

R E V I S T A
IUSTIA



BOGOTÁ, ISSN: 1900-0448 – FACULTAD DE DERECHO – N° 36 – ENERO / JUNIO 2012



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Facultad de Derecho

REVISTA IUSTA

Nº 36

enero - junio

2012

IUSTA	Bogotá, D.C. Colombia	No. 36	pp. 1 - 170	Enero Junio	2012	ISSN 1900-0448
-------	--------------------------	--------	-------------	----------------	------	-------------------



Revista admitida en el Índice Nacional de Publicaciones Seriadas y Científicas y Tecnológicas –Publindex, en categoría C.
Dirigida a académicos y científicos en Ciencias Humanas Aplicadas

ISSN: 1900-0448

Hecho el depósito que establece la ley

© Derechos reservados
Universidad Santo Tomás
Facultad de Derecho
2012

Corrección de estilo
Diana Marcela Jaime López

Universidad Santo Tomás
Departamento de Publicaciones
Carrera 13 No. 54-39
Teléfonos 235 19 75 - 255 42 01
<http://www.usta.edu.co>
editorial@usantotomas.edu.co
Bogotá, D.C., Colombia
2012

CONSEJO EDITORIAL

P. Carlos Mario Alzate Montes, O.P.
Rector General

P. Eduardo González Gil, O.P.
Vicerrector Académico General

P. Luis Francisco Sastoque Poveda, O.P.
Vicerrector Administrativo y Financiero General

P. Érico Juan Macchi Céspedes, O.P.
Vicerrector General VUAD

Omar Parra Rozo
Director de la Unidad de Investigación

Fray Javier Antonio Hincapié Ardila, O.P.
Director Departamento de Publicaciones

María Paula Godoy Casasbuenas
Editora

COMITÉ EDITORIAL FACULTAD DE DERECHO

P. Vicente Becerra Reyes, O.P.
Decano de División Facultad de Derecho y Filosofía

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano Facultad de Derecho

Mario Federico Pinedo Méndez
Secretario de División de Filosofía y Derecho

Elisa Urbina Sánchez
Directora Centro de Investigaciones Sociojurídicas Francisco de Vitoria

Luis Alfonso Fajardo Sánchez
Representante de los profesores

Jorge Enrique Carvajal Martínez
Coordinador de Publicaciones Facultad de Derecho

COMITÉ EDITORIAL DE LA REVISTA

Álvaro Echeverri Uruburu
Decano de la Facultad de Derecho

María Cristina Patiño
Doctora en Derecho Procesal - Docente Universidad Santo Tomás

Elisa Urbina Sánchez
Magíster en Economía y en Derecho Público - Docente Universidad Santo Tomás

Jorge Enrique Carvajal Martínez

Doctor en Sociología Jurídica - Docente Universidad Santo Tomás

Germán Burgos Silva

Doctor en Derecho - Docente Universidad Nacional

Gustavo Quintero

Doctor en Derecho - Docente Universidad de los Andes

Jorge Enrique Ibáñez Nájara

Magíster en Derecho Económico - Docente Universidad Javeriana

Olenka Wolkof Oxage

Doctora en Derecho Privado - Docente Politécnico Gran Colombiano

EDITOR DE LA REVISTA

Jorge Enrique Carvajal Martínez

COMITÉ CIENTÍFICO**Hartmut Maurer**

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Martin Ibler

Profesor de la Universidad de Konstanz, Alemania

Dieter Lorenz

Profesor emérito de la Universidad de Konstanz, Alemania

Lorenzo Conlito Hueso

Profesor de la Universitat de València, España

Jean de Bols de Gaudusson

Profesor de la Universidad de Montesquieu, Bondeaux IV, Francia

PARES ACADÉMICOS PARA EL PRESENTE NÚMERO**José Manuel Gual**

Doctor en Derecho Privado
Docente Universidad Santo Tomás

Juan Carlos Villalba Cuellar

Magíster en derecho francés, europeo e internacional de
negocios. Universidad Militar

Olenka Wolcott

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Misael Tirado

Doctor en Sociología Jurídica. Profesor Universidad Militar

Mónica Fernández

Doctora en Derecho Privado
Docente Politécnico Gran Colombiano

Vilma Moreno

Doctora en derecho
Profesor Universidad Santo Tomás

Jorge Oviedo Albán

Candidato a Doctor en Derecho, Magíster en Derecho
Profesor de la Universidad de la Sabana

Andrés Abel Rodríguez

Candidato a Doctor
Magíster en derecho
Profesor Universidad Nacional

Contenido

Editorial.....	9
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	
Aportes de la tradición jurídica anglosajona al derecho de contratos de tendencia global	15
<i>Joaquín Acosta</i>	
Hacia la inclusión de lo ambiental dentro del concepto de sostenibilidad democrática propuesto en el informe “Nuestra Democracia” de la OEA y el PNUD	39
<i>Álvaro José Arango Restrepo, O.P.</i> <i>Juan Pablo Romero Correa, O.P</i>	
Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la Sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010	49
<i>Jorge Oviedo Albán</i>	
Marco constitucional y víctimas del conflicto armado: los retos de la justicia transicional y la dogmática de los derechos	61
<i>Jheison Torres Ávila</i>	
ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN	
Las Operaciones de Mercado Abierto (OMA): instrumento eficaz para el control de la base monetaria. Trasegar histórico y pertinencia actual	83
<i>Ómar Alfonso Ochoa Maldonado</i>	
Tendencias contemporáneas en la teoría general de la prueba	107
<i>Rodrigo Vargas Ávila</i>	

Aportes de la tradición jurídica anglosajona al derecho de contratos de tendencia global*

Contributions of the Common Law of Contracts Law Global Tendency

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2011

Fecha de evaluación: 9 de noviembre de 2011

Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2011

JOAQUÍN ACOSTA**

RESUMEN

Desde la antigüedad misma se ha reconocido que el orden público y las buenas costumbres son nociones que imponen límites a la libertad de los negociantes; igualmente se ha reconocido que se trata de nociones legalmente indefinidas y, por lo tanto, de contenido variable, dependiendo de la interpretación jurisprudencial que el respectivo operador jurídico haga en cada momento histórico. En la presente época, la jurisprudencia estatal ha sido la gran inspiradora de interpretaciones que incorporan postulados acordes con la era global, estableciendo un contenido material que los Estados deberán respetar para lograr los objetivos transnacionales de lo jurídico, entre otros, el de establecer una base uniforme de reglas de juego económicas, que no deben ser ajenas a un imperativo universal de justicia en materia contractual.

Palabras clave: contratación, globalización, derecho transnacional, principios.

* Este artículo es producto de la investigación desarrollada en el marco del proyecto financiado por la Agencia de Cooperación Alemana (GIZ), del grupo de investigación "Derecho Privado" del Centro de Investigaciones Francisco de Vitoria, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás.

** Coordinador de Investigaciones y profesor de la Maestría en Contratación Pública y Privada de la Universidad Santo Tomás, Bogotá. Posgrado (DSU) en Derecho Comercial de la Universidad de París II (Panthéon-Assas). Máster en Derecho Privado General de la Universidad de París II (Panthéon-Assas). Profesor de pregrado de las asignaturas de Obligaciones y Contratos en las Universidades Santo Tomás y Sergio Arboleda. Correo electrónico: joaquinacosta@usantotomas.edu.co

ABSTRACT

Since ancient times it was recognized that public order and decency are concepts that impose limits on freedom of merchants, also has been recognized that it is legally undefined notions, and therefore variable content, depending on the judicial interpretation that the respective legal practitioner made in each historical period. At this time, the state law has been the great inspiring performances that incorporate assumptions consistent with the global era, establishing a material content that states must follow to achieve the objectives of transnational law, among others, establish a uniform basis rules economic game that should not be alien to a universal imperative of justice in contractual matters.

Keywords: contracting, globalization, transnational law, principles.

INTRODUCCIÓN

La globalización ha determinado innegables cambios tanto en las estructuras políticas como en las jurídicas. El Estado-nación ha sufrido un paulatino deterioro, tanto por razones externas (desde arriba) como internas (desde abajo). Desde arriba, por efecto de la injerencia de instituciones multilaterales supra-estatales como el FMI, el Banco Mundial, la OMC, la ONU o tribunales internacionales, que generan consecuencias dentro de los países. Desde abajo, la soberanía se ha visto afectada por la gestión de grupos étnicos, tribales, religiosos y regionales, que en la era de la posguerra han ganado preeminencia (Pardo, 2008: 36-37). Por su parte, el derecho, en su concepción moderna, se asocia con el Estado-nación, una figura dominante en el mundo occidental hasta hace poco, la cual inició con la suscripción del Tratado de Westfalia (1648)¹. Ello determina un declive en la concepción westfaliana tanto del Estado como del derecho.

Correlativamente, la soberanía westfaliana, basada a su vez en el ejercicio pleno de la libertad y la autonomía de los pueblos, igualmente se ha visto trastocada ante el proceso de integración mundial,

la universalización de los derechos humanos, la creciente conciencia ambiental frente a nuevas tecnologías, el problemática del terrorismo y las mafias transnacionales, generando de esta manera problemas jurídicos que han provocado un "desmembramiento" del sistema de fuentes, hacia formas de producción normativa diferentes a las propias de los Estados-nación (Del Castillo, 2005).

Esta nueva realidad observa puentes con el comercio, la cual se da en una situación dialéctica. Así, la tecnología convive con el atraso, como también acontece entre el aislamiento y la interconexión global: tecnología en los medios para producir e intercambiar bienes y servicios, o para fomentar su consumo a través de la publicidad; atraso en las condiciones generales de vida, así como en la organización social y política. La cadena productiva económica suele originarse en regiones sin control, aisladas físicamente del poder central estatal, pero que se conectan al globo gracias a la comercialización de los recursos:

Diamantes, petróleo, oro, madera, cocaína, heroína son productos que se venden en el mercado global de mercancías; en el mercado global se fijan sus precios, pero su producción, control, transporte, almacenamiento y envío al exterior hacen parte de las nuevas guerras (Pardo, 2008: 37).

¹ Este acuerdo puso fin a la Guerra de los Treinta Años, reconociendo la soberanía de los Estados y su delimitación dentro de fronteras territoriales. A nivel interno ello implicó el reconocimiento a una autoridad legítima; a nivel externo, el respeto a tal autoridad por parte del resto de Estados.

