuando el acceso cause daño a los siguientes intereses privados:

42. Arts. 2º y 9º de la Ley de El Salvador; art. 20 del Decreto Legislativo de Honduras; art. 10 §3 de la Ley brasilera.

43. Art. 10(7) de la Ley de El Salvador; art. 3º de la República Dominicana; art. 10(4) de la Ley de Guatemala; art. 20 “c” de la Ley nicaragüense.

1. derecho a la privacidad, incluyendo la privacidad relacionada a la vida, seguridad y salud;
2. los *intereses comerciales y económicos legítimos*;
- [...]
- b) Cuando el acceso ocasione un riesgo claro, probable y específico de un daño significativo, a los siguientes intereses públicos:
 1. *seguridad pública*;
 2. *defensa nacional*;
 - [...]
 7. *aplicación de la ley*, prevención, investigación y persecución de delitos;
 8. *capacidad del Estado para administrar la economía*;
 9. *intereses financieros legítimos de la autoridad pública*, y
 - [...]

Esta norma, con redacción semejante, está acompañada por las leyes de acceso a la información de Brasil, El Salvador, Guatemala, Uruguay, México, República Dominicana y Honduras.⁴⁴

Es bastante inexacta la extensión del contenido de ciertas expresiones, como “legítimos intereses económicos y comerciales”, “seguridad pública”, “defensa nacional” y “aplicación de la ley”. Como se sabe, todas ellas exigen un esfuerzo continuo de valoración a partir del principio de la proporcionalidad, que, consagrado en el preámbulo del art. 40 de la Ley Modelo Interamericana (“cuando sea legítimo y estrictamente necesario en una sociedad democrática”), abre la puerta a numerosas excepciones (excepciones a los límites de la información libre) que son detectables solo en el caso concreto por las autoridades públicas.

A propósito de las excepciones a las restricciones a la libre información, es decir, los casos en que no debe haber restricciones al acceso a la información, las dudas aumentan de forma significativa.

Existen situaciones que autorizan un análisis objetivo, como en el caso de funcionarios públicos que, con relación al ejercicio de sus funciones, no pueden alegar derecho a la privacidad, tal como consta en la Ley Modelo

44. Arts. 23 y 24 de la Ley brasilera; arts. 19 y 24 de la Ley de El Salvador; art. 23 de la Ley de Guatemala; art. 9o de la Ley uruguaya; arts. 13 y 14 de la Ley mexicana; arts. 17 y 18 de la Ley de República Dominicana; art. 17 de la Ley de Honduras.

Interamericana, art. 40 §2º, y en las leyes de Brasil, Guatemala y México.⁴⁵ Asimismo, y de igual manera, en el caso de violaciones graves de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, donde la publicidad y el acceso a la información corresponden a un valor absoluto, como se establece en el art. 44 de la Ley Modelo Interamericana y las leyes de Brasil, Nicaragua, El Salvador y Guatemala.⁴⁶

Sin embargo, someterse a una apreciación subjetiva es el distintivo de las normas que dan excepción a las restricciones a los límites de acceso a la información. Por ejemplo, la ponderación es una técnica frecuentemente utilizada para identificar el mayor daño que se pueda sufrir, el del interés público por la información o el de los intereses público y privado protegidos por el secreto. En consecuencia, las reglas anteriormente citadas, previendo situaciones en que el sigilo debe prevalecer, de nada servirán caso en que, al final, el daño de los intereses protegidos no sea superior al daño al interés público por la divulgación.

Ver al respecto la redacción de la norma contenida en la Ley Modelo Interamericana: “Ninguna autoridad pública puede negarse a indicar si un documento está o no en su poder o negar la divulgación de un documento, de acuerdo con las excepciones previstas en el artículo 40, a menos que el daño causado al interés protegido supere el interés público de obtener acceso a la información”.⁴⁷

Esta norma se ve reflejada en las leyes nacionales de El Salvador, Guatemala y Uruguay.⁴⁸

Como vemos, muchas son las inseguridades, siendo solo aparente que aquí se observe el principio de reserva de ley, como en efecto debería ocurrir en virtud de las diferentes leyes nacionales y declaraciones, incluyendo las recomendaciones del preámbulo a la misma Ley Modelo Interamericana (“que las excepciones al derecho de acceso a la información deben *ser claras y expresamente establecidas por la ley*”).

45. Art. 21, párrafo único, de la Ley brasilera; art. 24 de la Ley de Guatemala; y art. 14 §2 de la Ley de México.

46. Arts. 31, V de la Ley de Brasil; art. 3(7) de la Ley de Nicaragua; art. 21 “c” de la Ley de El Salvador; art. 26(3) de la Ley de Guatemala.

47. Art. 43 de la Ley Modelo Interamericana.

48. Art. 4 “a” de la Ley de El Salvador; art. 21 de la Ley de Guatemala; art. 8º de la Ley uruguaya.

De hecho, no hay ninguna diferencia entre una *omisión legislativa* en los supuestos de restricción a la divulgación de información y una ley que se refiere genéricamente, por ejemplo, a la “seguridad pública” como hipótesis de restricción a la divulgación.

Por lo tanto, una ley que solo mencione “seguridad pública” no será necesaria y no cumple con el principio de reserva de ley, al menos en un contexto latinoamericano. Así, dada la ausencia de ley o frente a una ley tan genérica que equivalga a la ausencia de ley, las autoridades administrativas buscarán el aval de sus actuaciones en las normas constitucionales y convencionales.

A propósito, la mencionada Ley Modelo Interamericana llega a indicar que las autoridades administrativas nacionales deben cumplir directamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, ¿cuál es el grado de certeza que se espera de las autoridades públicas latinoamericanas con sus conocidas fallas estructurales, obligándolas a basar sus decisiones administrativas directamente en la jurisprudencia del sistema interamericano; y, pasando así por encima del orden jurídico nacional?

Es innegable que las normas sobre los límites a la información disponen sobre temas que no son fáciles de ser tratados de manera abstracta por el legislador,⁴⁹ sin embargo, se impone un mayor nivel de precisión,⁵⁰ en particular frente a los sistemas jurídicos que no coexisten con las autoridades administrativas, dotados con las prerrogativas inherentes a la independencia y también aun en los juzgados que estén sobrecargados. Lo que se desea con el principio de la reserva de ley, en estos casos, es realmente evitar, en cuanto sea posible, una infinita gama de interpretaciones en poder de las autoridades públicas.

49. Sobre la dificultad de interpretación abstracta de conceptos jurídicos indeterminados, ver MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, México, UNAM, 2012, p. 141.

50. Sobre la posibilidad de reducción, del carácter indeterminado de las normas, inclusive de las cláusulas generales, por medio de “definiciones”, ver GUASTINI, Ricardo, “Interpretare e argomentare”, en MESSINEO, Francesco *et al.*, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milán, Giuffrè, 2011, p. 56. Sobre interpretación abstracta e interpretación auténtica, ver MESSINEO, *ibidem*, pp. 81-90. Sobre las cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados, interpretación abstracta y definiciones legales, ver WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf, *Derecho Administrativo* [Administrative Law]. v. 1. Lisboa, Fundación Calouste Gulbenkian, 2006, pp. 448-450.

La misma Ley Modelo Interamericana (art. 40 b), a pesar de considerar genéricamente el interés público, la seguridad pública y la defensa nacional, condiciona la utilización de estas expresiones a un mayor detalle en la ley. Pero en este particular, hubiera sido más adecuado si la propia Ley Modelo Interamericana hubiera procedido a detallar cada expresión, lo que instaría más efectivamente a los legisladores nacionales a actuar de la misma forma.

En este sentido, el Código Modelo de Acceso a la Información para África, desde 2013, elaborado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y Personales,⁵¹ dispone sobre las excepciones al acceso a la información con especificación de nivel superior: de los arts. 24 a 39, por ejemplo, explícita en siete artículos “las informaciones comerciales y confidenciales” (art. 28), explica en nueve artículos lo que sería “seguridad y defensa nacional” (art. 30) y en cuatro artículos el sentido de “aplicación de la ley” (art. 33).

Véase, *in verbis*:

Art. 28 Información comercial y confidencial de un titular de la información o tercero

(1) En los términos de la subsección (2), el responsable por la información (*information officer*) podrá rechazar la solicitud de información si la misma contiene:

- (a) secretos comerciales del titular de la información o tercero; o
- (b) información sobre el titular de la información o tercero, la cual, substancialmente, puedan perjudicar el interés comercial o financiero del titular de la información o de terceros.

(2) Una solicitud no podrá ser rechazada en los términos de la subsección (1) cuando:

- (a) la divulgación de la información facilite la transparencia y responsabilidad de las decisiones tomadas por el titular de la información;
- (b) la información esté relacionada con los gastos de fondos públicos;
- (c) la divulgación de la información revele mala conducta o fraude;
- (d) el tercero consienta en la divulgación; o
- (e) la información sea de dominio público.

51. AFRICA COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE' RIGHTS, *Model Law on Access to Information for Africa*, consultado en http://www.achpr.org/files/news/2013/04/d84/model_law.pdf en fecha 14 febrero 2014.

Art. 30 Seguridad nacional y defensa

(1) El responsable por la información (*information officer*) podrá rechazar el libre acceso a la información si la misma puede causar daño substancial a la seguridad y defensa del Estado.

(2) Para los fines previstos en esta sección, se entiende por seguridad y defensa:

(a) Las tácticas militares, o estrategias, o ejercicios militares, u operaciones realizadas en preparación para hostilidades o en conexión con el descubrimiento, prevención, supresión o reducción de actividades hostiles o subversivas;

(b) inteligencia, relacionadas a la:

(i) defensa del Estado; o

(ii) descubrimiento, prevención, supresión o reducción de actividades hostiles o subversivas;

(c) métodos y equipamientos técnicos o científicos de recaudación, evaluación y manejo de información que hagan referencia al párrafo (b);

(d) identidad de una fuente confidencial; o

(e) cantidad, características, capacidades, vulnerabilidades o distribución de cualquier cosa concebida, desarrollada, producida o considerada para uso como armas o similares, excluyéndose las armas nucleares.

(3) Para los fines previstos en esta sección, se entiende por *actividades hostiles y subversivas*:

(a) un ataque contra el Estado por un agente extranjero;

(b) actos de sabotaje o terrorismo dirigidos a personas o bienes estratégicos del Estado, sea dentro o fuera del Estado; o

(c) una operación de inteligencia extranjera u hostil.

Art. 33 Aplicación de la ley

El responsable por la información podrá rechazar el libre acceso a la información, cuando la misma pueda perjudicar la:

(a) prevención o detección de un crimen;

(b) captura o acusación de los infractores;

(c) administración de justicia; o

(d) evaluación o cobro de alguna tasa o deber.

En los últimos años, el proceso de la codificación ha logrado éxito en la mayoría de los Estados de América Latina, a través de la aprobación de leyes generales de acceso a la información oficial compatibles con las directrices del Sistema Interamericano de derechos humanos, en particular lo que dice respecto a las normas que se refieren a la divulgación proactiva, acceso y restricciones a la información.

Sin embargo, la falta de previsión de órganos de control que sostienen las prerrogativas inherentes a la independencia puede ser considerada un fracaso de los sistemas de acceso a la información en América Latina.

Contribuye a esta brecha una cultura aún embrionaria del derecho administrativo latinoamericano en cuanto a la técnica de solución de conflictos por las autoridades públicas independientes, a pesar del consenso de que los procedimientos administrativos, sobre cualquier tema, deban someterse a las garantías del *due process of law*.

El efecto negativo más obvio de esta realidad es la sobrecarga adicional de tribunales (no especializados); de un lado, con los conflictos que podrían prevenirse o solucionarse más eficazmente en la propia esfera administrativa y, por otro lado, con demandas judiciales que de rigor serían atribuciones *ab initio* de las propias autoridades administrativas, pero que no lo son por falta de credibilidad en las mismas.

Ante este panorama, el derecho de acceso a la información sería más eficaz si la falta de órganos de control independientes fuera compensada por los códigos legislativos, que deberían anticiparse, en la medida de lo posible, con interpretaciones abstractas (definiciones, aclaraciones) sobre conceptos jurídicos indeterminados, que actualmente en América Latina se han entregado totalmente al poder de apreciación de las autoridades públicas.

Por lo tanto, en ausencia de prerrogativas en ley que aseguren la independencia de los órganos de control sobre el derecho de acceso a la información, sería conveniente que los códigos modifiquen las normas más sensibles y susceptibles a interpretación fluida, para que las autoridades públicas se sientan más vinculadas a una exégesis literal de las normas, proporcionando una mayor seguridad jurídica y, en cualquier caso, la credibilidad del sistema en general.

Esto es un desafío que debe ser perseguido por los códigos legislativos en América Latina, aumentando la efectividad en el derecho de acceso a la información sin depender de una judicialización exacerbada, casi nunca ideal.

BIBLIOGRAFÍA

- AFRICA COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE' RIGHTS, *Model Law on Access to Information for Africa*, 66 pp., consultado en http://www.achpr.org/files/news/2013/04/d84/model_law.pdf, en fecha 14 febrero 2014.
- ANTIGUA Y BARBUDA, *The Freedom of Information act of 2004*, 23 pp., consultado en <http://www.laws.gov.ag/acts/2004/a2004-19.pdf>, en fecha 3 febrero 2014.
- ARGENTINA, *Decreto N°1172 de 2003* (Reglamento General del Acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional), consultado en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/90000-94999/90763/norma.htm>, en fecha 24 enero 2014.
- ASIMOW, Michael, *Five Models of Administrative Adjudication*, 20 pp., consultado en <http://law.huji.ac.il/upload/Five.models.doc>, en fecha 31 enero 2014.
- AZERBAIYÁN, *Law of the Republic of Azerbaijan on right to obtain information*, consultado en <http://www.rti-rating.org/files/pdf/Azerbaijan.pdf>, en fecha 3 febrero 2014.
- BOLIVIA, *Proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública*, 15 pp., consultado en http://www.transparencia.gob.bo/data/marco_legal/anteproy_leyes/proyecto.pdf, en fecha 21 febrero 2014.
- BRASIL, *Lei N°12.527/2011* (Lei de Acesso à Informação), consultado en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm, en fecha 24 enero 2014.
- CHILE, *Ley N°20.285/2008* (Ley Sobre Acceso a la Información Pública), consultado en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=276363>, en fecha 24 enero 2014.
- COLOMBIA, *Proyecto de ley N°156 de 2011* (Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional), 34 pp., consultado en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_base_dc_leyes_pais_CO_10.pdf, en fecha 21 febrero 2014.
- COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, CJI/Resolución 147 (LXXIII-0/0): *Principios sobre el derecho de acceso a la información*. Río de Janeiro, 2008, 2 pp., consultado en http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf, en fecha 27 enero 2014.
- CONSEIL D'ÉTAT, *Les Autorités Administratives Indépendantes - Rapport public 2001*, consultado en <http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/contributions.html>, en fecha 27 enero 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Merits, reparations and costs N°12.108*, Case of Claude Reyes et al. v. Chile Judgment, San José, 19 septiembre, 2006. Séries C N°151, párrafo 77, 69 pp., consultado en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf, en fecha 27 enero 2014.

