

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS
Y SOCIALES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 14 / 1994



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle y Joaquín García-Huidobro

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hubner, Máximo Pacheco y Eugenio
Velasco.

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1994

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL.
ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL N° 12
1 9 9 4

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las siguientes Universidades: Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad Andrés Bello, Universidad Austral de Chile, Universidad Católica del Norte, Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Valparaíso, Universidad de Concepción, Universidad Las Condes, Universidad Diego Portales, Universidad de Chile, Universidad de Talca, Universidad Finis Terrae, Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad de La República.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

ISSN — 0170 — 17881

Diseño gráfico: Allan Browne Escobar.

Impreso en EDEVAL,
Errázuriz 2120 - Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 1994

ESTUDIOS JURIDICOS Y SOCIALES

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1993 - 1995)

Antonio Bascuñán Valdés, Jorge Correa Sutil, Jesús Escandón Alomar, Pedro Gandolfo Gandolfo, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

PRESENTACION

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que opera en nuestro país como sección nacional de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR), presenta su Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 12, correspondiente a 1994, titulado "Estudios Jurídicos y Sociales".

Los trabajos que componen el presente volumen se distribuyen en distintas secciones que el lector puede identificar remitiéndose al índice de la obra.

El Anuario de Filosofía Jurídica y Social se edita por nuestra Sociedad desde 1983 y ha entregado hasta la fecha un total de 12 números.

Este y los restantes números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 211-V, Valparaíso, Chile.

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

cional, a un estudio más o menos realista del Derecho Político, entendido, aproximadamente, como las normas jurídicas llamadas a regular el poder, el proceso político y, en general, toda la problemática conexas. El primer intento, lo hicimos —creo— en la Universidad de Chile, tras la abrogación de la Constitución de 1925, oportunidad en que redactamos el Programa de Derecho Político que, hasta hoy día, se encuentra vigente en algunas universidades del país. Fue, en su día, un buen Programa de estudio, tal vez el mejor posible en su momento. Tan es así que el nuevo Programa de la Universidad de Chile prácticamente lo ha copiado de pe a pa; y, lo que le ha quitado o agregado, no lo ha mejorado. La razón de esto se podrá deducir de lo que explicamos a continuación.

5) Efectivamente, la mejora substancial —y, además imprescindible— consistiría no tanto en agregar materias nuevas al Programa, sino más bien en reordenar metódicamente las actuales, siguiendo la lógica implícita en el concepto de Derecho Político; lo cual sólo exigiría estudiar, primero, el proceso político con todo lo que éste conlleva y, luego, el sistema de normas llamado a regular dicho proceso. Concedemos que haya que quitar algún ítem obsoleto (como la Teoría de la Institución, de M. Hauriou) o que haya que agregar algunas importantes novedades (como la Justicia constitucional y lo relacionado con ella); pero, así y todo, esto no resulta tan urgente como el adecuar el Programa de estudio al concepto de aquello que se pretende estudiar, porque —como decían los antiguos— “operatio sequitur esse”, ¡y no al revés! Valdría bien la pena que se le dedicara pronto un estudio, detallado y a fondo, a este problema, tal vez —preferentemente— en la forma de una reunión, mesa redonda o *panel* convocado sólo para tal efecto. Especialmente, considerando que ni “dogmatistas” ni “juridicistas” se sentirán jamás a gusto con el Derecho Político, y preferirán seguir hablando de Derecho Constitucional, expresión que, evidentemente, deja a la vista los propósitos de unos y otros.

CONFERENCIAS

LA IMPORTANCIA DE LA ENSEÑANZA DEL
DERECHO COMPARADO Y SU UTILIDAD
PARA LOS INTENTOS DE UNIFICACION

EDITH ZAHLER FRIEDLER *

La ponencia que presento hoy está dedicada a algo que no existe, pues el derecho comparado, como tal, no existe. No hay un código de derecho comparado en ningún país del mundo y tampoco existe el derecho comparado como precedente en el derecho anglo-sajón. Entonces, nos preguntamos por qué hemos elegido este tópico y acaso vale la pena detenernos en esta disciplina abstracta que es, en realidad, un *tertium comparationis*. La verdad es que no llegamos a practicar derecho comparado hasta no haber aprendido bien el *secundum comparatum*, es decir, el derecho extranjero. Sin embargo, cursos de derecho comparado se enseñan hoy en todas las universidades norteamericanas y el XIV Congreso de Derecho Comparado que tuvo lugar en Atenas en agosto de este año contó con la participación de más de 700 personas representando a muchísimos países. (Desgraciadamente, no tuve el placer de ver a un representante de Chile).

