

SOBRE ARMONIZACIÓN, DERECHO COMPARADO Y LA RELACIÓN ENTRE AMBOS

Pablo LERNER*

RESUMEN: La importancia del derecho comparado es clara: no sólo nos ayuda a entender mejor el derecho como creación cultural, sino que proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos, lo que en definitiva ayuda también a entender e interpretar el sistema propio. Como nos explica el autor del presente ensayo, la relación entre comparación y armonización es compleja y admite diferentes lecturas. Comparación y armonización se necesitan mutuamente, aun cuando cada una de ellas transite por distintos senderos. Ambas convergen hacia un destino común: el surgimiento de una cultura jurídica más amplia que esté acorde con una era de cambios que nos llevan inexorablemente a una armonización de los sistemas jurídicos.

Palabras clave: derecho comparado, sistemas jurídicos, armonización, unificación.

ABSTRACT: *The importance of comparative law is clear: not only does it help to understand the law as a cultural creation, but it also provides an intellectual base for the interpretation and the analysis of different legal systems, as well as helping for the understanding and interpretation of our own legal system. As the author of this essay explains, the relation between comparison and harmonization is complex and admits different readings. Comparison and harmonization need each other, even though they develop themselves in different paths. In turn, both converge towards a common destiny: the emergence of a wider legal culture, in consonance with an era of transformations that seems to be leading towards an harmonization of legal systems.*

Descriptors: *comparative law, legal systems, harmonization, unification.*

* Abogado, Universidad de Buenos Aires; doctor en derecho, Universidad de Jerusalem; y docente titular (*Senior Lecturer*), Escuela de Derecho Ramat Gan (Israel).

SUMARIO: I. *El camino a la armonización.* II. *El enfoque de comparatistas y armonizadores.* III. *El marco de la comparación.* IV. *¿Hay que buscar similitudes o diferencias?* V. *Textualismo y contextualismo.* VI. *De lo analítico a lo normativo.* VII. *Armonización, transplantes y derecho comparado.* VIII. *Del “amateurismo” a la especialización.* IX. *Hacia un nuevo ius commune.*

La importancia del derecho comparado es clara,¹ no sólo nos ayuda a entender mejor el derecho como creación cultural sino que proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos, lo que en definitiva ayuda también a entender e interpretar el propio.² Si tomamos como premisa que el derecho comparado se beneficia de la permeabilidad entre los sistemas, la etapa actual en la que hay una mayor comunicación entre los sistemas jurídicos, y en la que la idea de unificación del derecho cobra cada vez más vitalidad, debería ser la mejor hora del derecho comparado.

La relación entre comparación y armonización es compleja y admite diferentes lecturas. Hay quienes como Rodolfo Sacco, sostienen que desde un punto de vista histórico, la unificación del derecho *no* necesita del derecho comparado, mientras que autores como Zweigert-Kötz opinan que la armonización *sí* necesita del derecho comparado.³ En definitiva ¡ambas posturas son ciertas! Efectivamente, ha

¹ Sin embargo, pocas ramas del derecho dan lugar a tanto debate en torno a su objeto, alcance o importancia como el derecho comparado. Incluso una considerable parte de los comparatistas encaran el estudio del derecho comparado con una actitud “defensiva”. Véase Merryman, J., “The Loneliness of the Comparative Lawyer”, en *id.* (ed.), *The Loneliness of the Comparative Lawyer and other Essays in Foreign and Comparative Law*, The Hague, 1999, pp. 1-12; Tallon, D., “Quel Droit Comparé pour XXIème siècle?”, *Uniform Law Review*, 1998, pp. 703-709; Mehren, A. von, “The Rise of Transnational Legal Practice and the Task of Comparative Law”, *75 Tulane Law Review*, 2001, pp. 1215-1224.

² Sobre el derecho comparado en general, véase Gambaro, A. y Sacco, R., *Sistemi Giuridico Comparati*, Torino, 1991, pp. 1 y ss.; Sacco, R., *Introduzione al Diritto Comparato*, 3a. ed., Turin, 1989, pp. 6 y ss.; *id.*, “Legal Formants: A Dynamic Approach of Comparative Law”, *39 American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 1 (parte 1), 343 (parte 2), 3 y ss.; Markesinis, B., “Comparative Law-a Subject in Search of an Audience”, *53 Modern Law Review*, 1990, pp. 1-21; Cruz, P. de, *A Modern Approach to Comparative Law*, Deventer, 1993, pp. 14 y ss.; Legrand, P., “Comparer”, *48 Revue Int. Droit Comparé*, 1996, p. 278; Blanc-Jouvan, X., “La formation au droit comparé”, *48 Revue Int. Droit Comparé*, 1996, p. 347.

³ Zweigert, K. y Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., trad. de T. Weir, Oxford, 1998, p. 24.

habido a lo largo de la historia procesos de unificación, tal como ocurrió en la Edad Media con el derecho romano, o en periodos posteriores con la recepción del derecho francés o el derecho alemán⁴ en las que los cambios legislativos no se basaron en el derecho comparado. En la misma medida que no debe ser asimilada armonización con derecho comunitario, no toda formación del derecho unificado debe forzosamente estar ligada al derecho comparado.⁵

Este trabajo se centra en la relación “comparación-armonización”. Comenzaré con algunos comentarios sobre la noción de armonización. A continuación señalaré algunos de los puntos en los que la armonización y el derecho comparado se entrelazan, para finalmente referirme a la manera en que el derecho sirve como base para la elaboración o reelaboración de los distintos sistemas jurídicos.

I. EL CAMINO A LA ARMONIZACIÓN

La armonización es un proceso por el cual las barreras entre los sistemas jurídicos tienden a desaparecer y los sistemas jurídicos van incorporando normas comunes o similares. Es un proceso que se da a distintos niveles, en diferentes campos del derecho y regidos por distintas pautas y principios. Este proceso se desarrolla en estadios: parte de la aceptación de institutos, luego se van acercando las soluciones hasta finalmente quedar limitadas las diferencias a los aspectos técnicos. La última fase sería la adopción de normas comunes, sobre la base de proyectos de unificación.

⁴ Sacco, R., “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, 39 *American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 1, 2 y ss.

⁵ En una misma revista dedicada al tema de la armonización es posible encontrar opiniones distintas. Así, por ejemplo, un autor sostiene: “I do not think that the records of the Court and the Community Legislation suggest they are engaged in a comparative law activity” (Forrester, I., “The Role of Comparative Law in the Development of European Law on Intellectual Property”, en varios autores, *The Role of Comparative Law in the Emergence of European Law*, Zürich, Institut Suisse de Droit Comparé, 2002, pp. 87-104 y 89) mientras que otro puede con muy buenos fundamentos opinar que “Le législateur affirme donc correctement, bien que de façon implicite, qu’une mesure d’harmonisation législative requiert une analyse comparative probable de la situation du droit en vigueur dans les Etats membres” (Stauder, B., “L’Exemple du Droit de la Consommation”, en varios autores, *op. cit.*, en esta misma nota, pp. 11-40 y 13).

Se habla de unificación, convergencia y armonización en forma intercambiable, aunque técnicamente sean expresiones diferentes.⁶ La convergencia se refiere a un proceso gradual que se lleva a cabo sobre la base de cambios en el orden legislativo interno de los países, que adoptan una normativa común. El término convergencia puede ser entendido como sinónimo de armonización, aunque parece más apropiado distinguir entre ambos. Mientras que armonización se refiere a un proceso impulsado por legisladores o comisiones de distinto tipo, la convergencia alude a un proceso más natural que es consecuencia de distintos factores y causas por el cual los sistemas jurídicos van ganando en similitud aunque en definitiva la armonización lleva a la convergencia. A veces también se usa el término aproximación, que es la idea utilizada en el Convenio de Roma⁷ por el Parlamento Europeo.⁸ Mientras que la armonización hace más referencia a la idea de proceso en el que paulatinamente se van borrando diferencias entre los sistemas,⁹ la unificación sería un estadio más evolucionado en el cual los sistemas jurídicos se basan en una misma norma legal, mediante la adopción de un texto único. Yo generalmente utilizaré el término armonización, sin entrar en demasiados detalles, entendiéndolo como el marco generalizante, marco que puede incluir también proyectos de unificación o de aproximación.

⁶ Véase, por ejemplo, Ferrari, S., "Le Fontu Normativa di Produzione non Nazionale", en Rescigno, P. (ed.), *Trattato di Diritto Privato*, Turín, 1982, pp. 147-174, 153 y ss.; a. rieg, "L'Harmonization européenne du Droit de famille: Myth ou Réalité", Stoffel, W. y Volken, P. (eds.), *Conflicts et Harmonization Melanges en l'honneur de Alfred von Overbreck*, Fribourg, 1990, pp. 473-499, 473 y ss; David, R., "The International Unification of Private Law", *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. 2, chp. 5, 89; Caniyet, G., "La Convergence des Systèmes Juridiques au Point de Vue du Droit Privé Français", 55 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003, pp. 7-22; Rosset, A., "Unification, Harmonization, Restatement, Codification and reform in Interantional Commercial Law", 40 *American Journal of Comp. Law*, 1992, pp. 683-697.

⁷ Artículo 100.

⁸ Véase, por ejemplo, la resolución del Parlamento Europeo del 15 de noviembre de 2001, sobre la aproximación del derecho civil y comercial de los Estados miembros. Véase también el Plan de Acción sobre Derecho Europeo de los Contratos, publicado por la Comisión el 12-02-2003. Véase Quiñones Escámez, A. y Batalla Trilla, A., "Un paso inevitable en la armonización del derecho contractual europeo: la elaboración de un derecho internacional privado común antento a los objetivos del mercado interior", en Espiau, S. y Vaquer, A. (ed.), *Bases para un derecho contractual europeo*, Valencia, 2003, pp. 617-628; Staudenmayer, D., "The Commission Action Plan on European Contract Law", 11 *European Review of Private Law*, 2003, pp. 113-127.

⁹ Para algunos, el término armonización es algo ambiguo y menos preciso que el término unificación. Boodman, M., "The Myth of Harmonization of Laws", 39 *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 699-724.

Más importante que trazar distinciones que pueden ser en buena medida semánticas, es entender que los caminos para alcanzar la armonización (y en definitiva llegar a la unificación) pueden ser varios y no son excluyentes.¹⁰ Es posible distinguir entre vías centralizadas, es decir, aquellas que se enmarcan en un eje político legal determinado que tiende a fijar —e incluso imponer— la norma armonizante, y las vías descentralizadas, por las que transitan las iniciativas privadas. Como ejemplo de armonización centralizada podemos poner la legislación internacional y las convenciones internacionales.¹¹ Así el marco de la Unión Europea se basa en una actividad legiferante que da forma a un auténtico derecho europeo armonizado en diferentes campos.¹² Otra vía centralizada es la cooperación judicial y, particularmente en lo que a Europa se refiere, la labor de la Corte de Justicia de la Unión Europea.

Si pasamos a las vías descentralizadas, la armonización va dándose también como consecuencia de la práctica internacional, producto de la decisión de los factores del comercio internacional. En la medida que comerciantes y árbitros internacionales llegan a la conclusión sobre la importancia de basar su actividad en textos uniformemente aceptados, se va dando un proceso de armonización en el tráfico in-

¹⁰ Véase Smits, J., *The Making of European Private Law*, Antwerp, 2002, pp. 6 y ss. Véase también Sacco, R., “Legal Formants: a Dynamic...”, *cit.*, nota 2, pp. 4 y 5. Véase también Mertens, H. J., “Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff”, 56 *RabelsZ.* 1992, pp. 219-242; Schwartz, A., “Die Europäisierung des Privatrechts am Beispiel des Kaufrechts”, en Martini, D. y Witzleb, N. (eds.), *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlín, 1999, pp. 33-52.

¹¹ Si tomamos el caso del derecho europeo, se trata de un proceso de armonización que se realiza por distintos medios, cada uno de los cuales tiene una distinta intensidad y brinda una armonización en distintos planos: El mismo tratado de Roma, base de la Unión Europea, planteó un principio de armonización al establecer pautas para coordinar las políticas económicas. Ejemplo es el caso de la Política Agrícola Comunitaria (PAC) que fue motor de parte de los primeros esbozos de armonización.

¹² Así podemos señalar directivas que han llevado a la armonización en el campo de la venta fuera de establecimientos comerciales (directiva 85/577), viajes combinados (directiva 90/314), protección al consumidor contra cláusulas abusivas (directiva 93/13), utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (94/47), protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (directiva 97/7), venta de bienes de consumo (directiva 99/44), etcétera. Palacios González, M., “El deber de información en los contratos con consumidores”, en Espiau, S. y Vaquer, A. (ed.), *op. cit.*, nota 8, pp. 89-96; Dalhuisen, J., *International Commercial and Financial Law*, Oregon, 2000, pp. 123, 125. Sobre el derecho de la comunidad europea pueden consultarse entre otras obras Mengozzi, P., *European Community Law*, 2a. ed., trad. de P. de Luca, Hague, 1999; Hartley, T., *The Foundations of European Community Law*, 4a. ed., Oxford, 1998; Craig, P. y Búrca, G. de, *EU Law*, 3a. ed., Oxford, 2002.

ternacional. Desde el punto de vista del derecho comparado, cobra particular relevancia otra vía descentralizada y es la que recibe expresión en los proyectos armonizantes, preparados por comisiones o grupos de trabajo. Se trata de principios que pueden ser adoptados voluntariamente por comerciantes en negocios internacionales y están destinados a regir el tráfico de los contratos transnacionales. Estos trabajos no tienen en principio aplicación compulsiva.¹³ Los trabajos más significativos son los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales *Unidroit*, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (“PECL”, de acuerdo a las siglas en inglés), el Anteproyecto de Código Civil Europeo y el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Los Principios de *Unidroit* fueron preparados por el Instituto de Unificación del Derecho que funciona en Roma bajo la dirección de J. Bonell.¹⁴

Los PECL fueron elaborados por la Comisión de Derecho Contractual Europeo bajo la dirección del profesor danés Ole Lando. Se trata de una comisión privada aunque contó en su momento con el soporte de la Comisión de la Unión Europea. La primera parte del trabajo fue publicada en 1995, la segunda en 1999.¹⁵ La tercera parte ha sido completada en el 2003. Los principios no tienen fuerza obligatoria y están destinados a servir de modelo a la futura ley europea, o, como en el caso de los Principios *Unidroit*, si las partes en un contrato remiten expresamente a ellos como ley aplicable. Si se tiene en cuenta que algunos de los académicos que tomaron parte en la redacción de estos principios, también participaron en la comisión que preparó los PECL, también conocida como Comisión Lando, no es de extrañar que muchas de las soluciones que encontramos en los Principios *Unidroit*, aparecen en los PECL. Además existe clara correlación entre ellos y la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos

¹³ Davies, I., “The New Lex Mercatoria: International Interests in Mobile Equipment”, 52 *International Comparative Law Quarterly*, 2003, pp. 150-176, 150.

¹⁴ Sobre los Principios *Unidroit* y su campo de aplicación puede consultarse: Bonell, M., *An International Restatement of Contract Law*, Nueva York, 1997; *id.*, “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?”, en Rabello, A. M. (ed.), *The Principles of Unidroit and Modern National Codifications*, Jerusalem, 2001, pp. 9-19; Rabello, A. M. y Lerner, P., “The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract Law”, 8 *Uniform Law Review*, 2003, pp. 601-629.