- COSTA RICA, *Proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública*, 15 pp., consultado en http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/biblioteca/Centro_Dudas/Lists/Formule%20su%20pregunta/Attachments/349/16198-proyecto.pdf, en fecha 21 febrero 2014.
- COUNCIL OF EUROPE (Consultative Council of European Judges), *Magna Carta of Judges* (Fundamental Principles), consultado en [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE-MC\(2010\)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE-MC(2010)3&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864), en fecha 24 febrero 2014.
- CUMBRE DE LAS AMÉRICAS, 4, *Declaración de Nuevo León*, Mar del Plata, 2004, 13 pp., consultado en http://www.iica.int/Esp/cumbres/Documents/DeclaracionLeon_spa.pdf en fecha 18 febrero 2014.
- ECUADOR, *Ley N°34/2004* (Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública), 8 pp., consultado en <http://www.rti-rating.org/files/pdf/Ecuador.pdf>, en fecha 24 enero 2014.
- EL SALVADOR, *Decreto N°534/2011* (Ley de Acceso a la Información Pública), 41 pp., consultado en <http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/ley-de-acceso-a-la-informacion>, en fecha 24 enero 2014.
- ESLOVENIA, *Access to public information Act*, consultado en <https://www.ip-rs.si/index.php?id=324>, en fecha 3 febrero 2014.
- GUASTINI, Ricardo, “Interpretare e argomentare”, en MESSINEO, Francesco *et al.*, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milán, Giuffrè, 2011, p. 56, pp. 81-90.
- GUATEMALA, *Decreto N°57/2008* (Ley de Acceso a la Información Pública), 6 pp., consultado en <http://old.congreso.gob.gt/archivos/decretos/2008/gtdcx57-0008.pdf>, en fecha 24 enero 2014.
- HONDURAS, *Decreto Legislativo N°170/2006* (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública), pp. 11-104, consultado en http://www.tse.hn/Transparencia/Documentos-T/Leyes/Ley_de_Transparencia.pdf, en fecha 24 enero 2014.
- INDIA, *Act N°22/2005* (The Right to Information Act), 23 pp., consultado en <http://www.iitb.ac.in/legal/RTI-Act.pdf>, en fecha 3 febrero 2014.
- LIBERIA, *Freedom of information Act of 2010*, 12 pp., consultado en <http://www.liberianembassyus.org/uploads/documents/Liberia%20Freedom%20of%20Information%20Act%202010x.pdf>, en fecha 3 febrero 2014.
- MACEDONIA, *Law on free access to public information*, consultado en <http://komspi.mk/DokumentiDetails.aspx?lang=3&itemID=1>, en fecha 3 febrero 2014.
- MAURER, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*. México, UNAM, 2012, pp. 141.
- MENDEL, Toby, *O Direito a Informação na América Latina*, UNESCO, 2009, p.13, consultado en http://www.oas.org/cji/CJI-RES_147_LXXIII-O-08.pdf, en fecha 27 enero 2014.
- MESSINEO, Francesco *et al.*, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milán, Giuffrè, 2011.
- MÉXICO, *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002*, 25 pp., consultado en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/244.pdf>, en fecha 24 enero 2014.

- NICARAGUA, *LeyNº621/2007* (Ley de Acceso a laInformación Pública), consultado en [http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/\(\\$All\)/675A94FF2EB-FEE9106257331007476F2](http://legislacion.asamblea.gob.ni/Normaweb.nsf/($All)/675A94FF2EB-FEE9106257331007476F2), en fecha 24 enero 2014.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS (OEA), *Access to information*, consultado en http://www.oas.org/dil/access_to_information_model_law.htm, em fecha 27 enero 2014.
- Período ordinario de sesiones 108. *Declaration of Principles on Freedom of Expression*, Washington, 2 a 20 octubre de 2000, consultado en <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=26&clID=1>, en fecha 27 enero 2014.
- Sessão plenária 8, *Ley Modelo Interamericana sobre acceso a laInformación Pública*. Washington, 8 de junio de 2010, 36 pp., consultado en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/3_Acceso_Ley_Modelo_Libro_Espanol.pdf, em fecha 18 febrero 2014.
- PANAMÁ, *Proyecto de leyNº584* (Que Crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a laInformación), 52 pp., consultado en http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_584.pdf, en fecha 21 febrero 2014.
- PARAGUAY, *Proyecto de ley de libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental*, 15 pp., consultado en <http://sil2py.senado.gov.py/formulario/VerDetalleTramitacion.pmf?q=VerDetalleTramitacion%2F101629>, en fecha 21 febrero 2014.
- PERLINGEIRO, Ricardo, *Justicia Administrativa en Brasil: ¿Una jurisdicción Administrativa Judicial, Extrajudicial o Híbrida?* [Administrative Justice in Brazil: A Judicial, Non Judicial or Hybrid Jurisdiction?], February 7, 2014, consultado en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2390139, en fecha 21 marzo 2014.
- PERÚ, *LeyNº27.806/2002* (Ley de Transparencia y Acceso a laInformación Pública), pp. 227605 - 227610, consultado en <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Leyes/27806.pdf>, en fecha 24 enero 2014.
- REPÚBLICA DOMINICANA, *LeyNº200-04* (Ley General de Libre Acceso a laInformación Pública), 16 pp., consultado en http://www.camaradediputados.gob.do/serve/listfile_download.aspx?id=904&num=1, en fecha 24 enero 2014 .
- SERBIA, *Law on Free Access to Information of Public Importance*, consultado en http://www.seio.gov.rs/upload/documents/ekspertske%20misije/civil_and_political_rights/law_on_free_access_to_information.pdf, en fecha 3 febrero 2014.
- SOMMERMANN, Karl-Peter, “La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (org.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 12-19.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC), *Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct*. Comentario Nº26 (a), pp. 36, consultado en <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/textes/Bangalore-PrinciplesComment.PDF>, en fecha 24 febrero 2014.
- URUGUAY, *LeyNº18.381/2008* (Derecho de Acceso a laInformación Pública), consultado en <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18381&Anchor=>, em fecha 24 enero 2014.

- WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf, *Direito Administrativo*, v. 1. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, 712 pp.
- ZILLER, Jacques, “Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l’Union européenne”, en *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 2010, pp. 901-906.

B.8.

En el Derecho del Consumo

Derecho Comparado en el derecho de consumo y seguros

*Ángela Julia Montilla de Frías**

A) CONTRATACIONES BANCARIAS

I. Introducción

“Derecho bancario es el conjunto de normas que regulan la actividad bancaria y financiera en general, referida a sus relaciones con el Estado y los particulares.”¹

“Derecho bancario es la rama del derecho comercial que regula las operaciones de los bancos y las actividades de ellos, que practican con carácter profesional.”²

El banco, según la definición del *Diccionario Económico*, es una unidad cuya finalidad es asegurar los ahorros de los agentes económicos y canalizar los mismos a distintos sectores que los necesitan para llevar a cabo distintas tareas económicas.³

Sea que admitamos al derecho bancario como una rama suficientemente diferenciada del derecho comercial o no, es casi unánime la aceptación universal acerca de denominar en tal forma al conjunto de

*Abogada. Especializada en Derecho Comercial, Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Docente UBA, UCES, UMSA. Miembro de Sociedad Científica Argentina, Asociación Argentina de Derecho Administrativo y Asociación Argentina de Derecho Comparado. Asesora de bancos públicos de Argentina.

1. VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la actividad bancaria*, segunda reimpresión, Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 109.

2. *Idem*, p. 110.

3. URRUTIA RAOLA, Manuel, *Diccionario de Negocios*, México, Limusa Grupo Noriega Editores, 1999.

normas jurídicas que se refieren a la actividad de los bancos. Actividad que contempla el entablamiento de relaciones patrimoniales con terceros, mediante contratos.

La contratación bancaria como rama especial o diferenciada de la teoría general de los contratos es un tema relativamente novedoso del derecho.

En un sentido amplio, derecho bancario es el conjunto de todas las normas legales, reglamentarias y administrativas que regulan lo relacionado con las actividades bancarias, considerando como tales las propias de los bancos y las de aquellas entidades del sector financiero que han sido asimiladas a los bancos, a los efectos de someterlas a las mismas normas de regulación.

La parte que rige las relaciones de la institución banco, que en nuestra legislación se amplía a entidades financieras no bancarias en general dedicadas a la intermediación de la moneda y demás valores cambiarios, para organizar y regir a las propias instituciones y su funcionamiento, corresponde al derecho público y no será motivo de tratamiento en estas páginas.

Pero las relaciones, de tipo contractual, regidas predominantemente por el derecho privado, son precisamente las operaciones bancarias, las cuales se traducen en contratos privados entre el banco y sus clientes.

Al estado le interesa regular el ejercicio de la profesión de banquero, estableciendo una serie de garantías en favor de la clientela de los bancos, exigiendo para ello una serie de requisitos (inscripción, que supone el cumplimiento de diversos parámetros), fijación de la proporción que ha de existir entre los recursos propios del banco y los que maneja (el encaje bancario), normas sobre formulación de balances, reparto de dividendos, apertura de casas, filiales y sucursales, etc., así como también efectuando las revisiones e inspecciones que garanticen efectivo cumplimiento.

Hay algunas características o principios del derecho bancario en general que tienen al presente un alcance prácticamente universal. De estos principios mencionaremos en primer lugar que el contenido del contrato debe adecuarse a la normativa general de los contratos. Esto así, la contratación bancaria, no obstante poseer singularidad por la especialidad de las relaciones que establece y el concepto general de la diferencia de posición (preeminencia o lugar de fortaleza) de una parte con relación a la otra, debe, necesariamente, seguir el rumbo general que la normativa del derecho privado establece para la formación y ejecución de los contratos.

En segundo lugar, el concepto de transparencia en la existencia y funcionamiento de los entes bancarios y toda la actividad que desarrollen y las relaciones que establezcan. Este principio resulta esencial por cuanto la mayoría de la contratación bancaria responde al concepto de contratos por adhesión.

La entidad financiera es quien redacta el contrato. El cliente, normalmente y sin considerar aquí las diferencias que el co-contratante, por su peso como tal, de acuerdo a los capitales en juego, o su particular significancia económica para la entidad pueda ostentar, solo puede ejercer la opción de adherirse a los modelos de contratación que el banco le ofrece, o no contratar. Para morigerar este posible desequilibrio, evitando que el contratante o entidad financiera pueda incorporar en sus modelos de contrato cláusulas abusivas o que les beneficien en perjuicio del cliente, los distintos ordenamientos estatales contemplan normativas en materia de protección al consumidor y transparencia bancaria.

El cuanto al punto de la defensa del consumidor, las diversas normativas que en el Derecho Comparado se han dictado sobre Defensa del Consumidor o Protección del Usuario incluyen, indefectiblemente, la caracterización de estos como quienes utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes, productos o servicios.

En el ámbito del derecho bancario, al abordar la naturaleza de las operaciones pasivas, tenemos el problema de que el depositante de fondos no es el destinatario final de los productos financieros sino que, al otorgar crédito a las entidades financieras, lo que hace es poner en circulación dinero o bienes. Las diferentes fuentes de la doctrina han resuelto esta situación entendiendo que la entidad de crédito presta una serie de servicios al depositante, como son seguridad de los fondos depositados, garantía, etc., y que es la obtención de estos servicios lo que mueve al sujeto a depositar sus fondos.

El derecho considera que la persona, humana (física) o jurídica, que contrata con bancos, lo hace desde una perspectiva de asimetría, asimetría que alcanza a los elementos informativos específicos de los que dispone, por ello impone al contratante banco la obligación de brindar garantías de transparencia, información eficaz, adecuada y completa.

De las garantías de transparencia se ocupan los distintos niveles de organización e inspección que las leyes otorgan a los entes especiales creados; la forma más común se verifica como Banco Central.

En general, la tarea de los Bancos Centrales, que no en todos los Estados reciben tal nombre, es la de constituirse en custodios y administradores de las reservas, generalmente en oro y divisas del país. Para cumplir con tal finalidad cumplen las siguientes funciones: a) proveedores de dinero de curso legal, b) ejecutores de políticas cambiarias, c) responsables de las políticas monetarias y la estabilidad de precios, d) prestadores de los servicios de Tesorería y agentes financieros de la Deuda Pública de los gobiernos nacionales, e) asesores del Gobierno en los informes o estudios que resulten procedentes, f) auditores, encargados de realizar y publicar las estadísticas relacionadas con sus funciones, g) prestamistas de última instancia (bancos de bancos), h) promotores del correcto funcionamiento y de la estabilidad del sistema financiero, así como de los sistemas de pagos, i) supervisores de la solvencia y del cumplimiento de la normativa vigente, respecto de las entidades de crédito, u otras entidades o mercados financieros cuya supervisión esté bajo su tutela.

II. HISTORIA

La historia de la banca remite como origen mediato a la lejana Mesopotamia (Fenicia, Asiria, Babilonia), con los préstamos de granos a agricultores y a los comerciantes que realizaban intercambios aproximadamente hacia el año 2000 a.C. Existen constancias de contratación de préstamos y depósitos en Grecia y Roma. También de operaciones cambiarias en China, en épocas muy antiguas. Pero la banca, en el sentido en que hoy la conocemos, según las distintas fuentes históricas, tiene su nacimiento en Florencia, al norte de la actual Italia, y rápidamente se extiende a Venecia y Génova en la Baja Edad Media. Suele citarse como primer banco, en el sentido que hoy damos a esas instituciones, el de San Giorgio en Génova, fundado en el año 1406; su nombre era Banco di San Giorgio.⁴A fines del siglo XIV los bancos se habían establecido como importantes agentes económicos en Europa.

4. MACESICH, George, "Central Banking: The Early Years: Other Early Banks", en *Issues in Money and Banking*, Westport, Connecticut, Praeger Publishers (Greenwood Publishing Group), 30 de junio de 2000, p. 42.

Fuertes banqueros se afincan en Ámsterdam en el siglo XVI y en Londres en el siguiente. Holanda, erigida en centro de los Países Bajos, durante, y también tras la guerra con España, fue el centro del comercio marítimo. Los mercaderes eran una pieza clave para el desarrollo económico y su actividad pronto favoreció el establecimiento de la banca. En 1609, se crea la Banca de Ámsterdam a imitación de la banca de Venecia, ya extendida por Europa.

Por su parte, el Banco de Inglaterra fue fundado en 1694. Desde el siglo XVII Gran Bretaña es conocida por la importancia de su sistema bancario. Londres continúa siendo uno de los mayores centros financieros mundiales y casi todos los principales bancos comerciales del mundo tienen abierta en la *city* (como se conoce de modo familiar a la ciudad de Londres dentro del mundo financiero) al menos una sucursal. Al principio los bancos ingleses eran privados y casi siempre familiares y la quiebra de la banca era algo corriente. Los albores del siglo XIX ven florecer los bancos establecidos mediante capitales accionarios, en general con capitales más importantes y por ello, con menor frecuencia en la declaración de insolvencia. Obviamente, carecían de la facultad de emitir moneda.

En 1930 el Banco de Inglaterra pasa a regir la banca y su nacionalización data de 1946. Londres sigue siendo un centro bancario de Europa y sus grandes bancos operan prácticamente en el mundo financiero entero.

El sistema de bancos de Estados Unidos, en forma opuesta a los sistemas europeos, que se caracterizan por la gran concentración del sector en manos de unos pocos grandes bancos, ostenta una gran cantidad de bancos estatales, y aun de los diferentes condados. Su red de bancos comerciales es la más grande conocida y las leyes que los rigen tienen amplitud de acción en cuanto a fusiones y adquisiciones. Si bien existen grandes bancos que concentran la mayor parte del capital en movimiento, los pequeños bancos son protegidos por las leyes de competencia especiales dirigidas al sector. La estructura está regida por el Banco Central, banquero del gobierno y vigilante del sector bancario nacional; la Reserva Federal se compone de 12 bancos y 25 distritos.

Resulta ineludible mencionar la banca suiza. Suiza, constituida en centro bancario internacional por su neutralidad política, su estabilidad financiera y especial y fundamentalmente su tradición de confidencialidad, que proviene de una ley dictada en 1934 que permitía a los bancos no proporcionar datos sobre sus clientes sin el consentimiento expreso de estos.

La banca privada es una de las principales fuentes de recursos del país. La semiprivada Banca Nacional de Suiza, el banco central, es propiedad de los cantones, otros bancos y accionistas privados.