El estudio del derecho debe apoyarse en la experiencia, ya que ante todo se dedica a resolver casos. Sin embargo, no es menos cierto que hay problemas jurídicos que se verifican en todas las épocas. Probablemente el más importante de tales interrogantes surge a propósito de si el hombre puede crear libremente al derecho o si deben ser reconocidos ciertos límites en la producción de lo jurídico. Defender la tesis de la creación ilimitada nos lleva al positivismo, mientras que la segunda solución es propia del derecho natural (Kaufmann, 2006: 63). Así pues, el más importante debate de lo jurídico corresponde a la filosofía del derecho. Y el estudio de la globalización del derecho no puede ser ajeno a esta realidad.

Los cambios generados a raíz de la globalización plantean nuevos desafíos que incluyen también al ámbito jurídico. El desmoronamiento de las barreras nacionales exige una nueva forma de concebir al derecho. A manera de ejemplo merece destacarse que Cicerón habló de un orden superior: *humani generis societas*, cuyas normas habrían de trascender a las de los Estados individuales (Pardo, 2008: 25). Quizá esta idea de trascendencia articule el fenómeno de la globalización de lo jurídico, apuntando así a una porosidad o desbordamiento de fronteras no solo de corte geopolítico, sino así mismo de orden conceptual. En este sentido vale la pena recordar que probablemente John Austin² fuera el primero en plantear la necesidad de concebir una teoría del derecho que trascendiera un marco geográfico determinado, criticando el "parroquialismo" de las teorías jurídicas del *Common Law* inglés en su obra *The Uses of the Study of Jurisprudence*, en 1832 (López, D., 2003: 12).

En tal orden de ideas, el estudio de la globalización del derecho no puede dejar de lado las formas en que se produce lo jurídico en medio de la mundialización. De esta manera, la tendencia global

del derecho se circunscribiría a una dialéctica subyacente entre centros de producción original y centros de recepción de las diferentes realidades jurídicas. En los primeros se encontrarían los creadores de teorías que se difunden desde escuelas hegemónicas del derecho –romanista y anglosajona esencialmente– hacia el resto de latitudes y ordenamientos jurídicos (Del Castillo, 2005).

Lo anterior apunta a la elaboración de una concepción de lo jurídico a través de principios, nociones, ideas, instituciones que sean comunes a todos los sistemas jurídicos, independientemente de su grado de desarrollo, localización geográfica y, no menos importante, familia jurídica de que se trate. Ello implica tener en cuenta a la tradición jurídica anglosajona y ver los elementos comunes, o al menos análogos, que presente, cuando menos, con la familia romanista.

Por supuesto, el fin último de elaborar una teoría del derecho como fenómeno de la globalización apunta a un grado supremo de abstracción, estableciendo condiciones de producción, circulación y recepción de las figuras jurídicas con un carácter nada menos que universal y absoluto (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 27), en lo que anteriormente Austin denominó "Teoría transnacional de derecho". Semejante objetivo implica como mínimo la construcción de una teoría de lo jurídico que "cierre la brecha entre las familias de derecho neorrománico y el *Common Law*" (López, D., 2003: 31).

El anterior objetivo impone la siguiente reflexión: no es reciente el esfuerzo por descubrir principios jurídicos universales que hayan valido en todos los pueblos y épocas y que mantengan su vigencia en la actualidad, pero ciertamente adquiere su propia identidad en la era global. En efecto, la superación de la escuela del derecho natural ofrece nuevas perspectivas para el "universalismo jurídico": la elaboración de una teoría comparatista y englobadora del derecho no puede ser ajena a

² Vale la pena destacar que Austin fue marcado por una estadía de dos años en Alemania. Al respecto, véase: López, D. (2009: 91 y ss.).

una historia universal de este último, la cual ya ha sido proyectada por científicos como Feuerbach. Actualmente se siguen buscando los fundamentos universales del derecho (*General Principles of Law*), sobre todo en la esfera angloamericana, gracias a la discusión sobre "reglas" y "principios" (Kaufmann, A., 2006: 63).

Habiéndonos dedicado en trabajos anteriores a un estudio mayoritariamente enfocado en los aportes romanistas, ha llegado el momento de enfatizar, así sea esquemáticamente, la perspectiva del denominado *Common Law*. Por ello, para tratar de identificar los principales aportes que la tradición jurídica anglosajona ha efectuado al derecho de contratos de tendencia global, estos se analizarán, en un primer lugar, a partir de la teoría general de lo jurídico; en un segundo momento se examinarán desde la perspectiva específica del derecho de contratos del contexto anglosajón.

I. PARTE PRIMERA: APORTES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

A. Teoría dominante anterior al impacto de la globalización: concepción colonial de lo jurídico

1. El positivismo anglosajón

Desde el siglo XIX y hasta finales de la década de los sesenta del siglo XX, la teoría predominante en la práctica jurídica británica fue el positivismo (López, D., 2003: 33). Este surgió gracias a Jeremías Bentham, quien basándose en los postulados de la teoría utilitarista, distinguía entre lo que el derecho debe ser y lo que realmente es³. Su obra sería difundida por uno de sus discípulos: J. Austin (1790-1859)⁴. Probablemente el rasgo descollante de esta teoría radica en la distinción tajante entre moral y

política, generando una estrechez conceptual que hizo especial énfasis en el estudio de la norma. De esta manera se forjó un formalismo jurídico basado en el afán de hacer ciencia del derecho, bajo los parámetros mecanicistas de lo que la filosofía moderna entendía por ciencia (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 36).

De este modo, puede verificarse una convergencia entre lo que acontecía en las islas y el continente europeos. En efecto, en la segunda mitad del siglo XIX, la Europa continental desarrolló un positivismo jurídico de corte empírico. No sobra advertir que toda forma de positivismo, a pesar de sus diferencias en matices, pretende desterrar la metafísica de su objeto de estudio (Kaufmann, A., 2006: 51).

La aceptación de esta teoría coincide con la expansión del imperio británico y la correlativa necesidad de conservar y justificar las estructuras políticas y jurídicas coloniales (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 36).

Este positivismo se autoconsideraba como la verdadera ciencia del derecho, al proceder empíricamente de la misma manera que las ciencias naturales (Kaufmann, A., 2006: 51). Si recordamos que la teoría pura del derecho es la más importante expresión continental del positivismo jurídico y que su fundador, Hans Kelsen, provino del círculo neopositivista de Viena y era neokantiano, tal perspectiva ofrece un "dualismo metodológico" en el que de manera análoga a la tradición anglosajona se diferencia con rigor entre ser y deber ser. Tal diferenciación conduciría a "liberar a la ciencia del derecho de todos los elementos que le son extraños", no solo en la tradición romanista, sino análogamente en la tradición anglosajona, tanto europea como americana.

Lo anterior se predica por cuanto para esa misma época en Estados Unidos imperaba el formalismo, gracias a figuras locales como Christopher Columbus Langdell, decano de la Facultad de

³ Bentham habló de *Censorial Law* y *Expository Law*, respectivamente.

⁴ Diego López advierte que la teoría de Bentham fue reducida por sus sucesores, quienes dejaron de lado los aspectos políticos y éticos de los trabajos de su maestro, centrándose exclusivamente en la distinción entre deber ser y ser real, omitiendo lo que el propio Bentham denominó "ciencia de la legislación".

Derecho de Harvard y uno de los juristas más influyentes de su tiempo⁵. Langdell implementó en el pensamiento jurídico norteamericano un conceptualismo extremo, a tal punto que esta corriente jurídica observa innegables aproximaciones conceptuales con la jurisprudencia alemana (*Begriffsjurisprudenz*), a pesar de que se verifiquen importantes notas distintivas. En efecto, Langdell y sus discípulos acostumbraban analizar numerosas decisiones judiciales en aras de extraer conceptos de ellas. El método era tan artificioso que se empeñaba en superar las innegables contradicciones jurisprudenciales mediante la creación de nuevos conceptos y ficciones jurídicas (Garrido, J., 2002: 40).

2. Crisis del modelo positivista dominante

Desde la muerte de Bentham se inició un espacio conocido como la “época muerta” de la teoría jurídica británica. Este período acabó con la publicación de los trabajos de H.L.A. Hart (1961, 1963, 1983), quien a su vez se basó en la filosofía analítica, particularmente la de Wittgenstein (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 37). Adicionalmente se ha afirmado que Hart manejaba un concepto de derecho ontológico-substancial, lo cual permitió un mantenimiento –si bien parcial– de una teoría formal de lo jurídico al servicio de una separación estricta entre derecho y moral, mediante análisis lógicos del lenguaje (Kaufmann, A., 2006: 85-86).

Hart atacó frontalmente a Austin y se dedicó a resucitar el estudio de lo que el derecho debe ser, analizando la relación entre derecho y moral y aplicando la filosofía a la práctica del derecho (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 39). Nuevamente se verifican convergencias entre el *Common Law* y el derecho continental si recor-

damos a autores como Hermann Klenner, quien calificó irónicamente a la teoría de Kelsen como “doctrina vacía” (*Rechtsleere*) (Kaufmann, A., 2006: 53). Este esfuerzo coincide con tendencias anglosajonas análogas, si bien con diferente nivel de fortuna en su recepción: en Estados Unidos, autores como Frank y Llewellyn eran francamente caricaturizados, mientras que egresados de Harvard como Pound, Gray y Holmes, a pesar de su renombre, eran objeto de críticas, aunque mucho más suaves. Como quiera que fuere, estos trabajos ocuparon más bien un lugar periférico, al compararlos con el desarrollado por Hart (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 39).

El ámbito colombiano ha hecho eco de lo acontecido en los centros hegemónicos de producción local. Así, se ha desarrollado un denominado “antiformalismo contemporáneo” gracias al liderazgo de la Corte Constitucional durante la década de los noventa, empleando como herramienta transformadora una versión renovada de la teoría transnacional del derecho. Ello implica una reformulación de la teoría de Kelsen mediante la recepción latinoamericana de la teoría del derecho de autores como Hart, Dworkin o Alexy (López, D., 2009: 417). A manera de ejemplo se puede citar, a nivel local, la famosa Sentencia C-083/95, que explica que la manera en que se deben identificar los principios generales del derecho sin reconocimiento positivo expreso es mediante la regla de reconocimiento de Hart.

