

**Nºs 217-218**  
**Año LXXIII**  
**Enero-Junio, Julio -Diciembre 2005**  
**Fundada en 1933**  
**ISSN 0303-9986**



# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE  
CONCEPCIÓN<sup>MR</sup>

Facultad de  
Ciencias Jurídicas  
y Sociales

## ***ELOGIO A LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO, ELOGIO A LA DIVERSIDAD EN EL DERECHO \****

RODOLFO SACCO\* \*  
Profesor Emérito  
Universidad de Turín

La conferencia de Ginebra ha elaborado un derecho uniforme para la letra de cambio. La conferencia de Viena ha elaborado un derecho uniforme para la compraventa internacional de mercaderías (bienes muebles). UNCITRAL y UNIDROIT, órganos de la ONU, tienen como finalidad la uniformidad del derecho. La Comunidad Europea adopta reglas jurídicas que serán comunes para todos los países miembros. El Parlamento Europeo se ha pronunciado a favor de la adopción de un Código Civil válido para Europa. Los manuales de introducción al derecho comparado, como también las obras dedicadas a los grandes sistemas –con pocas excepciones– enuncian, entre los objetivos jurídicos de la comparación, la unificación internacional del derecho. Si el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX han exaltado el carácter nacional del derecho, la segunda mitad del siglo XX parece consciente tanto de la unidad fundamental del derecho, como del valor de la uniformidad de las reglas jurídicas. Importantes investigaciones de derecho comparado se dedican al “common core” de diversos sectores del derecho privado.

Resulta fácil enumerar las razones que se presentan a favor de la unificación

\* Traducción a cargo de Rodrigo Míguez Núñez, doctorando en Derecho por la Universidad de Turín, quien agradece al Prof. Daniel Peñailillo Arévalo por la supervisión y ayuda en esta traducción. El presente artículo corresponde a texto original en italiano titulado: *Elogio dell' uniformità del diritto, elogio della diversità nel diritto*. Prolusione per la Cerimonia Inaugurale dell' anno accademico 2002-2003, Atti Ufficiali della Accademia delle Scienze di Torino. Anni Accademici CCXVIII – CCXX, 2001-2003, pp. 153 a 166, Torino, 2005. La traducción se ha realizado según las indicaciones del autor.

\*\* Profesor Emérito de la Universidad de Turín. Socio Nazionale dell'Accademia dei Lincei.

y uniformidad. Los conflictos de derecho (entre ordenamientos nacionales) obstaculizan, sin duda, los intercambios. Derecho uniforme significa unidad cultural y, por ello, eliminación de las dificultades y malentendidos entre las diversas civilizaciones que conviven.

Si los derechos nacionales permanecen diversos, ello significa, por otra parte, que una serie de obstáculos se oponen a la unificación, que algunas fuerzas sostienen el orden presente, predominantemente orientado hacia el carácter nacional del derecho.

Resulta, asimismo, sencillo enumerar las razones a favor del carácter diversificado de las soluciones jurídicas: se invocan la tradición, la historia, la especificidad de las culturas jurídicas, la ausencia de una autoridad legislativa supranacional, la ausencia misma de una lengua jurídica universal. Estas circunstancias hacen aceptar la diversidad, tornándonos escépticos o desconfiados frente a toda hipótesis de unificación global del derecho.

Interroguémonos sobre el significado y origen de la diversidad –y de la unidad– en el campo del derecho. Así, es oportuno considerar que el derecho no se encuentra aislado, ni separado de otros fenómenos sociales. Junto al derecho, la lengua, el saber, la calidad de los productos de la actividad humana (objetos materiales y creaciones intelectuales) constituyen, en su conjunto, la cultura del hombre.

Entre estos elementos, lengua y derecho tienen un significado especial. Si dos individuos dan formas diversas a las piedras que esculpen o a la casa que edifican, o si se nutren de alimentos diversos, o si recurren a cuidados distintos para sanar una enfermedad, el pluralismo de las soluciones no crea a la sociedad problemas mayores. Por el contrario, los individuos, los miembros de una comunidad, no pueden comprenderse recíprocamente si no usan una misma lengua. Una regla jurídica establecida para regular la relación entre acreedor y deudor, entre propietario y terceros, no puede no ser idéntica para el titular del derecho y para el sujeto del deber.

En realidad, la comunidad de los humanos no habla una sola lengua. Pero esto contradice la finalidad de la misma lengua, que consiste en la comunicación.

Los hombres no observan un solo derecho. Pero esto va contra la finalidad del mismo derecho, que consiste en garantizar una arquitectura social, esto es, un mecanismo de solución de conflictos igualitario para todos y previsible. El carácter abstracto de la regla implica la uniformidad. La uniformidad se pierde si las soluciones previstas para dos hipótesis idénticas son múltiples.

Los derechos y las lenguas difieren. ¿Tenemos una explicación para ello?

La explicación se encuentra en la naturaleza de las cosas. Toda la realidad está dominada por la diversidad.

Esto vale tanto para la realidad material como para la cultural.

El caballo es diverso del asno, el grano es diverso del tilo. El aire es diverso del agua. El carbono es diverso del hidrógeno.