En cuanto a China, hasta 1978, el Banco Popular de China agrupaba las funciones de banco central y banco comercial y era prácticamente la única institución financiera. Esa fecha marca el punto de partida de un desarrollo progresivo de la banca privada, aunque el Estado mantiene un férreo control del sistema financiero. Los bancos chinos se han lanzado en las dos últimas décadas a la conquista de mercados fuera de sus fronteras, mediante agrupaciones o fusiones de distintas entidades y estableciéndose en diferentes plazas, operando negocios de créditos, seguros e inversiones.

III. CONTRATOS BANCARIOS

La especialidad en la contratación por parte de los bancos, los contratos que aquí abordaremos, son aquellos que usualmente realizan los bancos, en relación a su actividad financiera y económica específica. Así, todas aquellas contrataciones que realicen las entidades financieras, aun para poder llevar a cabo su cometido de intermediadores en el cambio del bien dinero, que no impliquen la relación con el usuario, excede la expresión de contratos bancarios. Los contratos bancarios son, concretamente, los realizados entre la entidad financiera como tal y el tercero cliente, sin que el elemento de la habitualidad o la ausencia de ella en el negocio concreto resulte procedente.

Contrato bancario es, entonces, todo acuerdo para constituir, regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria.⁵ Concluimos en que son contratos bancarios aquellos que sirven al desarrollo de la actividad típicamente bancaria, siendo lo esencial la pertenencia del contrato al conjunto de operaciones mediante las cuales las entidades de crédito ejercen, de manera habitual y con ánimo de lucro, funciones de intermediación en el crédito.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su Capítulo 12 “Contratos bancarios” (Sección 1ª Disposiciones generales, Parágrafo 1º Transparencia de las condiciones contractuales artículo 1378), establece que las disposicio-

5. GARRIGUÉS, Joaquín, *Contratos bancarios*, 2ªed., Madrid, 1965, p.4.

nes previstas en el capítulo se aplican a aquellos contratos celebrados con las entidades comprendidas en la normativa sobre entidades financieras, y con las personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación, cuando el Banco Central de la República Argentina disponga que dicha normativa les es aplicable.

IV. TRANSPARENCIA

El *Diccionario de la Real Academia Española* para indicar el significado de ‘transparencia’ remite a la calidad de transparente de una cosa. Define transparente como “que se deja adivinar o vislumbrar sin declararse o manifestarse; claro, evidente, que se comprende sin duda ni ambigüedad”.

La obligación estatal de transparencia, supone que el Estado ponga a disposición de todos los ciudadanos la información que muestra la estructura y el funcionamiento en detalle de cada órgano gubernamental.

El objeto es producir un ambiente de confianza, seguridad y veracidad entre el gobierno y la sociedad, de tal manera que los ciudadanos estén total y verazmente informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el sector público, en un marco de abierta participación social.

En lo que hace al ámbito de la actividad bancaria, tanto pública como privada, la transparencia está dada por la información total de los procedimientos, normas, funcionamiento, de las entidades y la puesta en conocimiento de los usuarios o futuros usuarios de sus servicios y de todas las particularidades que corresponden a los mismos.⁶

La obligación estatal de transparencia supone que el Estado ponga a disposición de todos los ciudadanos, la información que muestre la estructura y el funcionamiento en detalle de cada órgano gubernamental. El objeto es producir un ambiente de confianza, seguridad y veracidad entre el gobierno y la sociedad, de tal manera que los ciudadanos estén totalmente y verazmente informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos,

6. MONTILLA DE FRÍAS, Ángela Julia, “Contratos bancarios”, en José María CURÁ (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a contadores*, T. IV, La Ley, 2015, p. 5.

reglas, normas y demás información generada por el sector público, en un marco de abierta participación social.

En el ámbito que hace a la actividad bancaria, pública y privada, la transparencia está dada por la información total de los procedimientos, normas, funcionamiento de las entidades y la puesta en conocimiento de los usuarios o futuros usuarios de sus servicios de todas las particularidades que corresponden a los mismos.

Las leyes de transparencia son hoy una constante mundial. Históricamente se reconoce a ley de transparencia de Suecia (1766)⁷ como la primera en ser conocida como tal, precursora e inspiradora de una corriente que tuvo rápida propagación a partir de las postrimerías del siglo XIX para anclar como una necesidad estatal impostergable e ineludible desde los comienzos del siglo XX y un total y rotundo establecimiento tras la primera mitad de este.

Las normas de transparencia, en lo que a la actividad bancaria atañe, persiguen proteger los legítimos intereses de los clientes y establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre las entidades de crédito y sus usuarios, exigiendo la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulando los contenidos mínimos de las contrataciones entre las entidades financieras y los usuarios o consumidores de sus servicios, la clientela bancaria en general.

El Comité de Basilea fue establecido en 1975 por los presidentes de los bancos centrales de los once países miembros del Grupo de los Diez (G-10) en aquel momento. Normalmente se reúne en el Banco de Pagos Internacionales (en inglés BIS, BPI en español), Basilea, Suiza, donde se encuentra su Secretaría permanente, de 12 miembros. A sus reuniones plenarias, que se celebran cuatro veces al año, asisten también representantes de la autoridad nacional supervisora cuando esta función no recae en el banco central respectivo.

El Comité de Basilea⁸ ha establecido Principios Básicos para la Supervisión Bancaria, es decir, las normas mínimas que deben seguirse para

7. “Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a las Actas Públicas”. Producto del movimiento político liberal, comandado por Gustavo III.

8. El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea está integrado por altos representantes de autoridades de supervisión bancaria y bancos centrales de Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, China, Corea, España, Estados Unidos, Francia, Hong Kong RAE, India, Indonesia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Países Bajos, Reino Unido, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza y Turquía.

la correcta regulación y supervisión prudencial de bancos y sistemas bancarios. Desde su publicación en 1997 por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (el Comité 1), los Principios Básicos sirven a los países como referencia para evaluar la calidad de sus sistemas supervisores e identificar las medidas necesarias para alcanzar niveles de calidad equiparables en las prácticas supervisoras. Los Principios Básicos también los utilizan el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial en su Programa de evaluación del sector financiero (PESF) para comprobar la eficacia de los sistemas y prácticas de supervisión bancaria en los distintos países.

De los 29 Principios contenidos en los Documentos del Comité, resultan de especial interés, en cuanto a la protección del consumidor bancario, el N°15, Proceso de gestión de riesgo, en cuanto se dirige a asegurar la suficiencia de capital y liquidez del Banco en relación con su perfil de riesgo y la situación macroeconómica y de los mercados; el N°16, que exige la suficiencia de capital según el contexto de la situación macroeconómica y de los mercados donde opera; el N°25, de riesgo operacional; y especialmente el Principio 28, Divulgación y transparencia: “el supervisor verifica que los bancos y grupos bancarios publican regularmente información en base consolidada y, cuando corresponda, a título individual que resulta de fácil acceso y refleja razonablemente su situación financiera, resultados, exposiciones al riesgo, estrategias de gestión del riesgo y políticas y procesos de gobierno corporativo”.

En tanto, la protección directa del consumidor bancario, la regulación de su relación –siempre de naturaleza contractual– con la entidad financiera, debe prever: a) la información del cliente, en tanto integran propiamente la voluntad negocial. Información veraz, necesaria y suficiente, teniendo en cuenta que el cliente bancario promedio desconoce las normas y técnicas propias de un campo tan complejo como el de las finanzas. La relación del cliente con el banco se basa en la confianza que este le inspira, confianza que se basa, casi enteramente en la imagen que el propio banco proporciona; b) el contacto social o personal con el cliente; c) las exigencias de formación del contrato, formas, contenido y modalidad de ejecución, de especial importancia teniendo en cuenta que en su gran mayoría se trata de contratos de adhesión o con cláusulas predispuestas.

El BCRA implementó un régimen específico que presenta en forma clara y transparente las características y los costos de una serie de produc-

tos financieros, se llama Régimen de Transparencia y tiene como objetivo brindar la información necesaria para facilitar y hacer más eficientes las decisiones de contratación de productos financieros tales como préstamos, cuentas corrientes o tarjetas de crédito.

Con un simple ingreso a la página central del BCRA es posible comparar datos de cada una de las entidades que operan en el sistema financiero argentino y comparar la conveniencia de contratar con uno u otro. Las informaciones brindadas son los costos, comisiones, características de los productos (modalidad de oferta, frecuencia, etc.), así como los requisitos básicos para la adquisición de cada producto.

Los bancos deben actualizar diariamente las modificaciones que pueden decidirse. Los productos cuya información se difunde por esta vía son: tarjetas de crédito (para consumidores y comercios), cajas de ahorros, cuentas corrientes, transferencia electrónicas de fondos, préstamos personales, hipotecarios y prendarios.⁹

V.LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR BANCARIO

Siguiendo la caracterización del profesor Udo Reifner,¹⁰ de la Universidad de Hamburgo, la protección del consumidor puede encararse desde tres distintas perspectivas: a) la individual; b) social en el sentido de defensa de las personas débiles ante la sociedad, siguiendo los principios que amparan las necesidades básicas del hombre como la protección de un mínimo estándar de vida, de ahorro y de seguridad social y personal; c) la protección colectiva a través del dictado de normas que tornen previsible, solvente y seguro el intercambio financiero entre los interesados y las entidades del sector.

Nuestra Ley de Entidades Financieras (21.526) y la carta orgánica del BCRA (Ley 21.144) prevén disposiciones que apuntan a la protección general de los consumidores bancarios. Señalan y establecen: a) Relaciones de libre

9. Consultado en www.B.C.R.A. Portal del Cliente Bancario dentro del Menú "COMPARE Y DECIDA / Comparar", en fecha 4/01/2015.

10. REIFNER, Udo, "Principios de protección al consumidor en los servicios financieros", en GERSCOVICH, *Derecho bancario y financiero moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, pp. 166-211.

competencia. b) Comportamientos correctos en la dinámica de la competencia. c) Rigurosos controles de estabilidad. d) Rigurosos controles de transparencia. Estos métodos indirectos de tutela se hacen efectivos en tanto se adopte un sistema eficiente y oportuno de supervisión bancaria, auditorías y calificadoras de riesgo que deberán entre otras cosas identificar al banquero como una forma de conocer acerca de la solvencia moral y material de los responsables de la actividad, y establecer condiciones mínimas de autorización.¹¹

VI. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LOS CONTRATOS BANCARIOS

Como ya se ha expresado (I), en forma universal, Italia es considerada la cuna del Derecho Bancario por la gran especialización con la que compiló y legisló lo atinente a las funciones y operaciones de la actividad de los bancos. En Génova, bajo el nombre de San Jorge de Génova, nace el primer banco de forma orgánica, en 1407.

También existe consenso en que el gran desarrollo actual de la banca se debe principalmente a Estados Unidos y a Inglaterra, primordialmente desde la creación en 1694 del Banco de Inglaterra, que fue creado como un banco privado para financiar la guerra entre Guillermo de Orange y el rey francés Luis XIV. Pero, como bien expresa Bonfanti,¹² la concepción bancaria anglosajona es de difícil captación para nuestra mentalidad: este autor utiliza para la interpretación, citando a Paget, en su Capítulo I de *Bancos, banqueros y el negocio bancario*, un conocido fallo del juez Lord Denning.¹³ En él la actividad de banking es definida por las notas de la existencia de cuentas corrientes, el pago de cheques librados contra bancos y el pago de los cheques a los clientes. Lo que es un banco y un banquero constituye, en buena medida, decisión del Banco de Inglaterra. Y queda centrada la fundamental función del Banco Central, que es ser prestamista de última instancia. Para la concepción, denominada por oposición continentalista, es diferente y tal vez más amplia, en cuanto a significación en el planeamiento económico, la función de los bancos centrales.

11. BARBIER, Eduardo A., *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*, Buenos Aires, Astrea, 2000, pp. 41-102.

12. BONFANTI, Mario A., *Contratos Bancarios*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.

13. El caso "UnitedDominions Trust c. v Kirkwood" de 1966.

Con anterioridad al dictado del Código Civil y Comercial de la Nación la contratación bancaria no tenía una normatividad general unificada. El Capítulo 12 del nuevo código lleva por título “Contratos Bancarios”. La primera sección del Capítulo trata de disposiciones generales y su primer párrafo se titula “Transparencia de las condiciones contractuales”.

El Banco Central de la República Argentina, según el art. 4º de su Carta Orgánica (Ley 24.144) tiene como funciones:

Artículo 4º – Son funciones del Banco Central de la República Argentina, entre otras: vigilar el buen funcionamiento del mercado financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y demás normas que, en su consecuencia, se dicten, regular la cantidad de dinero y las tasas de interés y regular y orientar el crédito, actuar como agente financiero del Estado nacional y depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias y financieras internacionales a las cuales la Nación haya adherido.

Corresponde en nuestro ordenamiento al BCRA el regular el sistema financiero y el vigilar su correcto y normal funcionamiento. Por esto, compete al BCRA establecer la forma en que los bancos y entidades financieras establecerán relación directa con quienes nutren su función de intermediadores en el cambio del bien dinero.

Contrato bancario es la relación que se establece entre una entidad financiera y cualquiera de sus clientes, de la que surgen obligaciones para las partes, de acuerdo a los productos y servicios que ofrece la entidad.

El término contratos bancarios refiere a la relación establecida entre la entidad financiera y su cliente como consecuencia de la actividad típica de la entidad, dejando por fuera de sí el resto de los contratos que pueda celebrar el banco, como los que realiza con sus proveedores, con otras entidades financieras, etc.

Sánchez Calero expresó que contrato bancario es “aquel acuerdo de voluntades que pretende crear una relación jurídica entre la entidad de crédito y su cliente, captándole fondos con ánimo de utilizarlos por cuenta propia concediendo créditos a terceros”.¹⁴

14. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 34ª ed., Madrid, Univ. Complutense, 2011.

Por su parte Barreira Delfino, en publicación anterior al dictado del Código Civil y Comercial, y haciendo mención a la falta de conceptualización de nuestra ley, señala la mayor exactitud de la expresión “contrato financiero”, en cuanto nuestro Banco Central dirige su regulación contractual también a entidades financieras no constituidas como bancos, y define la actividad como “todos aquellos negocios por medio de los cuales se presta un servicio financiero, a cambio de un precio determinado que está representado por la tasa de interés pactada y que se devenga en función del decurso del tiempo, tanto para el cumplimiento normal como moroso”.¹⁵

Podemos concluir que son contratos bancarios aquellos que sirven al desarrollo de la actividad típicamente bancaria, siendo lo esencial la pertenencia del contrato al conjunto de operaciones mediante las cuales las entidades de crédito ejercen, de manera habitual y con ánimo de lucro, funciones de intermediación en el crédito.

La expresión contrato bancario implica el esquema jurídico de la operación bancaria, dicho esto como explicación del análisis de los elementos contractuales fácticos que constituyen la existencia de una persona jurídica llamada entre nosotros entidad financiera. Pocas personas se percatan, al realizar una simple operación bancaria, que se encuentran en la posición de contratantes, en calidad de sujetos de un vínculo jurídico que la ley enmarca, define y conceptualiza como contrato.¹⁶

El extraer dinero de una cuenta propia, el realizar el pago de la cuota de un crédito anteriormente acordado, constituyen actos que exteriorizan y dar andamio a la existencia de un contrato. Desde siempre la expresión popular para dar a conocer la celebración de un contrato bancario ha sido la de realizar una operación bancaria.

El contrato bancario es una especie determinada, en principio, por una condición subjetiva, vale decir, la participación en el mismo de un sujeto especial: el banco. Pero se agrega una condición objetiva: su objeto no puede ser cualquier actividad del sujeto banco, sino una actividad en-

15. BARREIRA DELFINO, Eduardo A., “Contratos bancarios” [en línea], en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina, 2012.

