

---

LUIS MARÍA BANDIERI

---



**DERECHO GLOBAL  
Y NUEVO MEDIOEVO JURÍDICO**

---

## **RESUMEN**

Estudio sobre la tendencia actual en el mundo de la utilización del denominado *ius commune* (surgido en la Edad Media), para las negociaciones globales o supranacionales contemporáneas. Se desarrolla este tema bajo el fundamento histórico de la aplicación de este ordenamiento costumbrista, de extensión planetaria, de uniformidad y lengua común a las hoy tan crecientes relaciones contractuales de mayor envergadura e imperantes dentro del negocio global.

El autor se centra hacia un cuestionamiento acerca de un posible volver al estado anterior de cosas para el tratamiento del fenómeno de la globalización que a escala negocial y contractual invade las relaciones particulares.

Subraya una potencial caída del orden jurídico positivo implantado por un Estado-Nación en debilitamiento, que deja de ser protagonista y regulador, y donde las diferencias entre lo público y privado desaparecen, para dar cabida a la decodificación, manifestada en producción de reglas y normas destinadas a regir jurídicamente la vida privada y de negocios, mediante la implementación del *ius commune*. Este último considerado como de orden jurídico autónomo, no estatal y sin fronteras, retomado del pasado para la regulación de los contratos del mundo económico global de hoy, siempre bajo la base y el respeto de los derechos humanos.

### **PALABRAS CLAVE**

Derecho privado, *Common law*, *Ius commune*, Seguridad jurídica, Glosadores, Positivismo jurídico, Codificación, *Human rights*, Monopolios estatales, *Lex mercatoria*

## ABSTRACT

Work reviews present trend to plea for known *ius commune* (introduced in Middle Age) in global and supranational contemporary negotiations. Thoughts are presented here from a historical frame of application of this common-custom practice globally extended in present day far-reaching contractual relations, ruling global business.

Author focuses on controversial issue of returning to outdated practices in dealing with globalization trend invading business and contractual particular relations. Work underlines possible fall back of positive law administration by a weakened NationState set aside as ruler and main protagonist in scenarios where differences between private and public disappear, to make room for decodification as a form of implementing rules and norms to regulate private and business life, by means of appealing to *ius commune*. Such figure is considered as an autonomous non-State across the world legal procedure, taken from past practices to rule actual global worldwide economic contracts, under prevailing respect for human rights.

### KEY WORDS:

Private Law, Common Law, *Ius Commune*, legal security, glossers, legal positivism, codification, human rights, State monopolies, *lex mercatoria*

**E**l derecho privado, en sus desenvolvimientos actuales, ¿está ingresando en un nuevo Medioevo? La pregunta de arranque de este trabajo surge de una comprobación en el campo de la práctica jurídica. Se observa el despliegue, a escala mundial, de un *ius commune*, derivado preponderantemente de las categorías del *common law*, con fuente casi siempre en la autonomía de voluntad, y que delega la composición de sus conflictos a instancias arbitrales o judiciales también formadas en el *common law*. El zócalo de este *ius commune* está conformado por los *human rights*, es decir, la concepción extrema del derecho considerado como facultad –incluso por encima del orden relacional– que todo individuo puede invocar en cuanto parte integrante del nuevo sujeto jurídico que toma cuerpo en nuestro tiempo: la humanidad<sup>1</sup>. La casi totalidad de los negocios jurídicos relevantes del mundo globalizado se realizan conforme este *ius commune* y se rigen por él. Por debajo del *ius commune* subsisten los derechos positivos locales, en su mayor parte diseñados en la horma del *civil law*, con un zócalo o elemento basilar, también, en los *human rights*.

El *ius commune* se aplica, ante todo, según se dijo, a los negocios jurídicos globales que cuentan en el planeta, como una fusión de empresas transnacionales, por ejemplo. Pero ya se observa que sus principales modalidades se comienzan a aplicar a contratos, también relevantes, en el interior de cada país, especialmente cuando en su redacción intervienen estudios jurídicos organizados como *legal firms*, entrenados en el primer tipo señalado de contratación. Por otra parte, el *e-commerce*, el comercio electrónico, se rige desde su inicio por las características señaladas. Por debajo, subsisten, en los casos de menor cuantía relativa, un contrato de locación de un departamento, por ejemplo, las antiguas modalidades de contratación, con referencia

---

<sup>1</sup> Ver al respecto el trabajo del autor, *Derechos Humanos y Derechos del Hombre, ¿una misma cosa?*, E.D. 18 de septiembre de 2000.

supletoria a los códigos y leyes locales, para cuya concreción el asesoramiento profesional es brindado por estudios jurídicos artesanales<sup>2</sup>.

En las modalidades de contratación global, según señalan de entrada los especialistas en el tema, resalta ante todo la prolijidad en la expresión de voluntad de las partes, ya que no se cuenta con una legislación supletoria que exprese una voluntad subsidiaria allí donde los contratantes no la manifiesten: “el cuerpo a cuerpo jurídico no debe dejar intersticios, pues éstos serían inevitablemente ocupados por el adversario”<sup>3</sup>. Sin perjuicio de la referencia y la aplicabilidad de convenciones internacionales<sup>4</sup> y de los usos y costumbres del comercio global —que conforman en su conjunto la *lex mercatoria*— en esta forma de la contratación se observa la minuciosa definición de los términos empleados<sup>5</sup>, casi siempre referidos, cuando se trata de expresiones jurídicas, a su acepción según el *ius commune*. Por ejemplo, así como se registra el uso de la expresión “caso fortuito”, no ocurre lo mismo con la de “fuerza mayor”, que no tiene equivalente en el inglés<sup>6</sup>, la *lingua franca* del *ius commune*. Junto a estas diferencias de forma y de lengua en la contratación global, respecto de la contratación local, debe señalarse la diferencia en el modo de resolución de conflictos de aquélla derivados, deferido a tribunales del área del *common law* o a compromisos de instancias arbitrales, conforme las reglas de la AAA o la UNCITRAL, entre las más conocidas.