El abogado de mañana tiene que estar capacitado para enfrentar el mundo transnacional en que vivimos. Este mundo se ha transformado en un mundo muy chico. Incluso en Estados Unidos, la no-

* Profesora de Derecho, Loyola Law School, Los Angeles, California. Conferencia presentada en la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, el 19 de diciembre de 1994.

ción de un contrato puramente intra-estatal, es decir, entre personas por ejemplo domiciliadas en California en relación a un objeto situado en California, es una *avis rara*. De la misma manera, geográficamente California está más cerca de México que de Nueva York y la cantidad de transacciones internacionales y la posibilidad de litigio en materias extracontractuales es más grande con México que con Nueva York, especialmente ahora que el Tratado de Libre Comercio está aprobado. Por lo tanto, aparece no sólo clara, sino urgente, la necesidad de entrenar profesionales que puedan aconsejar a sus clientes en materia de transacciones internacionales y que, a la vez, puedan entablar juicios si esos contratos no se cumplen.

Cabe a las Escuelas de Derecho de hoy, preparar al abogado del siglo XXI. Por lo tanto, la primera parte de esta exposición dará a conocer la función que desempeña el derecho comparado en la práctica y la responsabilidad profesional del abogado que ejerce en esta rama del derecho. La segunda parte, se avocará al estudio del derecho comparado como disciplina académica. Terminaremos con unas palabras acerca de la relación entre el derecho comparado y los intentos de unificación del derecho.

1. *La utilidad del derecho comparado puede apreciarse en varias formas.*

a) Derecho comparado y derecho internacional privado:

Hoy día es casi imposible encontrar un contrato internacional entre una compañía norteamericana y una compañía extranjera que no incluya una cláusula de "prórroga de jurisdicción" (choice of forum), una cláusula de selección de la ley aplicable, autonomía de la voluntad (choice of law) o una cláusula arbitral. De modo que es imprescindible conocer tanto la forma como el fondo del otro sistema legal aplicable y compararlo con el propio para poder inteligentemente negociar este tipo de cláusulas en el momento de formarse el contrato. Aun cuando un contrato no incluya una de estas cláusulas, el derecho internacional privado norteamericano (como lo he expresado en otras oportunidades) (1), permite gran latitud al juez en la deci-

1. Véase, Edith Z. Friedler, *Revolución y Contra Revolución del Derecho Internacional Privado de Estados Unidos* (conferencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile el 9 de septiembre de 1992, actualmente en prensa)

sión de la ley aplicable al caso; por lo tanto, el conocimiento a fondo de las leyes que potencialmente gobiernen un caso y la posibilidad de obtener resultados distintos, obligan hoy al abogado a practicar el derecho comparado en forma muy seria. Existe gran disparidad en la manera en que los 50 estados de los Estados Unidos regulan ciertas materias legales, por ejemplo, cláusulas de no competencia, daños extracontractuales, daño moral, etc., sin perjuicio de las diferencias que se advierten entre la legislación de un estado y la de otro país. Como ejemplo, se puede mencionar la gran diferencia que existe entre la ley de California y la de México en relación con daños causados en accidentes de automóvil, sobre todo si se piensa que muchos californianos van a México por el fin de semana. A mayor abundamiento, las demandas en contra de abogados por "malpractice" imponen la obligación de informarse correctamente acerca del derecho que no es el propio para evitar una sentencia desfavorable (2).

b) Derecho comparado y derecho de inmigración:

El estudio del derecho comparado es indispensable hoy en los Estados Unidos debido al gran número de extranjeros que residen en el país. Esta situación puede fácilmente producirse en Chile ya que este país atrae cada día más y más capital e inversión extranjera. Las cuestiones más discutidas en este momento en los Estados Unidos dicen relación con peticiones de asilo político por parte de mujeres que por ejemplo han sido violadas en el conflicto de Bosnia o que provienen de países cuyas leyes o costumbres chocan la conciencia de los norteamericanos. Es así como se dio mucha publicidad al caso de una mujer de Nigeria que pidió asilo político en Estados Unidos diciendo que de ser deportada y mandada de vuelta Nigeria, sus dos hijas jóvenes que son ciudadanas norteamericanas serían sometidas