16. MONTILLA DE FRÍAS, Ángela J., “Contratos bancarios”, en José María CURÁ (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a contadores*, La Ley, 2015.

cuadrada por la ley en aquellas que comprenden sus negocios en cuanto a la captación y colocación de dinero.

Se denomina, entonces, contratos bancarios a aquellos que regulan las distintas operaciones que realizan las entidades de crédito en el desarrollo de su actividad como intermediarios financieros. Son de naturaleza mercantil y como generalidad no se hallaban contemplados en la ley argentina de fondo, vale decir, el Código de Comercio no incluía en su articulado una mención a las disposiciones generales de los contratos bancarios.

Aunando expresiones del derogado Código de Comercio de Argentina y el nuevo Código Civil y Comercial, a los efectos de poder esbozar una definición, debe concluirse que contrato bancario es un acuerdo de voluntades, en el cual por lo menos una de las partes es una empresa bancaria o establecimiento financiero, para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial cuyo objeto lo constituye una operación de valores monetarios.

El término consumidor proviene de la ciencia económica, aunque actualmente integre también el lenguaje jurídico. Para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios.¹⁷

La protección al consumidor es un medio que las leyes nacionales e internacionales otorgan a quienes compran una mercadería (personas físicas o jurídicas) o utilizan un servicio, para que puedan reclamar si sienten que han sido engañados o perjudicados por los vendedores o prestadores del servicio, atento a que los consumidores, que son los destinatarios finales de lo que han adquirido, para sí, su familia o amigos, se han convertido en titulares de un derecho recientemente reconocido, siendo considerado por ello como de tercera generación.

Las crisis financieras de la última porción del siglo XX dieron nacimiento e impulso a una cada vez más firme protección a los usuarios del sector financiero. En 1980 tuvo lugar la reunión de los gobernantes de

17. MUIÑO, Orlando, "Actividad bancaria y derechos del consumidor", en *Revista In Iure*, Año 1, Vol. 2, La Rioja, 2011, p.14.

Inglaterra y EE.UU., conocida como el Consenso de Washington, que estableció algunas normas de desregularización del sistema financiero. En paralelo, comienzan a desarrollarse principios de normativas que tienden a proteger al componente más débil en la relación banco-cliente.

El sistema financiero se halla conformado por un conjunto de instituciones que incluye a los mercados, los intermediarios, las entidades financieras y las compañías cuya función es canalizar el dinero y colocarlo en forma de crédito o inversiones.

Durante los últimos años se ha producido en todo el mundo un aumento del riesgo de ventas inadecuadas de los productos financieros. Esta circunstancia ha sido destacada por algunos organismos internacionales, como por ejemplo, el JointForum, que agrupa a los tres organismos internacionales de supervisores financieros sectoriales (IOSCO, el Consejo de Supervisión Bancaria de Basilea y la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros) y publicó en 2008 un documento que identifica diversos factores que han favorecido un aumento del citado riesgo.¹⁸ Entre los factores que menciona, destaca la mayor cantidad de oferentes financieros en los mercados, la creciente diversidad de productos y la mayor preponderancia de las operaciones transnacionales.

La comunidad internacional centró mayor atención en la protección del consumidor financiero con la publicación de los Principios de Alto Nivel del G20. Los organismos rectores dieron cuenta de la necesidad urgente de contar con normas de conducta de mercado que sirvieran para medir y evaluar las actuales políticas, leyes, regulaciones, instituciones e iniciativas. La falta de normas reconocidas ha obligado a los formuladores de políticas a centrarse solo en unos cuantos de los numerosos temas de protección al consumidor, a la vez que dejan vacíos en otras áreas. Durante una reunión celebrada en febrero de 2011, los ministros de Finanzas y presidentes de los Bancos Centrales del G20 convocaron a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), al Consejo de Estabilidad Financiera (FSB) y demás organizaciones internacionales relevantes para formular principios comunes relacionados con la protección al consumidor de servicios financieros, teniendo a la vista la reunión de octubre de 2011.

18. THE JOINT FORUM, *Customer Suitability in the retail sale of financial products and services*, abril de 2008.

En esta fecha última, el G20 publicó los Principios de Alto Nivel para la Protección al Consumidor de Servicios Financieros mientras que la labor actual del Grupo de Trabajo de Protección al Consumidor Financiero de la OCDE continúa (la primera versión de las Buenas Prácticas para la Protección al Consumidor Financiero fue publicada antes de los Principios de Alto Nivel. Sin embargo, las Buenas Prácticas complementan los Principios de Alto Nivel y ofrecen una orientación práctica sobre cómo aplicar los conceptos dentro de los Principios).

En octubre de 2011, la FSB publicó su informe sobre la Protección Financiera de los Consumidores con énfasis en el Crédito. Incluso, en el año 2005, la OCDE elaboró las Recomendaciones sobre las Buenas Prácticas de Alfabetización y Concientización Financiera así como buenas prácticas específicas relacionadas con crédito, seguros y pensiones privadas. Asimismo, la OCDE ha publicado numerosos estudios e informes sobre alfabetización financiera y educación financiera, entre ellos, en 2012, el estudio denominado “Ensayo sobre el Estatus Actual de las Estrategias Nacionales para la Educación Financiera: Análisis Comparativo y Prácticas Relevantes”.¹⁹

En la actualidad, los organismos internacionales y multilaterales del sector están vinculados al reto que supone alcanzar una mejor educación financiera de los ciudadanos, tanto para su propio beneficio como para la sostenibilidad del sistema financiero. Según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la educación financiera es “el proceso por el que los inversores y consumidores financieros mejoran su comprensión de los productos financieros, conceptos y riesgos y, a través de la información, la enseñanza y/o el asesoramiento objetivo, desarrollan las habilidades y confianza precisas para adquirir mayor conciencia de los riesgos y oportunidades financieras, tomar decisiones informadas, saber dónde acudir para pedir ayuda y tomar cualquier acción eficaz para mejorar su bienestar financiero”.²⁰ Se trata, pues, no solo de transmitir conocimientos (educación financiera), sino también de lograr un juicio informado (alfabetización financiera) con el fin de conseguir, en un contexto real, la toma de decisiones correctas a la hora de gestionar la economía personal (capacitación financiera).

19. BANCO MUNDIAL, “Informe, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento”, Washington, 2012.

20. OCDE, “Principios y buenas prácticas para la concienciación y la educación financieras”, julio de 2005.

El informe del Banco Mundial sobre Buenas Prácticas²¹ en materia financiera de Protección al Consumidor establece que la ley debe estipular reglas claras sobre la protección al consumidor con respecto de los productos y servicios financieros, que el sector específico es el encargado de elaborar el código de conducta que rige a las instituciones financieras, que debe contar con ente supervisor financiero y que este debe colaborar en la elaboración de dicho código y también, de ser posible, las asociaciones de consumidores. Que todas las entidades legales que proveen servicios financieros a consumidores deben contar con licencia o registro como tales y estar sujetas a supervisión en materia de conductas de mercado por parte de autoridades reguladoras pertinentes. Que el sistema judicial garantizará que las resoluciones finales de disputas por violaciones a los derechos de los consumidores de productos o servicios financieros sean asequibles, oportunas y tomadas profesionalmente y los medios de comunicación y las asociaciones de consumidores promover activamente la protección al consumidor financiero. Para todos los productos o servicios financieros, los consumidores deben recibir un documento en tipo de letra legible y escrito en lenguaje sencillo.

Deben ser regulados los materiales publicitarios de las instituciones financieras e indicar el ente regulador o supervisor pertinente.

En el mercado del crédito se protege la “clientela activa y pasiva de las entidades de crédito”,²² y en el mercado de valores se protege a los inversores, en especial a los clientes minoristas.²³ El concepto de cliente es distinto y más amplio que el de consumidor.

Han sido publicadas relativamente pocas investigaciones empíricas sobre la protección que se ofrece a los consumidores financieros en los diferentes países y de los conocidos la mayoría corresponden a entidades financieras que los abarcan o incluyen, como el Banco Mundial (Pinar, Ibrahim, Mylenko, 2011). O dirigidos a regiones (Arias, 2008; Engel, 1998; Pardos, 1998), en general volcados al estudio de las normativas dictadas con respecto a derecho a la información, el control, la seguridad electrónica,

21. BANCO MUNDIAL, “Buenas prácticas para la protección del consumidor financiero”, Washington, 2012.

22. Art. 48.2 Ley 26/1988 España, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

23. Arts. 13.II 78 bis, 79 y 79 bis Ley 24/1988, España, del Mercado de Valores.

sin analizarlos de forma conjunta y sin construir un marco de indicadores para analizar la situación de forma comparativa.

Hay estudios comparativos sobre legislaciones de protección del consumidor financiero en Latinoamérica (Livacic y Sáez, 2001), en la Unión Europea (World Bank, 2008) y Estados Unidos (Nanto, 2009), en los que se justifican los derechos de los consumidores financieros dentro de los ordenamientos jurídicos actuales o la presentación del panorama de protección en diferentes estados. Muy pocas investigaciones cuentan con un enfoque empírico, o con datos estadísticos (Serna, Suárez, Restrepo, 2007; World Bank, 2008).

VII. LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO EN EL DERECHO COMPARADO

1. Unión Europea

La Comunidad Económica Europea (CEE) fue una unión económica creada por el Tratado de Roma de 1957. Cuando, en 1993, se forma la Unión Europea, la CEE se incorpora a ella y se pasa a llamar Comunidad Europea (CE). En 2009, las instituciones de la CE fueron absorbidas por el entramado institucional de la Unión Europea, dejando de existir la Comunidad como tal.

El objetivo de la Comunidad era lograr la integración económica, incluyendo un mercado común y la unión aduanera, entre sus seis miembros fundadores: Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y Alemania Occidental. En 1965, mediante el Tratado de Bruselas, las instituciones de la CEE se fusionaron junto con las del resto de Comunidades Europeas: la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom). Con la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993, la CEE pasó a llamarse Comunidad Europea para reflejar ya no solo su carácter económico, sino también político. Por el mismo tratado, las tres Comunidades Europeas se convirtieron en uno de los tres pilares de la Unión Europea. La Comunidad Europea existió como tal hasta que fue abolida por el Tratado de Lisboa de 2009, que incorporó las instituciones de la CE al marco más amplio de la Unión Europea, pasando a sustituir, sucediéndola, a la Comunidad Europea.

En la Unión Europea tampoco existe un código que recoja y sistematice toda la regulación financiera protectora del consumidor financiero. La norma principal es la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, más conocida como MiFID, por sus siglas en inglés. En lo relativo a las hipotecas, de interés especial tras la crisis vivida por el sector, existe un Código de conducta voluntario, sobre la información precontractual para los créditos para la vivienda, se optaba por la autorregulación del sector, sin intervención legislativa. En 2004 se constituyó un Grupo de expertos para la observación de vicios financieros, desde la perspectiva del usuario (FIN-USE), y se aprobaron iniciativas sobre educación financiera. La Directiva 2006/73/CE, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva; y Reglamento (CE) N°1287/2006, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros y términos definidos a efectos de dicha Directiva. La Recomendación de la comisión del 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos de vivienda (2001/193/CE), Comunicación de la Comisión sobre la educación financiera (COM/2007/0808 final).

2. La Declaración de Salamanca

Se la considera una Carta Declaración de contenidos mínimos de los Derechos de los Usuarios Bancarios. Fue elaborada en el ámbito de la XV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, que tuvo lugar los días 14 y 15 de octubre de 2005 en la ciudad de Salamanca, con presencia de representantes de los gobiernos, del mundo académico y del judicial de los distintos países concurrentes, y se halla depositada en la Biblioteca de la Universidad de Salamanca.

3. España

Señala Fernando Zunzunegui, en “Derechos del consumidor de servicios y productos financieros como derechos básicos”,²⁴ que lo que falta en la normativa española es la debida coordinación entre el Derecho del consumo y la regulación financiera que no está codificada. Cada sector financiero tiene su propio marco protector del cliente.

En 1988 tuvo lugar la publicación de la Ley 26/1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), por virtud de la cual, por el art. 48.2 se facultaba, sin perjuicio de la libertad de contratación, al ministro de Economía y Hacienda (hoy ministro de Economía) para proteger los intereses de la clientela de las entidades de crédito a través de disposiciones oportunas. Asimismo, y siempre que estas disposiciones le habilitasen para ello de modo expreso, se autorizaba al Banco de España para el desarrollo de las mismas. En el sector de los servicios bancarios, el art. 48.2 de la LDIEC es la norma fundamental, marco legal que se completa con el régimen protector del consumidor financiero recogido en la Ley 16/2011, de contratos de crédito al consumo, Ley 16/2009, de servicios de pago, y Ley 22/2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

Las normas de disciplina bancaria en este artículo, letras a), b) y c), establecen que los contratos se formalicen por escrito; que reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes; la obligación de entregar al cliente un ejemplar del contrato, debidamente suscrito por la entidad y que las entidades comuniquen a la autoridad administrativa competente y a sus clientes cualesquiera condiciones relativas a sus operaciones activas y pasivas.

El desarrollo de este marco legal se ha sistematizado a través de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, restringiendo la protección a las personas físicas, con remisiones a la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Respecto al subsector de los servicios de inversión el título VII de la LMV, sobre normas de conducta, recoge los principios,

24. ZUNZUNEGUI, Fernando, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Madrid, julio 2013.

desarrollados por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión. Como respuesta a la crisis se han intensificado las obligaciones de evaluación al cliente, aspecto desarrollado por la Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros.²⁵

Tras la quiebra de LehmanBrothers y de los bancos islandeses se desataron malas prácticas en la comercialización de productos financieros. Pero no fue hasta que se materializó el riesgo de las participaciones preferentes, afectando a cientos de miles de clientes, que los poderes públicos y las instituciones se dieron cuenta de la urgencia de la adopción de medidas de protección del usuario.

La norma fundamental, en cuanto a protección a la clientela, es la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Ya en su exposición de motivos se dice expresamente:

[Las] entidades captan recursos financieros entre un público muy amplio, carente en la mayor parte de los casos de los datos y los conocimientos necesarios para proceder a una evaluación propia de la solvencia de aquéllos. La regulación y supervisión públicas suplen esas carencias y facilitan la confianza en las entidades una condición imprescindible para su desarrollo y buen funcionamiento, esencial no solo para los depositantes de los fondos, sino para el conjunto de la economía, dada la posición central que reúnen estas entidades en los mecanismos de pago.

En la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, asume un especial relieve el art. 8º relativo a la publicidad. Esta norma configura la actividad publicitaria como una verdadera oferta de contrato, lo cual no viene expresado en la normativa sobre disciplina. Este artículo, en su punto 1º, ofrece la posibilidad a consumidores y usuarios de exigir el contenido de la oferta publicitaria, aun cuando no figure expresamente en el contrato; e incluso pese a que en dicha publicidad, como ocurre en muchos

25. ZUNZUNEGUI, Fernando, "Regulación financiera en una economía globalizada", en ZUNZUNEGUI, Fernando (dir.), *Derecho bancario y bursátil*, Madrid, 2012.

folletos bancarios, se inserten cláusulas expresas advirtiendo de que “solo” se trata de publicidad y, por tanto, sin valor contractual para la entidad.²⁶

Podemos destacar, dentro de la normativa en vigencia y por su especial atinencia al tema, la Orden EHA/2899/2011, de Transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, destinada a las personas físicas, y la Circular del Banco de España 5/2012, sobre Transparencia de servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, que amplía el universo de la protección a las comunidades de bienes constituidas por personas físicas (comunidades de propietarios, de herederos, herencias yacentes y similares).

Y restringiendo el ámbito de protección a los diferentes sectores de la economía, la Ley 16/2009 de Servicios de pago, que incluye las operaciones con tarjetas de débito y crédito, y la Orden EHA 1608/2010 sobre Transparencia de las condiciones y requisitos aplicables a los servicios de pago.