Ante la coexistencia de dos ordenaciones y tradiciones jurídicas diferentes, de las cuales una puede ser considerada “superior”, tanto por su extensión planetaria, como por el volumen e importancia de los asuntos que rige, por su mayor uniformidad, asegurada por la utilización de una lengua común, mientras la otra se caracteriza por su dispersión local, menor cuantía relativa y pluralidad idiomática, se dibuja, a primera vista, una analogía histórica: la del orden jurídico romano en relación con sus dominios. El orden del *jus* se superponía, sin destruirlos, a los órdenes locales. Sin embargo, si afinamos este primer acercamiento, la analogía medieval, planteada en la pregunta de inicio, se presenta como más satisfactoria. En la más que bimilenaria

2 Sobre los diversos niveles del ejercicio profesional, véase del autor, *¿Abogacía o abogacías? ¿Distintas formas o sólo diferentes formas de ejercicio?*, en Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, Concurso jurídico *Hacia el Octavo Congreso Provincial de la Abogacía*, La Plata, 1997, p. 41.

3 GUÉHENNO Jean-Marie, *El fin de la democracia-La crisis política y las nuevas reglas de juego*. Paidós, Barcelona, 1995, p. 40.

4 La base de dichas convenciones reside en el acuerdo constitutivo del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), de 1947, y en el de la OMC (Organización Mundial de Comercio, WTO en su sigla inglesa), de 1993.

5 Casi siempre los contratos globales cuentan con un capítulo de definiciones, con fórmulas como *for the purpose of this agreement, the following words and terms have the meaning set forth below...the term X...shall mean X*. Como se señala en el texto, el inglés opera una función de *lingua franca* y los instrumentos jurídicos se redactan en esa lengua o, cuando menos, se confecciona un texto en lengua vernácula y otro en inglés, señalándose casi siempre que, en caso de discrepancia, prevalece el último.

6 *Act of God* o *unavoidable casualty* expresan el caso fortuito. El idioma legal inglés carece de expresión propia para la fuerza mayor; cuando es inevitable referirse a ella en la teoría jurídica, se echa mano de los vocablos franceses *force majeure*.

experiencia del *jus* occidental de raíz romana, puede identificarse un ritmo de *corsi e ricorsi*. A la elaboración pretoriana según las *responsa prudentium*, sucede la codificación justiniana; a su costado insurge en el Medioevo una fragmentación de estatutos locales, sobre los cuales se fue creando un *ius commune* de fuente jurisprudencial, cuando se redescubre el derecho romano imperial; a ello sucede la elaboración del derecho *more geometrico* que culmina en la codificación, hoy desmigajada en abundantes regulaciones fragmentarias, al tiempo que surge un nuevo *ius commune* con fuente en la autonomía de voluntad y con matriz en el *common law*. Si se acepta esta periodización amplia, nuestro tiempo, jurídicamente hablando, se ubicaría en correspondencia histórica con el Medioevo europeo, cuando se produce la recepción del derecho romano.

Repasemos brevemente cómo ocurrió aquella recepción:

En el siglo XI, en suelo italiano, se produce un acontecimiento de suma importancia en la historia jurídica: el descubrimiento –o recuperación– del derecho romano compilado por Justiniano unos seis siglos atrás, es decir, el *Corpus Iuris Civilis*. Surge una escuela, la de los glosadores, y se crea la universidad de Bolonia, cuya fama se extendió por toda Europa y que llegó, hacia 1250, a reunir, en unidad plural, 10.000 estudiantes de catorce naciones transalpinas y de las tres naciones itálicas<sup>7</sup>. Se inició así un proceso de unidad de la cultura y de la educación jurídicas europeas. Las clases universitarias no se parecían mucho a las actuales. Uno de los profesores más populares, Pedro Abelardo (1079-1142), al despuntar el siglo XII, enseñaba en París, sobre la Montaña de Santa Genoveva; a sus lecciones concurrían estudiantes de dieciocho años, personas de edad, madres de familia que incluso amamantaban allí a su prole y chicos que correteaban en medio del aula<sup>8</sup>. Los glosadores boloñeses eran prácticos y también profesores. Enseñaban mediante la lectura –*lectio*– de los textos del *Corpus*, frente a los alumnos, que luego se explicaban palabra por palabra, frase por frase, y se comentaban. La primera glosa de un texto, pues, era oral. También existían textos escritos para el manejo de los estudiantes: las *summae*. Como preámbulo al estudio del *Corpus*, los alumnos debían formarse en las siete artes liberales (el trivio y el cuadrivio); en especial, en el primero, es decir, gramática, retórica y dialéctica, como disciplinas básicas para la práctica del arte de la jurisprudencia.

7 Recuérdese, para comprender debidamente este emprendimiento que hoy llamaríamos *transnacional*, que, por entonces, la *respublica christiana* comprendía *naciones* no en referencia a Estados sino al lugar de nacimiento y pertenencia de los individuos del orbe europeo. Mauro CAPELLETTI –*El Instituto Universitario Europeo*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXIV, núm. 42, p. 237, sugiere que el número de diez mil estudiantes puede ser exagerado, sin perjuicio de reconocer que la cantidad de matriculados fue un fenómeno inusual para la época.

8 Philippe MEIRIEU, “*Attention école!*”, en *Historia Spécial*, núm. 61, set/oct 1999, p. 90. La clase como hoy la conocemos arranca hace unos ciento cincuenta años atrás.

