

## **Las Fuentes de un Código de Derecho Privado. El Derecho de Latinoamérica y el Derecho de Europa**

Jorge MOSSET ITURRASPE

### **Sumario**

1. Las fuentes de un Código. Los diferentes "sistemas jurídicos" como posibilidad. Lo "construido" en un país o en una región. La "creación" personal. El Derecho "antiguo".
2. ¿Existe un "sistema jurídico latinoamericano"? Nuestra respuesta positiva. La conveniencia de su reafirmación. Sus particularidades en orden a la regulación de la sociedad civil y del mercado.
3. El paradigma básico del sistema de Derecho Latinoamericano. La tutela de los débiles: desposeídos, ignorantes, hambrientos, necesitados, consumidores, dañados.
4. La "penetración del Common Law" en el Sistema Latinoamericano. Las instituciones del Derecho de los EE.UU. Derecho del "primer mundo" y del "tercer mundo". Las diferencias con los Derechos de la Comunidad Europea.
5. Los "precursores" del Derecho Latinoamericano: Bello, Vélez Sarsfield, Freitas. La defensa del origen romano y de la vertiente latina. La tarea de la ASSLA y del Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Roma "Tor Vergata". La obra de los profesores Catalano y Schpani.
6. Olvidos y desencuentros. La situación de Puerto Rico. La "dolarización" en Panamá y Ecuador. La influencia fuerte en Centro América. Celos y envidias. El 2000 y la situación latinoamericana.
7. La vuelta a pensar en América Latina. Los argentinos no somos "europeos". El "Mercosur" y su destino. La armonización de nuestros derechos y la marcha hacia un sistema fuerte y homogéneo.

1 – La ocasión de escribir para una Revista de la Facultad, que tiene como destinatarios principales a los alumnos, y de hacerlo en un tiempo que coincide con el del estudio en la Argentina de un Proyecto de Unificación de los derechos Civil y Comercial y de reforma a los mismos –Proyecto del 98–, es propicia para aproximarnos a un tema escasamente considerado, más bien olvidado, por la mayoría de los hombres del Derecho, como es el relativo a un Sistema Jurídico Latinoamericano. Un sistema que, en nuestra opinión, puede desentrañarse del estudio detenido del derecho vigente en los países de nuestra América, de México hacia abajo. No tanto del "Derecho de los libros" o de los Códigos, sino más bien del "Derecho de la realidad", del que aplican los jueces para resolver las cuestiones que se les plantean; del Derecho que, en verdad, rige la vida de las personas que habitan en los

plantean; del Derecho que, en verdad, rige la vida de las personas que habitan en los países que conforman esta enorme región.

La primera cuestión que se formula un reformador es la relativa “a la cantera” de donde ha de proveerse, de donde ha de extraer el material para “hacer” la nueva obra. Las posibilidades son, sin lugar a dudas, muy variadas:

- a) De su propia imaginación, de sus sueños o aspiraciones, su ingenio o su aptitud creadora; en ese caso el Código a confeccionar será, además de “nuevo”, novedoso, distinto, sin precedentes conocidos; pero los riesgos son muy grandes, porque el Derecho, como ciencia de lo humano, se ha ido construyendo desde la Antigüedad, en un proceso que es de “agregación” o de “modificación” de lo existente, más que de inventiva. Así aconteció, por vía de ejemplo, en los mil años del derecho Romano. Pero la tentación es grande.
- b) De lo ya construido en la doctrina del país o de la región; de lo elaborado por congresos y jornadas de estudiosos del Derecho, que precisamente se han ocupado de “recomendar” los cambios, las soluciones de “lege ferenda”, con el pensamiento puesto en una eventual reforma; este material es muy rico y su origen democrático y libre lo hace sumamente apetecible. Lo hemos visto ocupando lugares muy destacados tanto en la reforma de la Ley 17.711, como en los Proyectos de 1987 –luego ley vetada– y de 1993 –Decreto n° 468/92–; parece olvidado en el Proyecto del 98.
- c) Trasegar normas de los códigos del primer mundo es otra posibilidad muy atractiva; tales ordenamientos, como los de Quebec (en el Canadá), Holanda, o de países más afines al pensamiento latinoamericano, como pueden ser España, Francia o Italia, gozan del prestigio que les otorga el regular una sociedad y un mercado en pleno desarrollo, sin fallas, en un marco de prosperidad y satisfacción de las necesidades; o bien hacerlo de la doctrina judicial de países sin Derecho escrito, o con leyes escasas, pero también industrializados y ricos, como acontece con el Derecho de los EE.UU. A la objeción tradicional, basada en la diferente idiosincrasia, pautas culturales, estadio de desarrollo jurídico, se responde con dos afirmaciones que son ya “un clásico” de la posmodernidad: vivimos el “fin de las ideologías” y la era de la “globalización”, que va quebrando las diferencias y produciendo la uniformidad.