En cuanto al requisito de publicidad, la Orden EHA1718/2010 de Regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, así como la Circular del Banco de España 6/2010, sobre publicidad de servicios bancarios. Básicamente, a raíz de estas normas, se sustituye el régimen de autorización previa de la publicidad por el supervisor en favor de un control a posteriori, acompañado de un sistema de autorregulación, que permite requerir el cese o rectificación de la publicidad contraria a la normativa.

Específicamente y en general para aplicación a la totalidad de la actividad bancaria, la Ley 16/2011, de Contratos de crédito al consumo, rige la transparencia de los servicios bancarios de crédito al consumo celebrados por clientes consumidores.

En cuanto a los préstamos hipotecarios, además de la Orden de 1994, de Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, rige la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, y el capítulo II de la Orden EHA/2899/2011, además del Real Decreto Ley 6/2012, de protección de deudores hipotecarios sin recursos y la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, originadas en la crisis de hipotecas que causara una reestructuración de las deudas contraídas con tal garantía.

26. *La protección del consumidor en la normativa bancaria*. Accésit al II Premio de Investigación en Consumo de la Comunidad Autónoma de Aragón. Cuadernos de Consumo N°9. Dpto. de Salud, Consumo y Servicios Sociales. Gobierno de Aragón.

El órgano Comisionado para la defensa del cliente de servicios bancarios que fuera creado por la Ley de medidas de reforma del sistema financiero (año 2002), junto a los Comisionados para la defensa del inversor y el Comisionado para la defensa del asegurado y del partícipe en planes de pensiones, con la finalidad expresa de proteger los derechos del usuario de servicios bancarios, mediante la resolución de quejas, reclamaciones y consultas relacionadas con las entidades de crédito, que se hallaba adscrito al Banco de España en su rol de supervisor de la banca, aunque con gran autonomía de actuación, fue sustituido (Ley 2/2011 de Economía Sostenible) por los respectivos Servicios de Reclamaciones de las tres instituciones supervisoras (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones).

4. Reino Unido

El Reino Unido, por medio de su banco de Inglaterra, regulado por el Bank of England Act 1946, The charter of the corporation of the governor and company of the Bank of England de 1998, Bank of England Act 1998, y Banking Act 2009, le da facultades para intervenir y cumplir con el fin de regulación y control de los bancos en pro de la protección de los consumidores o depositantes. El Reino Unido, por medio de la Unfair Contracts Terms Act de 1977, establece una protección aplicable, tanto a consumidores como a profesionales, y la Unfair Terms in Consumer Contract Regulations (1999), la cual toma la directiva de la Comunidad Europea 13/93. Actualmente lo concerniente a la protección del usuario bancario es canalizada por la Financial Ombudsman Services.

5. EE.UU.

En los Estados Unidos por medio de The Federal Reserve Act se le confieren (a la Reserva Federal) poderes de regulación y control a todo el sistema bancario, el cual se puede ver referenciado en la sección 11, Powers of Board of Governors of the Federal Reserve System. Aquí se detalla la gran cantidad de funciones y posibilidades de regular el mercado que son otorgados a la Reserva Federal. Estados Unidos no

se dio una ley específica que concediera derechos al consumidor, sin embargo se creó por medio del *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* una entidad de protección del consumidor, que fue regulada por medio del Title X *Bureau Of Consumer Financial Protection* que dentro de su articulado, más específicamente en su sección 1031, crea la prohibición al decir: “Prohibiting unfair, deceptive, or abusive acts or practices”.

La Ley Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección al Consumidor de 2010 (Ley Dodd-Frank) estableció el CFPB (sigla de las iniciales en inglés de la Oficina para la Protección Financiera del Consumidor), cuya misión es hacer que los mercados de productos y servicios financieros de consumo funcionen correctamente, procurar que los mercados de productos y servicios financieros para los consumidores funcionen en forma adecuada, es decir, garantizar que los consumidores reciban la información que necesitan para tomar las decisiones financieras que consideren más convenientes, pudiendo comparar y diferenciar entre los productos y servicios, y que ningún proveedor pueda utilizar prácticas injustas, engañosas o abusivas. Las funciones del CFPB consisten en: redactar, supervisar a las empresas y hacer cumplir las leyes financieras federales de protección al consumidor; restringir las prácticas o actos desleales, engañosos o abusivos; hacer cumplir las leyes que prohíben la discriminación y otros tratos injustos relacionados con las transacciones financieras; recibir las quejas de los consumidores; promover la educación financiera; estudiar los patrones de comportamiento de los consumidores.

6. Japón

La estructura económico-financiera de Japón se desarrolla alrededor de su sistema bancario. El Banco de Japón es el banco central que controla todo el sistema bancario del país, aunque tiene una menor autonomía que la mayoría de los bancos centrales de los países occidentales. Las políticas económicas se establecen desde el gobierno y se aplican directamente al sistema bancario a través del Banco Central.

El sector financiero, en especial los bancos, se encuentran en medio de un fuerte proceso de reestructuración, debido a la profunda crisis pa-

tente desde la segunda mitad de los 90. El gobierno introdujo el programa de liberalización denominado “Big Bang” desde 1998; su objetivo era el de eliminar los límites entre distintos negocios de servicios financieros y liberalizar distintas modalidades de negocios bancarios; eso favoreció las fusiones y alianzas de los bancos del país que resultaron en muy fuertes instituciones bancarias.

Japón no cuenta con normativas específicas de protección al cliente bancario, pero sí una fuerte protección al consumidor en general, lo que hace que se apliquen estas directivas a las contrataciones que tanto los bancos nacionales como extranjeros realizan con terceros.

7. México

El marco legal de la actividad bancaria está dado por la Ley de Instituciones de Crédito que regula el servicio de banca y crédito, la organización y funcionamiento de los bancos y las actividades que pueden desarrollar, protege los intereses de los usuarios y da las bases con que el Estado ejercerá la rectoría financiera del sistema bancario mexicano.

Desde 1999 cuenta además con la Ley de Protección al Ahorro Bancario y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. El Banco de México es el Banco Central del país, con las funciones que se observan en la mayor parte de los bancos centrales del mundo, vale decir: regular la emisión y circulación de la moneda, supervisión del sistema financiero, tesorero y asesor del gobierno federal y relación con los organismos financieros internacionales como el Fondo Monetario Internacional.²⁷

Desde la crisis económica en 1994 (Efecto Tequila), el sistema financiero de México se integra cada día más en los mercados globales. La Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros de 2007 integró principios de protección del consumidor financiero a la Ley Nacional Bancaria, incorporando los principios de defensa de los consumidores.

27. QUINTANA ADRIANO, Elvia A., *Derechos de los usuarios de la banca*, México, UNAM, 2000, pp. 4-5.

8. Chile

En Chile, la relación entre los proveedores de bienes o servicios y los consumidores está regulada por la Ley N°19.496 de protección de los derechos de los consumidores. Este cuerpo legal establece derechos y obligaciones para consumidores y empresas y entre los temas principales que regula están: el derecho a contar con información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación, etc., a la garantía de los productos, a retractarse de una compra y a respetar lo establecido en los contratos; la no discriminación arbitraria por parte de empresas proveedoras de bienes o servicios; la regulación de la publicidad engañosa y la eliminación de la llamada “letra chica” en los contratos; facilitar la formación de las asociaciones de consumidores y favorecer las acciones colectivas cuando se vulneran los derechos de los consumidores.

El órgano institucional estatal encargado de la protección comercial el SERNAC,²⁸ en su misión de proteger a los consumidores de los diversos mercados presentes en el país, se ha visto fortalecido a través del dictado de la Ley N°20.555, con vigencia desde el 5 de marzo de 2012, que lo dota de nuevas facultades en materias financieras. Fundamentalmente tiende al fortalecimiento de los derechos de los consumidores de productos y servicios financieros y la imposición de nuevas obligaciones a las empresas.

Por su parte la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) es una institución pública y autónoma que fue creada en 1925. Su estatuto se encuentra en el Título I del texto refundido de la Ley General de Bancos, según decreto con fuerza de Ley N°3 del Ministerio de Hacienda. Sus funciones son, de acuerdo a la Ley General de Bancos, supervisar actuaciones de las empresas bancarias y otras instituciones financieras, en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del interés público.

28. Servicio Nacional del Consumidor, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo.

9. Colombia

El ente estatal que lleva a cabo la protección del usuario financiero es la Superintendencia Financiera, desde su misión de velar por la solvencia, disciplina y supervisión del Sistema Financiero de Colombia. Se trata de un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, que tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores y proteger a los inversionistas. Fue creada por Decreto 663 de 1993.

En cuanto a la protección judicial del usuario, el artículo 1º del Decreto 2273 de 1989 crea Juzgados Civiles del Circuito Especializados y establece las 8 ciudades principales en que tendrán sede dichos juzgados; el inciso segundo del párrafo del mismo artículo dispone que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial podrán especializar Juzgados Civiles del Circuito, cuando las necesidades así lo exijan, para el conocimiento de los asuntos enumerados en el artículo 3º del Decreto.²⁹

10. Uruguay

La norma que rige actualmente la actividad bancaria es el Decreto-Ley N°15.322 de 17/9/82, con modificaciones en 1992, Ley N°16.327, y en 2002, Ley N°17.613.

El art. 1 inc.2º de la ley cuando define a la actividad de los bancos habla de que son intermediadores o mediadores entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos. La doctrina aclaró el sentido de estas palabras: Cajarville³⁰ expresó que la intermediación financiera es, en la Ley 15.322, especie de un género más amplio: el de “actividad financiera”. La naturaleza financiera de la intermediación resulta del objeto

29. El artículo 3º del mismo Decreto establece las competencias para conocer de controversias en diferentes áreas del derecho comercial, entre ellas numeral 4º de los contratos bancarios.

30. CAJARVILLE, Juan Pablo, “Intermediación Financiera, Concepto de la Ley 15.322”, en *Concepto de Intermediación Financiera*, p. 8.

sobre el que recae: “...la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos” (art. 1º, inc. 2º). “Intermediario financiero” es el que está en medio de la oferta y de la demanda de recursos financieros, media entre dos o más personas algunas de las cuales ofrecen y otras demandan títulos valores, dinero o metales preciosos. Por lo que, el intermediario no se identifica ni con el oferente ni con el demandante, por ende, tales recursos no son suyos.

La Ley N°17.250 de Defensa del Consumidor reguló el consumo de diferentes productos, a través de diversos servicios, dentro de los que pueden incluirse los servicios financieros. Dicha ley dejó espacio a la reglamentación para que esta le diera forma a aquellos servicios que por su propia naturaleza ella no podía regular y reglamentar. Así nacen las Circulares del Banco Central del Uruguay 2015 y 2016, que se refieren a servicios de otras empresas del giro financiero (profesionales) y a servicios relacionados con instrumentos financieros emitidos por terceros (minoristas). En ellas se definen una serie de servicios financieros, como lo son el de administración de inversiones, el de ejecución de órdenes, el de referenciamiento, el de asesoramiento, entre otros.³¹

Con relación a la oferta de los servicios, extiende a ella la obligación de información clara y veraz estampada cuando se brinde por escrito, en caracteres fácilmente legibles (alude, naturalmente, a la difundida práctica del uso de la letra chica prácticamente ilegible que se incorpora a los contratos), exigiendo la determinación de una serie de elementos del servicio ofrecido, que la ley indica, extendiendo también las mismas exigencias a la oferta de servicios financieros³² Asimismo define el contrato de adhesión como “aquel cuyas cláusulas o condiciones han sido establecidas unilateralmente por el proveedor, sin que el consumidor haya podido discutir, negociar o modificar substancialmente su contenido”.

La Ley 17.250 del año 2000 y su Decreto reglamentario, así como la Carta Orgánica del Banco Central del Uruguay, ponen en cabeza de la

31. CREIMER, Israel y MARZANO, Fiorella, *Consumo de Productos Financieros*, Uruguay, Universidad de la República - Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Comercial, 2012.

32. MERCADER PIZZORNO, Teresita, “Aspectos generales de la Ley Número 17.250 de Relaciones de Consumo”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, Universidad de la República, julio 2014.

Superintendencia de Servicios Financieros la protección de los consumidores del sistema financiero.

11. Argentina

El primer párrafo de la Sección 1ª del Capítulo 12 del mencionado Código Civil y Comercial de Argentina comprende los artículos 1378 a 1383 y comienza con la declaración de que los contratos bancarios que tratará a continuación se aplicarán a las entidades financieras caracterizándolas como aquellas comprendidas en la normativa, y también a aquellas personas y entidades públicas y privadas no comprendidas expresamente en esa legislación, cuando el Banco Central disponga que le serán aplicables. Parece aquí que se amplían las funciones del BCRA en cuanto lo faculta a disponer considerar entidades financieras a aquellas que por las normativas vigentes no lo son, incluso, la referencia a personas y entidades llevaría a pensar que podrían ser incluidas personas físicas, al agregar personas a entidades, que en el caso de tratarse de personas jurídicas, estarían comprendidas en tal término.

Trata entonces, como Disposiciones Generales, la Transparencia de las Condiciones Contractuales, refiriendo a la publicidad, incluyendo propuesta y documentación, que deben indicar en forma precisa y clara si la contratación responde a la cartera comercial o de consumo de la entidad financiera, tomando para ello la clasificación realizada por el BCRA aun cuando otra surja de la letra del propio documento contractual. Asimismo, la obligación de informar tasa de interés, gastos, comisiones y cualquier otro gasto.

Establece la forma escrita para los contratos con los clientes bancarios y la obligación de la entrega de ejemplar del mismo. También establece la obligación en la periodicidad de las novedades subsiguientes en el desenvolvimiento de las operaciones de efecto continuado. Introduce la novedad del derecho de rescisión del cliente “en cualquier momento” en los contratos por tiempo indeterminado.³³

El segundo párrafo de la Sección 1ª trata, directamente, de Contratos Bancarios con Consumidores y Usuarios, y tras tal título dice en el art.

33. Art. 1383 CCC Nación.

1384: “Las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093”.³⁴ A continuación establece en forma específica las obligaciones de publicidad, de confección por escrito, de entrega de ejemplar al cliente.

Introduce el tratamiento de las obligaciones precontractuales, adoptando la posición que responde a la Teoría de la responsabilidad precontractual de Saleilles, cuyo fundamento jurídico se halla en el retiro intempestivo y que posibilita a la contraparte a accionar por daños.³⁵ Culmina la 1ª Sección con la referencia al contenido del contrato, estipulando que ningún cargo o gasto no incluido en forma expresa puede ser cobrado o reclamado por la institución financiera y declarando lisa y llanamente el carácter de nulo de los contratos de crédito que no contengan la información del importe total resultante de la financiación, el costo financiero total y/o las condiciones de desembolso y reembolso.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBIER, Eduardo A., *Contratación bancaria. Consumidores y usuarios*, Buenos Aires, Astrea, 2000.
- BARREIRA DELFINO, Eduardo A. *Contratos bancarios* [en línea]. En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial. Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina, 2012.
- BONFANTI, MARIO A. *Contratos Bancarios*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983.
- CAJARVILLE, Juan Pablo, *Concepto de Intermediación Financiera*. Interpretación de la Ley 15.322, Uruguay, 2011.
- CREIMER, Israel y MARZANO, Fiorella, *Consumo de Productos Financieros*, Uruguay, Universidad de la República - Facultad de Derecho Instituto de Derecho Comercial, 2012.
- GARRIGUÉS, Joaquín, *Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1965.
- GERSCOVICH, Carlos, *Derecho bancario y financiero moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

34. Art. 1093. Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúa profesional u ocasionalmente o con una empresa productores de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

35. ARAGONESES, Alfonso, *Un jurista del Modernismo: Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la Universidad. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 2009.