Ellas alcanzaron en Bolonia un alto nivel, destacándose el *ars dictaminis*, una especie de retórica aplicada a la escritura de piezas jurídicas<sup>9</sup>. Estos conocimientos retóricos y dialécticos habilitaban para comprender las *quaestiones* o problemas que los profesores planteaban en sus comentarios, e intervenir, en Navidad y en Pascua, en las disputas sobre *quaestiones quodlibetales* (libres, *quodlibet* = adonde quiera, hacia cualquier parte). Los glosadores no enseñaban un derecho ideal –*el del Corpus*– con despreocupación de la tarea de los tribunales, ni lo hacían tan sólo para beneficio de legisladores y soberanos. En primer lugar, y aunque nos parezca hoy extraño, para ellos el *Corpus* era un texto de derecho vigente, a través de la sucesión del antiguo Imperio Romano por el Sacro Imperio Romano-germánico<sup>10</sup>. Los glosadores no trataban de derecho legislado, ya que en su época, la ley, para el derecho privado, tenía una escasa o nula importancia; frente al *Corpus*, sólo existía el derecho consuetudinario o el mosaico de derechos estatutarios o municipales. Por otra parte, era un derecho casuístico, es decir, que apuntaba a la resolución de casos particulares, a través de los cuales se iban generalizando criterios, nunca absolutos, sino sujetos a la controversia dialéctica<sup>11</sup>. Interpretando en esto fielmente el arte romano de la jurisprudencia, para ellos el derecho era flexible y abierto y lo que hoy llamamos “seguridad jurídica” –y en otros tiempos se llamaba “certeza”– se procuraba obtener a través de la “opinión común de los doctores” –*communis opinio doctorum*. Un juez medieval, casi siempre lego, pensaba que su sentencia no sería discutida si estaba apoyada en esa opinión, proveniente de los juristas más autorizados y acreditados<sup>12</sup>. Los glosadores construyeron un instrumento precioso para la práctica, la enseñanza y el aprendizaje del derecho. Fue una enseñanza volcada al arte de la controversia y la disputa.

A la escuela de los glosadores sucedió la de los comentaristas (siglo XII), paralela a la gran escolástica de Alberto Magno y Tomás de Aquino, es decir, al redescubrimiento, por intermedio de los árabes españoles, de las obras originales de Aristóteles. Los comentaristas o *consiliatores* –consejeros–, entre los cuales se destacará Bartolo de Sassoferrato<sup>13</sup>, contaron, pues, con instrumentos retóricos y dialécticos más refinados, y apuntaron con ellos a un estudio más amplio del *Corpus*, y a su extensión a todos los ámbitos, incluso los regidos por la costumbre o los diversísimos estatutos de villas y ciudades. El *Corpus*, o más bien su comentario, se convirtió por entonces en *ius commune*, en el derecho que hoy diríamos global o supranacional de Europa. Esa

9 Una descripción detallada del modo de estudio del derecho en Bolonia en James Bowen, *Historia de la educación occidental*, Barcelona, Herder, 1979, t. II, p. 180 y ss.

10 La leyenda aseguraba que el emperador Lotario, en 1135, había promulgado el derecho romano para el Imperio.

11 El *Corpus* mismo (las *Digesta* y el *Codex*) es casuístico, en nada semejante a un código actual.

12 El aforismo al respecto era: “*quidquid non agnoscit glossa non agnoscit curia*”, es decir, lo que no reconoce la glosa no lo reconoce el tribunal.

13 Llegará a afirmarse que “*nullus bonus jurista, nisi sit bartolista*”, ningún buen jurista que no se abartolista.

tarea se hizo por vía jurisprudencial, no por vía legislativa. Los consejeros se formaban y formaban para el dictamen, sea destinado a los particulares, sea destinado a los tribunales. Ellos globalizaron la *communis opinio doctorum*, seguida por los jueces, y establecieron el método para formularla<sup>14</sup>. Su enseñanza, como la de los glosadores, era la del derecho como la práctica de un arte riguroso de búsqueda de la respuesta a casos.

Para afinar aún más la comparación intentada más arriba, veamos ahora cuál fue la suerte corrida por este *ius commune*.

Aquella inmensa labor había culminado hacia el siglo XVI, y estaba ya enferma de sus propios méritos. Había un exceso de juristas, la “opinión común” se había convertido en heterogeneidad y mero centón de citas, y la perplejidad de jueces y litigantes daba lugar a sentimientos de inseguridad o incerteza jurídicas.

Ello ocurre coincidentemente con el surgimiento del humanismo, extendido también de Italia al resto de Europa. El humanismo jurídico, cuyo mayor representante fue Cujacio<sup>15</sup>, aplicó al estudio del derecho romano, *ius commune*, los útiles propios de las renovadas humanidades: la pedagogía, la filosofía, las investigaciones sobre literatura clásica, etc. En especial, los instrumentos de la filología y la refinada recuperación del griego y del latín clásicos, integrando el estudio del universo de lo jurídico –y este es, quizá, su mayor mérito— a las *litterae humaniores*. Por ese camino, hicieron labor de eruditos, tratando de liberar *el Corpus* de la masa de glosas y comentarios que ya lo asfixiaba. Rescataron así los textos originarios, considerándolos no como derecho supuestamente vigente sino como obra histórica. Esa búsqueda los condujo, finalmente, a desvalorizar al derecho justiniano y al mismo compilador del *Corpus*<sup>16</sup>. El enfoque artístico del derecho les pareció insuficiente, adocenado y trivial. Comenzaron a pensar el derecho como un conjunto armónico de reglas ya establecidas, y buscaron sistematizarlo del modo más adecuado. Con ellos se atisba la “ciencia” del derecho –tengamos en cuenta que, en otros campos, se estaba desarrollando paralelamente la ciencia experimental, con Galileo Galilei– y se oscurece su costado artístico. La enseñanza se vuelca a la mejor disposición y organización de la materia jurídica –las

14 Las operaciones eran *prolego* (lectura más correcta del texto); *promitto* (presentación del problema); *scindo* (análisis de los componentes del problema); *casum figuro* (ejemplos y figuras análogas); *do causas* (enunciación de las cuatro causas aristotélicas); *connoto* (formulación de reglas generales); *summo* (recapitulación); *obiicio* (objeciones y respuestas).

15 La querrela entre los *consiliatores* y los humanistas fue conocida como enfrentamiento entre la costumbre italiana y la costumbre francesa, *mos italicus* y *mos gallicus*.