2. In re Roel, 3 N.Y.2d. 224, 232 (1957). "When counsel who are admitted to the Bar of this State are retained in a matter involving foreign law, they are responsible to the client for the proper conduct of the matter, and may not claim that they are not required to know the law of the foreign state". "Cuando se contrata abogados habilitados para ejercer la profesión en este estado [Nueva York] para resolver asuntos que requieren el uso de una ley extranjera, estos abogados son responsables ante el cliente por la correcta tramitación del asunto y no pueden argumentar que ellos no están obligados a conocer el derecho de un país extranjero". (Traducción de la autora).

en su país natal a lo que se conoce con el nombre de "circuncisión femenina". Este es un procedimiento que se hace sin anestesia y que priva a las mujeres de gozo sexual, fuera de causarles problemas físicos toda la vida. La ley de inmigración no contempla este tipo de causal para pedir asilo, pero los tribunales están empezando a dar una interpretación más amplia a la categoría de "pertenecer a un grupo social particular" (3) como causal de asilo para incluir estos casos. Lo mismo está sucediendo con personas que son homosexuales y que piden asilo porque los homosexuales son perseguidos en su país natal. No cabe duda que para poder llegar a una conclusión acerca de estas peticiones, es indispensable no sólo conocer el derecho extranjero, sino además, compararlo con el derecho norteamericano.

Estos casos y otros similares también presentan otro tipo de desafío para el derecho comparado. Nos referimos aquí a la necesidad de poder desempeñarse frente a dos culturas diferentes. Se habla hoy día de la necesidad de entrenar abogados y jueces que puedan ejercer lo que en Estados Unidos se conoce como "cross-cultural lawyering".

Una ilustración bastante dramática de las diferencias culturales se encuentra en los casos en que un extranjero pide asilo político u otro remedio a un tribunal y al contar su historia o al contestar preguntas el o la solicitante no mira al juez directamente a los ojos. Muchas veces esta actitud se toma como evidencia de que la persona no está diciendo la verdad, pero se trata más bien de una manera de ser cultural que nada tiene que ver con la veracidad de los hechos que se presentan al tribunal. Este es un problema muy serio, sobre todo si se piensa que en los casos de asilo político, frecuentemente, no hay otra evidencia de persecución fuera de la historia que cuenta el refugiado. Por lo tanto, la decisión del juez de primera instancia

3. The term refugee means an alien who has "a well founded fear of persecution on account of race, religion, nationality, membership in a particular social group, or political opinion..." "Immigration and Nationality Act 101 (a) (42). La definición de refugiado se encuentra en la Ley de Inmigración, Artículo 101 (a) (42) y habla de personas que tienen un temor bien fundado de persecución a causa de religión, raza, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular u opinión política. (Traducción de la autora).

en relación con la credibilidad del refugiado, es requisito *sine qua non* para una sentencia que acoja la petición de asilo.

c) El derecho comparado y el derecho penal:

En los últimos años, jueces en los tribunales en lo criminal se han visto enfrentados con lo que se conoce en Estados Unidos como "la defensa cultural" (4). Así, por ejemplo, un hombre de Laos se encontró con que la mujer con la cual se quería casar, presentó una querrela por raptó y violación. En el curso del juicio, él presentó evidencia que demostró que en su país existía un procedimiento llamado "zij poj niam", o matrimonio por captura, una forma legítima de matrimonio en ciertas tribus de Laos (5). Algo parecido tuvo lugar en el caso de una mujer japonesa acusada de matar a sus hijos. En lo que algunos llaman "oyako-shinju", una especie de suicidio ritual de padres e hijos, Fumiko Kimura ahogó a sus dos hijos y trató de ahogarse a sí misma tirándose todos al mar en Santa Mónica, debido a la humillación que sufrió al saber que su marido andaba con otra mujer (6). No cabe duda que Japón y California aplican diferentes normas a un caso como este y a muchos otros en los cuales se trata de introducir esta llamada "defensa cultural". Hay muchos desacuerdos en la literatura jurídica norteamericana acerca de si se da o no lugar a esta defensa cultural, pero los casos no han llegado a la Corte Suprema de California para darles una respuesta definitiva.