- MACESICH, George, , “Central Banking: The Early Years: Other Early Banks”, en *Issues in Money and Banking*, Westport, Connecticut, Praeger Publishers (Greenwood Publishing Group), 30 de junio de 2000.
- CURÁ, José María (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, 2015.
- MUIÑO, Orlando, “Actividad bancaria y derechos del consumidor”, en *Revista In Iure*, Año 1, Vol. 2, La Rioja, 2011.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia A., *Derechos de los usuarios de la banca*, México, UNAM, 2000.
- REIFNER, Udo, “Principios de protección al consumidor en los servicios financieros”, en GERSCOVICH, Carlos, *Derecho bancario y financiero moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 34ª ed., Madrid, Univ. Complutense, 2011.
- URRUTIA RAOLA, Manuel, *Diccionario de Negocios*, México, Limusa Grupo Noriega Editores, 1999.
- VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Compendio Jurídico Técnico y Práctico de la actividad bancaria*, Segunda Reimpresión, Buenos Aires, Depalma, 1989.
- ZUNZUNEGUI, Fernando, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Madrid, julio 2013.

Las acciones de clase en la relación de consumo

*Martín M. Converset**

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional otorgó protección a los intereses difusos o colectivos, o de pertenencia difusa, a los que denomina “derechos de incidencia colectiva”.¹

Se ha entendido que el interés difuso, llamado también fragmentario, colectivo o supraindividual, ha sido caracterizado como aquel que no pertenece a una persona determinada o a un grupo unido por un vínculo o nexo común previo, sino que corresponde a un sector de personas que conviven en un ambiente o situación común. Es decir, se trata de un bien que pertenece a todos y al grupo, pero que es indivisible, por lo que la satisfacción del interés respecto de uno de ellos importa la de todos.² Se ha señalado que el constituyente, al tutelar los derechos de incidencia colectiva en el artículo 43, Constitución Nacional, hizo referencia a intereses típi-

* Juez en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina; cursó el máster de Administración de Justicia en la Universidad de Roma, Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza, y el doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, entre otros. Consejero de la revista jurídica *Derecho y Cambio Social* (Perú) y del Centro Europeo para el Derecho del Consumo (CEEUDECO, Barcelona, Bruselas, Madrid). Docente en la Universidad Católica Argentina, Universidad de Buenos Aires, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) y Universidad Argentina de la Empresa.

1. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, tomo IV, la reforma constitucional de 1994, 2ª reimpresión, Ediar, p. 318; SAGÜÉS, *Derecho procesal constitucional, acción de amparo*, T. III, 4ª edic., Astrea, 1995, pp. 674-675.

2. FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, “La protección de los llamados intereses difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la provincia de Córdoba”, LL, 1996-B-789.

camente sociales o grupales, como los vinculados con el medio ambiente y la salud pública.³

Contra la resistencia de cierto sector a reconocer legitimación activa para peticionar judicialmente por los intereses sociales o grupales fundada en la clasificación tripartita de las prerrogativas individuales (divididas en “derecho subjetivo”, “interés legítimo” e “interés simple”),⁴ se fue abriendo camino la protección de los derechos difusos o colectivos.⁵ Por lo tanto, en el artículo 43, Constitución nacional, como se advierte, se reconoció una acción para proteger los derechos de incidencia colectiva, que ya había sido admitida con anterioridad en algunos pronunciamientos judiciales, en los que se cuestionaban actos administrativos vinculados con el medio ambiente (“Kattan”) o con valores históricos, culturales, científicos, arquitectónicos y paisajísticos de la Ciudad de Buenos Aires (“Cartaña”), o religiosos de la comunidad (“Ekmekdjian”), entre otros muchos.

II. INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS.

POSTURAS PREVIAS AL PRECEDENTE “HALABI”

Es importante poner de manifiesto que el tema sobre intereses difusos no fue pacífico en doctrina. Las discrepancias eran muchas, no solo en cuanto a la denominación de aquellos, sino también respecto a su naturaleza jurídica, de su categorización, de sus alcances, de su titularidad, de su tutela.

En primer lugar, la terminología no era coincidente, pero era indudable que se imponía, lentamente, la denominación “intereses difusos” para quienes indicaban que la expresión implicaba “un particular neologismo” y, al lado,

3. QUIROGA LAVIÉ, *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 42; CNCiv. y Com. Fed., Sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur SA s/ responsabilidad por daños”, del 16/03/00.

4. Ver MARIENHOFF, “Nuevamente acerca de la acción popular. Prerrogativas jurídicas. El interés difuso”, ED, 106-92.

5. Ver sentencia del Juzgado Nacional en lo Cont. Adm. Fed. N°2, *in re* “Kattan Alberto c/ PEN”, del 10/5/83, LL, 1983-D-576; CNCiv., Sala K, “Cartaña Antonio c/ MCBA”, del 28/2/91, ED, 142-666; MORELLO y STIGLITZ, “Los intereses difusos y su adecuada protección judicial. Operatividad del amparo colectivo”, DJ, 1991-LI-471; CSJN, “Ekmekdjian Miguel c/ Sofovich Gerardo y otros”, del 7/7/92, considerandos 24 y 25, ED, 148-354.

se encontraban aquellos que los denominaban “intereses difusos o colectivos”. Es decir, algunos autores empleaban denominaciones diversas (como derechos difusos o fragmentarios, intereses supraindividuales, fragmentarios o impersonales, de clase, intereses debilitados o disminuidos, o de categoría).

En este sentido, parecía inconveniente equiparar los intereses difusos a los colectivos. En efecto, estos últimos eran considerados intereses que concernían o se imputaban a una pluralidad de sujetos, que resultaba titular de ellos y constitutiva de una categoría o de un grupo homogéneo, unido y organizado (por eso colectividad organizada). Ello, con la finalidad de cumplir los fines o de perseguir los intereses propios; es decir, “corporativos” del grupo o de la categoría a la que pertenecían, de suerte que el dato unificante estaba constituido por condiciones de *status*, de cualidades subjetivas, de condiciones laborales o profesionales.

Los intereses difusos lo diferenciaban de los colectivos porque estos eran intereses de categoría que, precisamente, por eso, se imputan a los grupos o asociaciones portadoras de aquellos. El criterio distintivo estaba dado por el carácter “corporativo” de los intereses colectivos que no aparecía en los difusos, ya que estos pertenecían a una pluralidad indeterminada de sujetos que no tenían titulares concretos individualizados por las normas, razón por la que, algún sector doctrinario, los consideraba anónimos o sin titular (*adéspoti*, de los italianos).⁶

Por su lado, el profesor Bianchi⁷ explicó que para hallar una solución era indispensable, como punto de partida, identificar con precisión cuáles eran los problemas que generaba la legitimación colectiva a gran escala, a lo que nuestro derecho solo ofrecía algunas soluciones. Ellos eran: 1) quiénes son los portadores del derecho de incidencia colectiva y cómo se hace para identificarlos; 2) quién está suficientemente legitimado para ejercer la representación del grupo; 3) cómo son los efectos de una sentencia dictada para un grupo amplio y posiblemente indeterminado de individuos; 4) cómo se protege el debido proceso adjetivo respecto de todos los portadores del derecho que se no han incorporado en la acción judicial; 5) cómo se hace para remediar decisiones judiciales opuestas.⁸

6. CS, Santa Fe, 19/09/91.

7. BIANCHI, Alberto C., “Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala”, *RAP*, abril de 1998, N°235, p. 13.

8. Respecto a la problemática señalada, es preciso tener presente, y en su caso revisitar,

III. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL DERECHO COMPARADO

Ahora bien, es importante destacar que las acciones colectivas tienen un profuso desarrollo en el Derecho Comparado que nos valió de experiencia para que, tanto la jurisprudencia como la doctrina, incursionen en el mejoramiento de este tipo de acciones en Argentina.

El desarrollo de estas acciones ha tenido –desde antigua data– un estudio pormenorizado en el *common law* con las llamadas acciones de clase.⁹ El procedimiento para las *class action* tiene su origen en el sistema legal civil de Inglaterra. En Estados Unidos se encuentran reguladas desde 1938 en la Regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure –que se aplica en los tribunales federales–, la que fue modificada en algunos aspectos en 1966.

Dicho procedimiento se puede describir como aquel sistema procesal en el cual una persona o un pequeño grupo de personas pueden representar a un gran número de individuos que posee un interés común, a quienes les resulta imposible actuar a través de un litisconsorcio por tratarse de una clase demasiado numerosa. Los que reclaman, lo hacen como representantes de la clase sin que exista autorización o mandato, encontrándose expresamente regulados los requisitos para que la acción pueda tramitar como una *class action*. Contiene disposiciones esenciales al debido proceso, como por ejemplo, las que establecen como requisito la notificación a todos los miembros de la clase, otorgándoles la

algunos de los fallos que dieron de qué hablar en sus respectivas oportunidades, de los cuales no haremos un desarrollo pormenorizado, por cuanto no es el objeto de este ensayo. Por eso, creemos oportuno recordar algunos de ellos: CNCAF, Sala II, “Nieva c/ Poder Ejecutivo Nacional”, del 26/08/97; CNCAF, Sala IV, “Consumidores Libres c/ Telefónica de Argentina”, del 17/10/97; CNCAF, Sala III, “Schroder c/ Estado Nacional - Secretaría de Recursos Naturales”, del 08/09/94; CNCAF, Sala V, “Consumidores Libres Coop. Ltda. C/ Estado Nacional”, del 20/10/97; CSJN, “Monges, Analía c/ UBA”, del 26/12/96; CNCAF, Sala III, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo”, del 14/02/97; CNCAF, Sala III, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Poder Ejecutivo Nacional”, del 23/09/97; entre muchos otros.

9. Derecho inglés: “Montgomery Ward v. Langer” (168 F. 2d. 187); “Hansberry v. Lee” (311 US 32 615 Ct. 115; 85 L. Ed. 22; 132 ALR 741); “Adair v. New River Co” (ct. Ch. 1805, 11 ves. Jr. 429); “How v. Tenants of Bronisgrove” (Court of Chancery, 1681, 1 Vern. 22, 23 Eng. Rep. 277); EEUU: “Smith v. Swornstedt” (16 How. –57 US– 288, 14 L. Ed. 942); ensayos, trabajos y casos en este sentido ver: Wright, Miller, Artur R. y Kane, Mary Kay, “Federal practice and Procedure”, t. 7 A, 2ª ed. West Publishing Co. Paul, Minn, 1986.

posibilidad de ser oídos o de excluirse del litigio (que resulta más estricta aún en las acciones de daños) y que tienen directa relación con los efectos vinculantes de la sentencia, para quienes no han participado en el proceso.¹⁰

Para ilustrar, resulta conveniente ejemplificar con un caso. En una demanda iniciada por empleadas y ex empleadas de una reconocida firma por el ejercicio de acciones discriminatorias de género, la Corte Suprema de Estados Unidos entendió, en relación con la Regla 23, que las pretensiones deben depender de un planteo común de dichas cuestiones que sea susceptible de ser resuelto para todos los miembros de la clase. Esto significa que la determinación de su veracidad o falsedad delimita, a través de una única decisión, una cuestión central para la validez de las pretensiones de cada uno de los miembros.

En el caso examinado por la Corte norteamericana, la acreditación del carácter común de la pretensión, necesariamente se superponía con el mérito del planteo de las actoras de que la firma en cuestión tenía un estándar o práctica discriminatoria. Pues bien, el tribunal federal entendió que no existía vínculo alguno que unificase el criterio de los fundamentos invocados para adoptar esas decisiones, por lo que resultaba imposible sostener que el examen de todas las pretensiones de los miembros de la clase daría lugar a una respuesta común respecto de la cuestión de la discriminación.¹¹ Y agregó que, según el estándar con el que debe abordarse la exigencia de la pretensión común,¹² la brecha conceptual que existe entre la denuncia de discriminación de una persona y la “existencia de una clase de personas que han sufrido el mismo perjuicio” debe salvarse mediante una “prueba importante de que un empleador ha actuado conforme a una política general discriminatoria”.

Por su lado, en Brasil las acciones colectivas encontraron su llave de apertura en la reforma constitucional de 1988 (art. 5º, LXX; LXXIII y art. 129, III e § 1º) a partir de la cual se dictaron numerosas disposiciones que regulaban acciones populares, de defensa del consumidor, de defensa de personas portadoras de deficiencias físicas, entre otras.

De ellas se puede mencionar, como de mayor interés, el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8078/90) que introduce acciones de características

10. CNCiv. y Com.Fed., Sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad”, cit.

11. “Wal-Mart Stores Inc. v. Dukes *et al.*”, del 20/06/11.

12. “General Telephone Co. of Southwest v. Falcon”, 457-US-147, 1982.

similares a las *class actions*. En efecto, en su artículo 81 se define a los *intereses difusos transindividuales de naturaleza indivisible*, que serían aquellos en los que son titulares personas indeterminadas, aunque por las circunstancias de hecho, se hallan correlacionados para su accionar. También se indica que cuando hay una determinación del grupo que se encuentre ligada entre sí o con la contraria, por una relación jurídica base, se está ante un *colectivo que se refiere a bienes transindividuales de naturaleza indivisible*. Y, por último, en la mencionada norma, se refiere a los *derechos individuales homogéneos*, que tienen su centro en un origen común, que genera diferentes pretensiones indemnizatorias.

En Canadá se encuentra regulado el régimen que venimos desarrollando desde 1978 en Quebec, aunque recién tuvo auge en los demás Estados en 1993 y 1995 por el dictado de diferentes leyes de procedimiento dictadas a sus efectos,¹³ cuyas líneas generales resultan de similares características a las de Estados Unidos.

No podemos dejar de recordar que en Colombia se visualizan las acciones colectivas que proceden cuando se encuentra cuestionado un interés colectivo propiamente dicho. Es decir, interés individual e indivisible como el medio ambiente. A su vez, se regulan las acciones de grupo (intereses individuales homogéneos) que proceden en los casos de daños ocasionados a diferentes personas por un hecho común a fin de que se reconozca el resarcimiento de un perjuicio que afecta a varios sujetos.¹⁴

Del otro lado del océano Atlántico podemos mencionar a España en donde se encuentra reguladas las *class actions* en diversas normativas. Aunque en el ámbito del derecho del consumidor se destaca que, si el afectado es determinado o determinable, se está ante un interés colectivo y si no es posible identificarlo o de difícil determinación se considera un interés difuso. Por lo tanto, en la ley española los intereses individuales homogéneos dan lugar a una acción colectiva, mientras que los basados en bienes colectivos, originan una acción de intereses difusos, porque no son determinables en su titularidad.¹⁵

Por último, en la exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica se señaló que este

13. Ley de procedimientos colectivos de Ontario y Ley de procedimientos colectivos de British Columbia, respectivamente.

14. art. 88, incs. 1º y 2º de la Constitución política de 1991.

15. LORENZETTI, Ricardo L., *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 65.

...se inspira, en primer lugar, en aquel que ya existe en los países de la comunidad iberoamericana, completando, perfeccionando y armonizando las reglas existentes, de modo de llegar a una propuesta que pueda ser útil para todos. Evidentemente, se analizaron la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos.

Todo esto fue tenido en cuenta para la preparación del Proyecto, que acabó, por eso mismo, perdiendo las características de modelo nacional, para adquirir efectivamente las de un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, celoso de las normas constitucionales y legales ya existentes en los diversos países que componen nuestra comunidad.¹⁶

También se indicó que el mencionado código

...introduce una absoluta novedad para los ordenamientos de *civil law*: la acción colectiva pasiva, o sea la *defendant class action* del sistema norteamericano. Preconizada por la doctrina brasileña, objeto de tímidas tentativas en la práctica, la acción colectiva pasiva aun siendo más rara, no puede ser ignorada en un sistema de procesos colectivos. La acción, en esos casos, es propuesta no por la clase, sino contra ella. El Código exige que se trate de una colectividad organizada de personas, o que el grupo tenga representante adecuado, y que el bien jurídico a ser tutelado sea transindividual y de relevancia social.¹⁷

Por lo tanto, en este orden de ideas se puede señalar que : (i) las acciones de clase solo pueden ser iniciadas por los afectados (ya sea uno o varios que actúan en representación del resto); (ii) los miembros de la clase deben ser notificados del comienzo de la acción judicial, lo cual permite que puedan ejercer oportunamente las acciones a las que tengan derecho; (iii) las personas notificadas pueden presentarse y oponerse a la

16. Exposición de motivos efectuado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal para el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamerica (aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004).