B. Teoría dominante posterior al impacto de la globalización: concepción poscolonial de lo jurídico

La experiencia histórica enseña que tanto la doctrina clásica del derecho natural como el positivismo jurídico clásico han fracasado. Ciertamente, al positivismo debemos las grandes obras codificadoras de comienzos del siglo XIX. Sin embargo, las dictaduras de comienzos del siglo XX renunciaron a la conciencia moral de la época codificadora. La

⁵ Langdell inventó el método de docencia del derecho más empleado en Estados Unidos: el método socrático, consistente en dirigir preguntas a los alumnos para que descubrieran el derecho mediante ese diálogo. Voces autorizadas manifiestan que el método es aborrecido por la práctica totalidad de los estudiantes norteamericanos. Sobre el tema, véase: Garrido, J. (2002: 39).

verificación de “leyes infames” ha determinado la falla del concepto puramente formal del derecho (Kaufmann, A., 2006: 77). Ello se verifica no solo en el ámbito del derecho continental, sino igualmente en el marco de la familia jurídica anglosajona, como a continuación se expondrá.

1. Ruptura del modelo británico y emergencia de la teoría estadounidense

En la posguerra, gracias a las circunstancias propias de ese período, el discurso de la reconstrucción social estaba en boga. Como consecuencia de ello, Gran Bretaña inicia un proceso de reforma a su sistema de educación, que afectó los planes curriculares de sus facultades de derecho (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 42).

En la década de 1960, la teoría dominante en Gran Bretaña entra en significativa crisis debido a la reforma educativa anteriormente mencionada, así como a dos actores: nuevas universidades y una nueva generación de docentes. En 1963 se publicó un libro titulado *Reforma del Derecho Ahora* (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 42), obra de G. Gardiner, quien sería nombrado *Lord Chancellor*⁶ en 1964. Sus dos principales propuestas fueron atendidas: i) creación de una comisión para el derecho (1965); ii) creación del Comité Ormord para la educación legal (1967). Los resultados de ambas comisiones determinaron una verdadera revolución educativa. Dentro de tal proceso se reclutaron nuevos docentes y se crearon nuevas instituciones que rechazaron la educación tradicional de Oxford y Cambridge, tales como Warwick, Essex, Sussex o Kent (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 43).

6 “Lord Chancellor” es una especie de equivalente de nuestro Ministro de Justicia, pero asumiendo adicionalmente las funciones del Consejo Superior de la Judicatura; entre otras, escoge a los jueces y magistrados y participa en las reformas legislativas tendientes a garantizar una eficiente administración de justicia, pues igualmente es miembro de la Cámara de los Lores, donde preside el Comité de Apelaciones y la Corte Suprema del Reino Unido y Gales.

El mecanismo empleado fue la resurrección de la *Ciencia de la Legislación de Bentham*, gracias a los esfuerzos de Hart y a la influencia de autores como Durkheim, Weber y Marx, entre otros. Nueva convergencia con lo acontecido en el continente: después de la Segunda Guerra Mundial, las investigaciones de Peter Noll y Sten Gagnér permitieron que la teoría de la legislación iniciada por Montesquieu, Adolf Wach, François Gény, Ernst Zitelmann, Ernst Beling, Hugo Sinzheimer, entre muchos a citar, alcanzara cotas científicas (Kaufmann, 2006: 54). Nótese entonces que la herramienta empleada para reformar las instituciones educativas de lo jurídico en Gran Bretaña fue una ciencia nacida en Europa continental. Pero volviendo al ámbito anglosajón merece especial relieve la recepción de un movimiento gestado en el interior de la academia estadounidense: el realismo jurídico.

Recordemos que desde el siglo XIX la ciencia jurídica estadounidense estaba dominada por el formalismo de Langdell (*supra*, el positivismo anglosajón). A finales de los años veinte del siglo pasado la situación norteamericana cambió de forma radical. En dos de las más influyentes facultades de derecho estadounidenses (Yale y Columbia) se gestaba una vigorosa reacción contra el formalismo. Entre los jóvenes profesores que abanderaban el rechazo a la corriente imperante se encontraba Karl Nickelson Llewellyn.

Llewellyn y el realismo jurídico. Nacido en 1893 en el Estado de Washington, Llewellyn estudió derecho en Yale en un momento antiformalista y posteriormente pasó una parte importante de su vida en Alemania, ya que fue profesor visitante en la universidad de Leipzig⁷, lo cual contribuyó indiscutiblemente en sus trabajos comparatistas.

7 Merece mencionarse una obra colectiva que conmemora el centenario de Llewellyn en Alemania: *Rechtsrealismus, multikulturelle Gesellschaft und Handelsrecht. Karl N. Llewellyn und seiner Bedeutung heute*, dirigida por M. Rehbinder y U. Drobing.

En 1924 fue nombrado profesor en la Universidad de Columbia, donde desarrollaría la parte más brillante de su carrera. Llewellyn se dedicó a la filosofía del derecho, la antropología jurídica, la didáctica jurídica y quizás en manera más contributiva, al derecho mercantil (Garrido, J., 2002: 41).

Si bien el realismo es un movimiento de difícil clasificación, se puede indicar que fue gestado en Yale y Columbia, y su característica esencial radica en una profunda animadversión frente a los postulados del formalismo. Los realistas sostienen que el derecho no se puede entender sin la realidad que le es externa, la que le sirve de sustento y sobre la cual este actúa. De esta manera, el realismo trata de identificar lo que se encuentra “detrás de los conceptos”, sosteniendo que es imprescindible identificar el fin que esos persiguen para entender las normas. La oposición entre formalismo y realismo jurídico en los Estados Unidos guarda significativas similitudes con la oposición entre jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses en Alemania, en donde realismo y jurisprudencia de intereses resultan asimilables (Garrido, J., 2002: 41).

La recepción del realismo en Gran Bretaña se justificó gracias a la noción del *Common Law* como familia jurídica, la cual abarca tanto al sistema jurídico de los Estados Unidos como al del Reino Unido. De esta manera llegaron al viejo continente teorías de autores como Llewellyn, Holmes, Moore, Oliphant, Hohfeld, Frank o Cook, calando la idea de que el simple estudio de las normas es insuficiente (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 40). En consecuencia, Gran Bretaña deja de ser un escenario de producción para convertirse en uno de recepción, aconteciendo todo lo contrario con Estados Unidos. Vale la pena destacar la similitud existente entre las teorías norteamericanas con los trabajos resucitados de Bentham. Pero igualmente cierto es que el escenario de posguerra europeo, con el Plan Marshall en marcha, contribuyó a este proceso.

En este punto puede retomarse la idea de que la globalización del derecho podría implicar una “comunidad universal” de lo jurídico a través de principios, nociones, ideas, instituciones que sean compartidas por todos los sistemas jurídicos –independientemente de la familia jurídica de que se trate–, generando la necesidad de elaborar un inventario de puntos comunes entre la tradición jurídica anglosajona y la familia romanista (*supra*, introducción). En este sentido, los acontecimientos anteriormente narrados verifican una nueva convergencia entre pensamiento jurídico anglosajón y continental; la idea de derecho en la era global y los principios que de él emanan tienen que elaborarse conjuntamente en un proceso interrelacionado con las situaciones fácticas vitales (casos reales). Así, el concepto de derecho tiene que abrirse a la situación fáctica, hacerse positivo y formarse conceptualmente desde una perspectiva multidisciplinaria (agrupamiento típico-ideal relativo a la idea de derecho) (Kaufmann, A., 2006: 56).

De cualquier manera, es necesario aclarar que no todas las teorías estadounidenses fueron acogidas en Gran Bretaña. A manera de ejemplo pueden citarse los denominados *Critical Legal Studies*⁸, que fueron ignorados por la academia británica debido a que fueron considerados “excesivamente parroquiales” (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 41). Irónicamente, Europa continental asumió otra postura frente a esta corriente. Ello se debe a que la tradición de posguerra igualmente observa la búsqueda de una “tercera vía” entre el derecho natural y el positivismo, propugnándose –si bien en medio de debate– que entre estas escuelas

8 Los *Critical Legal Studies* constituyen un movimiento reciente de difícil clasificación. Quizás su principal característica consista en enfrentarse al *Economic Analysis of Law* (Infra) y, correlativamente, contra el positivismo jurídico empirista. Así, niega que el derecho sea un sistema autorreferencial, pues lo percibe como un conglomerado de reglas sociales. Uno de sus principales exponentes es Robert Unger, quien persigue construir una teoría que supere al derecho como un instrumento de opresión y le convierta en uno de emancipación. En consecuencia, crítica radicalmente la concepción tradicional de derecho, esto es, la formalista.

jurídicas no existía una relación de alternativa excluyente. Ciertamente, de conformidad con el positivismo, nada está predeterminado, por lo que el contenido del derecho es discrecional, mientras que para el derecho natural lo jurídico está predeterminado por la ley divina. Por tanto, las corrientes que se pueden enmarcar en la “tercera vía” consideran que si bien no es posible conocer el contenido concreto del derecho, sí es factible en relación con determinadas estructuras y principios. En consecuencia, no hay vínculo absoluto de lo jurídico con contenidos objetivos, pero sí, en cambio, enlaces relativos. A manera de ejemplo se ha citado que al reglamentar la compraventa, el derecho no puede disponer libremente sobre el papel del comprador y vendedor, ya que bajo ningún argumento podrá ser válida una relación jurídica evidentemente injusta (Kaufmann, A., 2006: 93). Y dentro de las más destacadas corrientes de la “tercera vía”, la tradición romanista no solo tiene en cuenta la obra de Radbruch o las teorías hermenéutica y de la argumentación jurídica, sino igualmente las teorías de los *General Principles of Law* y de los *Critical Legal Studies*.

Los anteriores acontecimientos se enmarcan dentro de un clima general de descontento hacia la enseñanza tradicional británica del derecho. En medio de las divergencias, las corrientes académicas desembocaron en críticas hacia la tradición positivista británica, las cuales se pueden resumir en cinco puntos, siguiendo a Guardiola-Rivera y Sandoval:

- I. Discrepancia entre los contenidos académicos y la forma en que realmente opera la práctica jurídica.
- II. Otorgar prioridad a conceptos como la seguridad jurídica, dejando de lado el análisis crítico y la necesidad de transformar al derecho.
- III. Visión estrecha del derecho, al concebirlo como un simple conjunto de normas.

IV. Visión excluyente del derecho, gracias a la idea de evitar que lo jurídico entre en contacto con otras ciencias sociales, descontextualizándolo de sus aspectos sociales, económicos y políticos, negando de esta manera una real comprensión de su dinámica.