16 GENTILI, Alberico defensor del *mos italicus*, publica en 1582 su *Sexto diálogo sobre la interpretación del derecho*, donde recopila algunas de las lindezas que dedicaban a su bando los defensores del *mos gallicus*, como, p. ej. ineptos, sofistas, alimento de cerdos (*suinum cibus*), ignorantes, disputadores sobre fruslerías (*rixantes de lana caprina*), sicofantas, picapleitos, pestes de los ingenios, sentinas repugnantes (*sentinae foetidissimae*), nacidos para el arado (*ad aratrum nati*), etc. Ver Alejandro GUZMÁN BRITO, “Mos Italicus y Mos Gallicus”, Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso, julio 1976.

normas– y llega casi a plantearse la necesidad de la codificación sistemática. Es un derecho de profesores eruditos, no de prácticos. En las enseñanzas de los humanistas está *in nuce* el jusnaturalismo moderno de Grocio y sus sucesores: el derecho ya no es una búsqueda dialógica de la regla para el caso, sino una grandiosa construcción racional a partir del estado de naturaleza, es decir, de una hipótesis *ab origine*.

En 1666, a los veinte años de edad, un hombre genial, Gottfried Wilhelm Leibniz, se doctora en leyes con la tesis *De Casibus Perplexis in Jure* (Acerca de los Casos Intrincados en Derecho). Un año más tarde, presenta al elector de Maguncia, del que llegará a ser consejero, *Nova Methodus Discendae Docendae Jurisprudentiae* (Nuevo Método para Aprender y Enseñar la Jurisprudencia)<sup>17</sup>. Al mismo tiempo, este contemporáneo de Isaac Newton echa las bases de la lógica matemática y el cálculo infinitesimal. En Leibniz hay un gran intento de superación de los antagonismos<sup>18</sup>, de “los casos perplejos”. El instrumento para ello es la lógica jurídica (*ars solvendi antinomias*), que aplica, ya no la tópica medieval, sino el método matemático y axiomático. El pensamiento del hombre, para esta escuela, se desarrolla como se desarrollan las matemáticas, pasando de postulados evidentes a consecuencias racionalmente demostrables, sin requerir la experiencia práctica, que corrobora, pero no demuestra. Según Leibniz, el derecho debe y puede presentarse *more geometrico, more mathematico*, a la manera de las matemáticas o la geometría, bajo la horma de Euclides. Un método axiomático barre, pues, con el método casuístico y empírico de los pretores y de los juristas medievales, que tenían horror a las definiciones, generalizaciones, abstracciones y regulaciones universales. Leibniz es contemporáneo de Pufendorf (1632-1694) y resulta su discípulo Christian Wolff (1679-1754), autor de las *Institutiones Iuris Naturae et Gentium* y del *Ius Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, fuertes intentos de presentar el derecho como un “constructo” de la razón sin necesidad de acudir a la experiencia. Era un sistema racional, expuesto bajo forma de axiomas, con sentencias claras y precisas, sin auxilio de autoridades ni cita de casos análogos, limitado a expresar la regla pura y simple, de la cual se extrae el derecho<sup>19</sup>. Casi están anunciados allí los códigos modernos. Domat (1625-1696), en su prefacio a “*Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel*” dice: “*el designio de colocar las leyes civiles en orden me ha llevado a componer un tratado de las leyes*”<sup>20</sup>.

17 Ver GONZÁLEZ OLIVEROS, W., *El pensamiento irénico y el jurídico en Leibniz*, Madrid, Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1947. También Michel VILLEY, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Ghersi editor, Buenos Aires, 1978, pp. 68 y ss.

18 Lo intentó hacer incluso con el conflicto entre la Iglesia católica y las confesiones reformadas.

19 Paulo, en el *Digesto* (50, 17,1), decía por el contrario: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*, no se deriva el *ius* de la regla, sino que del *ius* se deriva la regla.

20 Allí está preanunciado el Código Napoleón. Cit. en Henri, LEÓN y Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, parte primera, vol. 1, p. 39, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 39.

Esta operación permite tomar estado definitivo a la “ciencia del derecho” como un sistema demostrativo que no depende de los hechos sino de la razón, y que por eso “da razón” de los hechos y los regula por anticipado<sup>21</sup>. Ello transforma la enseñanza del derecho y el *status* del jurista. Ya no cabe la *opinio iuris* sino el *dogma iuris* (la ciencia del derecho toma prestada de la teología el recurso de presentar sus principios y axiomas como verdades inmutables)<sup>22</sup>. El jurista no es más un jurisprudente sino un legista<sup>23</sup>, ya que el *dogma iuris* resulta creación monopólica del Estado: la *lex* estatal absorbe al *jus*. El derecho deviene ley, *loi, gesetz, lege*, abriéndose la era de la ley positiva y del positivismo jurídico como escuela. En la universidad no se forman más jurisprudentes sino profesores de derecho. Del núcleo de la formación resulta la clase magistral, teórica, donde el código es el derecho y, a la inversa, el derecho se cifra en el código.

Ahora veamos la situación actual y el *ricorso* al *ius commune*. La vida jurídica de nuestros días discurre entre las ruinas del positivismo, cuyo modelo en derumbe no ha sido sustituido aún por otro con amplio consenso en el mundo de la audiencia jurídica<sup>24</sup>. Por eso, puede hablarse de un estadio o interludio *pospositivista*, que, como otras expresiones semejantes construidas con el prefijo *pos*, nos indican lo que hemos perdido, pero no aquello destinado a remplazarlo.

El derrumbe del positivismo jurídico resulta del ocaso del paradigma<sup>25</sup> científico newtoniano –paralelo al intento leibniano arriba referido– y su constelación de certidumbres consiguiente. “La crisis epistemológica del positivismo es la crisis del modelo epistemológico de la física de Newton y, a la par, la puesta en tela de juicio del angosto concepto de racionalidad que postula”<sup>26</sup>. El positivismo fue un intento de generalizar la mecánica newtoniana al resto de los ámbitos del conocimiento, y especialmente a las ciencias sociales. Hubo que “fiscalizar”<sup>27</sup> lo social. La mecánica se atenía a los cuerpos observables y

21 LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 45.

22 LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.* nota anterior, pp. 78-79.

23 Los abogados en función de legistas brillarán en Francia bajo el reinado de Felipe IV, *El Hermoso*, convirtiéndose en especialistas sobre asuntos de Estado, y funcionando como agentes activos de la extensión y refuerzo del poder real. Ver Lucien KARPIK, “*Les avocats entre l’Etat, le public et le marché XIII-XX siècle*”, nrf Editions Gallimard, Paris, 1995, p. 51 y ss.