Todo lo anterior representa una pincelada a grandes rasgos del rol que desempeña el derecho comparado en la vida diaria de habitantes y abogados en un estado como es California.

2. *El derecho comparado como disciplina académica.*

Nadie puede sostener hoy día que el estudio del derecho extranjero "es algo ridículo", como lo dijera Cicerón (7) hace muchos siglos atrás. Pero hay que reconocer que incluso Montesquieu, en su

4. Véase, A. Gaelin, *The Cultural Defense: Undermining the Policies Against Domestic Violence*, 35 Boston College Law Rev. 723 (1994).

5. *People v. Kong Moua* (Fresno Superior Court, N° 315972-0, 1986).

6. *People v. Kimura* (Los Angeles Superior Court, N° A-0911331).

7. De Oratore, 1.44.197.

Espíritu de Las Leyes, dijo que sería "un grand hasard" (una gran casualidad) si las leyes de una nación terminaran por serle útiles a otra⁽⁸⁾. A pesar de todo este negativismo, hoy día la situación ha cambiado radicalmente y, al menos en los Estados Unidos, la pregunta de si hay necesidad de mirar hacia otras culturas jurídicas o acaso basta con conocer en forma íntima y detallada la propia para realmente entenderla se contesta diciendo que sólo a través del análisis de varias culturas jurídicas se puede distinguir lo que es accidental de lo que es necesario, lo que es permanente de lo que está sujeto a cambios y lo que caracteriza los fundamentos de ambas proposiciones. Por el contrario, el derecho de una sola cultura toma por sentada la teoría ética sobre la cual se basa⁽⁹⁾.

Hay que reconocer que este punto de vista hizo su aparición mucho más tarde en el derecho común (common law) que en el derecho civil de tradición romano-germánica. Para ilustrar esta diferente perspectiva hacia el derecho comparado, nada mejor que contraponer el "motto" que se lee entrando al campus de la Universidad de Sydney en Australia con el que se encuentra escrito en una estatua sobre una fuente a la entrada de la Universidad de Puerto Rico. En Sydney, continuando una tradición que se remonta a Horacio, se lee: "*Sidere mens eadem mutata*" (la misma mente bajo cielos diferentes)⁽¹⁰⁾. En cambio, en Puerto Rico, una frase del poeta Juan Ramón Jiménez evoca algo muy distinto: "*Pie en la patria casual o elegida; corazón, cabeza en el aire del mundo*"⁽¹¹⁾.

Vale la pena detenerse un momento en el mensaje que estas frases comunican. La primera recuerda esa máxima tan típica inglesa: "*Once an Englishman, always an Englishman*", que incluso apa-

8. De l'Esprit des lois 10: "Us lois politiques et civiles de chaque nation... doivent etre tenement propres au peuples pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir a une autre".

9. Ehrmann, Comparative Legal Cultures (1976).

10. "*Coelum non animam mutant qui transmare currunt*" (aquellos que cruzan los mares, cambian el cielo sobre sus cabezas, pero no cambian sus almas). R. Hughes, Culture of Complaint, 84-5 (1993).

11. Grossfeld, The Strength and Weakness of Comparative Law 40 (1990).

rece citada en casos norteamericanos como: *In re State of Jones*⁽¹²⁾.

Esta manera de ver el mundo revela un etnocentrismo muy característico de los países que se consideran super potencias y, por lo tanto, no valoran un derecho o una cultura distintos del propio lo que impide cualquier intento de comparación. Este punto de vista no se compadece con el mundo del siglo vigesimoprimer y tampoco resulta aplicable a la Inglaterra de hoy debido a su integración en la comunidad europea y a la necesidad de armonizar su derecho con el de los otros países de raíz romano-germánica. Los esfuerzos hacia la armonización y la unificación del derecho en el continente europeo han sido de tal magnitud que ahora uno de los temas más discutidos y controvertidos es si se debe o no redactar un código civil europeo.