¹⁵ Lando, O. y Beale H. (ed.), *Principles of European Contract Law*, Hague, part. I-II, 2000.

Internacionales.¹⁶ Dos anteproyectos de Código Civil, el anteproyecto del profesor Von Bar y el anteproyecto del Grupo de Pavia bajo la dirección del profesor G. Gandolfi, tienen ya no sólo como objetivos servir de “principios”, sino ser base para el futuro código europeo, aunque en los hechos la materialización de esta idea se encuentra en un estadio embrionario. En el caso del proyecto del grupo de Pavia,¹⁷ se trata de un Código Europeo de Contratos, proyecto que guarda bastante similitud con las soluciones del Código Civil italiano y el proyecto de Code McGregor. El proyecto Von Bar¹⁸ se basa en el trabajo de la Comisión Lando, aunque excede el marco del derecho de contratos. Es claro que también en otros marcos, por ejemplo el de las convenciones internacionales, como la Convención de Viena sobre compra-venta internacional, podemos ver la búsqueda de la armonización a través de la comparación.

Todos estos proyectos admiten una doble lectura ya que pueden ser entendidos como proyectos de futura legislación, incluida la posibilidad de ser aplicados voluntariamente por las partes de contratos internacionales, aunque no lleguen a tener fuerza obligatoria de ley o convención, pero también pueden ser entendidos como textos de derecho comparado, pues todos ellos se basan en un detallado trabajo comparativo. En esta armonización descentralizada, por la vía de principios o de proyectos de codificación, es donde el derecho comparado encuentra su mayor expresión, pues se trata de trabajos que parten de la base de la existencia de soluciones jurídicas distintas y buscan encontrar el común denominador que sirva de base a una futura legislación transnacional. Los PECL están formulados con notas que remiten al derecho vigente en cada uno de los países de la comunidad europea, y son desde este punto de vista un claro trabajo comparativo.¹⁹

En resumen, las diferencias entre los sistemas jurídicos se van haciendo menos marcadas y se habla incluso de la elaboración de códigos

¹⁶ Sobre la evolución de la Convención de Viena de 1980 y sus antecedentes históricos, véase por ejemplo Garro, A. y Zuppi, A., *Compraventa internacional de mercaderías*, Buenos Aires, 1990, p. 29.

¹⁷ El grupo de trabajo está presidido por el profesor italiano G. Gandolfi. Véase la reseña de Brizzio, C., “Anteproyecto de Código Europeo de Contratos”, *La Ley*, 1999-C 985-1014, p. 987.

¹⁸ Véase el sitio del anteproyecto: www.sgecc.net.

¹⁹ Los PECL están formulados con notas que remiten al derecho vigente en cada uno de los países de la comunidad europea y son desde este punto de vista un claro trabajo comparativo.

gos comunes a distintos países, tal como se ha proyectado para Europa.²⁰ Cabe aquí, sin embargo, una aclaración. En Europa, gran parte de las voces que se escuchan en contra de la armonización son en realidad voces contra un código civil europeo que reemplace a los actuales códigos, pero la polémica en torno a la codificación de un derecho europeo, no debe ser entendida como la polémica en torno a la armonización,²¹ y mucho menos contra la comparación.²² La oposición que en ciertos círculos europeos se da a la codificación no debería ser entendida como una oposición total a todo lo que se identifique con la armonización. Por ejemplo, se puede estar a favor de una ley única para las transacciones internacionales sin que esto implique una adhesión a la idea de reemplazar los códigos nacionales.²³ Centrar la armonización en términos de código puede hacer llevar a creer que la armonización es un proceso unívoco que debe forzosamente desembocar en una legislación única, y esto no es así.²⁴

Si hablamos de un proceso de armonización llevado a cabo sobre un trabajo de comparación, es fácil entonces plantear la cuestión sobre la relación entre aquellos que trabajan en la armonización (“armonizadores”) y aquellos que se interesan en el derecho comparado (“comparatistas”). Trataré a continuación de esbozar algunos puntos en los cuales se manifiesta esa relación.

²⁰ Hasta ahora, sin resultado concreto. Véase, por ejemplo, Lequette, Y., “Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar”, *Daloz*, 2002, pp. 2202-2214; Gerven, W. Van, “Codifying European Private Law? Yes, if...”, 27 *European Private Law*, 2002, pp. 156-176, 163.

²¹ En definitiva, quienes se oponen a la armonización, reproducen las posturas de Savigny, relacionando el proceso de unificación con un ritmo natural que el mismo debería tener, y que en definitiva lo tiene. Legrand, P., “European Legal Systems are not Converging”, 45 *Int. Comp. Legal Quarterly*, 1996, pp. 52-81 y 81; *id.*, “Against a European Civil Code”, 60 *Modern Law Review*, 1997, pp. 44-63; *id.*, “On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unreasonable Observations”, 10 *European Review of Private Law*, 2002, pp. 61-76. El paso de una Europa de códigos a un código para Europa no es ni debe ser entendido como un proceso acotado o como a desarrollar en una sola etapa. Véase *infra*, texto a nota 131 y ss.

²² A favor de la codificación del derecho europeo, véase Alpa, G., “The European Civil Code: E Pluribus Unum”, 14 *Tulane European and Civil Law Forum*, 1999, pp. 1-14. Véase también Rabello, A. M., “On the Codification Process”, en *id.* (ed.), *The Principles of Unidroit...*, *cit.*, nota 14, pp. 149-200, 193 y ss.

²³ Tal como lo señala Bonell, una codificación unificada para toda Europa es más difícil de conseguir que una codificación del derecho comercial transnacional. Bonell, M., “Do We Need a Global Commercial Code?”, *Uniform Law Review*, 2000, pp. 469-481, 480.

²⁴ Gerven, W. van, *op. cit.*, nota 20, pp. 156-176.

II. EL ENFOQUE DE COMPARATISTAS Y ARMONIZADORES

Sobre todo, por parte de aquellos que no están de acuerdo con la armonización y de quienes no se interesan en el derecho comparado, se suele escuchar la crítica hacia comparatistas y armonizadores acerca de que ambos trabajan sobre la base de un enfoque europeo y su actividad se desarrolla en el campo del derecho privado. Me referiré primeramente a la idea de eurocentrismo para luego agregar algunas notas sobre el carácter “privado” que tienen el derecho comparado y la armonización. Creo que ambas caracterizaciones perderán relevancia en la medida que el proceso de armonización se vaya materializando.

1. “Eurocentrismo”

Quien presta atención a la relación que se da entre el derecho comparado y la armonización, puede percibir que ambos campos están imbuidos por características o influencias de lo que podríamos dar en llamar la “cultura jurídica europea”, y más aún lo que se conoce como el “derecho continental”. En buena medida estamos acostumbrados a un derecho comparado occidental en el cual la reflexión sobre otras tradiciones jurídicas no tiene suficiente cabida.²⁵ Recordemos que el interés por el derecho comparado surge en Europa en la segunda mitad del siglo XIX,²⁶ y se afirma después del Primer Congreso de Derecho Comparado en 1900, celebrado justamente en París.²⁷ El “eurocentrismo” del derecho comparado no es geográfico, sino que se manifiesta en una actitud intelectual hacia la comparación caracterizada por la particular relación entre Europa y el resto del

²⁵ Véase Hoecke, M. van y Warrington, M., “Legal Culture, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a new Model for Comparative Law”, 47 *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, pp. 495-536.

²⁶ Véase Gorla, G. y Moccia, L., “Profili de una Storia del Diritto Comparato in Italia e nel Mondo Comunicato”, 33 *Rivista de Diritto Civile* (1987), pp. 237-262, 240; Cruz, P. de, *Comparative Law in a Changing World*, 2a. ed., London, 1999, pp. 14 y ss. Muestra de este interés es que empezaron a aparecer revistas de derecho comparado. Así, por ejemplo, en 1829 comienza a publicarse en Heidelberg el *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*.

²⁷ Sin embargo, quien quiera argumentar que el interés por la comparación no es algo desconocido en Inglaterra, puede mencionar que el British Institute of Comparative Law fue fundado en 1895. Ya en 1869, Maine deviene el primer titular del curso de teoría general de historia del derecho y derecho comparado en Oxford.

mundo. La Europa del siglo XIX, y la de al menos comienzos del siglo XX, fue “exportadora” de sistemas jurídicos; así, países menos desarrollados económicamente y más dependientes culturalmente se volcaron hacia Europa. Los juristas no-europeos vieron a Europa como modelo de comparación y más aún como modelo para adoptar.²⁸

Siempre han sido naciones no hegemónicas aquellas que han mostrado una mayor permeabilidad hacia los sistemas foráneos.²⁹ Tenemos el caso del derecho de Latinoamérica, el cual tradicionalmente basó su derecho privado en modelos europeos. Así, por ejemplo, vemos la clara influencia francesa que hubo en el derecho argentino,³⁰ y en las últimas décadas vemos también influencia italiana.³¹ Existe lo que podríamos dar en llamar una “permeabilidad” para recibir ideas jurídicas extranjeras. Así, no es de extrañar que aún hoy, a pesar de que existe una doctrina nacional bien consolidada, baste observar las distintas revistas jurídicas para encontrar artículos con distintos grados de referencia a sistemas o doctrinas extranjeras.³²

²⁸ Generalmente existe una tendencia a centrar el estudio del derecho comparado en países intelectualmente menos avanzados. Sacco, R., *Che cos'è il Diritto Comparato*, Milano, 1992, p. 30; Watson, A., *Legal Transplants-An Approach to Comparative Law*, 2a. ed., Georgia, 1993, p. 99.

²⁹ Mientras que en los países desarrollados el derecho comparado es un ámbito para los comparatistas, para los países dependientes, el derecho comparado es tomado muchas veces como un elemento de modernización del sistema jurídico, y el uso de fuentes extranjeras ocupa importantes espacios dentro de las academias locales. Lo cual muchas veces se ha traducido en una cierta dependencia cultural.

³⁰ Sobre todo, hubo una clara influencia de los autores “clásicos”. Menor es en cambio la influencia de los juristas franceses más modernos. Esto se ve en las ediciones más nuevas y publicaciones actualizadas que siguen citando únicamente a los clásicos del derecho francés. Véase, por ejemplo, Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil*, Parte General, 19a. ed., actualizada por P. Raffo Benegas, Buenos Aires, 2001 (cita a Aubry-Rau, Demolombe, Duranton, Josserand y, aunque no francés, Savigny); Zannoni, E., *Derecho civil. Derecho de familia*, Buenos Aires, 2002 (cita a Ripert Boulanger, Troplong, Planiol, Ripert, etcétera). Probablemente esto es también debido a que la doctrina francesa de hoy trabaja con parámetros distintos a los que tuvo en el pasado.

³¹ Lerner, P., “El Código Civil italiano de 1942 y las reformas al Código Civil argentino”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 167-195.

³² En forma totalmente accidental, es dable señalar algunos títulos de trabajos en donde se ven referencias al derecho extranjero en distintos grados. Leiva Fernández, L., “La técnica legislativa del Proyecto de Código Civil de 1998”, *La Ley*, 1999-D, pp. 1100-1116; Medina, G., Winograd, C., “Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y la jurisprudencia comparada”, *Jurisprudencia Argentina*, 2000, IV, pp. 1078-1089; Morello, A., “Armonización y unificación de sistemas procesales civiles. Panorama”, *La Ley*, 2000 (B), pp. 1224-1231; Belluscio, A., “Nueva base para la reforma del derecho de familia francés”, *La Ley*, 2000 (B), pp. 1293-1300; Schotz, G., “Una introducción al estudio del Factoring internacional en el Mercosur”, *El Derecho*, núm. 186, 2000, pp. 1218-1232; González, G., “Comercio electrónico. Enfoque legal. Perspectiva internacional”, *La Ley*, 2001(B), pp. 1262-1270; Salerno, M., “La imprevisible alteración del

También los proyectos de reforma al Código Civil argentino muestran una profunda atención a los modelos comparados.³³

Paralelamente, también la armonización transita por vías eurocentristas y esto es casi una consecuencia necesaria de una realidad incontestable: hasta ahora, el marco en donde la armonización ha logrado su más acabado ejemplo, a pesar de todas las dificultades, es la comunidad europea. Si bien los logros son aún parciales, la Unión Europea ha indudablemente avanzado hacia un sistema jurídico basado en la armonización. Se trata de un espacio geográfico que posee una estructura jurídica común y una voluntad política férrea que permite y estimula la convergencia de los sistemas jurídicos. Ese marco y esas condiciones no existen todavía en otros lugares. Intentos, como el caso del Mercosur en Sudamérica,³⁴ no han logrado llegar a una etapa avanzada de consolidación.³⁵ En el campo del derecho internacional privado en Latinoamérica se han logrado ciertos —parciales— progresos, como por ejemplo los tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y los trabajos que llevan a cabo las CIDIP.³⁶ Pero todo esto no

contrato a causa del fenómeno monetario”, *La Ley*, 2002 (A), pp. 1317-1324; Montealeone Lanfranco, A., “Sociedad extranjera no inscrita”, *La Ley*, 2002 (A), pp. 1325-1336; Peyrano, G., “‘Banco de datos’ y tratamiento de datos personales: análisis de algunas problemáticas fundamentales”, *Jurisprudencia Argentina*, 2001, t. II, pp. 820-835; Casas, J., “El concubinato: evolución y problemática”, *Jurisprudencia Argentina*, 2001, t. IV, pp. 1193-1214; Kemelmajer de Carlucci, A., “Determinación de la filiación del clonado”, *Jurisprudencia Argentina*, 2001, t. IV, pp. 1375-1407; Anaya, J., “El Código de Comercio francés (I)”, *El Derecho*, núm. 193, 2001, pp. 621-629; Stratta, A., “El Código de Comercio francés (II)”, *El Derecho*, núm. 193, 2001, pp. 888-900; Mairal, H., “Responsabilidad del Estado en el derecho comparado”, *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Buenos Aires, Universidad Austral, 2001, pp. 367-371; Kemelmajer de Carlucci, A., “La personalidad de las fundaciones en el Código de Vélez Sarsfield y en el derecho comparado”, *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 2000, pp. 387-416.

³³ Véase el proyecto preparado por Alegría, H. et al., *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, 1999. El proyecto no ha alcanzado todavía la sanción legislativa.

³⁴ Sobre la estructura jurídica del Mercosur, véase Morillo, A. (ed.), *El Mercosur. Aspectos institucionales y económicos*, La Plata, 1993. Sobre los problemas y limitaciones en la unificación del derecho en el Mercosur, véase Fernández Arroyo, D., “International Contract Rules in Mercosur: End of an Era or Trojan Horse”, *International Conflict of Laws for the third Millennium-essays in the Honour of Friedrich Juenger*, Nueva York, P. Borchers y J. Zeholl, eds., 2001, pp. 157-173.

³⁵ También en África hay intentos de armonización regional, tales como los que lleva a cabo la Organización para la Armonización del Derecho Comercial Africano. No puedo emitir opinión al respecto, pues carezco de información sobre las actividades de este instituto y en qué medida la idea de armonizar el derecho africano ha tomado cuerpo.

³⁶ Operti Badan, D., “L’Oeuvre de la CIDIP dans le Contexte du Droit International Privé Actuel”, en Borrás, A. et al. (eds.), *E Pluribus Unum-Liber Amicorum George Droz* Hague, 1996, pp. 269-286; Vesconi, E., “Hacia un derecho comunitario en el Mercosur”, Yessiou-Faltsi, P. (ed.), *The Role of the Supreme Courts at the National and International Level*, Thessaloniki, 1998, pp. 525-541.

es sino un remedo de lo que sería un verdadero proceso de armonización del derecho latinoamericano. De aquí que cuando busquemos material para hablar de armonización debamos acudir al léxico europeo.