17. *Ibidem*.

representación invocada por quien inició la acción; (iv) con anterioridad a la notificación de la demanda, el juez debe resolver si el proceso tramitará como acción de clase.¹⁸

IV. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES. ACCIONES DE CLASES. RELACIÓN DE CONSUMO

Dichas posturas han ido fluctuando con la jurisprudencia que fue delineando los ejes centrales de las acciones colectivas y las acciones de clase, más aún cuando lo que se intenta proteger es el derecho de un colectivo en una relación de consumo.¹⁹

La protección del derecho de propiedad de un colectivo de personas resulta, en principio, derechos patrimoniales que requieren la participación de los afectados o titulares; ello así, salvo que se tratase de créditos patrimoniales originados en una relación de consumo (art. 54 de la Ley 24.240, según texto de la Ley 26.361) o bien cuando existe una afectación en el acceso a la justicia.

En efecto, cabe recordar que, conforme lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Halabi”, la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de (i) una causa fáctica común, de

18. RIVERA - RIVERA (h.), “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, LL, 07/03/05.

19. “Kattan”; “Ekmekdjian”; CNFed. Cont. Adm., sala IV, “Viceconte, Mariela c/ Ministerio de Salud”, La Ley, supl. de Derecho Constitucional del 05/11/98; CNFed. Cont. Adm., sala V, “Labatón, Ester c/ Poder Judicial de la Nación”, La Ley supl. de Derecho Administrativo del 27/11/98; CNFed. Civ. y Com., sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur”, La Ley 2000-C-399; CJSN, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado nacional s/ amparo Ley 16986”, Fallos: 323:1339; CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, Fallos: 328:1147; CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado nacional y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 329:2316; CSJN, Mujeres por la Vida, Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba– c/ Estado nacional –PEN– M. de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, Fallos: 329:4593; CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación. Inc. Dto. 1316/2002 c/ EN – PEN s/ Dtos. 1570/2001 y 1606/2001 s/ amparo”, Fallos: 330:2800; CSJN, “Zatloukal, Jorge c/ Estado nacional (Ministerio de Economía y Producción) s/ amparo”, Fallos: 331:1364.

(ii) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y de (iii) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.²⁰

En tal fallo el máximo tribunal señaló que las cuestiones a elucidar eran “la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte”,²¹ destacando que, en materia de legitimación, corresponde determinar tres categorías de derechos, a saber: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En lo atinente a estos últimos, estimó que estos se hallaban de igual forma consagrados en el artículo 43 de la Constitución Nacional, sin perjuicio de mencionar taxativamente algunos ejemplos, como ser los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores, y los derechos de sujetos discriminados.

Ahora bien, en todos estos supuestos, la comprobación de la existencia de “caso” o “causa” es imprescindible,²² ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo, el “caso” tiene una configuración típica diferente frente a cada uno de aquellos supuestos.

En efecto, como se ha señalado,

[l]as reglas que definen la existencia de legitimación procesal varían según que la pretensión articulada en el pleito involucre (i) derechos individuales, (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o (iii) derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales

20. CSJN, “Halabi, Ernesto c/ PEN - Ley 25.873 dto. 2563/2004 - s/ amparo-Ley 16.986”, el 24/02/09, H.270.XLII.

21. considerando 8º.

22. Cfr. art. 116 de la CN y doctrina de la CSJN en Fallos: 326:3007, entre muchos otros; art. 106 de la CCABA y TSJCABA in re “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Epszteyn, Eduardo y otros c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales en Epszteyn, Eduardo Ezequiel y otros c/ GCBA y otros s/ amparo [art. 14 CCABA]”, Expte. N°7632/10, del 30/03/11, entre otros.

homogéneos. En todos los supuestos la noción de caso es necesaria pero tiene, en cada uno de ellos, su configuración particular.²³

En cuanto a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “PADEC”, ha señalado que esta categoría de derechos

...se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional e incluye, entre otros, los derechos personales y patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados. En estos casos puede no haber un bien colectivo involucrado, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.²⁴

Asimismo, estableció los recaudos de procedencia de este tipo de acciones, a saber: la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un ejercicio colectivo, habría afectación grave del acceso a la justicia.²⁵

A partir de estos precedentes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue desarrollando su posición, estableciendo recaudos que consideraba necesarios para garantizar el debido proceso, la adecuada representación del colectivo afectado, publicidad de la acción y evitar el dictado de sentencias contradictorias.

23. TSJBAIRES, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Asociación Argentina de Agencias de Publicidad s/ impugnación de actos administrativos’”, Expte. N°4889/06, del 21/03/07, considerando 3.II.b.1 del voto del juez Lozano.

24. CSJN, “PADEC c/ Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales”, del 21/08/13.

25. CSJN, “Halabi” y “PADEC” (este último reiterado luego en recurso de hecho en “Unión de Usuarios y Consumidores c/ EN -SC- resol. 2925/99 y otros s/ procesos de conocimiento”, del 06/03/14) y siguiendo las consideraciones que la minoría había esbozado en el caso “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro –filial Córdoba– c/ E.N. - PEN - Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” (Fallos: 329:4593).

Para ello, resulta necesario hacer referencia a algunos fallos del máximo tribunal federal en donde se establecieron ciertas pautas para la procedencia de este tipo de acciones. Veamos.

En el caso “Consumidores Financieros Asoc. Civ. c/ Banco Itaú Buen Ayre”,²⁶ la asociación actora dedujo acción ordinaria contra el banco demandado en la que puso en tela de juicio el proceder de la entidad con sus clientes de cuenta corriente en la aplicación del concepto “daño contingente”.

En particular cuestionó: 1º) que se cobrase dicho ítem (solo o en forma conjunta con el identificado como “exceso de acuerdo”) cuando se producían sobregiros y el cliente cubría la suma girada en exceso el mismo día; 2º) también impugnó la tasa aplicada a tal cargo (incluso en el caso de que el descubierto se mantuviera por más de un día) cuando la proyección financiera de lo cobrado arrojaba una tasa que excediera los límites razonables en la materia.

En ese contexto, solicitó la devolución de las sumas y que se ordenara el cese de dicha conducta para el futuro.

La Corte Suprema consideró que debía precisar que la divisibilidad y la patrimonialidad del objeto pretendido no impiden ni obstaculizan el proceso colectivo, en tanto se refiera a derechos individuales homogéneos que involucran intereses patrimoniales vinculados con relaciones de consumo y se cumplan los requisitos enunciados en “Halabi”. También, además de remitir a “PADEC”, señaló que era identificable una causa fáctica homogénea (hecho único que provocaba la lesión invocada a los titulares de los derechos individuales) con independencia de la cuantía del daño sufrido individualmente; así como que la pretensión estaba concentrada en los efectos comunes (respecto de lo pretendido no resultaban relevantes las características de cada cliente).

Destacó que el interés individual considerado aisladamente no justificaría, en principio, la promoción de la demanda, por lo que, de no reconocerse legitimación procesal a la actora se produciría una clara vulneración del acceso a justicia y que se tuvo en cuenta que el reclamo se enmarcaba dentro del objeto estatutario de la actora.

Con relación a la identificación del colectivo, recordó al tribunal que debía dar al Ministerio Público la intervención que le correspondiera por ley

26. Sentencia del 24 de junio de 2014.

y que debía encuadrar el trámite de la causa en los términos del artículo 54 de la ley de Defensa del Consumidor²⁷ (identificar el colectivo involucrado, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso y arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas las personas que pudieran tener interés en el resultado del pleito).

Se advirtió que la asociación actora había iniciado contra diversas entidades bancarias otros procesos colectivos con idéntico objeto al de la causa, que tramitaron ante diversos tribunales de, al menos, dos fueros (situación comentada en el consid. 20 de “Halabi”), por lo que se exhortó a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad, orientadas a evitar la superposición de procesos, y se hizo saber a la actora que, en el futuro, debería informar en forma clara e indubitable en su primera presentación procesal la iniciación de más de un proceso colectivo con idéntico objeto (consider. 8º de la sentencia).

En la misma fecha, también se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Consumidores Financieros Asoc. Civ. c/ La Meridional Cía. Arg. de Seguros”.²⁸ Allí la asociación actora dedujo acción ordinaria contra la compañía de seguros a fin de que se le ordenara que devolviera las sumas cobradas a sus clientes en concepto de intereses sobre las cuotas de la prima de seguro que no se encontraban vencidas al momento en que se produjo el siniestro y que eran descontadas de la indemnización cuando esta se abonaba.

En este caso la Cámara le negó legitimación a la asociación de conformidad con lo resuelto por la Corte de Suprema de Justicia de la Nación en “Halabi”. Para así decidir, señaló que el objeto de la acción involucraba, entre otros puntos, contrataciones diversas, realizadas por distintas personas y con distintas características tanto en las condiciones del seguro, como en el tipo del siniestro, el monto pendiente de cancelación, por lo que no presentaba la homogeneidad exigida en “Halabi”, por lo que en tal supuesto la pretensión no se concentraba en los efectos comunes sino que se dirigía a aquello que cada individuo podía petitionar; y que, en tanto los montos habían sido descontados al momento de indemnizar el siniestro,

27. Ley 24.240.

28. Sentencia del 24 de junio de 2014.

a los asegurados nada les impedía haber reclamado en dicha oportunidad pudiéndose presumir una renuncia individual al derecho.

El tribunal cimero, además de remitir a “PADEC”, repasó los recaudos exigidos en “Halabi” y en el artículo 52 de la Ley 24.240 (Defensa del Consumidor). En lo que aquí interesa, es dable señalar que la novedad se dio en el 5º considerando, en el que señaló que las particulares características del tipo de seguro contratado o la existencia de distintos montos pendientes de cancelación podrían resultar relevantes a la hora de evaluar la repercusión que el proceder cuestionado produjo en cada uno de los asegurados, pero no impedían que la materia de fondo planteada pudiera decidirse, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso judicial. Se señaló que no se advertía que dichas singularidades de la relación aseguradora-asegurado tuvieran una entidad tal como para descartar la existencia de homogeneidad fáctica y normativa que habilitara la acción.

Además, se destacó que a los fines de evaluar la procedencia de acción correspondía atender, en el caso concreto, a las dificultades de acceso a justicia consideradas globalmente (costos económicos y no económicos que se derivarían de una acción individual resultarían muy superiores a los beneficios que produciría un eventual pronunciamiento favorable). Frente al riesgo cierto de que la promoción de acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparece como el medio idóneo para garantizar a los consumidores involucrados el derecho a la tutela judicial efectiva.

También le recordó al tribunal que debía dar al Ministerio Público la intervención que le correspondiera por ley y que debía encuadrar el trámite de la causa en los términos del artículo 54 de la Ley 24.240, así como que, ante la multiplicidad de procesos colectivos iniciados con idéntico objeto, los tribunales de grado y la parte actora, en el futuro, deberían informar la iniciación de más de un proceso colectivo con idéntico objeto.²⁹

Por último, cabe destacar la causa “Municipalidad de Berazategui / Cablevisión S.A. s/amparo”³⁰ en la cual, a solicitud del intendente de esa localidad (con sustento en el artículo 52 de la Ley 24.240 y en la ley local), el juez de primera instancia dictó una medida cautelar en la que le ordenó a

29. En similar sentido, “Unión de Consumidores de Argentina c/ CTI PCS S.A. s/ sumarísimo”, sentencia del 15 de julio de 2014.

30. Sentencia del 23 de septiembre de 2014.

una empresa de cable refacturar el servicio prestado a los usuarios de dicho partido con sujeción a determinadas resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior, percibir un abono determinado, y abstenerse de interrumpir o modificar el servicio, hasta tanto se resuelva la cuestión y siempre que el cliente abone el importe determinado, decisión que fue confirmada por la Cámara Federal de La Plata, provincia de Buenos Aires.

La Corte Suprema consideró que la medida cautelar innovativa era una medida excepcional, con mayor razón cuando se dicta en el marco de un proceso colectivo (por sus efectos expansivos), y que la competencia de las autoridades locales se limitaba al control de vigilancia y juzgamiento del cumplimiento de la Ley 24.240 (no se extendía al de las normas que regulaban el mercado y que eran dictadas en el marco de una competencia específica). También destacó que aun si se admitiera la legitimación del intendente, el *a quo* omitió ponderar adecuadamente los agravios de la demandada referidos a la incidencia en el pleito de la medida cautelar dictada por la justicia de Mar del Plata, a instancia de la Asociación Argentina de Televisión por Cable, mediante la que se dispuso que la Secretaría de Comercio Interior debía suspender la aplicación de la resolución invocada y recordó la importancia de la preferencia temporal y su gravitación en procesos vinculados a bienes colectivos (causas “Ekmekdjian” y “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional”), como las pautas establecidas en “Halabi”, con el fin de evitar que un grupo de personas incluidas en el colectivo obtengan el beneficio de ciertas pretensiones y otras resulten excluidas, contrariando uno de los fundamentos que, precisamente, le da la razón de ser a la acción colectiva.

En este contexto, el tribunal advierte un incremento de causas colectivas, con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país, generando un dispendio jurisdiccional, riesgo de sentencias contradictorias y favorecimiento o multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos, por lo que consideró necesario la creación de un Registro de Acciones Colectivas que lo efectúe mediante acordada.³¹

31. Acordada 32/CSJN/2014; asimismo, sobre este punto me referí en su oportunidad en el libro *La acción de amparo y la intervención de terceros*.

Con posterioridad, teniendo en cuenta la experiencia acumulada desde que el mencionado registro se puso en marcha, así como las consultas, aportes y sugerencias recibidas, tanto de los tribunales en donde tramitaron procesos colectivos, como de los consultantes, reforzaron la necesidad de precisar algunos aspectos y fijar reglas que ordenen la tramitación de este tipo de procesos a fin de asegurar su eficacia práctica con el objeto de garantizar una mejor prestación del servicio de justicia. En ese sentido, la Corte Suprema aprobó el Reglamento de actuación en procesos colectivos³² en el que se dispuso que en octubre de 2016 entraba en vigencia, estableció los requisitos que resultan necesario cumplir para iniciar un proceso colectivo, así como las situaciones de prevención en caso de la existencia de un caso que resulte sustancialmente semejante en la afectación de derechos de incidencia colectiva que se esté sustanciando en otro juzgado.

Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el caso “Teso”,³³ donde cuatro particulares impugnaban los actos administrativos que autorizaban las tareas de remoción de los adoquines en el casco histórico del barrio de San Telmo de la Ciudad de Buenos Aires, haciendo referencia en los precedentes de la Corte Suprema antes citados, en el voto del juez Lozano, se dispuso difundir el pleito para que puedan intervenir aquellos que quisieran ya que no puede considerarse apta por sí misma la representación (por ende su legitimación) de la clase con cuatro (4) actores.

En similar sentido, en el precedente “Bodart”,³⁴ en el cual se cuestionaba el incremento de la tarifa del subterráneo, en el voto del mismo juez, se resolvió anular todo lo actuado por cuanto no se encontraba debidamente integrada la *litis* de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

32. Acordada 12/CSJN/2016 (5 de abril de 2016).

33. TSJCABA, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Teso Oscar Emilio y otros c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales’”, Expte. 10501/0, del 11 de septiembre de 2014.

34. TSJCABA “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Bodart Alejandro c/ GCBA s/ otros procesos incidentales’”, Expte. 10407/0, del 03 de noviembre de 2014.