2 – Empero, el interrogante acerca de dónde buscar el “mejor Derecho” –que no es necesariamente el de países muy adelantados diferentes de nuestras realidades– y si es Derecho que tiene que ver con nuestra problemática –que ha de “servir para solucionarla”, “comprenderla” o abarcarla– encuentra una respuesta que si bien no es nueva importa como un redescubrimiento, un retorno a las fuentes, una exploración en cantera enormemente extendida, que ha sido útil para hombres con padecimientos similares. No debemos perder de vista que el Derecho tiene como objetivo central al hombre, a la persona humana, “de carne y hueso”, tal cual es, con sus miserias y limitaciones, y no ya al hombre en abstracto, a una construcción idealizada, como fue la de la Revolución Francesa de 1789 y la de los Códigos del siglo XIX.

La fuente de la cual hablamos ahora, que consideramos la más provechosa, a la vez poco explotada y muchas veces distorsionada, alterada o enmascarada, no es otra que el Sistema Jurídico Latinoamericano.

Estamos convencidos de su existencia. No es una utopía, una ilusión o creación de ciencia-ficción. Es una realidad tangible, al estilo de los hallazgos de las ciencias humanas. Se ha ido construyendo con tropiezos, avances y retrocesos, a lo largo de más de cien años. A partir de los primeros códigos de la denominada codificación americana. Muchas veces de una manera tímida, a tientas, con pasos cortos, asustados ante el prestigio de los Códigos de Europa; atraídos por la imitación o por el deseo de confeccionar un código “puesto al día”, a la altura de los “mejores”, para la exportación, que mereciera la aprobación de los profesores de París, Roma, Boloña o Salamanca. Pero, como hemos afirmado más de una vez, un Código con mayúscula no es ni una obra literaria ni un tratado de lógica; es o debe ser el conjunto de reglas que un pueblo ha sabido darse en la búsqueda de la armonía, la paz social, la justicia y la equidad.

Estamos convencidos de que el derecho de Europa, o el de los EE.UU., no sirve a nuestros pueblos, puesto que atiende a situaciones sociales o del intercambio que son muy distintas. Ello no quita que en algunas cuestiones nos pueda servir de fuente inspiradora. Pero debemos “salvar las diferencias”; no caer en la sin razón de considerar iguales a pueblos diferentes, en una especie de discriminación a la inversa.

Latinoamérica todavía no tiene solucionados los problemas más elementales de la existencia del ser humano. Todavía no sabemos cómo hacer para que todos tengan comida, alfabetización, donde vivir y con qué cobijarse. Estamos transitando el camino del reconocimiento de esos derechos primarios. Y son los problemas de las mayorías los que el Derecho debe reflejar prioritariamente. Mientras en el Congreso de Helsinki (1999) se busca proteger al consumidor del denominado “fraude informático”, en nuestros encuentros nos preguntamos acerca de cómo lograr el “acceso al mercado”, cómo evitar fraudes y usuras, cómo informar al ignorante...

Los padecimientos de nuestras sociedades y las fallas de nuestros mercados son absolutamente coincidentes, desde el norte de México al sur de la Argentina o Chile. La “respuesta” que el hombre común le pide al jurista es la misma en todas las latitudes de América Latina: ¿por qué el Derecho ha de ser “diferente”?

3 – Las coincidencias para llegar a la afirmación de un Sistema Jurídico Latinoamericano se buscaban, en otros tiempos no muy lejanos –tal vez hasta los años 80–, en otros aspectos que, aunque relevantes, no nos parecen hoy tan decisivos.