Tradicionalmente los juristas europeos se han interesado en sistemas jurídicos no-europeos con más interés antropológico que jurídico.³⁷ Pero, y si tal como lo explica Mattei, el liderazgo europeo ha cambiado y Europa ha pasado de exportador a importador de ideas, la idea del derecho comparado como eurocentrista debería atravesar hoy día una nueva lectura. El renovado interés por entender culturas jurídicas que no son europeas, y que no son occidentales, da una nueva perspectiva al derecho comparado. Es necesario encauzar la reflexión sobre la armonización hacia perspectivas más amplias y no ubicarla *exclusivamente* dentro del plano jurídico europeo. Si buscamos sistemas que puedan servir como base de análisis para analizar la convergencia de distintas tradiciones jurídicas, los podemos buscar fuera de Europa, por ejemplo en lo que se conoce como “sistemas mixtos”, en los que encontramos diversas influencias que demuestran que distintas tradiciones jurídicas conviven en un mismo sistema. Tales sistemas pueden servir como laboratorio para estudiar la “cohabitación”³⁸ de tradiciones jurídicas de diferente cuño. Podemos tomar el caso de Israel,³⁹ Luisiana o Sudáfrica⁴⁰ y ellos nos ayudarán no sólo

³⁷ Eximios comparatistas europeos se interesaron en el derecho africano. Tal es el ejemplo del profesor italiano R. Sacco. Sin embargo, se trata de excepciones. El trabajo del profesor Glenn es también un ejemplo de interés en la comparación de culturas jurídicas no europeas. Glenn, H. P., *Legal Traditions of the World*, Oxford, 2000.

³⁸ Cuando nos referimos a sistemas mixtos, nos referimos a sistemas jurídicos que reúnen elementos de *common law* o de *civil law*. Existe otra acepción, más heterodoxa, del término “sistema mixto”, y es cuando un sistema está formado sobre la base de dos o más modelos, tal como el caso del código civil italiano, que se basa en el derecho alemán y en el francés. Véase Brizzio, *op cit*, nota 17, p. 987; Palmer, V., *Mixed Jurisdictions Worldwide*, Cambridge, 2001, pp. 7 y ss.

³⁹ En lo referente al modelo de Israel, véase Barak, A., “The Tradition and Culture of the Israeli Legal System”, en Rabello A. M. (ed.), *European Legal Traditions and Israel*, Jerusalem, 1994, pp. 473-498, 479 y ss.; Barak, A., “The Civil Code Interpretation in Israel”, en Kellerman, A., Siehr, K. y Einhorn, T. (eds.), *Israel Among the Nations*, La Haya 1998, pp. 1-34.; Rabello, A. M., “Harmonization of Common Law and Civil Law in the Private Law of the State of Israel”, *Israel Reports to the XIII International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1990, pp. 1-14; Rabello, A. M. y Lerner, P., “Israeli Contract Law: a Laboratory for Europe?”, en Espiau, S. y Vaquer, A. (ed.), *op. cit.*, nota 8, pp. 689-709.

⁴⁰ Véase Niekerk, G. van, “The Convergence of Legal Systems in Southern Africa”, 35 *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 2002, pp. 308-318.

a entender la armonización “en la práctica” sino que servirán como puente hacia otras tradiciones para sacar al derecho comparado del eurocentrismo.

Existe otro aspecto ligado al argumento de eurocentrismo al que debe prestarse atención. La visión eurocentrista tiene hoy una connotación adicional a la que tuvo en el siglo XIX, en función de la reacia actitud de la academia estadounidense a la comparación⁴¹ y a la armonización. Mientras que para los profesores europeos la integración ha acentuado el interés en la comparación, para la mayoría de los profesores de derecho estadounidense el derecho comparado es, en el mejor de los casos, un campo periférico.⁴² En definitiva, los principales exponentes del derecho comparado en Estados Unidos de América (EUA) fueron europeos, emigrantes de Alemania, que llegaron a EUA en las vísperas de la Segunda Guerra Mundial a consecuencia de las persecuciones del nazismo, y allí confirmaron su carácter de refugiados, “resguardándose” intelectualmente en el derecho comparado.⁴³ Algunos de ellos tuvieron indudable trascendencia a nivel mundial como el profesor Rudolf Schlesinger, pero no pudieron influir en la concepción provincialista que es patrimonio de la doctrina estadounidense. Existen renombrados comparatistas en la doctrina estadounidense,⁴⁴ pero en general la ciencia del derecho comparado está más ligada al entorno jurídico europeo que al estadounidense. Esta actitud de la comunidad jurídica estadounidense hacia el derecho comparado no debería causar particular asombro: de acuerdo a lo ya expuesto, el derecho comparado viene a sig-

⁴¹ Sobre la relación de la doctrina americana hacia el derecho comparado, véase entre otros Mattei, U. y Di Robelant, A., “The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe”, 75 *Tulane Law Review*, 2001, pp. 1053-1098; Rheimann, M., “Stepping out of the European Shadow: Why Comparative Law in United States must develop its own agenda?”, 46 *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 637-646. Véase también Sandroch, O., “Über das Aussehen des deutschen Zivilrechts in der Welt-Von der Weltstellung des deutschen zur hegemonie des US-amerikanische Recht”, 100 *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 2001, pp. 3-40, 13 y ss.

⁴² Langbein, J., “The Influence of Comparative Procedure in the United States”, 43 *American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 546.

⁴³ Legrand, P., “John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: a Dialogue”, *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 3-66, 5 y ss.

⁴⁴ Ha habido importantes comparatistas estadounidenses como H. Yntema, y actualmente la academia de EUA cuenta con renombrados profesores de derecho comparado como, por ejemplo: M. A. Glendon (Harvard) o J. Gordley (Berkeley).

nificar lo contrario del parroquialismo, y el parroquialismo es una característica de las naciones grandes y ricas.⁴⁵

No puede sorprender entonces que las voces que se oponen a la armonización, tomen el caso de los EUA en donde vemos 50 sistemas jurídicos diversos, lo cual demostraría como un país con enorme desarrollo económico puede basarse en una estructura jurídica fundamentada en la diversidad. Esta afirmación no es tan exacta. Es verdad que *hacia afuera* los EUA no han mostrado un particular interés en el proceso de armonización, quizás en la misma forma que tampoco han mostrado un particular interés en el derecho comparado. No ocurre así *hacia adentro*. En primer lugar salvo el caso de Luisiana, en el campo del derecho privado en todos los EUA se trabaja en un sistema de *common law*. En todos los EUA impera la misma cultura jurídica.⁴⁶ Más aún, el derecho estadounidense está llevando a cabo un proceso de armonización interno que tiene lugar entre otras vías, por medio de los trabajos realizados por la National Conference of Commissioners on Uniform State Law (NCCUSL) y el American Law Institute y que recibe expresión en los *Restatements* y el Uniform Commercial Code.⁴⁷ Además, aún *hacia afuera* se va observando paulatinamente mayor interés en ciertos círculos de la doctrina americana en lo que se refiere a la armonización. Tal es el caso de la colaboración entre el American Law Institute y el Instituto *Unidroit* en la elaboración de los Principios y Reglas Relativos al Procedimiento Civil Internacional.⁴⁸ Se puede confiar que paulatinamente también en este sentido armonización —y por consiguiente comparación— dejen de ser campos eurocéntricos. Mucho dependerá de la marcha de procesos económicos y políticos a nivel mundial.

Una última reflexión respecto al eurocentrismo. Establecer nuevos parámetros para el análisis comparativo, adoptar una actitud menos occidental, entender que lo que es derecho para un francés o para un alemán no es lo mismo que para un japonés, no es una cuestión sim-

⁴⁵ Legrand, P., "John Henry Merryman...", *cit.*, nota 43, p. 8.

⁴⁶ Incluso se puede decir que dentro de cada uno de los estados hay derecho unificado y no simplemente derechos locales autónomos. Pero éste no es un argumento muy convincente, pues se puede asimilar esa situación con lo que ocurre en Europa donde dentro de cada uno los países hay derecho único.

⁴⁷ Véase Vagts, D., "Harmonizing Divergent Laws: the American Experience", 3 *Uniform Law Review*, 1998, pp. 711-720.

⁴⁸ Véanse los comentarios aparecidos en *Uniform Law Review*, 2001 (4).

ple. El hecho de que extendamos el estudio sobre la armonización más allá del plano europeo no significa que, en lo que a armonización se refiere, las condiciones que se dan en Europa, para llegar a una convergencia entre los sistemas, sean similares a las que se pueden dar en otras latitudes. Ampliar el marco del diálogo no implica que debamos hacer analogías en todos los casos.

2. “Privatismo”

Tradicionalmente, el derecho comparado se ha visto ligado al derecho privado.⁴⁹ Es verdad que quien puede ser definido como uno de los fundadores del derecho comparado, Montesquieu, se ocupó de cuestiones que claramente pueden ser definidas como derecho público y que es posible señalar importantes exponentes del derecho público que prestaron atención al derecho comparado.⁵⁰ Aún así, y sin desestimar la importancia que despierta el derecho público comparado, cuando empezamos a enumerar los principales exponentes del derecho comparado, la lista está compuesta principalmente por estudiosos identificados con el derecho privado.⁵¹ Se pueden señalar distintas causas a esta tendencia. Creo que seguramente una de ellas es que el derecho privado ofrece un incentivo para la comparación por una natural tendencia a buscar una normativa común en las transacciones internacionales y por el hecho de tener el derecho privado raíces comunes.⁵²

Por su parte, hablar de la armonización como proceso que se da principalmente en el campo del derecho privado, implica una apreciación que es limitada y generalizante a la vez. Limitada, ya que incluso en Europa donde se ha llegado a un grado relativo de armonización, el proceso se da sólo en *ciertas* áreas del derecho privado, como en el derecho laboral, derecho de seguros o derecho de la

⁴⁹ Esto es así tanto en Europa como en EUA. Véase Rheimann, *op. cit.*, nota 41, p. 639.

⁵⁰ Así, por ejemplo, Esmein, A., *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, París, 1928; Biscaretti di Ruffia, P., *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, Milán, 1974; Cappeletti, M., *Comparative Constitutional Law*, Indianápolis, 1979. Véase Bell, J., “La comparaison en Droit Public”, Soc.Leg.Comparé (ed.), *Mélanges en l' Honneur de Denis Tallon*, París, 1999, pp. 33-44.

⁵¹ Voy a dar sólo algunos nombres, disculpándome desde ahora porque toda lista de este tipo es siempre incompleta: R. David, J. Gordley, G. Gorla, H. Kötz, E. Lambert, B. Markesinis, J. Merryman, F. Rabel, R. Sacco, R. Schlessinger, D. Tallon, R. Zimmermann y K. Zweigert.

⁵² La referencia es, desde este momento, respecto al derecho romano.

competencia.⁵³ En la misma medida que hay materias en las cuales la armonización es casi la consecuencia natural de la misma evolución del campo —tal es el caso de la protección al consumidor, o del derecho de daños en campos nuevos como daños ecológicos—, hay ramas del derecho en los cuales se hace muy difícil llegar a un proceso de armonización. En los hechos no hay todavía armonización en derechos reales⁵⁴ o en las sucesiones. La armonización en el campo del derecho de familia es, en el mejor de los casos, fragmentaria.⁵⁵ En definitiva, los principales esfuerzos de armonización se centran en el derecho de las obligaciones y los contratos.

Pero, por otro lado, decir que la armonización es relevante sólo en el derecho privado implica hacer una generalización excesiva. No hay que excluir del proceso de armonización al derecho público. Ciertamente es todavía difícil pensar en una armonización a nivel de sistemas de gobierno, pero la unificación regional y la globalización traen consigo un mayor interés en el análisis comparativo de las distintas estructuras constitucionales⁵⁶ y de los derechos fundamentales. A nivel europeo se puede pensar en un cierto nivel de armonización constitucional que viene dado por la misma existencia de principios fundamentales supranacionales a los que están subordinados en tal o cual medida los Estados miembros,⁵⁷ más allá que la idea de cooperación económica e interdependencia no puede estar separada de la existencia de valores constitucionales comunes. Pero, incluso fuera del marco de la Unión Europea, podemos ver una aproximación de los sistemas jurídicos en lo que se refiere a una aceptación de principios

⁵³ Christahon-Fotiadi, K., “Einfluss des europäischen Rechts auf das griechische Zivilrecht”, 53 *Revue Hellénique de Droit International*, 2000, pp. 277-291, 279.

⁵⁴ Aunque sí hay algunos proyectos en tal sentido. Por ejemplo, en el marco del “Grupo de Trento” se realiza un trabajo sobre las garantías mobiliarias. Kreminger, E., *Security on Movables* (en preparación) citado en www.jus.unim.it/dsg/common-core/books.html.

⁵⁵ Martini, D., “Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der europäischen Union”, en Martini, D. y Witzleb, N. (eds.), *op. cit.*, nota 10, pp. 177-189. Una comisión de académicos europeos analiza la posibilidad y las vías prácticas hacia una armonización del derecho de familia. Juppesen, Ch. y Summer, I., “Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe”, 11 *European Review of Private Law*, 2003, pp. 269-272.

⁵⁶ Véase, por ejemplo, Marbidelli, G. y Pegoraro, L. et al., *Diritto Costituzionale Italiano et Comparato*, Bologna, 1995.

⁵⁷ Véase la ponencia de Cruz-Villalón, P., “Nationale Verfassungsangleichung zur Stunde Europäische Verfassungsgebung”, en el 2nd. *European Jurists Forum*, Atenas, mayo de 2003 (pendiente de publicación).

fundamentales en el tema de los derechos humanos,⁵⁸ o el uso de principios constitucionales como pauta para resolver cuestiones de derecho privado.⁵⁹

Comparatistas y armonizadores pueden paulatinamente descubrir que no tiene demasiado sentido esforzarse en delinear las fronteras entre el derecho público y el privado, dada justamente la interacción cada vez mayor entre ambos. El derecho comparado debe salir del campo del derecho privado, pues las fronteras entre el derecho público y privado tienden a esfumarse. Esto se hará más evidente en la medida en que la armonización amplíe el espectro de cuestiones de interés común entre los diversos sistemas.

III. EL MARCO DE LA COMPARACIÓN

Tanto el comparatista como el armonizador comparan entre distintos sistemas jurídicos. Pero hay una diferencia entre ellos en lo que se refiere al marco de la comparación o, para ser más precisos, al número de sistemas jurídicos que ambos deben tener en cuenta. El comparatista es en cierto sentido más libre que el armonizador, ya que puede elegir su objeto de estudio, los sistemas que prefiere comparar, su número y relación. No así el armonizador, quien guía su trabajo en función de un número amplio de sistemas y debe tratar de encontrar el común denominador entre ellos. El marco armonizante es el que determinará el número de países a tener en cuenta. Esta diferencia influye sobre el trabajo de ambos en diferentes aspectos. Me referiré en particular a dos de ellos: la metodología de trabajo y el uso del lenguaje.

⁵⁸ Véase Buquicchio, G. y Garrone, P., "L'Harmonisation du Droit Constitutionnel Européen: la Contribution de la Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit", *Uniform Law Review*, 1998, pp. 323-338.

