

## CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE CÓDIGO DE COMERCIO EN OCASIÓN DEL IV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO MERCANTIL MEXICANO

Por el doctor Ignacio WINIZKY,

con la colaboración de la doctora  
Marta H. DE FERRARI.

Señor Presidente, colegas, señoras y señores,

I. Volver a esta bellísima ciudad que es una perla en la diadema que son todas y cada una de las regiones de México, es, personalmente para quien les habla un renovado placer y un lujo espiritual.

La honrosísima invitación de que fui objeto para asistir como Observador a este Congreso me llevó a escribir algunas reflexiones para retribuir, siquiera en parte, aquella exquisita distinción.

También me permitió requerir la colaboración de una de mis colegas, la Dra. Marta Haines de Ferrari recientemente regresada a Buenos Aires después de un periplo de estudios jurídicos de más de cuatro años en la Cambridge University inglesa, donde tuvo oportunidad de trabajar junto a maestros del derecho como Lauterpacht, Marston y Polack, graduándose en el King's College.

De allí que las referencias a aspectos del derecho anglosajón y esbozos de filosofía del derecho enriquezcan aquellas reflexiones que tienen la añeja decantación de mi transitar y la frescura de esta comparatista que inicia su camino.

Queremos en primer término hacer algunas consideraciones sobre las fuentes de los dos grandes sistemas occidentales del derecho.

II. En cierto sentido, el desarrollo de los sistemas jurídicos puede depender de la clase de fuentes de la que emanan las normas legales. Así, cuando el derecho es creado a través de los precedentes judiciales, su evolución debe esperar la presencia del hecho litigioso, circunstancia que le da un carácter retrospectivo, dificulta su sistematización, retarda el cambio legal y origina un cuerpo normativo casuístico que no simpatiza con la elaboración de principios generales, pero que permite, en realidad, la formación de un derecho 'viviente', íntimamente ligado a la sociedad a la que pertenece y altamente sensible a la presencia de nuevas situaciones. En

contraste, cuando la génesis jurídica es la legislación —que por definición dispone para el futuro— el derecho es fácilmente sistematizable, apto para la realización rápida de drásticas reformas y tiende a su concreción en principios de carácter general y abstracto, si bien suele señalarse que, al fijar normas con una cierta permanencia la legislación dificulta el desarrollo espontáneo y natural del derecho.<sup>1</sup>

La transformación jurídica que se produjo en Europa continental a partir del siglo XVIII como consecuencia del impacto de una variedad de factores sobre la estructura económico-social, se materializó a través del sistema legislativo de la codificación. Este método aparece posteriormente como inevitable para los regímenes civilistas e irremplazable el estilo utilizado.

Sin embargo, la observación de una posible concordancia entre sociedad y derecho en los periodos posteriores al auge de la codificación, parece indicar que todo análisis de ella debe estar referido al marco histórico que lo determinó y a la orientación político filosófico que la inspiró.

En ese sentido, siguiendo a Solari,<sup>2</sup> la codificación liberal, a diferencia de anteriores compilaciones y recopilaciones, no sólo respondió a necesidades prácticas y políticas, sino también a exigencias lógicas, doctrinarias, económicas y filosóficas que surgieron de la expansión del comercio y de la industria y de la formación del moderno Estado Nacional. Así como esas actividades dejan de desarrollarse en pequeños centros, los nuevos Estados aspiran a la centralización política y administrativa, a la vez que rechazan la legislación vigente, por inadecuada a las nuevas modalidades y por la carencia de unidad, propia del particularismo feudal.

La filosofía individualista interpretó las aspiraciones de la Edad Moderna que se reflejaron, como señala el citado autor, con distinta intensidad en los códigos prusiano, francés y austriaco. Esta intensidad dependió del grado de influencia que los mismos recibieron de las dos tendencias que nutrieron esa corriente; por un lado, el racionalismo, coincidente con las doctrinas de la escuela del Derecho natural; por otro, el idealismo de Kant y el utilitarismo de Bentham. A los fines de instrumentar modalidades jurídicas adecuadas, los jusnaturalistas combinan el derecho vigente con formas tradicionales del Derecho romano, no del clásico sino el pretorio, como que éste correspondió a una etapa histórica similar, la transformación de Roma de sociedad agrícola en ciudad comercial. De tal modo, los jusnaturalistas, a partir de una serie de ficciones, fundan el derecho sobre principios únicos y racionales, de los cuales se desarrollan deductivamente las normas legales. El kantianismo, en oposición a esas premisas, proporciona

<sup>1</sup> Ver, para una visión desde el Derecho anglosajón, CUETO RÚA, Julio, *Judicial Methods of Interpretation of the Law*, I.U.S. Press; WATSON, Alan, *Comparative Law and Legal Change*, C.L.J., 1978.