Demás está decir que la posibilidad de un código civil europeo es uno de los más ardientes desafíos que se presentan al derecho comparado. No hay manera de preparar un código de esa envergadura sin antes hacer un estudio intensivo de las semejanzas y las diferencias de las instituciones legales fundamentales de los países de la comunidad europea. Hablaremos más adelante de este desafío y de la posibilidad de crear un código civil latinoamericano si los intentos de integración económica siguen siendo exitosos. Pero antes, unas palabras acerca del *motto* de la Universidad de Puerto Rico. Las bien escogidas palabras del poeta español nos recuerdan que hacer derecho comparado no significa simplemente absorber el derecho extranjero. Muy por el contrario, el derecho comparado puede también servir para construir una barrera que impida la entrada a ideas legales extranjeras y para reafirmar las instituciones legales tradicionales y el respeto que las mismas merecen. En otras palabras, tenemos que estar atentos siempre a nuestra propia cultura, pero al mismo tiempo estar abiertos a la influencia extranjera.

Está claro, entonces, que el derecho comparado tiene debilidades, especialmente si se considera que nuestra sabiduría tiene limitaciones pues es casi imposible obtener un conocimiento completo de una ley extraña. Esta visión está culturalmente torcida y nuestro conocimiento muchas veces está construido sobre arena⁽¹³⁾. Es por eso

12. 182 NW 227 (Iowa) (1921).

13. Grossfeld, supra, nota 12, p. 38.

que no deja de tener razón Paul Koshaker cuando dice que "Hacer mal derecho comparado es peor que no hacerlo en absoluto" (14).

3. Un código civil europeo y su implicancia para Latinoamérica.

No cabe duda que la mayoría de las ciencias que se enseñan en las universidades modernas se caracterizan por ser internacionales tanto en su fondo como en su perspectiva. Pero no puede decirse lo mismo de la ciencia del derecho. Es así como en los últimos 200 años, ha existido en Europa, en principio, el mismo número de sistemas legales como de estados nacionales. En gran medida, los límites de la ciencia del derecho son los mismos que los límites geográficos. Los abogados alemanes aplican el BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) y los abogados franceses emplean el *Code Civil*. En Inglaterra, todavía existe el viejo "common law". La consolidación del Mercado Común Europeo ha introducido directivas de la comunidad europea en importantes áreas de derecho privado que están vigentes en los países miembros. Pero esta legislación opera en pedacitos y el parlamento europeo está estudiando la posibilidad de un código civil europeo. Para lograrlo, uno piensa inmediatamente en la situación legal de Europa a partir del siglo XII cuando el derecho romano-canónico era el derecho común, *el ius commune o common law* de Europa, y cuando abogados que habían recibido su educación legal en un país ocupaban cátedras en universidades de otros países. Vale la pena abrir un paréntesis aquí y mencionar el llamado "*Erasmus program*" vigente en muchas escuelas de derecho en los países de la comunidad europea que permite a los estudiantes de una escuela en un país, tomar cursos en escuelas de otros países con el objeto de crear abogados de la comunidad europea.

A pesar del resultado que tuvo el proceso de codificación en los países europeos en el sentido de eliminar como fuente del derecho todo aquello que había quedado fuera del código, es indudable que, por una parte, muchos artículos de los códigos han conservado muchas reglas del derecho romano, y por la otra, incluso cuando una nueva norma se introduce específicamente en contraposición a la del

14. Id., p. 40.

derecho romano, es indispensable entender la norma de derecho romano para poder aplicar correctamente la nueva norma. Por lo tanto, aún en su derrota, el derecho romano mantiene una función clave para entender el derecho moderno en forma más que superficial. Esta tradición romanista se percibe como básica para cualquier tipo de codificación europea. La pregunta, entonces, es ¿cómo se integra la tradición del *common law*?