⁵⁹ Véase Rabello. A. M. y Sarcevic, P. (eds.), *Freedom of Contract and Constitutional Law*, Jerusalem, 1998.

1. *La cuestión metodológica*

En el derecho comparado, la discusión en torno del método tiene particular importancia.⁶⁰ No me refiero a la discusión sobre si el derecho comparado es ciencia o método, ya que parece bien aceptado que pertenece a la primera categoría⁶¹ (y ello sin perjuicio que como método pueda ser aplicado a otras ramas del derecho), sino a las cuestiones metodológicas que abarca. Desde la época de Montesquieu hasta nuestros días, han habido distintas formas de ver el derecho comparado.⁶² Se habla de un método comparativo que parte de la definición del problema, la construcción de un perfil y la exposición de una teoría basada en las similitudes o diferencias;⁶³ aunque esto es relativo, ya que el método del comparatista estará en función del enfoque teórico que pretende exponer. Ahora, mientras el comparatista se guía por el interés en formular una teoría general del modelo que estudia, el armonizador tiene otro enfoque metodológico, ya que toma este marco teórico no como una fórmula a alcanzar sino como punto de partida para su labor.

A diferencia del comparatista, el armonizador no busca redactar una teoría general sino que se nutre de ella. El comparatista no está obligado a escoger. En cambio, el armonizador debe tomar en cuenta que hay soluciones diversas, y debe elegir entre una de ellas, en el

⁶⁰ En lo referente al problema del método en el derecho comparado, véase Watson, A., *op. cit.*, nota 28, pp. 1 y ss.; Zweigert, K., "Methodological Problems in Comparative Law", 7 *Israel Law Review*, 1972, p. 465; Zastay, I., "Problemes Methodologiques de droit Comparé", en Rolland, M. (ed.), *Aspects Nouveaux de la Pensée Juridique-Recueil d'Études en Hommage à Marc Ancel*, Paris, 1975, v. 1, pp. 69-79.

⁶¹ Berger, K., "Harmonization of European Contract Law: The Influence of Comparative Law", 50 *International and Comp. Law Quarterly*, 2001, pp. 877-900, 894; Palmer, V. V., "Insularity and Leadership in American Comparative Law: the past one hundred years", 75 *Tulane Law Review*, 2001, pp. 1093-1101, 1100; Sacco, R., "One Hundred Years of Comparative Law", 75 *Tulane Law Review*, 2001, pp. 1159-1176, 1162. En alguna medida, el carácter científico del derecho es mucho más claro aún en el caso de los juristas continentales, ya que en el derecho continental se vio más al derecho como ciencia, basada en moldes teóricos conceptuales, a diferencia de la concepción que impera en el *common law* donde el estudio del derecho se basa más en el estudio de casos y en el análisis práctico.

⁶² Sobre Montesquieu y el derecho comparado, véase Rabello, A. M., "Montesquieu and the Codification of Private Law", en Rabello, A. M. (ed.), *European Legal Traditions and Israel Jerusalem*, 1994, pp. 39-53.

⁶³ Mattei, U., "The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: a Study in Legal Influence", en Riles, A. (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford, 2001, pp. 238-256, 238; Kamba, W., "Comparative Law: a Theoretical Framework", 23 *International and Comparative Law Quarterly*, 1974, pp. 485-519.

caso que exista una solución mejor que otra. Además la armonización aspira a formular una ley que “represente” los distintos sistemas. Y, por lo tanto, la tarea armonizante busca obtener cierto consenso. De aquí la idea de que los proyectos de armonización deben ser consecuencia del trabajo de juristas de distintos países. Generalmente estos grupos de armonización están formados por académicos, aunque no faltan también abogados que aportan su experiencia en el ejercicio profesional. En estos grupos se elige un miembro ponente para cada tema y luego su informe es discutido en comisión. Finalmente, el texto propuesto es analizado en lo que sería una sesión plenaria. A veces el texto puede volver del plenario a la comisión para una reelaboración.⁶⁴

La idea de armonizar lleva a buscar formas metodológicas que den la base para este proceso. El derecho comparado se pone al servicio de la armonización y crea marcos metodológicos acordes, tanto en lo que se refiere a la forma de encarar el trabajo comparativo como en la aspiración de encontrar el más amplio común denominador entre distintas tradiciones jurídicas. Una forma particular de encuentro metodológico entre armonización y comparación lo hallamos en el trabajo del llamado Grupo de Trento,⁶⁵ que continúa el proyecto del *common core* del profesor Rudolf Schlessinger.⁶⁶ Como es sabido, la idea es reunir a juristas de distintas tradiciones jurídicas, quienes frente a cuestiones similares, formuladas bajo la forma de casos, exponen la solución que el sistema jurídico de sus respectivos países consagra. Este tipo de trabajo pretende poner al derecho comparado “al servicio de la armonización”, con el fin de esclarecer el marco doctrinal que puede servir al proceso de armonización del derecho europeo. Aunque sus objetivos son distintos de los Proyectos de Armonización,⁶⁷ entre ambos tienen un común denominador: la idea

⁶⁴ Tomé el ejemplo particular de la forma de trabajo de los PECL. Véase Lando, O., “Contract Law in the EU. The Commission Action Plan and the Principles of European Contract Law”, *2nd. European Jurists Forum*, Athens, mayo de 2003 (pendiente de publicación). En los otros proyectos de armonización, la forma de trabajo es, en líneas generales, similar.

⁶⁵ Sobre al labor del grupo de Trento, véase Bussani, M. y Mattei, U., “Les Fonds Commun du Droit Privé Européen”, *52 Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, pp. 29-48.

⁶⁶ Legrand, “John Henry Merryman...”, *cit.*, nota 43, p. 49; Grosswald Curran, V., “On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Law of European Private Law Project”, *11 European Review of Private Law*, 2003, pp. 66-80.

⁶⁷ Bussani, M. y Mattei, U., *op. cit.*, nota 65, pp. 39 y ss.

es que todas las sociedades tienen problemas similares, aplican diferentes soluciones pero llegan a resultados bastantes parecidos.⁶⁸ Un proyecto similar se lleva a cabo en lo relativo al derecho de daños y perjuicios.⁶⁹ Estos trabajos no plantean un texto armonizador sino que permiten tener una idea de las reglas que imperan en distintos sistemas jurídicos que marchan hacia un derecho unificado.

La importante contribución de estos trabajos no debería llevar a obviar las limitaciones del método.⁷⁰ Cada uno de los países es representado por un jurista y no siempre la respuesta se puede fijar en los mismos parámetros. La idea de una conclusión final no es más que una imagen del derecho tal como surge de los comentarios, aunque no siempre es claro en qué medida hay un común denominador. No es improbable que incluso el representante de determinado país pueda sentirse inclinado a exponer su postura personal sobre tal o cual tema, sin que su idea sea coincidente con la opinión de la doctrina mayoritaria en su propio país. Además, la síntesis que se obtiene es consecuencia de un “rastreo” que hace el *general rapporteur* de acuerdo al material suministrado por cada uno de los representantes de los países. La elaboración de una teoría jurídica en función de estas pautas está condicionada a la forma en que cada uno de los juristas se aproxima al caso, y no siempre las conclusiones a las que llega el referente nacional con respecto al caso concreto son unívocas.

Los trabajos del tipo *common core* prescinden en gran medida de lo que se entiende como análisis vertical, es decir el estudio basado en la evolución histórica de los sistemas jurídicos.⁷¹ Esto es algo que no debe causar asombro, ya que la armonización asume una cierta perspectiva “ahistórica” observando sistemas jurídicos en un momento

⁶⁸ Hasta ahora se han publicado tres volúmenes: Zimmermann, R. y Whittaker, S., *Good Faith in European Law*, Cambridge, 2000; Gordley, J., *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge, 2001; Bussani, M. y Palmer, V. V., *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, 2003.

⁶⁹ Lo que se conoce como Grupo de Tilburgo. Véase Spier, J. y Haazen, O., “The European Group on Tort Law (‘Tilburg Group’) and the European Principles of Tort Law”, 7 *ZeUP*, 1999, pp. 469-493.

⁷⁰ Ya el mismo profesor Schlessinger advirtió sobre las limitaciones del método empleado en el proyecto. Schlessinger, *op. cit.*, p. 32.

⁷¹ Berger, *op. cit.*, nota 61, p. 887.

determinado (el actual) y prescindiendo de las causas y las circunstancias que llevaron a cada sociedad a adoptar el texto legal.⁷²

2. *Los idiomas*

Otra de las cuestiones que comparten el derecho comparado y la armonización es la cuestión del idioma. Indudablemente el idioma juega un papel importante en la definición del marco de la comparación⁷³ y tiene incluso un efecto de arrastre con respecto a la definición del campo de derecho comparado, ya que no pocas veces el jurista elige su campo, en función de su dominio del idioma del sistema interesado en estudiar. Es obvio que para profundizar en el derecho musulmán se debe conocer el idioma árabe, y quien se interese en el derecho japonés deberá hacer los pertinentes esfuerzos para aprender esta lengua.⁷⁴ Esto, por supuesto, no significa que el comparatista que se interese por culturas jurídicas no-occidentales, esté excluido de entenderlas por el hecho de no saber el idioma.⁷⁵

Sin embargo, la carencia de idioma no es base para negar toda actitud comparativa. En países que tienen lenguaje común (USA-Inglaterra o España-Latinoamérica, por ejemplo) se puede comparar entre sistemas jurídicos conociendo una sola lengua (aun cuando este tipo de comparaciones no siempre ofrece una base teórica amplia, debido justamente a las similitudes culturales, históricas, contextuales, etcétera). De todos modos, no deberíamos limitar la problemática del derecho comparado a una cuestión simplemente idiomática. El idioma es necesario pero no suficiente. Tal como opina el profesor Sacco, no se debe confundir la tarea del comparatista con la de un lingüista.

⁷² Véase *infra* “contextualismo”.

⁷³ Véase Sacco, R., “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, 39 *American Journal of Comparative Law*, 1998, parte 1, 343, pp. 10 y ss.; *id.*, *Introduzione...*, *cit.*, nota 2, pp. 27 y ss.; Gallo, R., *Grandi Sistemi Giuridici*, Torino, 1997, pp. 35 y ss.; Kasirer, N., “The Common Core of European Private Law in Boxes and Bundles”, 10 *European Review of Private Law*, 2002, pp. 417-437.

⁷⁴ Sobre la interesante experiencia de un profesor estadounidense interesado en el derecho japonés, y la forma en la que llegó a poder dominar ese idioma, véase Kanowitz, L., “Translating a Japanese Labor Law Treatise”, 39 *American Journal of Comparative Law*, 1991, pp. 417-436.

⁷⁵ El interesante trabajo del profesor Glenn es una muestra de ello: Glenn, H. P., *op. cit.*, nota 37.

En el caso de la armonización, el idioma juega un papel preponderante pues armonizar implica encontrar el común determinante terminológico entre tradiciones jurídicas. El problema es que encontrar terminología que pueda expresar en forma cabal instituciones de diferentes culturas jurídicas, no siempre es fácil.⁷⁶ Y por supuesto que no es posible olvidar la cuestión de las barreras culturales, consecuencia de las diferencias idiomáticas. El armonizador debe entender las diferencias de idioma para formular el principio o la norma en términos que sean entendibles y aceptables a todas las partes. La misma decisión con respecto a qué idioma usa el grupo de trabajo puede llegar a afectar la aceptación del proyecto de armonización.⁷⁷

La idea de traducir los proyectos de armonización a la mayor cantidad de idiomas es una decisión acertada,⁷⁸ aunque la traducción por sí sola no soluciona todos los problemas, pues por más exacta que sea la traducción, surgirán preguntas sobre si el significado de tal o cual término tiene el mismo significado en el idioma “a” que en el idioma “b”. No basta con traducir el término *remedies* aceptado en el derecho anglosajón para que un jurista continental entienda que ello incluye el pago de indemnización por incumplimiento de contrato. ¿Cómo traducir al español el término inglés *consideration*? ¿Se puede encontrar una exacta correlación entre el *trust* y el negocio fiduciario? ¿Es lo mismo la posesión que el *Besitz* del derecho alemán? ¿Cuál es el alcance del término *Geschäftsgrundlage*, usado por el derecho alemán en situaciones en las que juristas hispano-parlantes hablan de excesiva onerosidad sobreviniente y los ingleses de *hardship*? *Contrat* en Francia no es lo mismo que *contract* en el derecho inglés.⁷⁹ Un trabajo comparativo serio y profundo es necesario para sentar las bases de una cultura jurídica común, que es en definitiva el eje en torno al cual gira el proceso de armonización.

⁷⁶ Sobre el problema de las distintas culturas jurídicas y la terminología, véase, por ejemplo, Bonell, J., *op. cit.*, nota 14; *id.*, “The Unidroit Principles...”, *cit.*, nota 14, pp. 9-19, 12; Flessner, A., “Rechtsvereinheilichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung”, 56 *Rebels*, 1992, pp. 243-260.

⁷⁷ Véase la crítica de un jurista francés al proyecto de Código europeo de Von Bar, debido al hecho que fue preparado exclusivamente en inglés. Lequette, Y., *op. cit.*, nota 20, pp. 2202-2214, 2208.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, el caso del *Unidroit*.

⁷⁹ Sacco, R., “Formation of Contrats”, en Hartkamp, A. *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, 2a. ed., Hague, 1998, pp. 191-199.

IV. ¿HAY QUE BUSCAR SIMILITUDES O DIFERENCIAS?

Parece bastante lógico concebir la armonización en términos de similitudes y el derecho comparado más en términos de diferencias. Comparar para ver lo que es distinto, armonizar sobre la base de lo similar entre sistemas. Sin embargo, desde los comienzos del derecho comparado moderno vemos que ambas actitudes se han ido intercambiando. En el pasado, el derecho comparado se concentró más en las diferencias. Hoy, el derecho comparado se basa en la similitud justamente como consecuencia de la necesidad de armonizar. Encontrar el común denominador facilitará, a aquellos que se dedican al comercio internacional, la elección del sistema jurídico más conveniente. Son muchas veces las diferencias, justamente, las que ayudan a ver qué es lo que las distintas culturas jurídicas tienen en común.⁸⁰

El armonizador busca delinear un perfil común que permita salvar las diferencias entre los sistemas jurídicos. He aquí que aquellos que se oponen a la armonización, señalan justamente que las diferencias entre los sistemas jurídicos son las que facilitan el intercambio. Frente a la idea de transacciones comerciales más rápidas y fáciles a causa de una homogeneidad normativa, se hace necesario entender que llevar distintos sistemas jurídicos a un régimen unificado implica costos. Si bien es verdad que distintos sistemas jurídicos dificultan las transacciones, también es verdad que esta diversidad facilita un cierto tipo de “competencia” entre los sistemas jurídicos, estimulando la mejora, incitando a los legisladores nacionales (a través del derecho comparado) a buscar soluciones mejores. Un mundo armonizado puede significar un anquilosamiento de los sistemas jurídicos y limitar las opciones con que los factores del comercio internacional pueden contar en sus negocios. Los inversores pueden elegir su sistema y el sistema nacional obligado a competir con otros sistemas va a buscar respuestas más eficientes.⁸¹

Todas estas opiniones que sin duda pueden tener cierto grado de verdad no pueden borrar otras consideraciones, como por ejemplo que en cuanto los comerciantes tienen una base legal común se logra

⁸⁰ Gordley, J., “Is Comparative Law a Distinct Discipline?”, 46 *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 607-615.