Se señalaban como aspectos comunes del Sistema –o bien como coincidencias que posibilitaban predicar su vigencia. Ellas son:

- a) La participación de todas las naciones de un “Derecho de base romana”, un común origen en aquella legislación;
- b) Dentro de esa base romana, la coincidencia en la vertiente latina, desarrollada en países como Francia, España, Italia;
- c) El haberse inspirado todos los códigos que se fueron dictando durante el siglo XIX en el “Code” que Napoleón hizo aprobar para Francia;
- d) La enorme influencia que tuvieron en la casi totalidad de nuestros países, antes de la codificación, el Derecho de España para sus colonias, y luego el de Francia a través de sus

- e) Que la religión católica fuera la predominante en los pueblos de América Latina;
- f) Que esa fe se tradujera en la vigencia del “espíritu franciscano”, espíritu de pobreza que caracterizó a nuestros pueblos;
- g) Una lengua común –el español– con la variante del portugués en el Brasil, etc., etc.

Nos parece que las coincidencias señaladas, que ponen el acento en lo jurídico, lo idiomático o lo religioso, deben completarse, dentro de un marco sobresaliente, con las coincidencias en cuestiones económicas y sociales:

- a) Es uno de los continentes de la pobreza, la marginalidad y el subdesarrollo;
- b) Con altos índices de mortalidad infantil y de ignorancia;
- c) Con necesidades elementales o mínimas insatisfechas;
- d) Donde la brecha entre una minoría rica y una inmensa mayoría pobre se amplía permanentemente;
- e) Donde los pobres son cada vez más pobres y los ricos cada vez más ricos;
- f) Donde abundan hasta el hartazgo los negocios usurarios, aprovechados o leoninos;
- g) Pueblos transformados en paraísos de empresas multinacionales o transnacionales, que importan sus usos y costumbres en su actuación en el mercado;
- h) Mercados con enormes fallas, con base en la desigualdad, la ignorancia y las necesidades apremiantes; etc.

De ahí que el Derecho europeo del siglo XIX hecho para gobernar una “sociedad burguesa” no nos sirva ya; como tampoco atiende a los requerimientos actuales de esa América del Derecho de una Europa próspera.

Los códigos de Latinoamérica, sin lugar a vacilaciones, deben componerse a partir del nuevo paradigma: la tutela de los débiles; a conciencia de una sociedad que no es igualitaria, sino que exhibe grandes diferencias, y de un mercado que no es “perfecto” sino cubierto de “fallas”. No se trata de construir un “derecho clasista”, sino de hacerlo útil, eficiente, realista, con “agarre” en la sociedad y el mercado que busca regular.

El consumidor es en esos códigos el personaje central, en lo patrimonial, en orden a las obligaciones, contratos y a la propiedad. Y la “persona humana”, con la apetencia de reconocimiento de su dignidad, la que campea en el Libro pertinente. De ahí la importancia de los “derechos personalísimos” que los códigos deben enfatizar. En el Derecho de Daños el centro de la atención debe ponerse en el “dañado”, en su perjuicio injusto, que lo priva de lo que es suyo, y no en los agentes o victimarios, por más activos, emprendedores o proveedores que ellos fueren.

4 – Debemos admitir que las soluciones jurídicas, en pluralidad de temas, no son las mismas en los países del primer mundo, conforme a su Derecho, y en los países en vías de desarrollo, atentos a sus limitaciones o precariedades. Que una sociedad donde la enorme mayoría es “fuerte”, instruida, informada, satisfecha, no susceptible de ser aprovechada o víctima de usuras, conocedora de sus derechos y de la manera de ejercerlos, con acceso fácil al mercado, a la justicia y a la protesta, goza de un Derecho diferente.

No nos parece que esta cuestión, a la que juzgamos obvia, merezca mayores insistencias. Tal vez debamos decir que la confusión para un sector se originó en la creencia de un “Derecho puro”, especie de “teoría pura del Derecho”, al estilo de la defendida por Kelsen, capaz de aplicarse en todo el mundo, marginando diferencias sociales o económi-

cas, problemas, “entruetos” o conflictos. La historia del Derecho ha conocido en pluralidad de ocasiones una pretensión semejante de “derecho universal”, como la acariciada por Justiniano o Napoleón.

Pero los tiempos que vivimos son otros. Y la economía ha puesto su sello y avanzado en el Derecho. No es vana la idea de “hacer del Derecho una interpretación económica”, aunque con ella se apunte a otros propósitos.