<sup>2</sup> SOLARI, G., *Filosofía del Derecho Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1946, T. I, Cap. 1 y 2.

una aproximación conceptual a las instituciones que permite, a través de definiciones, distinciones y clasificaciones, la sistematización lógica del Derecho.

De esa manera, en la Europa continental se adoptaron códigos que brindaron un sistema racional de aplicación lógica y que otorgaban al ordenamiento jurídico certeza, unidad, uniformidad y predictibilidad. Esos códigos, al ser completos en sí mismos y estando inscriptos en una tendencia a su vigencia permanente, mostraban al Derecho como inmutable y desvinculado de una época determinada. Esto es, el Derecho se concibe como un ente orgánico en una perspectiva histórica de lento devenir y los códigos aparecen, en consecuencia, como inconvencionales desde esa perspectiva temporal, coincidente con la estabilidad social económica y política.

En Inglaterra, con intensidad diferente, se produjeron también circunstancias que llevaron a un desajuste entre el sistema normativo y la sociedad. Sin embargo, el balance y la consiguiente transformación jurídica no se realizó a través de la codificación total. Varias peculiaridades inglesas contribuyeron a ese resultado. Por un lado, en Inglaterra era menor que en el continente europeo la necesidad de racionalidad, uniformidad y unificación del derecho, como consecuencia de la labor desarrollada por los jueces denominados *in circuit*, que extendieron la aplicación del *common law* y de los precedentes elaborados por las cortes del Rey a todo el territorio. Estas normas sustituyeron las formas feudales pues eran consideradas más racionales y justas que las leyes locales. Por otro lado, cabe recordar que en Inglaterra existía una menor diversidad de fuentes normativas, pues la legislación de Eduardo I había impedido la romanización del antiguo Derecho inglés, afirmando su uniformidad.<sup>3</sup>

Es cierto, empero, que el *Common law* presentaba una progresiva rigidez, por lo que resultaba inadecuado a las nuevas ideas individualistas. Pese a ello la codificación no prosperó en los términos que Bentham la planteaba: un orden abstracto y apriorístico de ideas que debía desarrollarse a partir del legislador, en oposición a la tradición inglesa de formación gradual del Derecho mediante la actividad judicial. Se buscó la síntesis entre esas ideas y la génesis empírica del Derecho, dando cabida a las nuevas relaciones privadas a través de una mayor actividad de las cortes de *Equity*.<sup>4</sup> En línea general es la que domina en los países del *Common wealth* y en menor escala en Estados Unidos de Norteamérica.

Claro que ello es en teoría pura, ya que en la realidad las líneas se entrecruzan. Por una parte en el primero, los precedentes son modificados lentamente por nuevos fallos que los reinterpretan hasta llegar, a veces, a

<sup>3</sup> Para un análisis de esta situación ver POLLOCK & MATTLAND, *The history of English Law*, Cambridge University Press.

<sup>4</sup> Sobre la readaptación de los Códigos francés y alemán por los juristas de este siglo, ver GORDLEY, James, *European Codes and American Restatements: some difficulties* en *Columbia Law Review*, vol. 81, 140.

contrariarlos y no son pocos los que se traducen en leyes que se proyectan hacia el futuro. En el segundo, las normas escritas se interpretan por aquellos a quienes se dirigen y los jueces deciden sobre cuál es la interpretación y la acomodan a los usos y costumbres o a las circunstancias que las rodean. La jurisprudencia en ambos sistemas es creadora de normas e intérprete en un entretrejer constante.

Lo que distingue pues a ambos sistemas, en última instancia, es la preeminencia de uno de ellos respecto del otro.

Bueno es destacar que la galáxica cantidad de fallos y normas precede: la presencia de un instrumento técnico como la informática y revoluciones científicas como la matemática-estructural que pueden llegar a variables fundamentales.

La doctrina y el pensamiento jurídicos han sido motor y efecto del devenir histórico. Este desarrollo se manifiesta en nuevas escuelas, como la del Derecho Libre, que cuestiona los presupuestos sobre los que se asienta el Derecho positivo o la Jurisprudencia de Intereses, que sostiene la necesidad de contemplar los intereses a cuya regulación se dirige la norma legal. De tal modo se ha ido formando una nueva filosofía concreta de la ciencia jurídica, en oposición al formalismo conceptual y al formalismo apriorístico neokantiano, que, frente a la lógica jurídica formal, sostiene la preeminencia de un normativismo concreto. Se concibe al Derecho como un proceso que, por lo tanto, no puede ser totalmente aprehendido por las categorías de la lógica formal. No se desconoce que la norma jurídica constituye una proposición, pero se afirma que esta aproximación lógica, aunque válida de esta esfera, no agota la comprensión del sistema jurídico.<sup>5</sup>