⁸¹ Véase Procacia, U., “An International Ius Commune from an Economic Perspective”, en Rabello, A. M. (ed.), *The Principles of Unidroit...*, cit., nota 14, pp. 119-137.

un tráfico más acelerado y eficiente. La comparación no está en contra de la eficiencia, sino por el contrario pretende dar una ley armonizada que sea eficiente pues combina adecuadamente las mejores soluciones de los distintos sistemas jurídicos. Pero más aún, es necesario entender que el hecho de existir diferencias entre los sistemas jurídicos no asegura que se pueda elegir entre una solución intrínsecamente mejor que la otra. Aquellos que se oponen a la armonización, parecen imaginar las diferencias entre los sistemas, en términos de blanco y negro. Y esto no es así. Al comparar sistemas diversos, encontraremos similitudes o diferencias según observemos la letra de la ley (en sentido formal o material) o la solución a la que el jurista de tal o cual sistema llega frente al caso concreto. De esta manera, podemos distinguir cuatro posibilidades:

I. Normativa similar-el mismo resultado	II. Normativa diferente-distinto resultado
III. Normativa diferente-el mismo resultado	IV. Normativa similar-distinto resultado

Para el armonizador, el caso I no presenta particular problema: si dos o más sistemas tienen la misma ley y llegan al mismo resultado, la armonización es natural, obvia. El problema es que, tal como señalaré a continuación, el mismo texto jurídico no asegura la misma solución. El caso II es donde hay una distinción clara entre los sistemas,⁸² y en este caso la adopción de un texto armonizante significa que uno o más sistemas reemplacen la normativa vigente. En el caso III, la armonización está en un estadio latente. Aquí podemos ver que muchas veces se trata de diferencias semánticas,⁸³ o de la cons-

⁸² Tomemos el caso de la fundación: hay sistemas en los que se define como una forma de fideicomiso y no posee personalidad jurídica, mientras que en otros sí tiene personalidad jurídica. Véase Lerner, P., "The Legal Profile of Foundations in Germany and Israel", *Israel Law Review* (por publicarse). Otro ejemplo: en determinados sistemas la fundación es irrevocable, pero en cambio es revocable (al menos en casos particulares) en otros. Tal el caso de Grecia en donde el fundador puede llegar a revocar una fundación en el caso que él se empobrezca.

⁸³ El derecho continental utiliza el "enriquecimiento sin causa", para llegar a soluciones similares a las que llega el *common law* a través de lo que se conoce como *Restitution*.

trucción jurídica que se usa para llegar a la solución.⁸⁴ El caso IV incluye en realidad dos alternativas. Una es que dos o más sistemas jurídicos reconozcan un instituto, pero le otorguen un significado distinto.⁸⁵ Esta es una situación bastante similar al caso II. Pero hay otra posibilidad más compleja aún y es la que plantea una incógnita para la armonización. Me refiero al caso, muy común, donde las leyes son similares pero su *aplicación* es distinta. El artículo 1427 del Código italiano y el 1109 del Código francés se refieren a la anulabilidad del contrato por error, dolo o violencia. El texto es similar pero las consecuencias en cada uno de los países no siempre son coincidentes. Todos los sistemas establecen la ingratitud como causa de revocación de las donaciones, pero mientras que en algunos la ingratitud se aplica tanto a la promesa de donación como a la donación efectuada, hay otros en los cuales la revocación vale sólo para el caso de la promesa. Además, las circunstancias que constituyen ingratitud varían de una sociedad a otra. Entonces surge la siguiente pregunta: si hoy tenemos sistemas que con la misma norma llegan a resultados distintos, ¿quién puede asegurar que la situación sea distinta después de la armonización? He aquí una de las incógnitas de la armonización, ya que la adopción de textos similares no asegura soluciones similares, ya que en todo sistema la solución al caso concreto no es consecuencia de la ley, sino de la interpretación que se le da a la ley.

Es usual describir a un sistema jurídico presentándolo como un conjunto de esferas cada una de las cuales incluye dentro de sí esferas interiores, concéntricas. El círculo exterior representa las ideas más generales del sistema y los círculos internos representarían los conceptos más particulares. Tomemos, por ejemplo, la esfera del derecho contractual. El círculo exterior representaría la idea de contrato como instrumento jurídico para realizar una determinada transacción. En el primer círculo interno podríamos incluir las normas relativas a la formación del contrato. En esferas más interiores, deta-

⁸⁴ En los sistemas en los que la idea de excesiva onerosidad (*hardship*) no está expresamente aceptada, los tribunales se basan en el principio de la buena fe. Tal, por ejemplo, es el caso de Israel. Rabello, A. M. y Lerner, P., "The Unidroit...", *cit.*, nota 14, p. 623.

⁸⁵ El artículo 1382 del Código Civil italiano, y el artículo 404 del Código Civil griego, se refieren a la cláusula penal, a pesar de que las consecuencias que surgen de la cláusula penal en tales países no son exactamente las mismas.

lles más técnicos sobre formas determinadas de contratos hasta llegar a la esfera más interior que representaría la práctica judicial propia del lugar en lo relativo a la oferta y la aceptación.

Para el observador, las similitudes y las diferencias entre las esferas dependerán del lugar desde donde se mire. A la distancia, las esferas pueden parecer relativamente similares pero en la medida que penetramos en las esferas, las distinciones entre los sistemas jurídicos se hacen más notorias. Podemos decir que en sistemas que pertenecen a un tronco común (a la misma “familia”) las esferas exteriores serán similares entre sí y disímiles de aquellos sistemas que pertenecen a otra tradición jurídica. Por ejemplo, la idea de formación del contrato en todos aquellos sistemas que vienen del código francés es similar “oferta-aceptación-causa”. En cambio, para el *common law* esa esfera está delineada por el módulo “promesa-consideración”. Pasando a los círculos interiores, el cuadro es más complejo. Un alemán pensará en la oferta como una declaración que es en principio irrevocable, mientras que un inglés o un francés sostendrán que el principio es justamente el contrario: la revocabilidad de la oferta. La idea de revocabilidad de la oferta es similar en el derecho francés e inglés pero distinta en el derecho alemán donde la oferta fue definida en principio como irrevocable. Analizando detalles, podremos encontrar que círculos interiores de sistemas jurídicos cuyos círculos exteriores son disímiles tienen en determinados puntos instituciones muy similares. Asimismo podemos percibir que las esferas, sobre todo las esferas interiores no guardan una forma determinada. Están en relativo movimiento, van cambiando paulatinamente sus formas en la medida que incorporan ideas de otros sistemas, reforman institutos, etcétera. El derecho no es un fenómeno estático.⁸⁶

Además cada una de estas esferas está configurada por distintos elementos o “materiales”, que son los que constituyen el armazón jurídico: la ley, la jurisprudencia, las prácticas o los usos. Así, en determinados sistemas, la solución es consecuencia de la práctica judicial, mientras que en otros la solución es consecuencia de la actividad del legislador. De aquí que para entender el sistema jurídico no baste con conocer la ley y sea necesario conocer la jurisprudencia.⁸⁷ Es dable

⁸⁶ Sacco, *Introduzione...*, cit., nota 2, p. 165.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 53.

opinar que una misma ley no asegura el mismo derecho en diferentes latitudes y no habrá un derecho totalmente unificado si no hay una instancia judicial superior que unifique el derecho y probablemente la dinámica de la armonización lleve a plantear la necesidad de contar con jurisprudencia unificada. En este sentido no está de más recordar la tarea que hoy realiza el Tribunal de la Comunidad Europea, que por intermedio de los *preliminary rulings* fija principios de validez general en el territorio de la Unión. Esto no significa que debamos entender la armonización en un sentido de unificación total del derecho, y que todo proceso de armonización deba contar como premisa con la existencia de un tribunal de casación. No debe dejarse de tener en cuenta que textos armonizantes, como la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales, no establecen un tribunal único.

Un texto unificado puede llevar a una aproximación de los textos judiciales e incluso se puede pensar que cuando la interpretación que un determinado tribunal le otorgue a un texto unificado sea muy distinta a la interpretación aceptada en otras jurisdicciones, esa diversidad puede ser considerada arbitraria o irrazonable. La idea de jurisprudencia unificada no debe ser descartada como uno de los pasos en el camino hacia una unificación del derecho, aunque la existencia de tribunal unificador exige superar no pocos problemas, empezando por la cuestión de la legitimidad.⁸⁸ De todos modos, de materializarse, se tratará de un paso que se dará después de haber transitado por etapas que aún parecen lejanas. En este sentido, es necesario recordar que los proyectos armonizadores tienen un propósito relativamente modesto: buscan un común denominador y no un marco exclusivo y excluyente. Buscan integrar “texto” y “contexto”.

V. TEXTUALISMO Y CONTEXTUALISMO

Podemos definir al textualismo como un análisis basado en el texto jurídico, en la regla jurídica (*rule of law*)⁸⁹ y como contextualismo al análisis basado en las distintas circunstancias políticas, económicas, etcétera que condicionan o influyen en la aplicación del texto. Así

⁸⁸ Así, por ejemplo, si pensamos en el espacio jurídico europeo, un tribunal de este tipo exige una reforma del marco convencional en el que está basada la Unión Europea.

⁸⁹ Legrand, “John Henry Merryman...”, *cit.*, nota 43, pp. 9, 33.

planteada la disyuntiva, en el estudio del derecho comparado vemos que se plantea una dialéctica entre lo que definiríamos como una actitud textualista frente a una actitud contextualista.⁹⁰ La actitud contextualista puede ser vista como una reacción contra un excesivo apego a los textos legales, apego que hace que el derecho comparado muchas veces se perfile como “legislación comparada”, y una necesidad de evitar un excesivo formalismo ha hecho que busque entrelazarse con otras disciplinas.

No es extraño que el nombre de prestigiosos comparatistas aparezca ligado a lo que podría llamarse una visión interdisciplinaria. Así, por ejemplo, Salleiles, Lambert o, en nuestra época, Sacco⁹¹ encuadran sus análisis desde un punto de vista sociológico; Gordley, Zimmermann o Stein han basado sus investigaciones en una visión histórica,⁹² haciendo hincapié en la evolución de los sistemas jurídicos y en una búsqueda de las raíces en el derecho romano.⁹³ Sin duda influenciados por tendencias que vienen del derecho americano, vemos que el derecho comparado transita los senderos trazados por el ‘law and economics’,⁹⁴ el análisis feminista del derecho⁹⁵ y el *critical legal*

⁹⁰ Véase Ewald, W., “Legal History and Comparative Law”, *ZeUP*, 1999, pp. 553-559.

⁹¹ Con respecto a Max Weber y el derecho comparado véase White, A., “Max Weber and the Uncertainties of Categorical Law”, en Riles, A. (ed.), *op. cit.*, nota 63, pp. 40-57. Sobre el carácter interdisciplinario véase también Sacco, *Introduzione...*, *cit.*, nota 2, pp. 162 y ss.

⁹² Véase, por ejemplo, la relación entre derecho comparado e historia del derecho en la doctrina estadounidense en Reimann, M. y Levasseur, A., “Comparative Law and Legal History in the United States”, 46 *American Journal of Comparative Law*, 1998 (Supp.), pp. 1-16; y Flessner, A., “Die Rechtsvergleichung als Kundin der Rechtsgeschichte”, *ZeUP*, 1999, pp. 513-519.

⁹³ Gordley, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991; Stein, P., *Legal Institutions: the Development of Dispute Settlement*, London, 1984; Zimmermann, R., *The Law of Obligations*, Cape Town, 1990; *id.*, “Savigny’s Legacy. Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science”, 112 *Law Quarterly Review*, 1996, pp. 576-605; *id.*, *Roman Law, Contemporary Law, European Law-The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001. Existe ciertamente una estrecha relación entre el análisis histórico de los sistemas jurídicos y la actitud comparativa. La formación de un sistema jurídico y sus posteriores cambios se dan en un determinado marco que de una forma u otra será consecuencia de una determinada evolución histórica.

⁹⁴ Véase Mattei, U., “An opportunity not to be missed: the Future of Comparative Law in the United States”, 46 *American Journal of Comparative Law*, 1990, pp. 709-718, 714 y ss.; *id.*, *Comparative Law and Economics*, Ann Harbor, 1997; *id.*, *Basic Principles of Property Law: a Comparative legal and Economic Introduction*, Westport, 2000. Véase también Grosswald Curran, V., “Dealing with the Difference: Comparative Law’s Potential for Broadening Legal Perspectives”, 46 *American Journal of Comparative Law*, 1998, pp. 657-668, 663.

⁹⁵ Véase Cossman, B., “Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project”, *Utah Law Review* 1997, p. 525.

studies,⁹⁶ escuela según la cual el uso del derecho comparado debe ser un instrumento crítico, casi “subversivo”.⁹⁷ Cabe de todos modos una aclaración: aún cuando el comparatista se base en referencias históricas o sociológicas, no se debería reducir el derecho comparado a un mero planteamiento interdisciplinario. La idea de “derecho y...” (“derecho y economía”, “derecho y sociología”, etcétera) está difundida, pero el derecho comparado no es “derecho y...” sino que es “derecho”, lisa y llanamente.

Creo que lo mejor en este punto es evitar actitudes extremas. Un excesivo contextualismo puede hacer llegar a quitar el sentido a la comparación, tal como ocurre con la corriente denominada “post modernista”,⁹⁸ que niega prácticamente el derecho comparado debido a que el derecho comparado prescinde —de acuerdo a esta concepción— de las particularidades que tiene cada sistema jurídico. El “postmodernista” se vuelca hacia un marco intelectual marcado por la búsqueda de un discurso alejado de lo abstracto, inclinado hacia los sentimientos, a lo fugaz, a lo local y entonces la comparación pierde importancia. Yo no comparto este enfoque, aunque sí considero que el derecho comparado no puede ser entendido en un sentido puramente textualista. Un derecho comparado estrictamente textualista, o si se quiere legalista, puede sonar como algo vacío y carente de la suficiente perspectiva.

Los proyectos armonizadores son básicamente “textualistas”. Ese textualismo en la armonización no es simplemente una variable metodológica sino el resultado del trabajo obtenido; en el caso de la armonización, el producto es justamente el texto. El trabajo de la armonización se basa en una búsqueda de fórmulas de transición que no

⁹⁶ En un mundo de armonización y convergencia, la función crítica del derecho comparado cobra una importancia creciente. Así y todo debemos ser prudentes para no crear una excesiva correlación entre el *critical legal studies* en el derecho estadounidense y el derecho comparado que plantea una perspectiva de análisis distinta.

⁹⁷ La idea ha sido desarrollada por distintos juristas europeos y americanos. Muir Watt, H., “La Fonction Subversive du Droit Comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000, pp. 504-527; Fletcher, G., “Comparative Law as a Subversive Discipline”, 46 *International and Comparative Law Review*, 1998, pp. 683-700.