24 O comunidad jurídica, formada por todos los individuos que tienen interés en participar en el discurso acerca del Derecho. Ver Chaïm PERELMAN, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, Editorial Civitas, Madrid, 1979, núm. 61, p. 161; Aulis AARNIO, *Derecho, racionalidad y comunicación social-ensayos sobre filosofía del derecho*, BEDFDP, México, 1995, p. 30.

25 En el sentido kuhniano de conjunto de estructuras conceptuales y metodológicas que definen el horizonte dentro del cual trabaja el científico.

26 ROBLES, Gregorio, *Introducción a la teoría del derecho*, Editorial Debate, Madrid, 1996, p. 134.

27 *Fiscalismo* es un término neológico acuñado por Rudolf Carnap (1891-1970) y adoptado por el Círculo de Viena, para señalar la extensión del lenguaje de la física a todas las demás ramas del saber. Cualquier enunciado científicamente significativo podía ser formulado como un enunciado que se refiriese a objetos físicos observables. La unidad de todas las ramas de la ciencia (incluidas las disciplinas sociales) se obtenía de este modo sobre la matriz categorial de la física.

la ciencia social a los hechos observables; no había entre ambas diferencia de método, ni de objeto de estudio. En cuanto al derecho, se trataba de “describir” el sistema normativo. Pero esto excluía, como hoy resulta notorio, la reflexión racional sobre el discurso práctico del “mundo civil”<sup>28</sup> en general y de la vida jurídica en particular (los juicios de valor en juego, la disputa sobre lo justo concreto de cada caso, etc.).

El actual interludio pospositivista coincide con el desdibujamiento del Estado-nación como principal actor político y creador del derecho. La declinación de la forma política Estado-nación acarrea la pérdida progresiva de los monopolios estatales, especialmente, en cuanto aquí interesa, el de la producción del derecho por medio de la ley y el de la impartición de justicia exclusivamente a través de una función especializada, los tribunales de justicia, separados e independientes de las otras dos funciones o poderes. Al ir perdiendo terreno el ámbito estatal, el lugar que deja no resulta tierra de nadie normativa, sino que lo va ocupando el *ius commune* –indicado al inicio de este trabajo–, el derecho judicial, originado en la actividad contractual de la sociedad civil, y los medios llamados “alternativos” de composición de conflictos, como el arbitraje y la mediación. Laurent Cohen-Tanugi ha tenido el mérito de señalarlo en su obra “Derecho sin Estado”<sup>29</sup>. Menos Estado, dice este autor, significa, sin embargo, más derecho. Subyace allí la distinción hayekiana entre el orden “espontáneo”, que la sociedad civil define y se procura, y el orden “hegemónico” que el Estado impone. A medida que el orden hegemónico se retira, el orden espontáneo cubre sus vacíos por medio de un derecho de origen contractual cuyo sentido y alcance van definiendo los tribunales, que “dicen” en cada caso la *rule of law*, la cual se impone tanto al Estado como a los particulares. Cohen-Tanugi, quince años atrás, siguiendo la huella ilustre de Tocqueville, comparaba el caso francés (donde el derecho, por tradición jacobina, se identifica con el Estado, que a la vez se asocia a la expresión de la voluntad general) con el caso norteamericano (donde Estado político-administrativo y derecho tienden a estar disociados). En el último, donde rige la fórmula de *law and order*, el *order* no “reina” de una vez por todas, sino que se hace y rehace constantemente a través del derecho que definen los tribunales. En esa dirección, y no en la francesa, apunta el espíritu del tiempo, anunciaba nuestro autor. Su afirmación ha sido confirmada en los hechos, como se ve, por ejemplo, entre nosotros, tanto por la difusión de la vigencia de la *lex mercatoria* en los contratos relevantes y el yugulado de sus conflictos por arbitraje, como por una utilización cada vez más extendida del arma judicial contra las decisiones políticas. Sin necesidad de compartir todos sus presupuestos, las conclusiones de Cohen-Tanugi se

28 La expresión es de Vico, y corresponde al mundo de las naciones. mundo humano, opuesto al mundo natural, es decir, el mundo físico. Ver *Principios de una ciencia nueva sobre el establecimiento común de las naciones*, Aguilar, Buenos Aires, 1960, t. 1, libro primero, sección tercera, núm. 331, p. 200.

29 COHEN-TANUGI, Laurent, *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France y en Amérique* (PUF, coll. Recherches Politiques, 1985).

muestran correctas. Revelan, por otra parte, que la crisis del positivismo jurídico ha marchado *pari passu* con el oscurecimiento del Estado nación como principal actor político. El Estado nación, en su desarrollo, se apoderó de la noción de lo público (*la res publica*, la cosa pública, lo común a todos los ciudadanos) hasta convertirlo en sinónimo de estatal. Y entre los sucesivos monopolios que adquirió se cuentan, como vimos, el de la resolución de controversias entre particulares acerca de lo justo en un caso, convertido en servicio público exclusivamente estatal a través del órgano judicial, y el monopolio de la creación del derecho, por medio de la sanción estatal de la norma, a través del órgano legislativo o ejecutivo, según el caso. El Estado nación había hecho suya la legalidad, dogmáticamente aceptada por los juristas, transformándose así la antigua *opinio iuris* en *dogma iuris*, y el *jus en lex*<sup>30</sup>. Esta forma política estatal decae, la legalidad de los sistemas jurídicos positivos nacionales se disuelve en la subordinación a un conjunto de *human rights* atemporales y ahistóricos en constante expansión<sup>31</sup> y, progresivamente, el derecho nacido de la sociedad civil comienza a marginar al orden jurídico estatal. Para Kelsen, derecho y Estado eran una sola y misma cosa: un orden coactivo de la conducta humana; luego, todo acto estatal es un acto jurídico, y todo acto jurídico es un acto estatal, y sólo estatal, conclusión vivamente atacada hoy en día. Retomando la fórmula *law and order*, cabría afirmar que, en nuestro tiempo, porque hay *rule of law* (derecho establecido por la autonomía de la voluntad y derecho aprobado por los jueces) va haciéndose y rehaciéndose constantemente el *order*, incluido el orden estatal. Ya veremos, más adelante, con qué consecuencias.