Y en esa aproximación, entre el Derecho y la Economía, que en ciertas circunstancias es un priorizar los valores de la Economía o su lógica, respecto de los valores y la lógica del Derecho, sobresale el Derecho de los EE.UU. y sus expositores.

No debe parecernos extraño que las empresas norteamericanas traten de llegar a los países periféricos llevando su “propio derecho”, sus modos de solucionar los conflictos, sus “garantías” y su visión, en síntesis, tan peculiar de esta problemática.

Cuando el Proyecto de Reforma y Unificación de 1998 dice, al hablar del efecto de la obligación –art. 678–, que el acreedor insatisfecho puede, sin más, “requerir el auxilio de la fuerza pública en caso de incumplimiento de las obligaciones”, estamos observando un avance del derecho del “common law”, que consideramos lamentable.

Y cuando otorga a la autonomía de la voluntad un poder tan manifiesto que posibilita “arrepentirse libremente” de los contratos –art. 971– o configurar como caso fortuito a un hecho cualquiera, en virtud de un pacto, art. 1617, o incorporar cláusulas abusivas a los negocios, con la sola exigencia de la firma al pie por el adherente –art. 969– podemos sostener que son soluciones “americanas” que no se compadecen con los requerimientos de nuestros pueblos.

Y son sólo unos pocos ejemplos. Los tenemos también en el derecho vigente, en materia de negocios fiduciarios o de ejecución de un mutuo hipotecario incumplido.

No nos preocupa tanto el origen remoto de estas soluciones, como la desprotección de la parte débil en las relaciones jurídicas que ellas conllevan. No nace nuestra disconformidad de la “vertiente anglosajona”, sino de la injusticia que tales normas posibilitan.

5 – El Código Civil de Chile de 1855, obra del gran jurista y literato Andrés Bello, puede considerarse como el primer Código de Latinoamérica, no sólo porque no importa un seguimiento servil del Código Francés, sino también porque fue receptado por otros países de América y adoptado como código propio. Antes de Bello habíamos tenido imitaciones y hasta traducciones del francés, transformadas en código, como ocurrió con el estado mexicano de Oaxaca en 1827-29, con Bolivia en 1830 y Costa Rica en 1841.

El de Chile fue adoptado íntegramente en Ecuador en 1860, y en Colombia en 1873; en Venezuela, durante un tiempo, en 1862; en Nicaragua desde 1871 y en Honduras desde 1880; Guatemala lo recibió con modificaciones en 1877; se señala, además, su influencia en el Código del Uruguay de 1869.

El “Esboco” de Teixeira de Freitas fue el segundo monumento jurídico de Latinoamérica, entre 1861 y 1862, inspirador de otras codificaciones, entre ellas, sin lugar a dudas la de nuestro país; sin embargo, el Brasil, la República Federativa, recién tuvo su Código Civil en 1916, obra de Clovis Babiláqua.

Y, finalmente, el Código de Vélez, de 1871 que, no obstante recibir las influencias del francés y de Freitas, supo consagrar soluciones propias, adecuadas a la realidad de su

tiempo. Lo adoptó el Paraguay, hasta su Código de 1987, e influyó grandemente en otras legislaciones como las de Bolivia y Perú.

Esta tradición jurídica, sobre la cual los argentinos muy poco nos hemos ocupado, ha sido destacada por dos eminentes juristas italianos: los profesores P. Catalano y Sandro Schipani, ambos de la Universidad "Tor Vergata", de Roma, donde funciona el Centro de Estudios Latinoamericanos. Dicho Centro y la ASSLA se han empeñado, desde los años 80, a favor de un Código Civil Latinoamericano, habiendo comenzado en 1986 con un encuentro en Bogotá, Colombia, a propósito del derecho de las personas y luego, ya en los 90, en una obra respecto del contrato.<sup>(1)</sup>

6 – La penetración de los EE.UU.: en los pueblos de Latinoamérica es un hecho insoslayable. La situación de Puerto Rico fue tal vez el detonante; la isla, donde se aplicaba el código español de 1889, aprobó un estatus de anexión a los EE.UU. y a partir de allí ese derecho se entremezcló con el propio del "common law", en su versión norteamericana. Las instituciones del "common law" están también muy presentes en países como Panamá y Ecuador, que han decidido "dolarizar" su moneda produciendo, por esta vía, un acercamiento muy importante hacia la Nación del norte. Sin dolarización, pero con base en un turismo intenso y en un intercambio comercial muy desarrollado, la penetración es evidente en otros países de la región, como ocurre en Guatemala, Costa Rica y Honduras.