⁹⁸ Véase Jayme, E., “Oservazioni per una Teoría Postmoderna della Comparazione Giuridica”, 43 (1) *Rivista di Diritto Civile*, 1997, pp. 813-829; Zaccaria, A., “Il Diritto Privato Europeo nell’Epoca del Postmodernism”, Gerbens J., et al. (ed.), *Mélanges Franz Sturm*, Liege, 1999, v. 2, pp. 1311-1333; Peters, A. y Schkenk, H., “Comparative law beyond Post-Modernism”, 49 *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, pp. 800-834.

tienen por qué reflejar procesos históricos o pautas sociales o económicas. Sin embargo, la armonización no plantea un textualismo que prescindiera del contexto, sino que por el contrario es un textualismo que está destinado a apoyarse e integrarse en el contexto. De aquí que el texto característico de los proyectos de armonización, recibe la forma de lo que se conoce como “*soft law*”, es decir expresado en normas cuyo contenido es “flexible”, no detallista, y su campo de aplicación no del todo preciso. Se trata de una normativa abierta, compuesta en gran medida por estándares o principios generales que deben ser en definitiva “llenados” con las decisiones judiciales.⁹⁹

Tal como señalé, el hecho de que haya un texto único todavía no dice nada con respecto a su interpretación. Y aquí entonces entra en juego lo “contextual”: el contexto legal y no menos importante, el contexto cultural, social y económico donde se vaya a aplicar la norma en cuestión. Un *texto* único no implica un *derecho* único. Tal es el caso de la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías que recibe diferentes interpretaciones. También en el caso de una codificación uniforme, en distintas regiones o países habrá lugar a distintas interpretaciones. Un caso claro es el de la “buena fe”, fórmula que aparece en distintos sistemas jurídicos y es recogido por los distintos proyectos de armonización.¹⁰⁰ La aceptación del principio no es tan problemática como sí lo es llegar a una interpretación uniforme. El uso de la buena fe en el *common law* es distinto del uso de la buena fe en el derecho continental,¹⁰¹ y entonces un juez alemán interpretará la idea de buena fe en forma distinta de la que lo interpreta un juez inglés o francés. Encontrar un común denominador en la buena fe no significa que haya forzosamente soluciones similares. Son dos dimensiones: la textual y la contextual, y el jurista local —y particularmente el juez— es en definitiva el puente entre ambas. La interpretación del *texto* —buena fe— dependerá del *contexto* en el que sea aplicado.

De aquí que este particular textualismo, el *soft law*, sea la mejor manera de superar las diferencias producto de los distintos contextos

⁹⁹ Lando, O., “Principles of European Contract Law-An Alternative or a Precursor of European Legislation”, 56 *Rebels*, 1992, pp. 261-273, 269.

¹⁰⁰ Véase Principios *Unidroit*, art. 1.7; PECL, art. 1.201. Véase también Zimmermann, R. y Whittaker, S., *op. cit.*, nota 68.

¹⁰¹ Véase Smits, *op. cit.*, nota 10, p. 199.

culturales, económicos, etcétera, que deben cohabitar bajo un mismo marco armonizador. Este tipo de legislación no debe ser entendida solamente como una reacción a una casuística excesiva que pretendiera regularlo todo, sino como el intento de crear un marco que permita combinar diferentes tradiciones jurídicas, cada una de las cuales está inserta en un contexto económico, cultural, etcétera. Los proyectos armonizadores se topan con la necesidad de adoptar una terminología que sea aceptable a distintas tradiciones jurídicas y evitan el uso de terminología que sea demasiado peculiar a tal o cual sistema jurídico.¹⁰² La armonización busca “principios generales”, búsqueda que justamente se nutre de la metodología comparatista.¹⁰³ En los sistemas nacionales, el recurso a los principios generales es sobre todo un recurso interpretativo destinado a solucionar los problemas de las lagunas del derecho. Para el juez nacional, la puerta que se abre hacia los principios generales lo lleva al área de la discreción judicial, que se aplicará de acuerdo a las circunstancias del caso y en la medida que no encuentre la solución en la legislación o en la analogía. En cambio, cuando el armonizador busca pautas generales, él busca encontrar la fórmula que pueda servir como común denominador a las culturas jurídicas que estudia.

La cuestión de formular la armonización —y la subsiguiente codificación— en forma de principios generales, puede llegar a darle a los textos armonizantes un contenido simbólico, más que normativo, ya que en definitiva la normatividad va a depender de la interpretación que se le dé, la cual puede variar de lugar a lugar. El consenso a lograr a través de principios generales puede desdibujar los objetivos de la armonización. La solución viene dada por un texto ecléctico que pretende ser un compromiso entre distintas tradiciones jurídicas. Muchas veces, la solución es una especie de *trade off* entre distintos sistemas. Tomemos, por ejemplo, el artículo 2.4 (2) de los Principios *Unidroit*. Allí vemos que la oferta irrevocable es reconocida a partir de una declaración unilateral siguiendo la fórmula del dere-

¹⁰² Smits, *op. cit.*, nota 10, p. 35.

¹⁰³ Ya en el primer congreso de derecho comparado en París se planteó entre los objetivos del derecho comparado la búsqueda de principios generales. Merryman, J., “On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law”, en *id.* (ed.), *The Loneliness...*, *cit.*, nota 1, pp. 17-49, 37.

cho italiano (y aceptada también en otros sistemas continentales), pero a renglón seguido vemos también el *reliance* de acuerdo al estilo del *common law*.¹⁰⁴

Teniendo en cuenta las diferencias entre las distintas soluciones jurídicas, el textualismo de la armonización no hará desaparecer la necesidad de investigar el contexto. Ahora bien, al haber un derecho único, ¿cuál será entonces el interés en comparar? La forma de plantear la cuestión es errónea. En principio, necesitamos de la comparación para poder elegir las mejores soluciones. Pero además el proceso de armonización no debe ser entendido como un proceso cerrado que tiene límites determinados. Se trata de un proceso que paulatinamente va llevando a la creación de marcos legales nuevos, similares o iguales. Esto no forzosamente significará que el derecho sea igual en todas las latitudes. Comparatistas y armonizadores tienen una fecunda tarea que los relaciona a ambos. En el complejo deambular hacia la armonización, el derecho comparado cumple un importante rol: servir como guía para poder ir *haciendo camino al andar*...

VI. DE LO ANALÍTICO A LO NORMATIVO

El comparatista pretende desarrollar un análisis de las soluciones estudiadas, elaborar una teoría jurídica o a lo mejor simplemente criticar su propio sistema jurídico a la luz de otras experiencias, pero el comparatista no se pretende ver como legislador.¹⁰⁵ El derecho comparado no pertenece al mundo de lo normativo. El comparatista no pretende cambiar o remodelar los sistemas jurídicos que estudia sino entenderlos. El papel del derecho comparado es ayudar a explicar la ley.¹⁰⁶ El derecho comparado no plantea un marco normativo sino de

¹⁰⁴ “La oferta no podrá revocarse 1) si ella indica que es irrevocable, ya sea señalando un plazo fijo para su aceptación o por darlo a entender de otra manera; 2) si el destinatario pudo considerar razonablemente que la oferta era irrevocable y ha procedido de acuerdo con dicha oferta”.

¹⁰⁵ Existen casos de profesores de derecho comparado que trabajaron activamente en la elaboración de textos legales (como, por ejemplo, René David quien preparó el Código Civil de Etiopía), pero en general el comparatista no tiene pretensiones normativas.

¹⁰⁶ De acuerdo con lo expuesto por el Manifiesto de Trento: “Comparative law, understood as a science, necessarily aims at the better understanding of legal data. Ulterior tasks such as the improvement of law or interpretation are worthy of the greatest consideration but nevertheless are only secondary ends of comparative research”. Watson, A., *op. cit.*, nota 28, p. 4.

descripción, de análisis. Más aún: cuando legisladores o jueces de tal o cual sistema jurídico buscan inspiración en sistemas jurídicos foráneos no lo hacen generalmente por medio de los trabajos de derecho comparado, sino que prestan atención a los textos legales, a las decisiones de la jurisprudencia o a la doctrina de la nación en la que están interesados o la que mejor les puede ayudar al análisis necesario para encontrar la solución adecuada.

La tarea del armonizador es distinta. Su objetivo es formular un texto que llegue a ser derecho positivo, ya por que sea aceptado por tales o cuales países, bien porque las partes de un contrato voluntariamente se refieren a él, o al menos el juez lo toma como elemento para la interpretación. Sin embargo, a diferencia de los reglamentos o directivas de la Unión Europea que tienen una vigencia operativa (directa o indirecta), o de las convenciones internacionales que están destinadas a ser refrendadas por los estados y a integrarlas a su derecho (aun cuando en la práctica no siempre esto sucede), los principios armonizantes (como los del *Unidroit* o los PECL) no tienen fuerza obligatoria. Su objetivo es llegar a ser derecho positivo a través de su adopción por las partes de un contrato internacional, o en una dimensión más amplia, debido a la adopción por los estados que acepten reemplazar el orden jurídico existente por el nuevo orden previsto en estos principios. Estos principios tienen lo que podríamos llamar una “pretensión normativa”, son normativos en potencia. Esta forma de armonización descentralizada basa su éxito en la adopción voluntaria.

Tales principios son armonizantes en potencia y comparatistas en esencia. Su fuerza normativa está basada en la elección de las soluciones más apropiadas, elección que es consecuencia de una labor comparativa. Y es justamente aquí donde lo descriptivo y lo normativo se entrelazan. Estos proyectos armonizadores, más que establecer un derecho nuevo, *describen* el derecho existente, o lo que se ve como un común denominador del derecho existente. Más que delinear una nueva *lex mercatoria*, declaran y definen más claramente la existente. Más que establecer un marco normativo, estos proyectos vendrían a contener una descripción de lo que es derecho vigente en los distintos

países de Europa,¹⁰⁷ o en diversas latitudes (en el caso del *Unidroit*). No se trata de la adopción de una nueva normativa, sino de reelaborar la normativa existente en función del análisis comparativo.

Así, es común sostener que más que código (en el sentido europeo-continental de la expresión) se parezcan estos proyectos a los *Restatements* estadounidenses. También los *Restatements* fueron redactados como proyecto “privado” del American Law Institute y pretenden reflejar el derecho estadounidense, tal como fue reflejado en la jurisprudencia. Incluso, si observamos los *Restatements* estadounidenses y los Principios *Unidroit* vemos una clara similitud formal, presentados ambos con *black letter*, notas y comentarios. La comparación con los *Restatements* estadounidenses exige una aclaración. En ambos casos la aceptación del texto depende de factores que son ajenos a aquellos que lo elaboraron: en el caso del *Restatements* por la jurisprudencia americana, en el caso del *Unidroit*, por los comerciantes y las legislaturas nacionales que pueden usarlo como modelo. Sin embargo, la idea de los *Restatements* cumple una función distinta de los proyectos de armonización. Los *Restatements* están dirigidos a los jueces¹⁰⁸ y no pretenden servir como modelo para la legislación futura de los EUA.¹⁰⁹ Los *Restatements* estadounidenses son un trabajo de comparación, pero se trata de una comparación entre las soluciones de jurisdicciones que responden a una misma tradición jurídica. Los *Restatements* vienen a unificar jurisprudencia en el fondo de una cultura jurídica común, la cultura jurídica del *common law*. Esta situación no se presenta en Europa, y por supuesto no a nivel transnacional, donde encontramos diferencias conceptuales, terminológicas y operativas, en cantidad que no se encuentra dentro de los EUA. Si existe un *common core* dentro de Europa, y aún fuera de Europa, éste es mucho más pequeño que aquel que existe dentro del derecho estadounidense. Los principios armonizantes, o los proyectos de Código Unificado para Europa, no vienen a desarrollar un *Restatement* de un derecho

¹⁰⁷ Michaels, R., “Privatautonomie und Privatkodifikation”, 62 *RabelsZ*, 1998, pp. 580-626.

¹⁰⁸ Los Principios *Unidroit* o de la Comisión Lando (PECL) no están dirigidos a los jueces, pero esto no quita que los tribunales nacionales puedan usarlos como base para interpretar tal o cual norma legal.

¹⁰⁹ En este punto sería más adecuada la comparación con el UCC estadounidense, el cual sí es modelo para la legislación estatal.

común y no actúan sobre la base de una cultura jurídica común, sino precisamente contribuyen a crearla a través de este trabajo comparativo.

Este aspecto de la armonización por la vía de principios no es menor. Al ir desarrollando esa cultura jurídica común, basada en la aceptación de principios comunes que pueden ser similares o distintos del derecho existente en cada uno de los sistemas comprendidos por la armonización, el derecho comparado ingresa paulatinamente en el mundo de lo normativo. Aun cuando estos principios no son todavía derecho positivo, ellos van dando la base para la formación de un derecho unificado, consecuencia de una elaboración comparativa. Así como en el pasado los sistemas jurídicos recibieron soluciones de otros sistemas, actualmente la fuente de la legislación armonizada es la comparación. Creo que debo explicar este punto.

VII. ARMONIZACIÓN, TRANSPLANTES Y DERECHO COMPARADO

Modelos extranjeros han sido siempre incorporados por diferentes culturas jurídicas, sea por imposición, colonización o por la simple búsqueda de soluciones que son consideradas mejores o técnicamente superiores. La distinción entre recepción *ratione imperii* o *imperi ratione* surgió mucho antes que se hablara de armonización o unificación del derecho. No creo que se pueda reconocer un sistema jurídico que sea puro, es decir que esté totalmente libre de influencias extranjeras, de la misma manera que no es dable pensar en un sistema jurídico que no tenga ningún rastro de particularidad. Los sistemas jurídicos evolucionan sobre la base de imitaciones o transferencias de un sistema a otro.¹¹⁰ Sistemas jurídicos como el de Japón, que hasta el siglo XIX eran impermeables a casi toda influencia extranjera, no son fáciles de encontrar ahora.¹¹¹ El hecho de que ciertos modelos hayan servido

¹¹⁰ Véase Sacco, R., "La Circolazione del Modello Giuridico Francese", 41 *Rivista di Diritto Civile*, 1995, pp. 513-523.

¹¹¹ Japón, que hasta el siglo XIX fue una de las culturas más cerradas, adoptó el derecho alemán y después de la Segunda Guerra Mundial adoptó modelos americanos. Muchas de las soluciones jurídicas que nosotros descubrimos en ciertos sistemas jurídicos no son sino transplantes de situaciones existentes en otros sistemas, debido a distintas circunstancias no precisamente ligadas a las características del sistema receptor. En Sudáfrica hay influencia del derecho escocés, ya que a Escocia acudían estudiantes sudafricanos becados.

para la codificación, muestra la permeabilidad de los sistemas.¹¹² La mayoría de los sistemas jurídicos nacieron sobre la base de un tronco común, y de aquí la idea de “familias de derecho” acuñada por Rene David.¹¹³ Desde este punto de vista, la comparación siempre estuvo presente. A lo largo de la historia, podemos ver que en la mesa de legisladores y comisiones de reforma hay trabajos legislativos con doctrina de diferentes países. Incluso hay textos legislativos que se pueden leer como trabajo de derecho comparado.¹¹⁴

Es bien conocida la teoría de Watson sobre los trasplantes legales,¹¹⁵ según la cual los sistemas jurídicos van evolucionando sobre la base de elementos tomados o trasladados de otros sistemas. Las instituciones, las soluciones, incluso podríamos decir las ideas, son transplantadas de un sistema jurídico a otro. Históricamente, la idea de trasplante se ha dado a través de la adopción de una tradición o cuerpo jurídico, o a través de la adopción de determinados institutos. Es decir, tenemos un sistema (generalmente se trata de un sistema dominante) que proyecta sus instituciones hacia otros sistemas jurídicos que los adoptan:

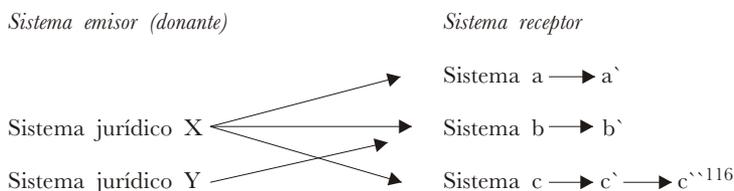
¹¹² Por esto, el derecho francés es para un argentino mucho más entendible que el derecho alemán o que el *common law*.