En ese sentido que Castán Tobeñas señala que, frente a la complejidad indudable de lo jurídico, la "visión pluralista y conjugadora del método jurídico es el que domina y caracteriza hoy, de manera casi universal, la doctrina jurídica".<sup>6</sup>

De tal modo, no puede extrañar que se sostenga que la época del desdolvimiento del Derecho a partir de códigos completos y cerrados ha quedado atrás. Pero tal afirmación no es absoluta, pues no deben excluirse las ventajas que puedan obtenerse de codificaciones parciales o centradas en instituciones determinadas, ni la elaboración de códigos de sistemas abiertos, enraizados en la realidad a la que se dirigen y coherentemente estructurados, que no condicionan el posterior desarrollo normativo.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> REALE, M. *La filosofía del Derecho y las formas del conocimiento jurídico*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961, 119.

<sup>6</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, Reus, Madrid, 1947.

<sup>7</sup> Cfr. BODENHEIMER, E. *Is codification an outmoded form of legislation?* en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 30 (supp.), 1982.

III. Permítasenos que antes de referirnos al Proyecto de Código que tenemos en manos, citemos al maestro Raúl Cervantes Ahumada quien al formular su oposición a la conveniencia de ratificar o no la Convención Internacional sobre la compra-venta y otros contratos enumeró las bases para la redacción de una ley en sentido lato, en cuanto una ley requiere; un desarrollo lógico, una economía de palabras, que constituyan un marco de referencia y una claridad que permita su fácil comprensión.

Coincidimos plenamente con nuestro eminente colega y agregaríamos que se requiere también un trasfondo de estabilidad político-social y un decantamiento de la legislación vigente, requisitos que me han llevado desde hace años a oponerme a la reforma de leyes y códigos por gobiernos de hecho. La misma posición vale cuando esos estatutos normativos tienen poco tiempo de sancionados porque se necesita el laboreo doctrinario y jurisprudencial que pruebe que los usos y costumbres han asimilado esas reglas legales y están exigiendo un reacomodar de la estructura existente.

IV. Ciñéndonos a las consideraciones que nos merece este Proyecto queremos señalar que no obstante haber tenido ocasión de estar y recorrer México en muchísimas oportunidades y por espacios apreciables de tiempo, y que colegas y amigos le han hecho accesible la comprensión de muchos aspectos del vivir de este fascinante pueblo, toda pretensión de hacer un análisis pormenorizado del Proyecto que se nos presenta no podría tener valor alguno.

Sí, en cambio, podemos apreciar la claridad de las normas no obstante la economía de palabras, la ausencia de casuística reglamentaria, el lógico desarrollo de los capítulos, la introducción de institutos e instrumentos contemporáneos, el equilibrio en el desarrollo de las diversas secciones, es decir la organicidad del código, que responde cumplidamente las exigencias de una sistematización estructural de un conjunto de normas generales.

También se puede apreciar el manejo de las concepciones y técnicas más actualizadas armónicamente utilizadas con características mexicanas algunas de las cuales conocemos y otras que intuimos.

Se puede reconocer, por último, que quienes han redactado este Código han tenido en cuenta las vivencias no sólo del mundo en que estamos inmersos sino las del país en el que se aplicarán las normas.

Frente a estas virtudes y lo que dejamos expresado "ut-supra" sobre la codificación en general consideramos que sería perjudicial el enmendar artículos o suprimir capítulos de este Proyecto, varíe o no la concepción doctrinaria que los sustenta y por eso desde un punto de vista general es preferible su adopción a libro cerrado. Es seguro que la letra y el espíritu de la estructura de las instituciones legisladas se adaptará al cuerpo social y en una interacción, los usos y costumbres darán inflexión a las normas, que la sana crítica doctrinaria irá haciendo conciencia de virtudes y defectos y que finalmente la jurisprudencia pongan remedio a la patología que

llega a los tribunales. Subrayemos que en la labor de la jurisprudencia amén de los jueces participan las actitudes de los interesados, las luces de los abogados y todas las circunstancias socio-económicas que rodean el caso.

Nos resta dejar pública constancia de nuestra admiración por la titánica obra emprendida y por la sabiduría que implica la citación de este Congreso para adentrarse en aquélla.

Séanos permitido concluir esta modestísima contribución con el augurio de una pronta sanción integral del Código para cooperar en el progreso y la felicidad del pueblo mexicano.

Tanto el Código cuanto los debates de este Congreso serán, sin duda alguna, objeto del estudio de los Juristas de todo el mundo.