V. Distinción dogmática entre lo que el derecho es y lo que debe ser (2003: 43).

Los anteriores puntos terminaron convergiendo en Gran Bretaña bajo los denominados “Estudios Socio-Jurídicos del Derecho”, movimiento académico que no responde a un grupo determinado de autores, mucho menos a una teoría específica, pero que parece enmarcarse en una suerte de reacción contra la tradición positivista británica (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 43). Esta tendencia observa interesantes puntos comunes con una idea expuesta en la tradición continental: la aplicación del derecho sería, ante todo, un procedimiento analógico en el que la norma jurídica y el caso se elaboran de manera interrelacionada, de tal suerte que mediante un proceso de interpretación resulta un “tipo legal” (Kaufmann, 2006: 56). Dentro de tales corrientes anglosajonas merece destacarse el denominado “Movimiento del Derecho en Contexto”.

2. Críticas al dogmatismo aislacionista y a la tendencia relacionista en la teoría jurídica

Las circunstancias poscoloniales de Gran Bretaña provocaron que una nueva generación de profesores de derecho tuvieran contacto docente con las ex colonias (especialmente africanas), así como con las universidades estadounidenses –y, en consecuencia, con el realismo jurídico–. Así, vale la pena citar el caso de Twining, fundador del movimiento “Derecho en Contexto” (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 45), que busca enmarcar el fenómeno de la globalización del derecho y los desafíos que esta supone para la comprensión del fenómeno jurídico. Al culminar sus estudios en Oxford (donde fue alumno de Hart), se matriculó

en la Universidad de Chicago, adelantando una maestría bajo la tutela de Karl Llewellyn, al tiempo que conoce la corriente que posteriormente se denominaría *Law & Economics*⁹. Posteriormente fue designado profesor de Derecho Privado y Responsabilidad Civil en Sudán, entre 1958 y 1961. A continuación participó en la fundación de la Universidad de Dares-Salaam (Tanzania, 1961-1965). En 1965 se trasladó a la Universidad de Yale, en donde se dedicó a investigar el trabajo de su ex tutor Llewellyn y el movimiento realista (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 46).

Este tipo de experiencias en el continente africano fortalece el cuestionamiento a la tradición de concebir el derecho como un simple conjunto de normas, en tanto permite verificar la escasa pertinencia de las instituciones jurídicas británicas frente a la realidad económica y social de las ex colonias. Una vez identificada la necesidad de cuestionar la ortodoxia académica imperante, Twining se asocia con otro colega de análoga trayectoria docente: Robert Stevens, a efectos de diseñar una estrategia que remedie la problemática encarada. A consecuencia de tales inquietudes aparece una colección de textos jurídicos con el nombre de *Derecho en Contexto*¹⁰. La razón de ser de tal título se debe al deseo de indicar que no es adecuado estudiar ni exponer el fenómeno jurídico bajo una perspectiva aislacionista, sino conectándolo con realidades extralegales, y relacionando al derecho con sus circunstancias históricas.

9 El movimiento *Law & Economics* (en español, análisis económico del derecho) es una corriente vinculada con la Universidad de Chicago, razón por la cual igualmente se le conoce como "Escuela de Chicago". Este movimiento preconiza la conveniencia de "Importar" conceptos económicos -como el de eficiencia- a la disciplina jurídica, especialmente al momento de crear, Interpretar o transplantar leyes. En materia transaccional merece destacarse el denominado "Teorema de Coase", que promulga que en una negociación que se abstenga de generar mayores costos para las partes resulta innecesario regular tal ámbito. Como se ve, esta corriente deposita enorme confianza en el esquema de autorregulación del mercado. Entre sus principales exponentes merecen destacarse Richard Posner y Ronald Coase.

10 Twining puso tal nombre a la colección influenciado por el libro *Contratos en Contexto*, cuyo autor es el estadounidense Addison Mueller.

Después de la Segunda Guerra Mundial, Europa continental tuvo una reacción análoga. En efecto, los diferentes tribunales reaccionaron contra la tendencia totalitaria de preguerra, dejando de lado normas legales consideradas injustas y decidiendo los casos invocando un "derecho esencial sobrepositivo" (Kaufmann, A., 2006: 78).

La anterior perspectiva conlleva permitir que las ciencias sociales enriquezcan el objeto de estudio del derecho, lo cual implica una crítica a la tradición positivista, al igual que brinda una posibilidad de analizar las realidades políticas o económicas que dan origen a las normas, en un marco de repensar las distintas categorías jurídicas (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 46). Vale la pena aclarar que este movimiento no rechaza la perspectiva positivista de entender al derecho como un conjunto de normas, sino que anota que tal concepción resulta insuficiente, razón por la cual hay que asumir nuevos conceptos que adicione la disciplina en aras de enriquecerla.

En el interior del debate y la tradición del *Common Law*, la analítica jurídica pura de Hart y su limitación a las *rules*, al parecer, se han ampliado para aceptar en el sistema jurídico a los *Principles of Law*, cuya relación con las *rules* es muy discutida (Kaufmann, A., 2006: 86).

Principios y reglas: el debate. En efecto, desde su analítica positivista, Hart conoce solo reglas, pero en contra de J. Austin, y como anteriormente se anotara, conoce además la costumbre en la que puede apoyarse el derecho. Así, las reglas son normativamente obligatorias, pero dejan "zonas grises". Así mismo, cuando la regla no ampara claramente un caso difícil (*hard case*), el juez puede decidirlo discrecionalmente, siendo tal providencia siempre correcta. Complementariamente, Dworkin, quien concibe el derecho como un proceso interpretativo, no solo conoce "reglas", sino también *General Principles of Law*, los cuales son jurídicamente vinculantes para todos los poderes

estatales. En este sentido, para Dworkin las reglas no dejan ningún espacio de juego, mientras que los principios observan la “dimensión del peso y la significación” (Kaufmann, A., 2006: 86). De esta manera, entonces, los principios no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica. Al razonar jurídicamente puede ser necesario comparar principios encontrados, lo que determina que las reglas son conclusivas, mientras que los principios no lo son (Rodríguez, C., 2008: 51).

La aplicación de principios exige un ejercicio de ponderación de su valor relativo en determinadas circunstancias, mientras que las reglas carecen de tal dimensión. La técnica de ponderación de principios exige tratamiento aparte, si bien ha sido desarrollada por autores de la corriente romanista (Alexy, R., 2003: 81 y ss.). En efecto, cuando dos reglas entran en conflicto, no tiene sentido preguntarse cuál de las dos tiene mayor importancia para el caso, pues solo habrá dos opciones: derogación de una de las reglas o excepción de una a la otra. Por supuesto, la distinción es tan sutil que no siempre es claro si una norma es principio o regla, por lo cual se propone que la solución se basará en un criterio funcional, dependiendo del papel que las normas jueguen en cada caso concreto (Dworkin, R., 1984).

Perspectivas locales. El derecho enseñado en el ámbito nacional fue guiado por ilustres nombres como Carlos Holguín, Ricardo Uribe, Álvaro Pérez Vives, Carlos Lozano y Lozano y una de las figuras más reconocidas en el territorio local: Arturo Valencia Zea. La perspectiva ofrecida por tales docentes fue de corte eminentemente positivista (Uribe, J., 2003: 82). Sin embargo, la obra de Hart ha tenido una innegable impronta en la doctrina latinoamericana, como lo revelan las obras de autores como Rabossi, Carrió o Nino. De esta manera, ha ingresado en el debate local el “antiformalismo semántico de la textura abierta del derecho” hartiano, determinando permeabilidad anglosajona en lecturas jurisprudenciales locales

(López, D., 2009: 65). Por supuesto, el ingreso del debate Hart-Dworkin abre nuevas posibilidades para la concepción del derecho en el escenario nacional. De esta manera, y gracias al aporte anglosajón, han entrado en crisis una serie de tópicos jurídicos tradicionales.

En consecuencia, la ley ha descendido de los altares en que se encontraba, gracias a la escuela de la exégesis y el positivismo. Ya se empieza a reconocer que frecuentemente la norma jurídica suele ser fruto de la corrupción y la injusticia, dado que la historia ha enseñado que a pesar del dogma rousseauiano que concibe la ley como instrumento de libertad, en realidad se ha constituido como su amenaza más fuerte y formidable. Así, debido a concepciones anglosajonas, en el ámbito local se ha planteado no solo a nivel doctrinal, sino incluso jurisprudencial, que el operador jurídico se encuentra sometido más que a la ley, a los principios y valores que informan la ciencia del derecho (Uribe, J., 2003: 82). Se da de esta manera, y a partir de la teoría general del derecho, la oportunidad de repensar el derecho de contratos en el ámbito nacional, en nombre de principios y valores formulados en los diferentes centros de emisión de teorías jurídicas con vocación a tener trascendencia local. A continuación veremos cómo la teoría general anglosajona ha influido a su vez sobre el derecho de contratos del *Common Law*, como también las oportunidades y riesgos que tal realidad ofrece, incluyendo el contexto colombiano.

II. PARTE SEGUNDA: APORTES DESDE EL DERECHO DE CONTRATOS ANGLOSAJÓN

Las cruzadas terminaron con el aislamiento económico de los pueblos europeos, originado por la caída del Imperio Romano de Occidente (Grimberg, C., 1988: 49). Primero las ciudades italianas y luego las del centro y norte de Europa se agruparon en ligas comerciales que iniciaron un nuevo período

de civilización. Hacia el siglo XIV tales uniones urbanas agrupaban a los núcleos textiles no solo del Mediterráneo, sino igualmente a los del norte de Francia y de los Países Bajos. La más famosa de tales uniones fue la Liga Hanseática o la Gran Hansa Teutónica, cuya expansión comprendía los mares del Norte y Báltico. Los hanseáticos fundaron numerosos almacenes en países extranjeros; merecen destacarse los de Brujas, Novgorod y Londres. No se trataba de simples depósitos, sino de auténticas colonias que servían a los hanseáticos primero para pasar el invierno y gradualmente como residencia.

De esta manera, los comerciantes se agrupaban en una casta autónoma bajo la autoridad de jefes y consejeros elegidos por ellos mismos. La misión primordial de tales dirigentes era la de inspeccionar las mercancías almacenadas y vigilar que los productos averiados o de calidad inferior no fueran distribuidos fraudulentamente. El ingreso de los extranjeros estaba sometido a permisos expresos de las respectivas autoridades gremiales (Grimberg, C., 1988: 53). Desde el punto de vista jurídico, estos centros se aislaban de los países circunvecinos por el hecho de tener sus propias leyes y su derecho local, como también imponiendo tributos sobre las mercancías importadas y celebrando tratados con otras ciudades mercantiles.