La diversidad es propia de la realidad.

La diversidad proviene de la variación, de la mutación. La página más espectacular de esta variación es aquella donde vemos la vida organizar la célula, la célula especializarse, volverse célula animal o vegetal, agregarse con coespecíficos hasta componer un ser pluricelular, y desde ahí proseguir el camino que conduce a los animales superiores y a las plantas más evolucionadas.

¿Podemos lamentarnos de esta diversidad, hija de la variación?

La diversidad puede implicar incompatibilidad y conflictos, incluso mortales. El león mata la gacela, la gacela, herbívora, destruye una cierta planta o fruto. Una determinada molécula es destruida por otra. La variación no ha creado un grupo de amigos. La variación ha llevado a la realidad a autodestruirse con sus propias fuerzas y medios.

¿Debemos poner en estado de acusación a la variación, inculpar la diversidad?

¿Donde estaríamos, sin la variación? Sin variación, *homo habilis* no habría jamás sucedido al *australopithecus*. Sin mutaciones, el animal y el vegetal no habrían superado la fase del protozoo. Sin mutaciones, las moléculas no habrían alcanzado las estructuras complejas que han generado la vida. La realidad no se habría jamás alejado de su conformación al momento del *big bang*.

¿Es posible imaginar una variación sin diversidad, y en particular una variación que no conduzca a la contradicción, al conflicto, a la destrucción?

La evolución biológica se basa en la diversidad de los caminos y resultados. La evolución lingüística, por su parte, se basa también en la diversidad de los caminos y resultados.

En síntesis, la variación produce diversidad. Más allá del motor que muta la realidad, ninguna fuerza, ninguna voluntad superior ha predispuesto una vía única que el fenómeno en movimiento deba recorrer. La variación se presenta en direcciones múltiples e imprevisibles. La posibilidad de seguir más de una vía es la clave de la riqueza y calidad de todo lo real.

Deberíamos sentir la ambición de conocer aquello que es real no sólo creando el inventario de lo existente, sino además definiendo qué pudo, qué podría y qué podrá existir.

Sin variaciones no tendríamos progreso, pues progreso es variación. Si deseamos progreso, deseamos variación; y si aceptamos la variación, aceptamos la diversidad.

Si la lengua no hubiese estallado para dar lugar a miles de idiomas diferentes, habría quedado en lo que era al momento de su primera aparición, un conjunto de cinco o seis vocablos.

Si el derecho no hubiese estallado para dar lugar a miles de sistemas diferentes, se habría petrificado como aquello que era al momento de la humanización del *homo habilis*, con una propiedad-poseción garantizada por la autotutela (es decir: por la fuerza del poseedor), con algunos cuasicontratos nacientes de la actividad (por ej.: de caza) desarrollada en común, con una jerarquía social fundada sobre la autoridad-fuerza del padre y sobre el prestigio de un personaje dominante.

La variación no intenta detenerse después de haber logrado una determinada meta. El progreso no tiene en mira la obtención de una situación estática, producto de un equilibrio que quisiera ser definitivo. Al contrario, cada nuevo asentamiento produce nuevos desequilibrios, situaciones propicias a ulteriores innovaciones.

Es de notar (con estupor) que también visiones del mundo que introducen el dinamismo y el devenir en lo trascendente han generado la espera y esperanza de situaciones finales, escatológicas, definitivas y por ello eternas. Así, partiendo de Hegel, el pensamiento humano ha alcanzado las predicciones que los grandes partidos únicos del siglo XX habían elevado a dogmas.

En el mundo de la biología la diferencia es irreversible. Por cuanto yo admire o envidie los ojos del lince, el olfato del perro, los cabellos rubios del sueco, la admiración y envidia no pueden obtener nada.

En el mundo de la cultura, en cambio, la diferencia puede ser eliminada mediante la imitación.

Si el ligur difiere del toscano, la diferencia entre estas lenguas ha sido reabsorbida (excepto en algunos matices) desde que los ligurinos abandonaron su lengua a favor del toscano llamado, hoy, italiano. La imitación es a menudo motor de fenómenos, a veces espectaculares, de unificación cultural.

Pero la situación no es tan simple. También en el mundo de la biología podemos constatar que un determinado modelo se difunde y otro desaparece, y ello por efecto de una selección natural o de una hibridación. En un cierto sentido, la imitación y la selección son procesos homólogos, basados en el hecho que más modelos entran en conflicto, uno de éstos pierde y desaparece, y otro vence y se difunde, por ser más eficiente. Estos conflictos, junto con la



innovación, son el aliciente del progreso.

Por otra parte, en la biología los modelos vencedores son incontables, pues la naturaleza ha predispuesto innumerables nichos. En la dinámica de la cultura, puesto que ésta se restringe sólo a la del hombre, los nichos son pocos y su importancia –en un mundo de alta tecnología– es poco significativa.

En la dinámica de la cultura, la imitación tiene un lugar de primer orden.

No es necesario distinguir, en esta instancia, imitación espontánea e imitación impuesta, rendición posible debido a una conquista militar o a una dominación política; ambos procesos conducen a un mismo resultado<sup>1</sup>. ¡Cuántos pueblos han asimilado la lengua latina! ¡Cuántos países han dado aplicación al *Code de Napoleón*!