La respuesta la da el profesor Reinhard Zimmermann, mostrando que es un mito imaginar que el derecho inglés floreció en noble aislamiento del resto de Europa y que la recepción en Inglaterra del derecho civil romanístico comenzó en el siglo XIII con tratadistas tan famosos como Bracton, continuando hasta el siglo XVIII con Blackstone y alcanzando al siglo XX con Birks (15). Este mismo profesor nos recuerda, además, que el derecho romano se empleaba en los tribunales eclesiásticos, en la Court of Chancery (donde se presentaban los juicios basados en la equidad) y en las Admiralty Courts (donde se escuchaban los pleitos comerciales con contactos extranjeros). A la aparente contradicción entre el *common law* y el derecho de tradición romano-germánica hay que agregar la ironía de considerarnos nosotros, digamos en Chile, como herederos del derecho romano y no así los países anglosajones. En otras palabras, si pensamos que la categoría más importante en cuanto a la comparación de sistemas legales es la que se refiere a las fuentes del derecho, nos encontramos con la siguiente situación: No es ninguna novedad que la ley entendida como manifestación de la voluntad soberana es la principal fuente del derecho en los sistemas legales derivados del derecho romano; en cambio, la decisión judicial, los precedentes o el *case law* es la fuente principal del derecho en el *common law*. Pues bien, si nos remontamos al derecho romano clásico, recordaremos que las *leges* fueron poquísimas y que la fuente principal del derecho se manifestaba a través de la labor de los juristas. Como ustedes bien saben, el juez en Roma, el *iudex*, era un ciudadano romano elegido de común acuerdo entre las partes de una lista confeccionada cada cierto tiempo por el censor. Este juez no era letrado y consultaba a los ju-

15. R. Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity in Towards a European Civil Code*, 75 (1994).

ristas acerca de los casos que debía fallar. Los juristas, a su vez, transformaban esa pregunta concreta en innumerables casos hipotéticos para los cuales ellos daban respuestas que constituyen la literatura más rica del Digesto. De esta manera, asesorando a las partes, a los jueces y al pretor, la fuente más importante de derecho en el derecho romano clásico tal como en el *common law*, es la decisión de casos, los primeros hipotéticos, los segundos, reales. Hay otros puntos de semejanza entre el *common law* y el derecho civil de tradición romanística, como por ejemplo, la relación entre el derecho romano quirritario, rígido y formal y el derecho honorario, flexible y basado en lo que es bueno y equitativo. Lo mismo sucede en el *common law* donde las acciones de la ley, rígidas y formales son mejoradas por las acciones basadas en la equidad. Pero la codificación Justiniana cambió todo esto y el ego de dos hombres, Justiniano y Napoleón, es un factor importante en la forma cómo se desarrolló el derecho. Parece inconcebible hoy pensar que Justiniano ordenó que se quemaran todos los escritos de los juristas cuyas obras se usaron en el Digesto para que no hubiera contradicciones con su obra y que hayan sido estas mismas contradicciones las que generaron el interés de los glosadores, post-glosadores, humanistas, escuela histórica del derecho y todos aquellos que se avocaron al estudio de este cuerpo legal⁽¹⁶⁾. También parece increíble hoy día pensar que Napoleón, al saber de un comentario hecho al *Code Civil*, haya exclamado: "*Mon Code est perdu*"⁽¹⁷⁾. En resumen, a pesar de las aparentes diferencias, pareciera que la unificación del derecho europeo a través de un estudio detallado de derecho comparado, pudiere, a la larga, conducir al establecimiento de un código civil europeo.

Cabe preguntarse, entonces, acaso los intentos de integración económica en Latinoamérica, sin perjuicio de la posibilidad de firmar un tratado de libre comercio, podrían conducir a la elaboración de un código civil latinoamericano. Todos los países que podrían ser miembros de una comunidad latinoamericana tienen la ventaja sobre

16. Nichols, *An Introduction to Roman Law*, 43 Oxford Univ. Press (1965).

17. Amos, *The Code Napoleon and the Modern World*, 10 J. Comp. Leg. & Int. Law (3rd Ser.) 222, 224 (1928).

Europa de poseer lazos históricos, culturales y legales más estrechos que los países europeos y con excepción de Belize y Las Guayanas, todos son herederos de la tradición civil romanista. Pero para poder siquiera pensar en la redacción de semejante código, se requiere personas entrenadas en derecho comparado.