Uno de los fenómenos más relevantes, en el plano jurídico, que acompaña a esta declinación del Estado-nación, es el de la progresiva decodificación. Se ha llegado a afirmar, por el jurista italiano Natalino Irti, que atravesamos la "edad de la decodificación"<sup>32</sup>. Se entiende por tal el debilitamiento y hasta pérdida de centralidad y superioridad de los códigos, entendidos como sistemas coherentes, completos y tendencialmente estables, destinados a regir la totalidad de la vida jurídica. El legislador, mediante la codificación, como señala el autor citado, pretendía establecer un repertorio plenario de figuras típicas, en una casuística cerrada, debiendo el intérprete proceder conforme un proceso de subsunción casi automática del hecho bajo el tipo legal abstracto. Esta idea de que la ley, y con mayor razón la norma codificada, resulta sin más ella misma desde su texto, reduciéndose el intérprete a una

30 Este proceso de transformación del derecho en legalidad reprodujo, en los Estados nacionales, lo ocurrido en la época de Justiniano con la conversión del *Corpus Iuris Civilis* en un dogma sobre el cual los juristas, transformados en legistas, laboraban *ex auctoritate Imperatoris*. Ver LEGAZ Y LACAMBRA, *op. cit.* nota 21, p. 79.

31 Este decaimiento de los sistemas jurídicos nacionales frente a la constelación de los derechos personales se ejemplifica claramente en el caso de Augusto Pinochet y su detención en Gran Bretaña a pedido de un juez español. Ver Luis María BANDIERI, *Caso Pinochet: la internacional de los jueces y Pinochet o la persecución universal de los malditos globales*, LNP 28/XI/98.

32 Ver Natalino IRTI, *L'età della decodificazione*, Ed. Giuffrè, Milan, 1989.

labor minimalista de subsumir el caso en aquélla, arranca del iluminismo, habiendo establecido el mismo Kant la analogía entre el juicio del juez y el silogismo categórico<sup>33</sup>. Como dice una jurista brasileña, refiriéndose al proyecto de reforma del Código Civil en su país, “en el universo *craquelé* de la posmodernidad no tiene ya sentido ni función un código total, totalizador y totalitario, por el cual, a través del entrelazado sistemático de sus reglas casuísticas, se pretenda cubrir la totalidad de los actos posibles y de los comportamientos debidos en la esfera privada, previendo soluciones a las variadas cuestiones de la vía civil en un único y mismo *corpus* legislativo, armónico y perfecto en su abstracta arquitectura”<sup>34</sup>. La decodificación se manifiesta en una pluralidad de fuentes para la producción de reglas y normas destinadas a regir jurídicamente la conducta en la vida privada y de negocios, describable bajo la imagen de un reflujo de la producción normativa desde las centrales públicas visibles a periferias difusas de lo privado. El desmigajamiento de los códigos y sistemas centralizados de definición normativa conduce a una especialización cada vez más laminar de los operadores jurídicos –y, por consiguiente, de las ofertas universitarias de formación de tales—lo cual se presenta ante el público como un “progreso”, cuando, en realidad, encubre un *pis aller*, un hacer de tripas corazón y adaptarse como dé lugar a la cariocinesis irreversible e incontrolable de los sistemas y subsistemas jurídicos. A ello se agrega la vida brevísima de las normas, y el abuso de modalidades legislativas y paralegislativas de dudosa unción republicana para echarlas fugazmente al mundo jurídico (los decretos de necesidad y urgencia, las leyes sectoriales, la maraña de resoluciones en materia financiera o impositiva, etc.). En puridad, la noción misma de “sistema” jurídico<sup>35</sup> podría ser hoy puesta en duda y si resucitasen los mejores exponentes de la “jurisprudencia de conceptos” se verían en figurillas para enfrentar nuestra actual masa normativa y reconducirla a construcciones “dogmáticas” coherentes. Si se observa con el desapasionamiento del no especialista –lo que no quiere decir, por cierto, desinterés—la discusión que tiene lugar actualmente entre nosotros acerca del proyecto de reformas al Código Civil, se advierte, latente, un conjunto de preguntas que no se alcanza o se teme expresar: ¿sirve recodificar? ¿Puede hoy regular un código la multiplicidad de las relaciones jurídicas del mundo privado? ¿Puede redactarse actualmente un código bajo el casuismo normativo o debe

33 KANT, Manuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, UNAM, México, 1978, p. 146, párrafo 45. Robespierre, por su parte, creía en el agotamiento de la función del juez, por la perfección de la ley, y Montesquieu, Rousseau y Beccaria habían sostenido opiniones parecidas (ver LÓPEZ DE ONATE, Flavio, *Filosofía del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, t. I, p. 262).

34 Judith HOFMEISTER MARTINS COSTA, “O Direito Privado como um ‘sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro”, en <http://www.jus.com.br/doutrina/ccivcons.html>

35 Entendido como construcción teórico instrumental del conjunto total de normas vigentes en una unidad política determinada.