¹¹³ Hacer referencia a familias de derecho “a la David” parece algo anticuado, si se tiene en cuenta los cambios que se han dado en la conformación de los sistemas jurídicos. Por supuesto que desde 1989 no tiene sentido hablar de “países comunistas” como una categoría particular.

¹¹⁴ Pongo, por ejemplo, el caso del Código Civil argentino, que fue acompañado por notas del codificador Dalmacio Vélez Sarsfield, en las cuales se ve un interesante trabajo de comparación.

¹¹⁵ Véase Watson, A., *op. cit.*, nota 28. El profesor Watson aporta varios ejemplos, tal como la recepción del derecho romano en Escocia (pp. 45 y ss.). Véase también Merryman, J., “On the Convergence (and Divergence)...”, *cit.*, nota 103, p. 28.

Esquema I



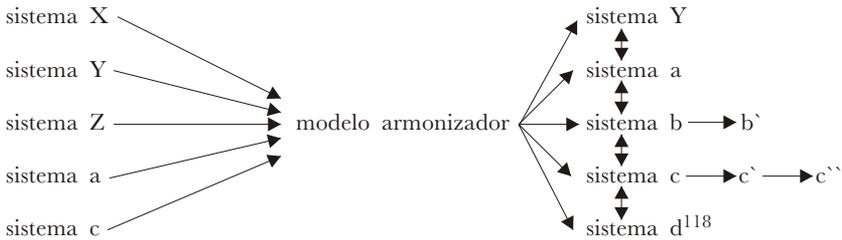
Tradicionalmente, los trasplantes se dieron de modelos “dominantes” hacia sistemas “permeables” a influencias extranjeras. En este esquema surgen claramente modelos que han tenido primacía. Tal es el caso del Código francés, del BGB o, en distinta medida, el *Codice Civile* (que él mismo estuvo influenciado por los anteriores modelos). Así, por ejemplo, el Código francés fue adoptado por Bélgica e influyó en el modelo español. El Código Civil alemán deja su huella en el Código de Grecia, de Brasil o de Japón. Se dio una clara división entre países que exportan ideas o instituciones y países que las importan, cuando claramente hay culturas jurídicas que tienen primacía y son principalmente exportadoras, mientras que otras son importadoras. En muchos casos la adopción no respondió a un criterio jurídico determinado sino que fue producto de circunstancias políticas y sociales.¹¹⁷

¹¹⁶ El hecho de que el sistema jurídico “a” adopte ideas o institutos del sistema jurídico “X” no significa que el derecho de “a” sea idéntico al de “X” y tampoco que “a” tenga la misma solución que “b”. Más aún, de acuerdo a la idea (ciertamente opinable) de las familias de derecho, tenemos por ejemplo que el sistema jurídico “d” que ha adoptado soluciones de “Y” es ciertamente diferente de “a”. El modelo basado en el trasplante no significa que influya en otro y allí se agote el proceso. Por el contrario, la adopción del modelo no agota la evolución del sistema adoptante y de ahí que el sistema “c” pueda tener elementos distintos del sistema “a”, por haber seguido otra evolución o del sistema “b”, el cual ha recibido otras influencias.

¹¹⁷ Tomemos el caso del derecho griego. Después de la independencia de Grecia, surgió la idea de adoptar los códigos franceses. Tal provisión figuraba incluso en las primeras Constituciones de este país. Sin embargo, el derecho civil griego se volcó hacia la pandectística alemana, lo que finalmente motivó que el Código Civil griego de 1940/46 esté basado en el modelo del BGB. ¿Por qué este proceso? Como a partir de 1821 los juristas griegos empezaron a buscar el derecho bizantino “nacional”, lo encontraron por intermedio del *Corpus Juris*, comentado por los pandectísticos alemanes. A esto se le debe sumar el hecho de que un príncipe bávaro fue coronado rey de Grecia (1835), trayendo a su corte juristas alemanes que obviamente influyeron para que el nuevo Estado adoptara el derecho alemán. Esta influencia continúa hasta hoy. Véase Yiannopoulos, A., “Historical Development”, en Kerameus, K., y Kozyke, Ph. (eds.), *Introduction to Greek Law*, 2a. ed., Deventer, 1993, pp. 1-12; Sontis, J., “Das Griechische Zivilgesetzbuch im Rahmen der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit”, 78 *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (romanische Abteilung)*, 1961, pp. 355-385.

¿Dónde radica hoy la diferencia? En que ahora el modelo a tomar no es de tal o cuál sistema jurídico, sino que la *comparación* es la que da las bases del transplante. La comparación empieza a tener un aspecto *normativo*. Ya no es el legislador el que va a buscar en la comparación su fuente de inspiración para hallar una solución adecuada. Ahora es la comparación la que ofrece un producto propio, llamado armonización. Sistematizando las similitudes y cerrando la brecha entre las diferencias se obtiene un texto que es comparativo por excelencia. Ese “nuevo” modelo de transplante se basa en la existencia de recíprocas influencias entre los sistemas, influencias que coadyuvan para la realización de un modelo común. Ya no es claro cuál es el sistema jurídico dominante, pues todos los sistemas tienden a nutrirse cada vez más de la misma terminología y a trabajar sobre la base de los distintos modelos. La distinción entre sistemas jurídicos dominantes-exportadores y sistemas jurídicos importadores-receptores tiende a hacerse difusa.

Esquema II



Ese texto va siendo adoptado (y a la vez también adaptado) por distintos sistemas jurídicos y por diversos factores del comercio internacional. Se produce así un transplante que no es ya de un modelo nacional a otro modelo nacional, sino del modelo armonizante al derecho nacional.

¹¹⁸ Aquí vemos que tanto sistemas que en el pasado se definían como exportadores y sistemas que fueron tradicionalmente importadores, contribuyen ahora a la consolidación de un derecho común que va a recibir expresión en los principios. Estos principios sirven de base para la reelaboración legislativa, que como en el caso anterior del esquema I, no es una reelaboración uniforme, sino que tal o cual sistema va a introducir otras reformas. La armonización no es un proceso cerrado.

Daré algunos ejemplos. El código tipo iberoamericano de derecho procesal, el cual no tiene fuerza de ley pero sirve como modelo.¹¹⁹ Los PECL y los principios de *Unidroit* van sirviendo de modelo a legisladores en distintas partes del globo.¹²⁰ Los textos armonizadores no se presentan como un texto obligatorio sino *voluntario* para ser seguido por legisladores o mediadores. El valor de tales textos es servir de modelo y no derecho positivo.¹²¹ El nuevo código civil de Lituania se basa en el *Unidroit*. El Código de Quebec presenta no pocos puntos de contacto con el proyecto *Unidroit*.¹²² Los proyectos de reforma del código argentino prestan debida atención a la convención de Viena. Un interesante ejemplo lo da la reciente reforma al BGB, que entró en vigencia el 1o. de enero del 2002. Los juristas alemanes han llevado a cabo una amplia reforma del código en materia de derecho de las obligaciones.¹²³ Esta reforma tiene la particularidad de recibir las enseñanzas de la jurisprudencia (el caso más claro es el de aceptación expresa de la responsabilidad precontractual), pero también adaptar soluciones al derecho de la Convención de Viena sobre Compraventas Internacionales y a la normativa europea en la materia. A pesar de que el proceso de reforma al Código alemán empezó mucho antes de la publicación de los Principios *Unidroit* o los principios de la Comisión Lando, los mismos fueron tomados en cuenta

¹¹⁹ Así, en el caso del Uruguay. Véase Código General del Proceso en Uruguay (1989). Storme, M., "Procedural Law and the Reform of Justice: from Regional to General Harmonization", *Uniform Law Review*, 2001, pp. 763-777, 767.

¹²⁰ Basedow, J., "Uniform Law Conventions and the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", *Uniform Law Review*, 2000, pp. 129-139.

¹²¹ Smits, J., "Mixed Legal Systems and the European Private Law", en Smits, J. (ed.), *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law*, Tilburg, 2001, pp. 1-14, 5.

¹²² Véase Crépeau, P., "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", en Rabello, A. M. (ed.), *The Principles of Unidroit...*, *cit.*, nota 14, pp. 21-61.

¹²³ Véase, por ejemplo, Berger, *op. cit.*, nota 61, pp. 894 y ss.; Schmidt-Räutsch, J., *Das Neue Schuldrecht*, Köln, 2002, pp. 7 y ss.; Lorenz, S. y Riehm, Th., *Lehrbuch zum Neuen Schuldrecht*, München, 2002; Heldrich, A., "Modernization of the German Law of Obligations: Harmonization of Civil Law and Common Law in the Recent Reform of the German Civil Code", ponencia en la conferencia *Comparative Remedies for the Breach of Contract*, Universidad de Tel Aviv, 2-6-02, no publicada; Cian, G., "Significato e Lineamenti della Riforma dello *Schuldrecht Tedesco*", 49 *Rivista di Diritto Civile*, 2003, pp. 1-18; Canaris, C., "La Mancata Attuazione del Rapporto Obbligatorio: Profili Generali. Il Nuovo Diritto delle Leistungsstörungen", 49 *Rivista di Diritto Civile*, 2003, pp. 19-38; Lando, O., "Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts", 67 *RabelsZ*, 2003, pp. 231-245.

durante los tramos finales de la preparación de la reforma¹²⁴ y de aquí el hecho de que no se deba desestimar la influencia de los mismos en la configuración de la nueva normativa alemana.¹²⁵ Ciertamente es que no faltan diferencias entre el nuevo texto del BGB y los PECL.¹²⁶ Sin embargo, en muchos casos la solución es similar¹²⁷ o a veces las diferencias teóricas no son tan significativas en el plano práctico.¹²⁸ Pero más allá de las similitudes o diferencias, es dable destacar que esta reforma sea analizada a la luz del derecho comparado y vista desde la perspectiva de un futuro derecho europeo.¹²⁹ La misma idea expuesta por el Ministerio de Justicia alemán en el sentido de que la reforma al BGB servirá de base a un futuro Código Europeo¹³⁰ nos habla claramente de una tendencia, que podríamos llamar de apertura hacia la armonización, aún cuando la misma todavía no encuentre los marcos legales (ni políticos) para materializarse plenamente.

Paulatinamente, en forma directa o indirecta, esta armonización descentralizada se va incorporando a los sistemas jurídicos y va haciendo que las diferencias entre los derechos nacionales vayan desapareciendo. Con la armonización, el papel del derecho comparado ya no juega solamente como elemento informativo, o incluso como

¹²⁴ Zimmermann, R., *Breach of Contractual Remedies under the New German Law of Obligation*, Rome, 2002, p. 51.

¹²⁵ Lando, "Das neue Schuldrecht...", *cit.*, nota 123, p. 234.

¹²⁶ Por ejemplo, en lo que respecta a la responsabilidad pre-contractual (*culpa in contrahendo*), o en la normativa sobre responsabilidad por incumplimiento de contrato. El derecho alemán distingue entre contratos "normales" (*normalen Verträgen*) y contratos de responsabilidad estricta o moderada (*strengere oder mildere Haftung*). Esta distinción no aparece en los PECL, que se guían por el principio que la responsabilidad contractual es estricta. Véase Lando, "Das neue Schuldrecht...", *cit.*, nota 123, p. 241.

¹²⁷ El texto reformado del BGB establece ahora que el hecho que la obligación asumida en el contrato sea imposible no transforma al contrato en inválido (art. 311a I). Esta solución es conforme a los PECL (art. 4:102). Zimmermann, R., *Breach of Contractual Remedies...*, *cit.*, nota 124, p. 32.

¹²⁸ Por ejemplo, la demanda por daños, en el BGB, está ligada a la noción de culpa (art. 275). En los PECL, para que no haya responsabilidad del deudor, la no prestación debe ser consecuencia de circunstancias que el deudor no pudo prever y que estuvieron fuera de su control (arts. 9:501(I), 8:108). Véase Zimmermann, R., *Breach of Contractual Remedies...*, *cit.*, nota 124, p. 18.

¹²⁹ "[The PECL and Unidroit Principles] should now much more readily be resorted to as a comparative baseline for evaluating, interpreting and developing the new German rules". Zimmermann, R., *Breach of Contractual Remedies...*, *cit.*, nota 124, p. 51. Véase también la bibliografía de la nota 123.

¹³⁰ Zimmermann, R., *Breach of Contractual Remedies...*, *cit.*, nota 124, p. 9.

componente crítico del pensamiento jurídico, sino como una base funcionalista de reelaboración de la legislación nacional. Este proceso constituye un nuevo tipo de recepción: *la recepción del derecho comparado*. Y aquí me permito usar el término recepción con un doble significado: tanto en el sentido en que los sistemas jurídicos reciben el fruto de la comparación a través de los proyectos armonizadores, y también en el sentido de que el derecho comparado adquiere una relevancia particular y es recibido como un mecanismo de análisis y modernización del sistema jurídico. Este particular tipo de transplante refleja la dinámica que se va desarrollando entre los sistemas jurídicos como consecuencia de la armonización. Es una recepción que se va dando paulatinamente como consecuencia de la necesidad de armonizar y de entender que la comparación en definitiva ofrece soluciones buenas, equilibradas, coherentes, aunque por supuesto no perfectas ni absolutas y también, en muchos casos, opinables. Este tipo de recepción, como cualquier otro en un sistema jurídico, encuentra oponentes y no hay en esto nada nuevo. Como es sabido, el profesor P. Legrand¹³¹ se opone a la posibilidad de armonizar sistemas jurídicos, debido a las diferencias entre ellos, diferencias que no son sólo conceptuales sino que se dan también en el plano de la mentalidad. Ya antes de Legrand, autores como Kahn-Freund expusieron sus reservas a la armonización desde la óptica sociológica.¹³² Paradójicamente, ambas posturas a favor y en contra de la armonización tienen algo de razón. Ambos enfoques no son irreconciliables y dependen de la postura que se adopte, macro o microcomparación.¹³³

Al menos, a los ojos del comparatista, la diferencia de mentalidad no debería representar un obstáculo para un proceso de armonización basado en el desarrollo de una teoría comparatista sino un desafío para observar dónde están las diferencias y dónde las similitudes,

¹³¹ Legrand, P., "The Impossibility of Legal Transplants", 4 *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 1997, pp. 111 y ss.; *id.*, "European Legal Systems...", *cit.*, nota 21. Véase también Legrand, P., "The Return of the Repressed: Moving Comparative Legal Studies Beyond Pleasure", 75 *Tulane Law Review*, 2001, pp. 1033-1051, 1045. Véase la respuesta de Watson en Watson, A., "Legal Transplants and European Private Law", en Smits, J. (ed.), *The Contribution of Mixed Legal...*, *cit.*, nota 121, pp. 15-26.

¹³² Kahn-Freund, O., "On Uses and Misuses of Comparative Law", 37 *Modern Law Review*, 1974, p. 1.