4. El derecho comparado y los intentos de codificación.

En la unificación del derecho no hay lugar para la improvisación. En este tipo de trabajo no hay peligro mayor que el de un acuerdo superficial que oculte oposiciones fundamentales que no han sido detectadas o que han sido barridas debajo de la alfombra⁽¹⁸⁾.

a) UNIDROIT:

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho, se creó el 2 de septiembre de 1926 por decreto del gobierno italiano. De acuerdo con su estatuto original, UNIDROIT (Institut international pour l'Unification de droit privé) tiene por objeto "*preparer graduellement l'adaption par les divers Etats d'une legislation de droit privé uniforme*"⁽¹⁹⁾. A esta directiva, se une ahora la tarea de avocarse a estudios comparativos en derecho privado⁽²⁰⁾. Los esfuerzos de UNIDROIT abarcan una gran variedad de áreas legales, siendo las más importantes la compraventa internacional de bienes y los principios de derecho comercial internacional.

b) UNCITRAL:

De manera semejante en el campo del comercio internacional, the *United Nations Commission of International Trade Law* (UNCITRAL), fundada en 1968, tiene por objeto no sólo la tarea de preparar y promover la adopción de tratados internacionales, leyes modelos y leyes uniformes, sino además, la tarea de promover la codificación y de obtener una aceptación más universal de palabras o términos, cláusulas, costumbres y prácticas de derecho comercial internacio-

18. Denis Tallon, *Breach of Contract and Reparation of Damage, en Towards a European Civil Code* 223 (1994).

19. Artículo 1 (2) (c) del estatuto de 1940.

20. M. J. Bonell, 56 *Rabels Zeitschrift* 275 (1992).

nal⁽²¹⁾. Una de las tareas más exitosas e importantes de UNCITRAL fue la promulgación el 1º de enero de 1988 del tratado de Las Naciones Unidas Sobre Contratos Internacionales Para la Venta de Bienes Muebles, ratificado por más de treinta países, incluyendo Chile, que lo aprobó el 1º de mayo de 1991⁽²²⁾.

No está demás subrayar una vez más que la gigantesca tarea obra de estas dos instituciones ha sido posible gracias a los enormes esfuerzos hechos en el campo del derecho comparado.

5. *El Derecho Comparado en los Tribunales.*

Para terminar, quisiera darles otra perspectiva del rol del derecho comparado y ésta es a través de su uso por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso de *Thompson v. Oklahoma*⁽²³⁾, la cuestión delante de la corte era acaso la Octava Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que habla de castigo cruel⁽²⁴⁾ y no usual prohíbe condenar a muerte a un muchacho de 15 años que había sido acusado de un asesinato cometido en forma brutal. El muchacho había sido condenado a sufrir la pena de muerte por un jurado del estado de Oklahoma y la Corte de Apelación en lo Criminal había afirmado la condena. La mayoría de la Corte Su-

21. Uncitral fue creado con el objeto, entre otros, de promover la progresiva armonía y unificación del derecho comercial internacional en busca de una aceptación más amplia de normas uniformes existentes tales como las convenciones de La Haya. Véase Allan, E. Farnsworth, *Uncitral: Why? What? How? When?*, 20 *American J. of Comparative Law* 314 (1972).

22. Un listado de los países que han ratificado el Tratado junto con las respectivas reservas se encuentra en *Journal of Law and Commerce C15G Contracting States and Declaration Table*, 12 *J.L. & Com.* 285 (1993). Véase también *The Convention for the International Sale of Goods: A Handbook of the Basic Materials*, 169 (Reed R. Katherin & Daniel Barstow, Magraw eds., 1987).

23. 108 S. Ct. 2687 (1988).

24. U. S. Constitution, Eighth Amendment: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted". Constitución de los Estados Unidos, Enmienda Octava: No se requerirá fianza excesiva, y tampoco se impondrán multas excesivas ni castigos crueles y no usuales. (Traducción de la autora).

prema de los Estados Unidos en su opinión se refiere a la legislación de otros países en la siguiente forma:

"Si enfocamos nuestra atención hacia los 18 países que han expresamente establecido una edad mínima en sus leyes que se refieren a la pena de muerte, encontramos que todos ellos requieren que el acusado haya cumplido por lo menos 16 años al momento de cometer el delito capital. La conclusión que ofenderíamos los estándares de decencia en países civilizados al castigar con la pena de muerte a una persona menor de 16 años está en línea con la posición tomada por respetables organizaciones profesionales, por otras naciones que comparten nuestra herencia anglo-americana y por los países líderes de la Europa Occidental. Es así como la American Bar Association y el American Law Institute han formalmente expresado su oposición a la pena de muerte para los menores de edad. Aunque la pena de muerte no ha sido totalmente abolida en Inglaterra ni en Nueva Zelandia (ha sido abolida en Australia, con excepción del estado de New South Wales, donde se la permite para crímenes de traición y piratería), en ninguno de esos países se puede castigar a un menor con la pena de muerte. La pena de muerte ha sido abolida en Alemania Occidental, Francia, Portugal, Holanda, Bélgica, y en todos los países escandinavos y existe sólo para crímenes excepcionales como traición en Canadá, Italia, España y Suiza. La pena de muerte para los menores de edad también ha sido prohibida en la Unión Soviética⁽²⁵⁾.

De manera congruente con estas palabras, una mayoría de la Corte Suprema formada por los ministros Stevens, Brennan, Marshall y Blackmun con la concurrencia de la ministra O'Connor, revocaron la sentencia del tribunal inferior. El ministro Scalia, a quien ustedes conocieron cuando visitó Chile en 1990, escribió un voto disidente acompañado por el ministro Renquist. El ministro Kennedy no participó en este caso. Es interesante mencionar que el ministro Scalia se opuso al análisis comparativo y manifestó que lo que se considera estándar de decencia en otras sociedades civilizadas es totalmente inapropiado para establecer las creencias fundamentales de esta nación (Estados Unidos).

Según Scalia, lo importante era observar que el 40% de los

25. *Id.*, a p. 2696-7.

otros estados de este país no excluyen automáticamente la pena de muerte para menores y esto es lo que vale, aunque esta perspectiva contradiga el punto de vista uniforme del resto del mundo ⁽²⁶⁾.

Este es sólo uno de los muchos ejemplos en que el tribunal más alto de Estados Unidos usa el derecho comparado para fundamentar en parte sus sentencias. Pero cabe señalar también que hay otros casos en que si el tribunal hubiera recurrido a un análisis comparativo, tal vez el resultado habría sido distinto. Así, por ejemplo, en *Helicópteros Nacionales de Colombia v. Hall* ⁽²⁷⁾, la Corte Suprema tenía que decidir si el estado de Texas tenía competencia para conocer del juicio por "wrongful death" entablado por los herederos de cuatro ciudadanos norteamericanos que murieron en la jungla de Perú al estrellarse el helicóptero en que viajaban.

Sin entrar en los detalles del caso, es suficiente señalar que la Corte decidió que no había bastantes contactos con el estado de Texas y a pie de página indicó que tal vez el caso debía entablarse ante los tribunales de Perú o de Colombia. El tribunal supremo no consideró las dificultades que los demandantes tendrían en demandar en un país donde no hay jurados, donde se requiere traducir todos los documentos, donde no se aceptan los pactos de *cuota litis*, etc., factores todos éstos que deberían haber sido considerados por el tribunal.

Estos son sólo muestras del rol fundamental del derecho comparado en el mundo de hoy, rol que se agudiza y se hace cada vez más complejo debido a la necesidad de entender culturas jurídicas muy diferentes a las propias en un mundo que se ha hecho pequeño y donde no cabe ya el aislacionismo.

Para terminar, siempre me gusta en el marco del derecho com-

26. Id., Scalia, voto disidente, nota 4, p. 2716.

27. 104 S. Ct. 1868 (1984).

parado, citar al famoso poeta inglés H. E. Auden, que hace una comparación entre el amor y el derecho, y dice lo siguiente:

Law, like love, we don't know where or why,
Law, like love, we can't compel or fly,
Law, like love, we often weep,
Law, like love, we seldom keep ⁽²⁸⁾.

(El derecho, como el amor, no sabemos dónde ni cómo.

El derecho, como el amor, no podemos obligarlo ni dejarlo volar.

El derecho, como el amor, muchas veces nos hace llorar.

El derecho, como el amor, pocas veces lo podemos conservar).

(Traducción de la autora).

Muchas gracias.

28. W. H. Auden, *Collected Poems*, 208 (1976).