Gracias a este proceso, muchas urbes renacieron y se "abrieron al tráfico universal". Una de las principales tareas asumidas por los nuevos sistemas jurídicos fue el mantenimiento de los derechos y libertades de la naciente burguesía, adquiriendo una potencia económica que se hizo oír y respetar (Grimberg, C., 1988: 50), razón por la cual su sistema jurídico adquirió protagonismo correlativo. Frente a la asfixiante opresión feudal¹¹, el comercio fue visto como una actividad pacificadora y emancipadora, como "la más libre relación entre

los distintos pueblos de la tierra", resultado del intercambio de mercancías y su correspondiente competencia, a fin de que los precios descendieran buscando nuevas fuentes de riqueza.

Así pues, la tradición jurídica negocial anglosajona observa una experiencia centenaria que no se debe despreciar. Dicha experiencia sería heredada a las futuras colonias del imperio británico, destacándose los Estados Unidos. Por tal razón, en primer lugar se estudiará la perspectiva de derecho de la responsabilidad civil ("torts") y posteriormente la obra codificadora estadounidense más importante del siglo XX: el *Código Uniforme de Comercio* (en adelante UCC, por su sigla en inglés) (Garrido, J., 2002: 35).

A. Desde la perspectiva de la responsabilidad civil ("torts")

El primer libro de la colección de textos *Derecho en Contexto* versa sobre *torts*¹², exponiendo que se trata de un área poco acorde con la realidad material. De hecho, la obra en mención contiene temáticas tradicionalmente excluidas, tales como:

- I. Relación existente entre responsabilidad civil y el contrato de seguros por responsabilidad.
- II. El papel de los MASC¹³ y los litigios en los procesos de compensación.
- III. Opciones de indemnización alternas a la responsabilidad civil, tales como los seguros privados, las figuras civiles en el proceso penal y la seguridad social.

Adicionalmente, es de destacar que en lugar de exponer las normas y principios que rigen a esta área, el mencionado texto se concentró en el pro-

¹¹ Más de un señor feudal abusaba de su derecho de pasaje para despojar al comerciante, imponiéndole deberes exorbitantes.

¹² Su título exacto es *Accidents, Compensation and the Law*, publicado por primera vez en 1970. Fue escrito por Patrick Atiyah, quien fue profesor en Sudán (donde conoció a Twining), Australia, Ghana y Estados Unidos. Adicionalmente fue profesor de Derecho inglés en la Universidad de Oxford hasta 1988.

¹³ Esta sigla significa "Métodos Alternativos de Solución de Conflictos" y abarca figuras como la conciliación o la transacción, entre otras formas de terminación amistosa de conflictos jurídicos.

ceso de aplicación: la manera en que este derecho opera, críticas a tal sistema y posibles soluciones y reformas, tratando de comprender las premisas y valores implícitos en las distintas figuras de la responsabilidad civil británica (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 46).

Valdría entonces la pena insertar un inciso en el presente punto: teóricamente el *Common Law* no reconoce ninguna obligación general de actuar en la ejecución del contrato conforme a la noción romanista de la buena fe. Sin embargo, en numerosas providencias se han obtenido resultados análogos a los de tribunales romanistas amparados en la buena fe¹⁴. Así, las cortes anglosajonas ocasionalmente han limitado el derecho, para una parte víctima de una inejecución contractual poco importante, a terminar el contrato bajo tal causal cuando se demuestra que el verdadero motivo era la evasión de un negocio poco atractivo¹⁵. Por el contrario, la víctima de una terminación abusiva solo está autorizada a ignorar tal resiliación y ejecutar sus propias obligaciones para reclamar la contraprestación cuando tiene un interés legítimo¹⁶.

Por otra parte, en derecho anglosajón se verifican numerosos casos en que los respectivos tribunales interpretan el contrato de tal manera que reprochan a una parte el prevalecerse de una cláusula en circunstancias en las que probablemente no era la intención de las partes que tal estipulación se aplicase. Los ejemplos más notables se encuentran en el ámbito de la exoneración de responsabilidad (Lando et ál, 2003: 76), si bien otro tipo de cláusulas reciben un tratamiento comparable¹⁷. Así, las

tendencias romanistas de constituir la buena fe como el principio capital en materia de contratos de alguna manera solo formalizan determinadas tendencias verificadas en el derecho anglosajón.

En efecto, la tendencia del *Common Law*, consistente en combatir determinadas injusticias mediante la interpretación del contrato, observa una debilidad notoria: tal interpretación no es viable cuando el contrato contiene disposiciones claras que determinan la voluntad de aplicar una cláusula específica, aunque sea evidentemente injusta¹⁸ o, incluso, cuando tal claridad se deduce no de la redacción del contrato, sino de sus circunstancias¹⁹. Es por ello que se ha manifestado que la incorporación del principio de buena fe en el derecho anglosajón parecería representar un progreso (Lando et ál, 2003: 76). Tal planteamiento tendrá repercusiones concretas, como se expondrá más adelante (*infra*, Código Uniforme de Comercio de Estados Unidos).

Así, lo que nació como una colección de libros, paulatinamente desembocó en todo un movimiento académico de lo jurídico, que enarbó la bandera de ampliar al derecho desde sus distintas especialidades, ya sea derecho de sociedades, lingüística jurídica o derecho de inmigración. Según Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., (2003: 51), ello implica una óptica pluralista que por ello no se amolda a una teoría específica del derecho, lo cual permite abordar el estudio desde reformulaciones de corrientes tradicionales (naturalismo, positivismo) o creando movimientos nuevos (antiformalismo, posmodernidad jurídica, nuevos estudios críticos del derecho o el ya mencionado movimiento de *Derecho en Contexto*). Entre otros aspectos, es de resaltar que tanto en el mundo anglosajón como en el continental ha emergido la idea de que la aplicación del derecho plantea un

14 A manera de ejemplo se mencionan los siguientes casos: *Interfoto Picture Library vs. Stilleto Visual Programmes Ltd.* (1989). Queen's Bench Division, Law Reports 433 Court of Appeal. En Lando et ál. (2003: 76).

15 Véase: *Hoening vs. Isaacs* (1952) 2 QB 26, C.A.; y *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. vs. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* (1962) 2 QB 26, C.A. En Lando et ál. (2003: 76).

16 Véase: *Attica Sea Carriers Corp. vs. Ferrostal Poseldon Bulk Reederal GmbH* (1976). 1 Lloyd's Rep. 250, C.A. En Lando et ál. (2003: 76).

17 Véase: *Carr vs. LA Berriman Pty Ltd.* (1953). 27 ALJR 273 (Alta Corte de Australia). En Lando et ál. (2003: 76).

18 Véase: *Photo Production Ltd. vs. Securicor Transport Ltd.* (1980). Appeal Cases, Law Report 827, House of Lords. En Lando et ál. (2003: 76).

19 Véase: *Bunge Corporation vs. Tradax SA.* (1981). 1 Weekly, Law Reports 711, H.L. En Lando et ál. (2003: 76).

proceso mucho más complejo que el de un simple silogismo lógico (*modus barbara*²⁰) (Kaufmann, A., 2006: 55)

El caso concreto de Twining ha sido privilegiado en el presente escrito por cuanto desde el derecho probatorio y la responsabilidad civil este autor –a su vez discípulo de Llewellyn– se ha dedicado a explorar la posibilidad de elaborar ejercicios de generalización de lo jurídico que desborden los límites estatales, así como las costumbres y culturas. Gracias a ello se ha dedicado a repensar el derecho comparado o el derecho internacional, para comprender el fenómeno de la globalización en relación con lo jurídico (Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C., 2003: 52).

B. El Código de Comercio Uniforme de USA

Pensar la historia del UCC implica rendir homenaje a una de las más grandes figuras de la ciencia jurídica estadounidense del siglo XX. En efecto, Llewellyn y el movimiento del realismo jurídico son imprescindibles para entender el nacimiento del *Uniform Commercial Code* (Garrido, J., 2002: 39).

En las primeras décadas del siglo XX se gestó en Estados Unidos una importante actividad encaminada a aprobar una serie de leyes uniformes destinadas a conformar un derecho mercantil con respaldo legislativo. Sin embargo, tales normas ya eran obsoletas desde su promulgación misma, al tener un marco teórico basado en el formalismo de Langdell (*supra*, el positivismo anglosajón). Esta realidad fue detectada por el presidente de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*²¹ (en adelante NCCUSL), William A.

Schnader. En efecto, él verificó que tales leyes no correspondían con la realidad económica de la época. Si bien la intención inicial fue la de reformar las leyes uniformes, gradualmente Schnader configuró un proyecto más ambicioso: el desarrollo de un código que abarcara y mejorara las leyes uniformes existentes, en aras de modernizar el derecho mercantil norteamericano. En consecuencia, para 1994 obtuvo el apoyo del *American Law Institute*, al tiempo que contactó a Llewellyn. Así, la obra codificadora más importante de Estados Unidos fue realizada por un “legislador privado” (Garrido, J., 2002: 43).

Ahora bien, si la idea original fue de Schnader, la concepción misma del código –lo cual incluye su estructura dogmática– es obra de Llewellyn; a tal punto se verifica la autoría espiritual que el apodo del UCC es “*Lex Llewellyn*” o “*Karl’s Kode*”. El reconocimiento es justo. Fue Llewellyn quien definió el plan de redacción del código, determinó sus directrices generales y hasta su estructura misma. No sobra aclarar que fue él quien dirigió el equipo de redacción, el cual contó con algunos de los juristas más destacados e influyentes de la unión americana (Garrido, J., 2002: 43).

El primer borrador fue culminado en 1951, y contó con una fuerte oposición no solo por parte de doctrinantes tradicionales²², sino igualmente del poderoso estado de Nueva York, al tratarse de un texto audazmente innovador. Por supuesto, otros estados –no solo doctrinantes– apoyaron el proyecto (en 1953 el estado de Pennsylvania adoptó el UCC), por lo que se llegó a una solución de compromiso: reformar el texto inicial. Fue directamente el estado de Nueva York quien encargó un estudio para revisar el UCC, a cargo de Rudolf

20 Se trata de la habitual técnica de razonamiento consistente en articular dos premisas para deducir una conclusión. Un ejemplo de *modus barbara* sería el siguiente: 1) Todo contratante que incumpla el contrato deberá indemnizar a su contraparte; 2) Juan Pérez es un contratante que ha incumplido un contrato; 3) Juan Pérez deberá indemnizar a su contraparte.

21 La NCCUSL fue creada en 1892 con el objetivo de desarrollar leyes uniformes en materia mercantil. Para mayor información sobre la historia y objetivos de esta corporación, ver: www.nccusl.org.