Han quedado muy atrás los tiempos en que el avance de las instituciones típicas del derecho anglosajón, como el fideicomiso o trust, eran fuertemente resistidas por no acomodarse a la tradición del derecho "continental" europeo y, por ende, a la versión centro y sudamericana.

Entre tanto, las tentativas para consolidar uniones, bloques o acuerdos regionales, que incluyeran poco a poco la armonización de las respectivas legislaciones, han fracasado ya sea por rivalidades de vieja data, falta de un auténtico liderazgo, o bien celos o envidias. Ni la unión "centroamericana", ni el bloque "andino", ni el Mercosur, han logrado éxito en esa materia. Más aún, asistimos actualmente a trabajos de reformas en los códigos, como los que se efectúan en Argentina y Brasil, realizados a espaldas de los países vecinos o de la región, sin la menor consulta o búsqueda de coincidencias. Cada nación o país de Latinoamérica continúa en lo suyo, de manera individual y aislada, como si en lo privado patrimonial existieran razones de peso que impusieran volcar "lo propio" y rechazar todo intento de armonización. Creemos que nada de eso se da, sólo las pasiones menores, la falta de miras levantadas, un falso localismo, políticas de parroquia o aldea...

Es innegable que el 2000 no nos ha encontrado a los latinoamericanos unidos y, si juzgamos por nuestras economías, por nuestros desarrollos o bien por los avances hacia la justicia social, diríamos que nos sorprende "vencidos" o "destruidos", perdiendo soberanía, capacidad de autodecisión y, por tanto, en un proceso de franca "colonización".

<sup>(1)</sup> Guzmán Brito y otros, *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo*. Edic. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

7 – Es hora de volver a pensar en Latinoamérica. Para la Argentina, antes de pensar en la recuperación de una posición líder perdida, es necesario recuperar la confianza y las buenas relaciones. El Mercosur es una base importante para logros en la materia, al estilo de lo ocurrido en la Unión Europea, que lleva más de veinte años, con base en directivas, tratando de armonizar las respectivas legislaciones.

Si tuviéramos que señalar un avance que nos toca muy de cerca, en orden a la construcción de un sistema jurídico “distinto” del europeo, heredado, y del americano, que nos penetra, mencionaríamos la reforma del año 68, de la ley 17.711, que incorporó institutos que no estaban en la versión liberal-individualista y que respondían a las necesidades de protección a los débiles: lesión, imprevisión, buena fe, abuso, equidad, etc. El resultado fue, es verdad, un “código híbrido”, que recepta soluciones que obedecen a la impronta liberal y a la intervencionista, en defensa del orden público de dirección y de tutela; que atiende a lo individual y a lo social; que protege la autonomía de la voluntad, pero le señala límites importantes.

No creemos que los proyectos de reforma en marcha carezcan de una inspiración filosófico-jurídica, una ideología o concepción acerca del hombre y de la vida social; más bien pensamos que ella se oculta o silencia y que, por tanto, debe buscarse en el contexto, más que en los textos, en las entrelíneas, más que en las palabras.

La lucha es hoy por el mantenimiento o la claudicación en orden a los valores propios del saber jurídico: si reafirmamos nuestra creencia en la posibilidad de un Derecho justo o si abandonamos esa pretensión para conformarnos con un Derecho útil; si sostenemos la equidad, el equilibrio, la armonía en las relaciones, o dejamos paso al valor económico de la eficiencia.

En otras palabras, para que quede muy claro, si estamos jugados en el Derecho Privado a favor de la persona humana o nos han convencido los corifeos del economicismo acerca de la necesidad de tutelas a las empresas, productoras del crecimiento y del desarrollo.

El quehacer a favor de un Sistema Jurídico latinoamericano no es otro. Un sistema construido con el pensamiento puesto en la sacralidad y dignidad del hombre americano, preocupado por su redención y su felicidad terrenal.