¹³³ Zongling, Sh., "Legal Transplants and Comparative Law", 51 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1999, pp. 852-857.

sin llegar a reduccionismos absolutos. No se puede negar que hay diferentes formas de entender el derecho entre, por ejemplo, un jurista inglés y uno francés. Pero este dato por sí solo no alcanza para definir una postura en contra de la armonización, ya que si centramos la cuestión de la armonización en la mentalidad cómo se explica que países distintos hayan adoptado soluciones legales pertenecientes a sociedades que poco o nada tienen que ver con la mentalidad adoptada. El caso de Turquía, que adoptó la legislación suiza, es quizás el más claro: ¿Tienen los turcos la misma mentalidad de los suizos, cuyo derecho civil adoptaron? No debe dejarse de notar que la teoría de Legrand se concentra en las diferencias entre el *common law* y el *civil law*. ¿Y qué hay entonces con respecto a los países que pertenecen al *civil law*? ¿Entre ellos no hay problemas de mentalidad? ¿Tienen los belgas la misma mentalidad que los franceses? Con o sin armonización, comerciantes de distintas partes del mundo mantienen un fluido intercambio, a pesar de la diferencia en la mentalidad.¹³⁴ La armonización no supone el cambio de mentalidad ni una total uniformidad en las condiciones socio-económicas del lugar, de la misma manera que el euro no supone la existencia de las mismas condiciones económicas en todos los países de la comunidad europea, y ni siquiera dentro de cada uno de los países.

VIII. DEL "AMATEURISMO" A LA ESPECIALIZACIÓN

El título de este apartado puede causar algo de asombro ya que del mismo se desprende que no todo aquél que se ocupa de la comparación (o para el caso, de la armonización) lo hace como especialización. ¿Acaso cabe dedicarse al derecho comparado o intentar armonizar sin ser especialista en la materia? Creo que la respuesta no es tan sencilla, ya que depende de qué es lo que entendemos por especialista en derecho comparado. En términos generales, todo jurista compara: compara la vieja jurisprudencia con la nueva, compara los hechos con el derecho, compara el texto de la ley con la interpretación que tal o cual tribunal le ha dado, compara soluciones o postu-

¹³⁴ Y esto, sin hablar sobre la idea de *lex mercatoria*, concepto difuso pero que pone de manifiesto la posibilidad de normas aceptadas en diferentes partes del mundo.

ras de distintos autores.¹³⁵ Pero esto no es derecho comparado. El derecho comparado compara distintos sistemas jurídicos. Ambas variables deben presentarse interrelacionadas. La comparación sola, o el interés por otro sistema jurídico fuera de aquel a que pertenece el jurista, no alcanzan por sí solas para que se pueda hablar de “derecho comparado”.

En un interesante artículo acerca de uno de los principales exponentes del derecho comparado en EUA, John Wigmore, A. Riles se refiere al amateurismo en el derecho comparado.¹³⁶ A pesar de que no estoy seguro de que haya que darle al término “amateurismo” el mismo alcance que le da Riles, creo que se trata de una expresión afortunada. El “amateur” se interesa en otros sistemas jurídicos fuera del suyo, los toma como referencia para su investigación, o como complemento a su tarea académica, usa referencias y fuentes de otros países pero no llega a elaborar una teoría comparativa, sino solamente usa el derecho extranjero como forma de reforzar conclusiones extraídas *a priori* o como forma de completar una investigación que no es comparada.¹³⁷ El “amateurismo” comparativo se da en quienes se remiten al derecho comparado como medio “auxiliar” para los propósitos de su investigación. Este “amateurismo” en el derecho comparado recibiría también expresión en una aproximación al sistema jurídico de otros países, desde una óptica formalista, que no forzosamente llega siempre a distinguir los distintos elementos formadores de la cultura jurídica que analiza.

En principio, no puede hacerse derecho comparado “en general” y el comparatista se concentra en un campo (derecho comparado civil, penal, etcétera). Paradójicamente, el comparatista es alguien que se debe especializar en un campo en el cual es difícil llegar a una alta especialización. No es sencillo que un especialista llegue a un dominio de dos o más sistemas jurídicos tal como lo tiene el jurista que se ocupa de un sistema, el suyo. Un estudioso en derecho comparado, al querer profundizar en dos sistemas jurídicos, puede que no tenga

¹³⁵ Véase Legrand, P., “Questions à Rodolfo Sacco”, 47 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, pp. 943-971, 952; Zweigert, K. y Kötz, H., *op. cit.*, nota 3, pp. 2 y ss.

¹³⁶ Riles, A., “Encountering Amateurism: John Henry Wigmore and the Uses of American Formalism?”, en Riles, A. (ed.), *op. cit.*, nota 63, pp. 94-126.

¹³⁷ Agallo Foulou, P. y Deliyannu-Dimitrahou, Ch., “L’Utilisation de droit Comparé par les Tribunaux Helleniques”, 47 *Revue Hellenique de Droit International*, 1994, pp. 47-86, 58 y ss.

profundidad en ninguno de ellos.¹³⁸ Quizás por definición el derecho comparado tienda a ser algo superficial.¹³⁹

Históricamente, desde que el hombre empezó a reglar su conducta se interesó por la existencia de similitudes y diferencias entre las normas de distintos pueblos, de distintas culturas. De acuerdo con determinadas tradiciones, los romanos se interesaron por el derecho griego,¹⁴⁰ los pueblos bárbaros tomaron el derecho romano, etcétera. Sin embargo, esta influencia de una cultura jurídica sobre otra no alcanza todavía a ser definida como derecho comparado. Se puede estudiar uno o más sistemas jurídicos sin comparar entre ellos o sin comparar un sistema extranjero con el sistema nacional.¹⁴¹ Quien se especializa en derecho japonés estudia un sistema jurídico que no es el suyo, sin que lo mueva una motivación comparativa. Incluso muchos de los artículos que es dable encontrar en las revistas de derecho comparado no son siempre artículos estrictamente comparativos, sino artículos sobre derecho extranjero. Hay quienes pretenden hacer comparación, pero en definitiva hacen más bien “yuxtaposición” de sistemas.¹⁴²

Esta relación entre lo que podría ser una “comparación amateur” y una “comparación profesional” puede llegar a cambiar en la medida que se avance en los cauces de la armonización, haciendo que el derecho comparado deje de ser patrimonio de los especialistas y pase a ser interés de toda la comunidad jurídica. Si prestamos atención a la lista de juristas que participan en una forma u otra en los proyectos de armonización, no todos se definirían como comparatistas sino como especialistas en el derecho privado de sus respectivos países. Es el trabajo de armonización el que los lleva a adoptar una actitud comparativa. Probablemente, una mayor “cantidad” de juristas interesados en la comparación traerá consigo una aproximación más “cualitativa” al derecho comparado. Al aumentar la interacción entre los sistemas, el interés en la comparación debería llevar a un mayor

¹³⁸ Merryman, “On the Convergence (and Divergence)...”, *cit.*, nota 103, pp. 10 y ss.

¹³⁹ Véase Watson, *op. cit.*, nota 28, p. 10. No se si esto es algo siempre negativo. Es preferible un interés superficial en otros sistemas a un profundo desconocimiento de los mismos.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 25. Comp. Assimahopoulou, K., “Comparative Law in the History of Greek Law”, 38/39 *Revue Hellenique de Droit Comparé*, 1985-86, pp. 323-333, 324 y ss.

¹⁴¹ Véase Legrand, P., “Questions à...”, *cit.*, nota 135, p. 952.

¹⁴² Tal como lo señaló Schlessinger, R., *Formation of Contracts-A Study of the Common Core of Legal Systems*, Nueva York, 1968, v. 1, p. 2.

número de juristas a interesarse en el análisis comparativo, no sólo como ornamento a su investigación, sino como base para desarrollar una teoría jurídica acorde a una visión menos localista del derecho. En nuestra era, ser jurista exige ser comparatista.¹⁴³

IX. HACIA UN NUEVO *IUS COMMUNE*

A fines del siglo XI, se consolidó en Europa un sistema jurídico basado en el derecho romano y el derecho canónico, el cual comienza a ser enseñado en todas las universidades, para después transformarse en derecho positivo, al menos como derecho supletorio, en toda Europa Occidental (cuando a su vez en Europa Oriental continúa vigente el derecho romano justiniano). Es el llamado *ius commune*, propio de una era en la cual existía una unidad jurídica, aun cuando ésta se hallaba basada en la diversidad. Al parecer, es muy aceptado que el proceso de armonización lleve a un “nuevo *ius commune*”, aunque no es simple delinear el perfil de éste.

Creo que plantear los términos de esta etapa en función de un *ius commune* con reminiscencias medievales peca de cierta inexactitud. En el medioevo no había una perspectiva comparativa. Todos trabajaban sobre la base del derecho romano y el derecho canónico. Se trataba de un marco intelectual común que daba también margen a un sinnúmero de derechos locales que difícilmente interesaban a juristas de otras latitudes. El *ius commune* no fue un modelo homogéneo. Sobre la base de una cultura jurídica común había un sinnúmero de sistemas locales, sin que hubiera una unidad jurídica nacional. Claro ejemplo de ello era el caso de Francia.¹⁴⁴ No es posible, ni tampoco deseable, recrear el derecho medieval y aplicarlo hoy día en distintos sistemas jurídicos. Este nuevo *ius commune* no debe ser entendido como un derecho residual a la manera del derecho romano durante el medioevo.

¹⁴³ “Nemo iurista nisi comparatista”. Kerameus, K., “Quelques Réflexions sur le Sort Actuel du Droit Comparé”, 54 *Revue Hellenique du Droit International*, 2001, pp. 511-516.

¹⁴⁴ Bien conocido es el comentario de Voltaire sobre el cambio de sistema jurídico, en la misma medida que se cambia de caballo entre posta y posta. Véase Halperin, J. L., *L'Impossible Code Civil*, París, 1992, pp. 19 y ss.

En general, a mi juicio, no deberíamos limitar la armonización a una concepción romanista del proceso.¹⁴⁵ El derecho romano constituye el tronco común de los sistemas jurídicos occidentales, pero no es suficiente hoy con volver a las raíces romanas, en principio porque tampoco la expresión derecho romano nos asegura un marco único. Hubo distintas épocas en el derecho romano. De la misma manera que el derecho romano de la Basílica no es el mismo derecho romano del *Corpus Iuris*, tampoco éste es el mismo derecho romano de la época clásica. El trabajo de armonización no busca desempolvar un viejo *ius commune* —que en los hechos ya no existe— sino recrear un *ius commune* que tendrá nuevas características en su formulación y que ciertamente puede reconocer un fundamento común. Pero sobre esa base vamos edificando algo nuevo. El plano de este nuevo edificio nos lo da el derecho comparado.

Este nuevo *ius commune* se va desarrollando en función de la comparación. Esta nueva cultura jurídica va formándose como síntesis de formatos y tendencias que existen y existían desde ya hace mucho tiempo, pero que son reelaborados desde una óptica comparatista. El derecho comparado se va perfilando como el instrumento más adecuado para modelar el marco intelectual en el que se van a desarrollar los sistemas jurídicos. Surge un consenso sobre cuáles son las reglas que deben regir en los contratos internacionales, cuáles son las pautas que deben guiar la protección al consumidor, los contornos de la responsabilidad extracontractual, la reparación del daño, etcétera. Aceptamos paulatinamente que habiendo distintas soluciones para un mismo problema, poner frente a frente a distintas tradiciones jurídicas nos conducirá a elegir una normativa buena.

Actualmente, el diálogo entre los juristas no debería ser planteado en términos de derecho alemán o francés, y ni siquiera en términos de *common law-civil law*, sino desde una perspectiva más amplia en la cual la armonización abre un marco de mayor interacción entre países cuyo peso específico jurídico fue distinto.¹⁴⁶ Hoy bregamos por un

¹⁴⁵ Zimmermann, R., "Roman Law and European Legal Unity", Hartkamp, A. *et al.* (eds.), *op. cit.*, nota 79, pp. 21-39.

¹⁴⁶ Tenemos el caso del Código de Holanda que ha despertado un intenso interés entre los comparatistas. Sobre el código holandés (y su carácter ecléctico) véase Hartkamp, A., "Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht", 57 *Rabels Zeitschrift*, 1993, pp. 664-684; Hesselink, M., "Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile eu-

pluralismo basado en una interacción entre distintas tradiciones. El derecho comparado deja de tener un papel pasivo y se perfila como un impulsor de los cambios y como el molde en el cual tales reformas son diseñadas. No creo que exageran quienes ven al derecho comparado transformándose paulatinamente en la columna vertebral de toda educación jurídica que quiera ser dinámica y a la vez coherente con los cambios que se van dando. Para lograr esa coherencia y para tener relevancia, el derecho comparado deberá estar a tono con las tendencias armonizantes, pero sin depender exclusivamente de ellas, deberá dejar de ser eurocéntrico y no conformarse con un enfoque “privatístico” del derecho, deberá dar cabida a otras disciplinas sin por esto trasladarse a esferas metajurídicas, deberá ser flexible y crítico, renovador aunque no forzosamente revolucionario; deberá tender a una alta especialización, pero a la vez estar dirigido a un público de juristas amplio y necesitado de los instrumentos que la comparación suministra. El derecho comparado deberá acudir a nuevos cauces metodológicos y adoptar una perspectiva global rica y flexible. La comparación no está destinada a cristalizar soluciones sino a plantear el fundamento teórico para una constante renovación.

Así como en la Edad Media el *ius commune* surgió como consecuencia de la difusión de derecho a cargo de las universidades, también hoy la universidad tiene la primacía en la formación de este nuevo lenguaje jurídico. En la era de la armonización, el derecho comparado debería afinar el debate intelectual tendiendo a la formación de una cultura jurídica en donde lo local o lo localista juega un rol menos decisivo en la configuración del sistema jurídico. El estudio del derecho comparado y su introducción en los planes de estudio es importante para llevar a cabo los planes de unificación del derecho.¹⁴⁷ No para copiar modelos, sino como una manera de desarrollar el pensamiento crítico en la formación del jurista.

ropeo?”, en Alpa, G. y Buccico, E. (eds.), *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice Civile Europeo*, Milán, 2002, pp. 71-82.

¹⁴⁷ Véase Goode, R., “Insularity or Leadership? The role of the United Kingdom in the Harmonization of Commercial Law”, 50 *International and Comp. Law Quarterly*, 2001, pp. 751-765, 764.

Si el interés por el derecho comparado viene a representar un *desafío* a la concepción localista del derecho,¹⁴⁸ el paso a la armonización es el *abandono* de tal concepción.¹⁴⁹ La comparación reemplaza al aislamiento, la armonización sustituye a la idea del derecho como algo localista, quizás porque el carácter localista del derecho tiene más de mito que de realidad. Mientras que el derecho comparado surgió como una forma de entender o analizar sistemas jurídicos que se presuponían diversos, el proceso de armonización lleva a la comparación a otro estadio, donde su función es expandir la base del diálogo jurídico entre los distintos actores del concierto global.

Comparación y armonización se necesitan mutuamente, aun cuando cada una de ellas transite por distintos senderos. Ambas convergen hacia un destino común: el surgimiento de una cultura jurídica más amplia que esté acorde con una era de cambios que nos llevan inexorablemente a una armonización de los sistemas jurídicos; una era de convergencia, pero también llena de contradicciones.

¹⁴⁸ Stoffel, W., "Enlightened Decision Making", 75 *Tulane Law Review*, 2001, pp. 1195-1214, 1198 y ss.

¹⁴⁹ Sono, K., "The Rise of Anational Contract Law in the Age of Globalization", 75 *Tulane Law Review*, 2001, pp. 1185-1193.