22 Entre los críticos más ilustres merecen mencionarse los nombres de Williston y Beutel, si bien el primer borrador contó con ilustres defensores como Corbin o Gilmore. El debate surgido alcanzó cotas incendiarias, por lo que resulta indicativo que se haya verificado acuerdo entre defensores y detractores respecto a que el UCC contiene disposiciones extremadamente favorables para los bancos.

Schlesinger, de la Universidad de Cornell y, dato indicativo, experto en los sistemas jurídicos europeos continentales. El trabajo de revisión culminó en 1957. Luego vendrían otros dos (1958 y 1962), pero con cambios menos trascendentales. Para 1968 todos los estados, excepto el de Luisiana, adoptaron el UCC²³.

Es igualmente importante señalar que los redactores del código entendieron la necesidad de reformar permanentemente al UCC, en aras de que se mantuviera en contacto con la realidad comercial, a fin de responder cabalmente a las necesidades económicas. En consecuencia, y a instancia de Schlesinger, se creó el *Permanent Editorial Board* (Consejo Editorial Permanente, en adelante CEP), con la misión de estudiar las mejoras y reformas del texto. Por el CEP ha pasado la mayoría de los mercantilistas estadounidenses más destacados de la segunda mitad del siglo XX (Garrido, J., 2002: 46).

Espíritu y principios del UCC

Fiel al basamento realista que le inspira (*supra*, ruptura del modelo británico y emergencia de la teoría estadounidense), el UCC se encuentra impregnado de un carácter eminentemente pragmático, al punto que un estudioso de la tradición romanista puede encontrar chocante su estructura y forma. A manera de ejemplo puede mencionarse la gran cantidad de excepciones a los principios consagrados, los cuales son ajenos a la racionalidad francesa.

En términos del propio Llewellyn, el artículo 1° del UCC²⁴ es la "punta de lanza" (*spearhead*) del texto,

al manifestar sus rasgos esenciales. El principal de ellos es la ruptura con algunos de los dogmas característicos del *Common Law*. Al ser redactado directamente por el mismo Llewellyn, constituye un manifiesto del realismo jurídico norteamericano, lo que permite destacar las reglas de interpretación del UCC, en tanto estas son abiertamente de tipo funcional. De esta manera, los jueces deben interpretar la ley tratando de dar sentido a la finalidad de la norma. Y la finalidad general del UCC se encuentra indicada en la sección 1-102, en los siguientes términos²⁵:

- Simplificar, aclarar y modernizar el derecho de las operaciones mercantiles.
- Permitir la continua expansión de las prácticas mercantiles a través del uso, la costumbre y la autonomía privada.
- Hacer uniforme el derecho entre los diversos sistemas jurídicos de los Estados.

El anterior texto ha sido calificado como una "auténtica declaración de intenciones" (Garrido, J., 2002: 51), que permite deducir algunos de los principios básicos del UCC:

- Respeto de la autonomía privada, lo que es propio de la tradición liberal y capitalista del pueblo norteamericano.
- Incorporación de los usos del comercio heredero del *Law Merchant* inglés.
- Uniformidad, el gran objetivo del UCC: impedir que la división territorial de su Estado Federal constituya un obstáculo para el comercio.

23 Lo cual incluye a las Islas Vírgenes y al Distrito de Columbia; adicionalmente, parte del texto se encuentra vigente en el estado de Luisiana, así como en el estado Asociado de Puerto Rico.

24 La división en artículos corresponde a la materia tratada, razón por la cual de ninguna manera puede equipararse con los artículos de la tradición romanista. De exigirse una asimilación, las secciones del UCC serían el equivalente de los artículos de un código romanista. En efecto, los artículos del UCC están divididos en *partes* y dentro de cada una de ellas se encuentran las distintas secciones

(el artículo 9° del UCC ha crecido tan desmesuradamente que se ha dividido en subpartes).

25 El texto original del UCC puede conseguirse en la página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cornell: www.law.cornell.edu/ucc

Hay otros principios mencionados en esta sección: simplificación, aclaración y modernización, cuya suerte es bastante discutible. En efecto, es difícil de asumir que el UCC encarne la simplicidad debido a la gran cantidad de excepciones, como también de excepciones a las excepciones, por lo que resulta ilusorio sostener que se trate de un texto simple y claro. En realidad, Llewellyn se refería más a la “modernización” que representó el UCC, por cuanto intentaba superar los atavismos jurídicos de los que estaba contaminado el *Common Law* con anterioridad a la promulgación del tal código. Además, las reformas efectuadas han alejado al código de la voluntad de su creador (redacción clara), al introducir normas cada vez más complejas (Garrido, J., 2002: 51).

Junto a la declaración de principios, la parte segunda del artículo 1° del UCC (esto es, la sección 1-102) incluye una serie de definiciones y principios generales de interpretación como herramientas de comprensión de la “racionalidad subyacente” del código. Esto equivale a decir que se revela la filosofía del realismo jurídico estadounidense. Así, la sección 1-203 consagra uno de los principios generales de mayor importancia del UCC: la obligación general de buena fe. Es muy posible que en este aspecto Llewellyn estuviera influenciado por la dogmática alemana y por el artículo 242 del BGB, ya que en el *Common Law* tradicional no existe un concepto objetivo de buena fe (*supra*, perspectiva de la responsabilidad civil: “*torts*”). Igualmente observó que los conceptos clásicos anglosajones, sumidos en el formalismo jurídico, no se ajustaban para nada a la realidad comercial. El *Common Law* se aferra a su tradicional noción de *consideration* (contraprestación), concepto análogo al de “causa” en la tradición francesa, con todos los problemas que ambas figuras han acarreado, al mantenerse en una concepción medieval que gracias a los oficios del formalismo/positivismo²⁶ había perdido su sentido práctico.

Así, al adaptar el régimen norteamericano de las relaciones mercantiles a la realidad actual, Llewellyn terminó revolucionando el derecho privado de los Estados Unidos no solo por haber incorporado la buena fe –superando los inconvenientes expuestos anteriormente–, sino por permitir la cabal aplicación del principio de igualdad (no simplemente formal) en materia negocial. Adicionalmente, Llewellyn dio lugar a una redefinición del concepto de contrato: ya no es lo que las partes acuerden, sino la suma de obligaciones y derechos que corresponden a una determinada relación jurídica. Esta perspectiva, producto de la reacción antiformalista que supone el realismo jurídico, objetiviza la relación jurídica mercantil (Garrido, J., 2002: 54), permitiendo la implementación del principio de igualdad material y la correlativa protección al contratante débil.

En efecto, una concepción “objetiva” del contrato implica que su fuerza obligatoria ya no proviene exclusivamente del acuerdo de las partes negociantes, sino que el juez debe igualmente aplicar fuentes integradoras de carácter objetivo, independientemente de lo que haya pretendido una o ambas partes (lo cual permite neutralizar medidas abusivas por parte del contratante que goce de posición dominante). Llewellyn comprendió que el contrato es el resultado de un proceso dinámico: a lo largo de la negociación las posturas pueden cambiar, por lo que el alcance del acuerdo no debe entenderse exclusivamente desde la perspectiva de su formación; por el contrario, hay que tener en cuenta igualmente la ejecución contractual. De ahí que dentro de las principales fuentes integradoras del UCC, junto con el acuerdo de las partes, se encuentren el “curso de la negociación” y el “curso de ejecución”, las que han de ser tenidas en cuenta por el juez para fijar el contenido del contrato, al demostrar cuáles son las verdaderas intenciones y expectativas de las partes (Garrido, J., 2002: 54).

26 Una vez más, salvando las distancias.

Ello explica por qué el artículo 2° del UCC no define la compraventa de mercaderías por la condición de los sujetos del contrato, sino exclusivamente por su objeto. En consecuencia, el UCC no solo se aplica a las compraventas entre comerciantes, sino a aquellas en donde los consumidores son parte, lo cual indica el amplio espectro de aplicación del código, así como su importancia. Esta concepción impide la división artificial entre compraventas civiles y mercantiles, implementada desde la Edad Media y acogida por la codificación decimonónica francesa. Al abolirse tal separación, se elimina la posibilidad de implementar obligaciones diferentes, según si una de las partes es comerciante o no. En consecuencia, el comerciante que es parte en un contrato de compraventa está sujeto a un régimen de obligaciones mucho más riguroso que cualquier otro particular (Garrido, J., 2002: 56).

De esta manera, la sección UCC 2-103 (1) (b) redefine el deber de buena fe para los comerciantes como la "honestad en la conducta y la observancia de criterios comerciales razonables de corrección en las operaciones mercantiles". Este texto maneja entonces un concepto material (realista) de la igualdad, señalando un régimen de deberes más estrictos a los comerciantes que a los contratantes inexpertos, evidenciándose de esta manera un espíritu de protección a la parte débil. Para lograr tal objetivo, el UCC define al comerciante como quien tiene especiales conocimientos o, incluso, como quien alardea de tenerlos, así no los posea. De este modo, hasta un consumidor podrá ser sometido a los deberes contractuales exigidos a un comerciante si actúa mediante un representante que sí tenga tales conocimientos²⁷.

Adicionalmente, Llewellyn concedió gran importancia a los usos de comercio. De ahí que el UCC le reconozca no solo una función interpretativa,

sino también integradora. Ello abre la puerta al juez para desatender una clara intención de una o ambas partes en nombre de los mencionados usos y, especialmente, de la buena fe; todo en aras de combatir los abusos contractuales. Así, el UCC da preferencia a la formulación de criterios flexibles, empleando frecuentemente el término "razonable". De esta manera, en lugar de fijar un plazo concreto para reglamentar la negociación, el UCC casi siempre empleará la expresión "término razonable". Ello obedece a la voluntad de Llewellyn de mantener la flexibilidad en las relaciones comerciales, erradicando reglas estrictas que den lugar a situaciones injustas. El realismo condena la interpretación literal de las leyes y, por tanto, condena el papel mecánico del juez ante la ley, abogando por una visión finalista (*purposive interpretation*). De ahí que el UCC se base mayoritariamente en reglas indefinidas (fiel a la concepción haitiana de textura abierta de las normas, *supra*), permitiendo que el juez "construya" soluciones a los problemas, con lo que se genera la jurisprudencia denominada "*Grand Style*".

A tal punto llegó el afán de Llewellyn por superar el formalismo, que la tendencia por conservar el negocio jurídico admite la validez de las compraventas que se abstengan de expresar el precio (sección 2-05) u otros elementos contractuales no especificados. Ello, por cuanto el UCC mira más el comportamiento de las partes que las estipulaciones del contrato. De esta manera el "conductismo" sustituye al formalismo (Garrido, J., 2002: 59).