sentar apenas unos cuantos principios y cláusulas generales?<sup>36</sup> El intento leibniciano de un derecho *more geometrico*, podemos reencontrarlo en las investigaciones y experimentos sobre los sistemas expertos, es decir, los que intentan aplicar la inteligencia artificial a la resolución de conflictos. En materia de accidentes de tránsito con resultado de muerte o lesiones y en los infortunios laborales ya tenemos “codificados” los porcentuales de incapacidad según la magnitud del daño sufrido, y lo mismo ocurre, también merced a la diligente presión de las empresas aseguradoras, en los reclamos por “chapa y pintura” derivados de choques, por lo menos en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, donde rige la mediación previa obligatoria conforme la ley 24.573. Posiblemente el método de codificación a que apunte en definitiva nuestro tiempo sea la confección de un sistema experto. Este aserto parecería incompatible con lo atrás apuntado acerca de una “biodegradabilidad” de los sistemas jurídicos que, 35 años atrás, cuando los estudiábamos y nos eran expuestos por los maestros del tiempo, semejaban *aere perennius*. Pero debe tenerse en cuenta que la super informática jurídica que algunos propician es un producto subsidiario de la utopía tecnológica de la modernidad, criatura a su vez del sueño iluminista arriba referido: un sistema experto que nos surta, para cada situación de hecho, una “solución” jurídica única, previsible, inmediata y sin las dificultades de la interpretación. Nuestra realidad, en cambio, es la de sistemas que se disuelven y fragmentan; donde “el derecho no se vincula más al concepto o a la noción de ‘orden’, sino a la muy distinta de ‘equilibrio’”. Mientras la primera, en las ciencias naturales, es representable por vectores y líneas de fuerza que tienen un origen y una dirección, la segunda, se identifica a un conjunto estable de partículas en suspensión, privadas de energía, sin origen ni dirección. Todo movimiento se percibe como una ‘turbulencia’ del conjunto y constituye un factor de inestabilidad. El conjunto va entonces hacia un nuevo equilibrio, una nueva estabilidad, de un modo perfectamente casual<sup>37</sup>. Mientras que la prescripción jurídica, en el estadio positivista, debía ser coherente con la sistematicidad del ordenamiento, en el estadio pospositivista debe ser coherente con el equilibrio sistémico de fuerzas que, de hecho, se presenta, e intentar conservarlo “juridicizándolo”. Excede los límites de este trabajo entrar a considerar si, en esta situación, el campo de lo jurídico está dejando de pertenecer a la esfera del “deber ser”, estos es, de los modelos ideales a realizar, para pasar a la esfera de la *taxis*, de la disposición conveniente de los bienes de la vida teniendo en cuenta la incoherencia de las conductas, de las pasiones y de las aspiraciones humanas<sup>38</sup>.

36 Más preocupante aún resulta el panorama del ordenamiento jurídico penal, cuyos operadores descreen, en mayor o menor medida, de su eficacia y hasta de su legitimidad, prevaleciendo la opinión de que el mal que se pretende infligir con la pena es mayor y quizás más injusto que el mal provocado por el delito y que con aquélla se pretende retribuir, corregir o remediar.

37 LOMBARDI-VALLAURI, Luigi, *Universalità dei diritti di quale uomo?*, en *Pluralità delle cultura e universalità dei diritti*, sutidi raccolti da Francesco D'Agostino, G. Giappichelli editore, Torino, 1996, p. 91.

38 Ver al respecto los vislumbres de Julien FREUND en *El Derecho Actual*, Universidad Nacional del Sur, 1996, p. 66.

El crepúsculo del Estado-nación, la disolución de sus monopolios y la consiguiente decodificación van de la mano con el oscurecimiento de la distinción entre lo público y lo privado. El Estado nación monopolizó lo público –*la res publica*– y lo confundió con lo estatal; intentó regularlo todo y, hoy, no regula ya prácticamente nada. Buena parte de los restos de este naufragio se trasladan a la esfera de lo privado. Ello va desdibujando la distinción entre negocio y ley, donde se proyectaba al plano jurídico la distinción público/privado y, por consiguiente, la distinción entre fuentes negociales, o de derecho privado, y fuentes legislativas, o de derecho público. Lombardi-Vallauri, autor antes citado, habla de una “fungibilidad funcional” de las fuentes, en el momento actual.

Para completar este cuadro debe tenerse en cuenta que, en nuestro tiempo, la función del derecho de yugular los conflictos interpersonales, intra e intergrupales se ve desbalanceada por la hipertrofia del derecho subjetivo y sus reivindicaciones puramente individuales llevadas al límite. Parece privar la noción conflictógena del derecho como, ante todo y sobre todo, justificación de las exigencias individuales y protector de los intereses particulares de los grupos. Los tribunales sirven hoy a los individuos para el descubrimiento y profundización constante de los derechos subjetivos, caracterizados como en su punto culminante como *human rights*, que expresan sus intereses particulares en tanto usuarios, clientes, consumidores, etc., o sus deseos personales elevados a norma, desgajados de toda referencia comunitaria e indiferentes a ella, dentro de una lógica de pura competencia. Se configura así una “sociedad contenciosa”, cuya caricatura los abogados convertidos en *ambulance chasers* o perseguidores de ambulancias. Jean-Marie Guéhenno lo ha expresado en términos que merecen la extensión de la cita: “redactar un contrato (...) es siempre el intento de llegar hasta el límite de los derechos propios, y los abogados son los soldados de una sociedad en la que cada actor está obsesivamente entregado a la persecución solitaria de sus intereses particulares. Un contrato no es nunca otra cosa que un armisticio en la batalla social. Más allá de la letra del contrato, no hay un terreno común en el que, de buena fe, pudieran deponer las armas los protagonistas. Es inmoral violar un contrato, pero apenas hay moral fuera de las reglas aceptadas por contrato (...) el deber de un abogado es siempre la obtención del máximo para un contrato dado. La otra parte no entendería que fuese de otro y los jueces podrían suponer, en algunos casos, colusión y limitación de la competencia por parte de alguna empresa que no hubiera hecho valer todos sus derechos (...) el principal motor de este mundo no es el reconocimiento de un interés común, sino la batalla de todos contra todos, un enfrentamiento en que la voluntad de poder de cada individuo, de cada polo de poder, no reconoce otro límite que la voluntad de poder del vecino. Cada poder llega al extremo de su poder; si no fuese así, el poder no sería limitado por el poder, puesto que algunos poderes ocuparían inmediatamente el espacio dejado vacante por la inútil abstención de otro poder”. El poder donde se expresa un interés

se contrapesa con su semejante, sin llegar a configurar en conjunto un “orden”, como vimos anteriormente, sino un equilibrio de fuerzas siempre provisional.