Como se puede advertir, dicha publicidad y debida notificación al colectivo tiende a respetar el debido proceso³⁵ para evitar el dictado de sentencias contradictorias ya que

...el propósito del instituto consiste, en primer lugar, en preservar la garantía de imparcialidad objetiva, a cuyo fin, una vez radicada la causa por ante un órgano jurisdiccional debe permanecer en sus estrados. En segundo lugar, permite la continuidad de criterio en la valoración de los hechos y en la aplicación del derecho, conforme el principio de la *perpetuatio jurisdictionis* (conf. CNCiv, Tribunal de Superintendencia, 20/11/80, BCNCiv, 1981-I, p. 8; id., Sala 'D', ED. 75-663; id., Sala 'F', ED. 91-818, entre muchos otros antecedentes) y, finalmente, favorece la economía y celeridad procesal, pues evita que un nuevo magistrado deba interiorizarse de una cuestión que ya es conocida por otro.³⁶

V. LA LEGITIMACIÓN SEGÚN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Como se puede apreciar, las *class actions*, con una interpretación amplia y en una creación pretoriana, han dado sus primeros pasos en Argentina en temas correlacionadas con la relación de consumo. Dicha expresión tuvo su nacimiento en nuestra Constitución Nacional en 1994,³⁷ sin perjuicio

35. Véanse: “Gonzalez v. Cassidy”, 474 Federal Reporter, 2nd Series 67 (Sth Circuit, 1973); “Cherner v. Transitron Electronic Corp.”, 221 Federal Supplement 48 (Tribunal del Distrito de Massachusetts, 1963); “Grisby v. North Mississippi Medical Center, Inc.”, 586 Federal Reporter, 2nd Series 457 (5th. Circuit, 1978); “Penson v. Terminal Transport Co.”, 634 Federal Report, 2nd Series 989 (5th. Circuit, 1981); “Pearson v. Easy Living Inc.”, 534 Federal Supplement 884 (Tribunal del Distrito Sur de Ohio, 1981); “McCarthy v. Director of Selective Service System”, 322 Federal Supplement 1.032 (Tribunal del Distrito Este de Wisconsin, 1970); “Four Seasons Securities Laws Litigation”, 493 Federal Reporter, 2nd Series 1.288 (10th Circuit) y “Johnson v. American Airlines Inc”, 203 California Reporter 638 (1984), citados por BIANCHI, Alberto C., en “Las acciones de clase...”, *op. cit.*

36. Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, sala I, “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia [ACIJ] y otros c/ GCBA s/ otros procesos incidentales” Expte. 39716/12, del 07/07/2014.

37. Artículo 42 - Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos;

de haber sido utilizada en el Código del Consumidor de Brasil, la que ha sido fuente de nuestra norma constitucional.

Se ha entendido que esta expresión implica, por un lado, un concepto más amplio que el contrato para consumo, ya que comprende todas las etapas, cuyo objetivo es llegar a los consumidores de forma directa o indirecta, extendiéndose "...a todos aquellos que intervienen en esta relación de consumo..."³⁸

Pero, ahora bien, ¿quiénes se encuentran legitimados para promover una acción judicial de incidencia colectiva? ¿Cuál es el medio judicial más idóneo? o ¿la reforma constitucional de 1994 incorporó "nuevos" legitimados?

Sobre este punto he tenido la oportunidad de realizar un estudio pormenorizado,³⁹ en el que consideré que, según lo establecido en la Constitución Nacional, quienes se encuentran legitimados para interponer una acción de estas características pueden ser diferentes sujetos en particular: a) toda persona (consumidor o usuario), b) el afectado, c) el defensor del pueblo,⁴⁰ y d) las asociaciones.

a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

38. RINESSI, Antonio Juan, *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 454.

39. CONVERSET, Martín M., *La acción de amparo y la intervención de terceros*, Buenos Aires, RAP, 2012.

40. Un análisis exhaustivo sobre el tema lo realizó ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "Derecho procesal administrativo", en Juan Carlos CASSAGNE (dir.), *La legitimación del defensor del pueblo de la Nación. Homenaje a Jesús González Pérez*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, tomo 1, pp. 685-724; NÁPOLI, Sergio M., "La legitimación procesal del Defensor del Pueblo", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, pp. 357-368.

Y se entendió que el Defensor del Pueblo es uno de los casos en que el ordenamiento jurídico prevé una legitimación llamada anómala, extraordinaria, diferente a la general,

Recuérdase que la acción puede ser interpuesta por “Toda persona...”, “...el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones⁴¹ que propendan a

que se caracteriza por el hecho de que resulta habilitado para intervenir en el proceso un organismo que actúa en nombre propio, para la adecuada protección de derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros, o defensa de intereses que afectan al orden público o social (JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, *La Ley*, 2003-B, 1333 y ss.).

Los convencionales constituyentes lo han caracterizado como el “...abogado de la sociedad...”, “...investigador objetivo...”, “...inspector de asuntos públicos...” (Masnatta, miembro informante del despacho de la mayoría, “Convención Nacional Constituyente”, 13ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria”, 20/7/94). Además, entendieron que “...está para defender y proteger los derechos e intereses de los ciudadanos y de la colectividad; [protegiendo] al pueblo frente a los actos irregulares, arbitrarios, [...] violatorios de la ley, realizados por la Administración pública...” (Menem, convencional por la Pcia. de La Rioja; confr. en el mismo sentido lo manifestado por el convencional Cullen en representación de la Pcia. de Santa Fe). Resaltaron que “...[puede [...] defender derechos individuales en tanto y en cuanto ellos correspondan a derechos colectivos garantizados por la C.N.” (Lorenzo, convencional por Sta. Fe) y que “[s]e le da legitimación procesal para que pueda actuar en los casos [...] referidos a intereses colectivos...” (Díaz Araujo, convencional por la Pcia. de Mendoza).

Los criterios expresados por los constituyentes con relación a este sujeto fueron los que la Constitución de 1994 recibió en sus artículos 43 y 86 en particular (CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 6ª edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, tomo I, pp. 346-347).

Ahora bien, sin perjuicio de la legitimación procesal extensible a toda clase de procesos judiciales o administrativos que genéricamente se le confiere en el mentado artículo 86, en el artículo 43 se regula, de manera específica, la legitimación del Defensor del Pueblo para intervenir en los juicios de amparo cuando se encuentren presuntamente involucrados derechos de incidencia colectiva (args. BARRA, Rodolfo C., “La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar”, *La Ley* 1994-E, sección doctrina).

41. La acción de amparo puede ser interpuesta contra “...cualquier forma de discriminación...” por “...las asociaciones...”, en la medida que estén registradas y autorizadas para funcionar. Esta forma receptada por la reciente reforma constitucional no discrepa con el criterio previo establecido en la Ley 16.986, que en su artículo 5º se legitimaba, también, a las asociaciones que no contrariaran una finalidad de bien público (Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional– s/ amparo”, del 05/03/98).

La CSJN al pronunciarse en la causa “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa”, con fecha 22/04/97, sostuvo que las asociaciones registradas conforme a la ley se encontraban facultadas para interponer acción de amparo, contra cualquier forma de discriminación (también, se sostuvo tal criterio en “ADECUA

esos fines...”, en la medida que estén registradas y autorizadas para funcionar, “...contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías...” o contra “... cualquier forma de discriminación...”.

Efectuada la enumeración de los sujetos legitimados, según el precepto de la Constitución Nacional, cabe evacuar las siguientes cuestiones: ¿existe la posibilidad de que otro sujeto, fuera de los expresamente legitimados en la Constitución reformada, pueda intervenir en una acción de amparo?

En el artículo 43 de la Constitución Nacional se estableció que, en los casos en los que se encuentren en juego derechos individuales o derechos de incidencia colectiva, toda persona o el afectado pueden interponer una “...acción expedita y rápida del amparo...”.

Pero, ¿qué se entiende por afectado en los términos de la nueva norma? ¿Este tiene alguna similitud cuando en la Constitución Nacional se hizo referencia a “[t]oda persona” “consumidores y usuarios”?

Considero que, en una acción de amparo, será afectado aquel que ha sido o puede ser menoscabado o perjudicado en un derecho fundamental, como los garantizados en el artículo 42 de la Constitución Nacional o en su plexo normativo.

–Asoc. de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Arg.– c/ ENARGAS Res. 302/303/304/305/306/307/308/309/310/96”, con fecha 09/03/98, *in re* Cám. Nac. Adm. Fed., Sala IV). Es decir, estas podían actuar tanto en defensa de un interés propio como de un interés común.

Empero, ante la falta de una ley que –según previsión en el artículo 43 de la CN– regule el registro y determine los requisitos y formas de organización de las asociaciones, a los fines de su legitimación, se ha considerado suficiente su reconocimiento como persona jurídica por parte del Estado o por su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores previsto en la Ley 24.240. La falta de cumplimiento del mandato constitucional no resulta un óbice para su actuación (JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “La legitimación...”, *op. cit.*).

Se señaló que “...resulta ineludible que las asociaciones de usuarios y consumidores acrediten la existencia de una lesión o perjuicio efectivo...”; ROCHA PEREYRA, Gerónimo, “Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la justicia administrativa”, en Juan Carlos CASSAGNE (dir.), “Reflexiones en torno a la legitimación de las asociaciones de usuario”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, p. 171; en similar sentido: GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, tomo 2, 2004, p. 590.

Y es la persona, el consumidor o usuario la que puede invocar un daño diferenciado,⁴² razón por la cual cuando se hace referencia a persona, consumidor o usuario o afectado se estaría haciendo alusión al mismo sujeto. Aunque si uno quisiera hacer una interpretación literal de la norma fundamental se debería entender que cuando se hace mención a una persona se estaría en presencia de un amparo individual y de un afectado ante uno colectivo. Empero, a mi entender, no corresponde efectuar distinción alguna entre ambos términos, debiéndose tratar como a un mismo sujeto, más allá del tipo de acción que se intente interponer.

Es decir, en materia de amparo la extensión de la legitimación activa al afectado respecto de derechos de incidencia colectiva ha de entenderse referida a cualquier afectado individual, circunstancia que luego de la reforma de 1994 la Corte Suprema así lo ha entendido a partir del precedente “Halabi” como se ha señalado en este trabajo de manera sucinta.

Es que, si bien del texto de los artículos 42 y 43 resulta que se ha otorgado a sujetos potencialmente diferentes del afectado –como el Defensor del Pueblo y las asociaciones– la posibilidad de accionar en defensa de derechos –cuya protección o afectación incide colectivamente– reconocidos por la Constitución argentina, un tratado o una ley,⁴³ cuando se hace referencia al afectado, no se lo está caracterizando como un afectado exclusivo, desde que su mismo gravamen puede ser padecido por otros.

En este sentido, resulta oportuno indicar que el carácter colectivo del bien tutelado trae aparejado que, las consecuencias favorables de la acción, no queden limitadas al interés del demandante sino del grupo representado. Posicionarse en una postura contraria a la expuesta importaría exigir, valga la hipótesis del extremo, el fraccionamiento del medio ambiente.⁴⁴

Además, ha de tenerse presente, al respecto, que cuando el perjuicio es compartido por un conjunto de sujetos indeterminados no deja por

42. BARRA, Rodolfo Carlos, “La acción de amparo en la Constitución reformada...”, *op. cit.*

43. CSJN *in re*, “AGUEERA”, cit. y “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nac. s/ amparo Ley 16.986”, del 01/06/00; Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, “Siconara c/ P.E.N. (dto. 1285/99) s/ amparo Ley 16986”, del 20/02/01.

44. Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, “Béliz Gustavo –incidente med.– y otros c/ PEN –dto. 357/98– s/ proceso de conocimiento”, del 27/04/99.

ello de afectar a cada persona en particular. Es decir, es afectado quien, juntamente con muchos otros, padece un perjuicio compartido, como co-titular de un interés común.⁴⁵

A ello se suma que en la normativa infraconstitucional se prevé que los sujetos afectados a los que se alude en el artículo 52 de la Ley 24.240⁴⁶ podrán actuar por sí o por intermedio de un representante (arts. 53 y 56, inc. e, de la Ley 24.240), o por medio de las asociaciones de consumidores y del defensor del pueblo, lo que resulta concordante con el plexo normativo de la Ley Fundamental. En este punto es dable destacar que en la ley se prevé que de mediar abandono de la acción de clase por parte de cualquier legitimado la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público.

Por lo tanto, y a modo de síntesis, cuando los derechos o intereses que pudieren resultar afectados son indiscutiblemente comunes a todos o a una parte significativa de los involucrados (sin que sea presumible que, razonablemente, alguien quisiera verse privado de la protección judicial que se obtuviera para tales derechos o intereses) no resulta desacertado, ni es ilegítimo tener a los litigantes como una suerte de cuasi gestores de la generalidad de las personas colocadas en igual situación,⁴⁷ siempre que se cumplan los recaudos que la Corte Suprema ha establecido pretorianamente como se ha visto.

45. JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, “La legitimación del afectado...”, *op. cit.*

46. Artículo 52 - Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de estas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal. (artículo sustituido por art. 24 de la Ley 26.361, B.O. 7/4/2008).

47. CSJ de Tucumán, “U.P.C.N. - Seccional Tucumán c/ Provincia de Tucumán”, del 26/04/96.

VI. SÍNTESIS DE CIERRE

Como se intentó desarrollar en el presente trabajo, las acciones de clase referidas con las relaciones de consumo han tenido en la jurisprudencia argentina un anclaje que conllevó encontrar una ajustada solución a esta temática que ha tenido su fuente en el Derecho Comparado, tal como se expresó en líneas anteriores.

En este sentido, es oportuno recordar que Aberastury ya anticipaba que, al tener constitucionalmente un sistema de jurisdicción única, la innovación constitucional, en cuanto amplía la legitimación procesal, como asimismo la incorporación de los tratados de derechos humanos, que garantizan el acceso a la jurisdicción, torna necesario el abandono de la doctrina clásica tripartita –derechos subjetivos, intereses legítimos e interés simple–, destacando que, a través de esta clasificación –que reiteradamente se ha negado legitimación y, en consecuencia, acción a quien no fuera titular de un derecho subjetivo por no encontrarse directa y personalmente perjudicado–, se ha denegado el acceso a la jurisdicción a los restantes titulares de relaciones jurídicas, con la consecuencia de no otorgar protección cuando se incurre en un comportamiento ilegítimo con el colectivo.⁴⁸

Tal es así que en la Ley 26.361 se aclaró debidamente el tema de la legitimación de las asociaciones para promover acciones colectivas en defensa de derechos patrimoniales individuales homogéneos. Nótese que en el artículo 54 de la Ley 24.240, incorporado por el artículo 27 de la Ley 26.361, incluye a estos derechos al regular las acciones o las transacciones y los efectos de la cosa juzgada para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares circunstancias.⁴⁹

Empero, para lograr que un juez entienda en una acción colectiva, a fin de evitar el dictado de sentencia contradictorias, es importante darle publicidad en el registro que creó la Corte Suprema,⁵⁰ ya que es deber

48. ABERASTURY, Pedro, “La legitimación en el derecho ambiental”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires - Derecho Ambiental*, Lexis Nexis - Abeledo-Perrot, 2005.

49. ARAZI, Roland, “Los procesos colectivos en Argentina. Novedades. Proyectos de reformas”, en *Procesos Colectivos – Class Actions, I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 6-9 de junio de 2012, p. 385.

50. Para realizar un desarrollo más profundo sobre este punto ver CONVERSE, Martín M., *La acción de amparo...*, *op. cit.*

del magistrado “identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso [...], arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieren tener un interés en el resultado del litigio”.⁵¹ Ello a efectos de “...evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencia disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos”.⁵²

51. CSJN, “La Meridional”, cit.

52. CSJN, “Halabi” y “La Meridional”, cit.