En cuanto a aspectos probatorios se refiere, la sección 2-201 conserva una reliquia histórica del *Common Law*: el *Statute of Frauds*²⁸. Así, el UCC exige que los contratos de compraventa por un importe igual o superior a quinientos dólares queden reflejados en un documento escrito. Es conveniente aclarar que lo exigido es que exista algún

27 Texto original: "Merchant means a person who deals in goods of the kind or otherwise by his occupation holds himself out as having knowledge or skill peculiar to the practices or goods involved in the transaction [...]" [UCC, sección 2-104 (1)].

28 Se trata de una ley promulgada por el Parlamento Inglés en 1677, mediante la cual se pretendió atajar la práctica fraudulenta de inventar contratos verbales mediante el empleo de testigos falsos.

documento escrito firmado por la parte contra la cual se demanda la ejecución. De ninguna manera se estipula la inexistencia de los contratos verbales. Adicionalmente se han consagrado importantes excepciones a la regla general: entre comerciantes no es preciso que exista documento firmado por el deudor, así como se consagran presupuestos que constituyen indicios de la existencia del contrato [sección 2-201(3)].

Gracias a la concepción dinámica del contrato, se reconoce el riesgo de abuso en los contratos fijados unilateralmente (denominados "de adhesión"). En consecuencia, la aceptación a una oferta que contiene modificaciones sustanciales no se convierte en contraoferta, sino que opera como auténtica aceptación. Esto implica que las modificaciones serán incorporadas al contrato, a no ser que la contraparte se oponga a ellas (sección 2-207). Igualmente, todas las comunicaciones habidas entre los contratantes formarán parte de la convención mediante los anteriormente mencionados conceptos de curso de negociación, curso de ejecución y usos de comercio²⁹.

Quizá una de las normas más importantes del artículo 2° del UCC, pero al tiempo unas de las más controvertidas, sea la dedicada a la *unconscionability*, término de difícil traducción; probablemente su equivalente en castellano corresponda al "abuso" (Garrido, J., 2002: 59). Llewellyn era perfectamente consciente de que era preciso atajar las posibilidades de abuso por la desigualdad de poder económico. Así, fundiendo doctrinas desarrolladas en el *Common Law* desarrolló el concepto mencionado y lo consagró en el UCC. En consecuencia, los jueces norteamericanos tienen la posibilidad de anular total o parcialmente el contrato que contenga cláusulas abusivas.

Igualmente ha de destacarse el concepto de *warranty*, que en la literatura hispánica ha sido traducido como "garantía" y que desde luego es próximo en la etimología de ambos idiomas (Garrido, J., 2002: 60). Esta noción incluye no solo la responsabilidad por vicios ocultos o defectos físicos de las cosas objeto del contrato, sino igualmente la falta de veracidad en las afirmaciones del vendedor. Estas garantías también son implícitas, siendo la más importante de estas la de "comercialidad" (*merchantability*, sección 2-314), en donde ha de entenderse que si el vendedor no se expresa en términos diferentes, las mercaderías pueden consumirse de conformidad con los usos de comercio; por ejemplo, en una compraventa de trigo, si no se especifica nada en contrario, el vendedor garantiza que la mercancía es para hornear pan. Si el trigo no es panificable, el vendedor estará incumpliendo el contrato (Garrido, J., 2002: 61).

Como consecuencia de la preocupación de Llewellyn por la flexibilidad jurídica, el régimen relativo al incumplimiento del contrato igualmente ofrece grandes novedades. En determinadas circunstancias el vendedor puede subsanar los defectos de las mercaderías (sección 2-508).

En suma, el artículo 2° del UCC, relativo a la contratación y la compraventa, es probablemente el más interesante y el que mejor refleja su espíritu original (Garrido, J., 2002: 62).

Influencia del UCC

Esta va más allá del territorio estadounidense. En efecto, el texto comentado ha sido parcialmente adaptado en Canadá y constituye un modelo para el derecho de garantías en México. Ya se verifican voces autorizadas en Inglaterra que defienden la implementación de un sistema similar. Incluso en Alemania un experto de la talla de Drobnig recomendó la introducción de un régimen de garantías reales mobiliarias similar al del artículo 9° del UCC. Por si lo anterior fuera poco, el artículo

²⁹ Tales conceptos serán especialmente útiles al resolver problemas inherentes a los contratos de tracto sucesivo, esto es, contratos que *realmente* se prolongan en el tiempo, como los de suministro o las ventas a crédito.

2° del UCC sobre compraventa de mercaderías es indudablemente el texto que más ha influido en la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías. Entre los internacionalistas y comparatistas es un escenario común anotar que la mencionada convención hace demasiadas concesiones al *Common Law*, cuando en realidad se trata de adaptaciones del UCC (cfr. Olivencia, M., 1991: 377 y ss.); de ahí los frecuentes estudios comparativos entre la Convención de Viena y el UCC (Garrido, J., 2002: 47). No en vano se trata de la más importante ley mercantil de la primera economía mundial. No sobra advertir que entre los numerosos países que han adoptado la Convención como derecho vigente se encuentra Colombia.

Ello ha determinado que a lo largo del mundo, en países de culturas disímiles y por lo tanto herederos de tradiciones ajenas a las del *Common Law*, hayan sido sancionados decenas de nuevos códigos civiles, así como reformas a los tradicionales y nuevas interpretaciones jurisprudenciales de las viejas normas. Entre los nuevos códigos civiles que merecen destacarse no solo se encuentran los de Quebec u Holanda, sino la mayoría de países que pertenecieron a la órbita socialista. Para el caso regional, vale la pena mencionar que en América del Sur se han dictado los nuevos códigos civiles de Bolivia, Perú, Paraguay y Brasil, así como otros proyectos de reforma, entre los cuales merece destacarse el caso argentino (Alterini, A., 2004: 117).

Igualmente, el UCC y la Convención de Viena han otorgado un nuevo aire a los esfuerzos de compatibilización de los sistemas jurídicos mediante la unificación, con lo que se oxigenan las leyes nacionales a través de normas comunes a varios países –tales como las Directivas de la Unión Europea– o de la armonización, que sintoniza la legislación aplicable en varios países, como lo testimonia la propia Convención de Viena. Ello ha dado lugar a la emergencia del denominado

“Soft Law”, constituido por instrumentos carentes de reconocimiento positivo formal, pero que constituyen modelos ofrecidos a los países o a los particulares. Tal es el caso de los modelos de la CNUDMI, los Principios UNIDROIT sobre la contratación internacional, los Principios Europeos del Derecho de Contratos elaborado por la Comisión on European Contract Law y dirigida por Ole Lando, o el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos, con sede en la Universidad de Pavía y dirigido por Giuseppe Gandolfi (Alterini, A., 2004: 118). Vale la pena recordar que estos instrumentos del *Soft Law* han inspirado la reforma de códigos civiles como el francés o el alemán (Pedamón, M., 2004: 14).

El “lado oscuro” del UCC: el regreso del formalismo

Los propósitos de Llewellyn se están desdibujando gracias a una interpretación rigurosa de la teoría de separación de poderes, liderada por jueces estadounidenses como Antonin Scalia, integrante del Tribunal Supremo. Se trata de un nuevo formalismo cuya bandera consiste en manifestar que “la función de los jueces no es la de corregir los errores del poder legislativo”. Adicionalmente, las nuevas reformas al UCC lo desvían de la visión realista, reduciendo la discrecionalidad judicial y evidenciando desconfianza a esta rama del poder público. Así, se generan normas que al tratar de generar interpretaciones mecánicas y literales, intentan mencionar todos los casos y sus respectivas excepciones, de lo que resultan textos complejos y de difícil comprensión (Garrido, J., 2002: 54).

Igualmente pareciera que el artículo 4° del UCC y demás normas financieras fueran excesivamente benévolas con los bancos, desprotegiendo, en consecuencia, a los consumidores y demás contratantes débiles. Por ello se llegó a decir que el UCC es la “ley de ayuda al banquero” (*The Lawyers and Bankers Relief Act*).

Los excesos del Common Law: la flexibilidad que raya en la incertidumbre

La propia flexibilidad del UCC (v. gr., el concepto de *unconscionability*) puede convertirse en un inconveniente, al consagrar un gran poder de acción al juez, generando, en consecuencia, incertidumbre frente a las reglas de juego vigentes en materia comercial y económica. Así, los conceptos indefinidos del UCC han sido calificados como "animal resbaladizo" (*slippery animal*) (Garrido, J., 2002: 59).

Post scriptum: la ley americana de reforma al sistema financiero

Los esfuerzos contemporáneos del gobierno estadounidense³⁰ por neutralizar las prácticas de las entidades financieras que desembocaron en la crisis de 2008 pueden "enderezar las desviaciones" resultadas del UCC (Krugman, P., 2008). Ello, sin duda alguna, constituirá un interesante referente de estudio en lo relativo a la globalización del derecho de contratos y a la tendencia de proteger al contratante débil mediante la "promoción de la transparencia".

CONCLUSIONES

El derecho de contratos se encuentra directamente ligado con la teoría general del derecho. De esta manera, no puede desligarse uno de otra, mucho menos al estudiar la tendencia global de ambos. Así las cosas, si atendemos una concepción puramente formal de lo jurídico, es menester negar la posibilidad de una global, por cuanto realmente no se verifica la existencia de un Estado global. Sin embargo, debemos tener en cuenta que gracias a aportes anglosajones, tales como la diferenciación entre "reglas" y "principios", estalla el concepto

positivista de derecho (Kaufmann, A., 2006: 108). Ello abre nuevas perspectivas en torno al análisis de un verdadero derecho global.

Por supuesto, a pesar de la crisis del concepto westfaliano de soberanía (*supra*, introducción), los Estados mantienen su discrecionalidad al momento de incorporar las distintas reglas y principios. Pero ello no impide, sino que más bien incita, que las altas cortes nacionales interpreten los ordenamientos locales según los principios generales que inspiran las normas contenidas en los diferentes tratados y demás instrumentos internacionales (Parra, C., 2002: 457).

La globalización es un fenómeno de posguerra. Y en materia jurídica, las tendencias de posguerra tienen ante todo la finalidad de prevenir la arbitrariedad en el pensamiento jurídico, mediante la idea de un derecho no disponible basado en un relativismo teórico-valorativo (Kaufmann, A., 2006: 83). De esta manera, la globalización del derecho implica, entre otros aspectos, una superación del milenarismo antagonismo entre derecho natural y positivismo, en donde los *Critical Legal Studies*, el realismo jurídico norteamericano y autores como Austin, Hart, Dworkin, Llewellyn o Twining han efectuado interesantes aportes desde la perspectiva anglosajona. Nos encontramos "más allá del derecho natural y del positivismo" (Kaufmann, A., 2006: 51).