El interés (del latín *inter esse*, lo que está entre la persona y su circunstancia) es lo que mueve la acción humana; ésta siempre persigue un interés, finalidad de su práctica. Hay un interés en servir al prójimo, hay un interés en conocer la verdad; hay, en definitiva, intereses elevados y bajunos, puros o espurios, y puede rastrearse el interés, motor de los actos del hombre, hasta en aquellos que calificamos de altruistas o desinteresados. La conciliación o composición de intereses opuestos, por medio de una distribución justa, que dé a cada uno lo suyo, es función eminente del derecho. Por cierto, ella exige encontrar los puntos coincidentes entre los intereses en pugna y colocarlos en el marco de los intereses generales de la sociedad, que los escolásticos llamaron *ratio communis utilitatis* o *publica utilitas*, por otro nombre bien común. Es cierto que, a partir del Renacimiento, el interés público fue poco a poco confiscado por el interés estatal, o el interés del príncipe, y que, correlativamente, el capitalismo creyó encontrar en el interés individual el regulador de las pasiones<sup>39</sup>. Pero es sólo en nuestro tiempo, con el derrumbe del protagonismo de los Estados y la pulverización del tabique separativo de lo público/privado, que la noción de interés se concentra en el individual o grupal y se proscriben la posibilidad de plantear intereses “comunes” o “públicos” que abarquen a una comunidad y establezcan aquel marco general necesario para insertar la composición jurídica de la pugna entre intereses privados.

Recapitemos los elementos que nos permiten hablar de un nuevo Medioevo jurídico, esto es, de la entrada en una “forma retroactiva”<sup>40</sup> de la historia de nuestra disciplina. Ante todo, la caída, dispersión y desmigajamiento de un “orden” que, con ciertas reservas, podría llamarse “clásico”: el orden jurídico del positivismo y su intento de sistematización total del derecho a través de las constituciones y de los códigos, y del monopolio estatal de la producción normativa y de la resolución de conflictos. Al mismo tiempo, cae la comunidad internacional de Estados naciones soberanos para ser sustituida por la globalización o mundialización; en términos políticos un Medioevo sin Emperador ni Papa, ya que la simbolización piramidal del poder, con una cúspide visible, ha sido sustituida por la imagen reticular, la red cuyo centro

39 Ya Juan de SALISBURY en su *Policrates* (1159) llamaba al monarca *minister publicae utilitatis*. En 1638, el duque de Rohan escribe *De l'Interest des Princes et Etats de la Chrestienté*, cuya primera frase es: “los príncipes mandan a los pueblos y el interés manda a los príncipes. Ese interés es el crecimiento o mantenimiento del Estado. Ver Michel Senellart, *Machiavélisme et raison d'Etat*, puf, 1989, p. 23; Friedrich Meinecke, *La Idea de la Razón de Estado en la Edad Moderna*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959, p. 164. En cuanto al interés como sustituto de la pasión en el alborar del capitalismo, ver Albert O. HIRSCHMAN, *Las pasiones y los intereses-argumentos políticos a favor del capitalismo previos a su triunfo*, Ediciones Península, Barcelona, 1999.

40 La frase es de Jean BAUDRILLARD, en otro contexto; “salta a la vista que estamos entrando en una forma retroactiva de la historia”, en *La ilusión del fin*, Barcelona, Anagrama, 1993, p. 173.

está en todas partes y su borde en ninguna. Se esfuma y hasta se trivializa la distinción entre lo público (hasta no hace mucho confiscado por lo “estatal”) y lo privado. Lo público deviene “espectáculo público”<sup>41</sup>. Lo privado se expresa en la exasperación del interés particular, que lleva a la hipertrofia de la reivindicación del derecho subjetivo, “lo mío”, “mi derecho” (“derecho al orgasmo” y hasta “derecho a la violencia”). Entonces, se produce en los países “decodificados” del *civil law* la irrupción y recepción de un *ius commune* no estatal, definido por la matriz en el *common law*, cuyos procedimientos, usos y costumbres se recopilan en la llamada *lex mercatoria*, sobre el zócalo de los *human rights*. A través de ella, como vimos, en los contratos del mundo económico global, y por extensión en otros redactados por profesionales formados en aquella modalidad, se está produciendo la penetración del *common law* en la *civil law*. Ambos derivan de la fuente romana, con mayor énfasis el *common law* en el derecho republicano y la *civil law* en el derecho imperial. Podría decirse que se está produciendo una nueva recepción del *ius* republicano por parte del derecho continental. La enseñanza jurídica no ha permanecido ajena a este proceso. Ella se orienta ahora hacia el *case method*, el *problem method* o la *legal clinic*, asemejándose a la de glosadores y comentaristas medievales<sup>42</sup>.

Este *ius commune* expresado en la *lex mercatoria* configura un orden jurídico autónomo, no estatal, a manera de un islote en el mar donde se hundiera el continente del orden “clásico” positivista. Phillipe Kahn preanuncia que otras *leges*, en otros sectores, podrán configurarse e incluso se están configurando, como, por ejemplo, en las negociaciones de jugadores en deportes masivamente relevantes<sup>43</sup>. Se requiere, dice este autor, un medio suficientemente organizado como para recibirlo y generalizarlo y una ausencia, desinterés o dificultad de regulación estatal del medio en cuestión. Es una forma del *ricorso* al orden en nuestro nuevo Medioevo. Como decía Cherterton en *Hombrevida*: “cuando los hombres se cansan, caen en la anarquía; pero mientras están contentos y vigorosos, invariablemente dictan reglas”.

41 Ver BANDIERI, Luis María, *Discurso televisivo y discurso judicial*, *Prudentia Iuris*, noviembre 1998, núm. 47/48, p. 195.

42 Ver BANDIERI, Luis María, *La enseñanza del derecho y la formación plenaria del abogado. Integración de teoría y práctica a través de la formación de profesionales reflexivos*, Investigación, 1999.

43 KAHN, Phillipe, “*Lex Mercatoria*”, en [www.journal.law.mcgill.ca/abs/372kahn.htm](http://www.journal.law.mcgill.ca/abs/372kahn.htm)