Gracias a ello, es factible explorar la existencia de un derecho global, dadas las nuevas perspectivas en la concepción de lo jurídico. Debido a los aportes de los autores anglosajones mencionados se demuestra que "existe algo así como una naturaleza general del derecho que está analíticamente anclada en la naturaleza del ser humano", que permite identificar la forma positiva en que se desenvuelven los principios generales del derecho que se hallan en todos los sistemas jurídicos "maduros" (López, D., 2009: 93). De esta manera, se acude a los aportes del derecho internacional, así

³⁰ Al momento de promulgar la ley, el presidente Obama señaló que la causa principal de la peor recesión económica vivida por USA desde el crack de 1929 fue "fruto de la irresponsabilidad de algunos sectores en Wall Street y en los corredores del poder en Washington", reconociendo que las normas reformadas eran "anticuadas y débilmente aplicadas".

como del derecho comparado, entre otros, para así elaborar una "Teoría Transnacional del Derecho" de corte universal.

En materia local, la Constitución colombiana de 1991 y la tendencia de juridización del derecho ordinario (derecho de contratos, inclusive) tiene relación directa con el debate Hart-Dworkin (Acosta, J., 2008: 93 y ss.) y con el papel de los principios en la solución de conflictos. Ello explica pronunciamientos locales del siguiente tenor:

Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o de concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, la labor del juez no pueda reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se derivan la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado y el sentido de la expresión "probable" que la norma acuña a la doctrina jurisprudencial a partir de la expedición de la Ley 169 de 1896. La palabra probable, que hace alusión a un determinado nivel de certeza empírica respecto de la doctrina, no implica una anulación del sentido normativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema (Sentencia C-836/01).

Y correlativamente también se explica que en materia contractual el juez constitucional local, sin

respaldo legal, se manifestara (Sentencia C-660/96) creativamente en el siguiente orden de ideas:

En conclusión, mal puede considerarse a la autonomía de la voluntad como un poder omnímodo en cabeza de los particulares; los múltiples límites que se le imponen, la reducen a un simple ejercicio de potestades reglamentarias que el legislador otorga a los ciudadanos (Corte Constitucional, Sentencia T-338 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero).

Los estudios acerca del impacto de la globalización en el derecho no deben dejar de lado una historia comparativa de lo jurídico (Kaufmann, A., 2006: 63). De esta forma, junto a los principios de los ordenamientos estatales se han unido otros de carácter internacional (Parra, C., 2002: 458), a través de los cuales se pueden identificar los verdaderos aspectos globales del régimen contractual y económico.

¿Hacia la globalización del principio de analogía?

Recientemente gracias a la Informática jurídica se ha desarrollado la denominada "Fuzzy Logic", una lógica con "perfiles difusos" que no se encuentran claramente determinados, en aras de enfrentar la problemática inherente a los conceptos jurídicos indeterminados, lo cual probablemente tenga que ver con la analogía (Kaufmann, A., 2006: 82).

Esta perspectiva permitiría que los tribunales de los países pertenecientes a un contexto de recepción (*supra*, introducción), a partir de nociones jurídicas como las planteadas en los *General Principles of Law* y otros valores fundamentales, verifiquen vacíos en las leyes (o *rules*) y de esta manera acudan al derecho comparado, en aras de resolver las insuficiencias de los distintos códigos y leyes locales. Así, y a manera de ejemplo, la *rule* del *pacta sunt servanda* podría ser judicialmente derogada invocando el *principio* de la *bona fides* y aplicando la *rule* de *rebus sic stantibus*, como algunos tribunales lo han efectuado. Una idea

análoga iría en el proceso de producción de leyes o *rules* y de su correlativo control constitucional.

Ello se predica por cuanto el sistema de incorporación legislativo de los *principles* y *rules*, de manera análoga a lo que acontece con el sistema de modificación de convenios, no se ajusta a la rapidez que exigen los cambios internacionales. Tal carencia se supliría mediante el empleo de los principios generales, incluidos los de interpretación (Parra, C., 2002: 457), en aras de obtener uniformidad frente a las normas materiales y especializadas (que podrían categorizarse como *rules*) del ordenamiento internacional privado.

¿El surgimiento de un orden público global?

Partiendo de la idea de que efectivamente hay límites fundamentales en el proceso de creación y aplicación de normas, las reglas de juego en torno a los procesos de negociación e intercambio de bienes y servicios observan un marco definitorio de tendencia global. Nos referimos a una universalidad de imperativos que limitan la libertad negocial, lo cual conduce a una relativización del tradicional postulado de la autonomía de la voluntad privada. Desde la antigüedad misma se ha reconocido que el orden público y las buenas costumbres son nociones que imponen límites a la libertad de los negociantes; igualmente se ha reconocido que se trata de nociones legalmente indefinidas y, por lo tanto, de contenido variable, dependiendo de la interpretación jurisprudencial que el respectivo operador jurídico haga en cada momento histórico (Acosta, J., 2008: 27). En consecuencia, vale la pena preguntarse por el contenido de la noción de orden público y por las buenas costumbres en la era global.

Partiendo de una idea común trascendente a todas las épocas, este nuevo tipo de orden público se trataría de un conjunto de imperativos axiológicos condensados en principios jurídicos que los contratantes no pueden desconocer, en virtud de

la prevalencia del interés común o general sobre el particular. En la tendencia global del derecho es imprescindible hablar –como simple punto de partida– de principios universales que en todo lugar y época han impuesto límites a la autonomía privada. Entre ellos merece destacarse la buena fe, la igualdad (ya no la formal, sino la material), la proporcionalidad y recientemente el principio de justicia contractual o la confianza en la voluntad declarada, entre varios a citar.

De esta manera, la jurisprudencia estatal ha sido la gran inspiradora de interpretaciones que incorporan postulados acordes con la era global, contenidos en los diferentes instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales. Se establece así un contenido material que los Estados deberán respetar para lograr los objetivos transnacionales de lo jurídico, entre otros, el de establecer una base uniforme de reglas de juego económicas (Parra, C., 2002: 459), que no deben ser ajenas a un imperativo universal de justicia en materia contractual.

Su vigencia transnacional y la posibilidad de que los diferentes jueces a lo largo del globo puedan aplicarlos a la hora de resolver un conflicto económico demostraría la viabilidad de defender la idea del nacimiento de un orden público global, lo que se constituiría como una herramienta conceptual que colabore en el proceso de reformulación de la nueva *Lex Mercatoria*, y de esta manera minimice la posibilidad de que se configure en herramienta velada de imposición de la ley del más fuerte por parte de determinados círculos económicos hegemónicos.

El derecho internacional privado, así como el derecho comparado, observan enorme vocación a resolver los desafíos anteriormente descritos, por cuanto en la época actual estos buscan solucionar los problemas generados a raíz de la proliferación del tráfico externo (Parra, C., 2002: 457). De ahí que en la actualidad adquiera gran relevancia el principio de cooperación a nivel internacional

- (comúnmente denominado "principio de solida-
ridad"), el cual legitima la aplicación de normas
imperativas de forma extraterritorial, gracias al cual
se logra, entre otros aspectos, combatir el fraude
por la elección de ordenamientos más flexibles
que atenuen imperativos como el de la buena fe
(Parra, C., 2002: 461).
- ## REFERENCIAS
- Acosta, J. (2008). *El nuevo orden contractual colom-
biano*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Acosta, J. (2009). La reforma al derecho de la res-
ponsabilidad contractual: consecuencias especí-
ficas de la constitucionalización del derecho priva-
do. *Revista IUSTA*, 30, 93 y ss. Bogotá: Universidad
Santo Tomás.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos
fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá:
Universidad Externado.
- Alterini, A. (2004). Los nuevos códigos latinoameri-
canos en el siglo XXI. En *L'Avenir de la Codification
en France et en Amérique Latine*. Paris: Association
Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains.
- Corte Constitucional de Colombia (1993, 24 de
agosto). Sentencia T-338/93. Magistrado Ponente:
Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia (1996, 28 de
noviembre). Sentencia C-660/96. Magistrado
Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia (2001, 9 de
agosto). Sentencia C-836/01. Magistrado Ponente:
Rodrigo Escobar Gil.
- Del Castillo, J. (2005). *Globalización, integra-
ción económica y derechos humanos*. Bogotá:
Universidad Sergio Arboleda.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard
University Press-Claarendon Press.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*.
Barcelona: Ariel.
- Garrido, J. (2002). *Código Uniforme de Comercio
de los Estados Unidos*. Barcelona: Marcial Pons.
- Grimberg, C. (1988). *Historia universal. Los siglos
del Gótico*. (Tomo V). Bogotá: Círculo de Lectores.
- Guardiola-Rivera, O. y Sandoval, C. (2003). Un
Caballero inglés en la Corte del Gran Khan. En
Derecho y globalización. Bogotá: Siglo del Hombre
Editores.
- Hart (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon
Press.
- Hart (1963). *Law, Liberty and Morality*. Oxford:
Clarendon Press
- Hart (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*.
Oxford: Clarendon Press.
- Kaufmann, A. (2006). *Filosofía del derecho*. Bogotá:
Universidad Externado.
- Krugman, P. (2009). *De vuelta a la economía de la
Gran Depresión y la crisis de 2008*. Bogotá: Norma.
- Lando et ál. (2003). *Principes du Droit Européen
du Contrat*. Paris: Société de Législation Comparée.
- López, D. (2003). *Derecho y globalización*.
(Prefacio). Bogotá: Siglo del Hombre.
- López, D. (2009). *Teoría impura del Derecho*.
Bogotá: Legis.
- Olivencia, M. (1991). La Convención de las
Naciones Unidas sobre los contratos de compra-
venta internacional de mercaderías: antecedentes
históricos y estado actual. *RDM*, p. 377 y ss.
- Pardo, R. (2008). *La historia de las guerras*. Bogotá:
Ediciones B Colombia.

Parra, C. (2002). *El nuevo derecho internacional de los contratos*. Barcelona: Bosch.

Pédamon, M. (2004). *Le contrat en droit allemand*. París: L.G.D.J.

Rodríguez, C. (2008). *La decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Twinning, W. (2003). *Derecho y globalización*. (Presentación). Bogotá: Siglo del Hombre.

Uribe, J. (2009). Del Positivismo a un nuevo derecho. *Revista de Liberación*, 9. Bogotá: Fundación Universitaria San Martín.