La unificación puede derivar asimismo de un acto consensual, o de la decisión de una autoridad. En la medida que el poder de la autoridad sea aceptado, la unificación podrá estimular el orgullo de los destinatarios de la operación. Franceses y alemanes hablan con orgullo de la unificación de su derecho –y, en particular, de su derecho privado–. Más tarde, este orgullo podrá jugar un rol en el sentido inverso, tornando difícil una nueva unificación. Así, es posible que las resistencias que un francés o un alemán opongan hoy a la adopción de un código europeo uniforme estén guiadas por sentimientos de orgullo ligados a visiones e imágenes de sus códigos nacionales.

Vivimos en una época que ve con bondad la unificación y la alienta.

Las lenguas dialectales decaen, las lenguas escritas se difunden. Pero esto no es todo. Siempre los humanos han sentido el deseo de una gran lengua, que permita a las diversas etnias comprenderse recíprocamente: el babilónico, en seguida el griego, después el latín y finalmente el francés se han propuesto para la tarea. Hoy el conocimiento de esta necesidad parece cada vez más claro, y vemos la lengua inglesa candidatearse para la función.

En cuanto al derecho, en toda la extensión del mundo occidental las diversidades se reducen en el campo del derecho público y privado.

No obstante, movimientos y resistencias se despliegan en nombre de las tradiciones nacionales, que ninguna autoridad tendría derecho a perturbar; se realizan en nombre de la historia, que ha sacralizado los valores y características del derecho local.

<sup>1</sup> N. del T. La imposición (militar o política) y el prestigio como causas directas de la imitación de modelos jurídicos, es temática abordada con detención por el autor en su clásico *Introduzione al Diritto Comparato*. (V. Sacco, Rodolfo: *Introduzione al Diritto Comparato*. En *Trattato di Diritto Comparato Diretto da Rodolfo Sacco*. Edit. UTET, 5ª edic., Torino, 1992, pp. 147 y ss.)

Tales movimientos persiguen eternizar soluciones en nombre de la historia. Pero la historia, que implica en modo evidente el devenir, no puede crear situaciones eternas o invariables. Las soluciones del derecho son múltiples pues constituyen el producto de la variación.

Es ridículo defender la multiplicidad en nombre de una pretendida invariabilidad.

No está prohibido pronunciarse a favor de la diversidad: a condición que ello no se manifieste en nombre de la invariabilidad. No es lícito confundir el episodio de sucesos con el dogma, verdad eterna. No es lícito desconfiar de las soluciones del vecino. El hombre sería realmente pobre si no hubiese aprovechado las soluciones que su vecino le ha ofrecido. ¿Cuál sería el estado de los medios de transporte, de la técnica de construcción, de la metalúrgica, de la ciencia, de las comunicaciones, de la religión, del derecho, de la lengua, si las tribus y las etnias no se hubiesen imitado? La ideología de la autosuficiencia cultural no es más que el nombre de la ideología del atraso.

El derecho no es estático. Sus soluciones circulan, se difunden, generan imitaciones. La imitación es la primera aliada de la uniformidad. Así, en el mundo occidental el derecho de la familia se nos presenta prácticamente uniformado. El divorcio es el remedio para la caída de la unidad moral de la pareja; los cónyuges, así como los padres, tienen iguales poderes y derechos; la adopción plena es reconocida e incentivada; el hijo nacido fuera del matrimonio recibe la más amplia protección posible; el poder de los padres es ejercido en el interés superior del menor; los cónyuges tienen derechos mutuos sobre sus rentas; etc. Libremente, todas las naciones han preferido modelos a veces privados de historia a las soluciones consagradas por la cultura nacional y tradición.

La unificación del derecho tiene un costo.

Supóngase un mundo con mil legisladores locales. Mil autoridades locales tienen el poder de crear una regla del todo nueva. Desde que tal evento se verifica, nace la competencia entre el nuevo modelo y el precedente. La regla nueva podrá desaparecer o podrá igualmente difundirse por imitación en los mil países considerados. Supóngase un sistema con un único legislador. ¿Con qué frecuencia y a través de qué dificultades podrá nacer un nuevo modelo?

Si mil leyes diversas rigen en mil países, los nuevos modelos que nacerán a continuación podrán fácilmente diferir el uno del otro, pues sus puntos de partida no son comunes. ¿Si al contrario los puntos de partida son uniformes, hasta qué punto podrá extenderse la nueva decisión del legislador? ¿Podrá inventar la comunidad de lo adquirido si el matrimonio es poligámico? ¿Podrá inventar la

igualdad de los cónyuges si la capacidad jurídica de la mujer se reduce?

Hemos ya constatado la existencia de diversos tipos de uniformidades. La uniformidad impuesta (resultado de un tratado o de un acto supralegislativo) introduce un obstáculo importante al desarrollo y al progreso. La situación se vuelve aún más compleja si la uniformidad es producto de un acuerdo multilateral, cuyos alcances no podrán ser reformulados en el futuro, si no sobre la base de una nueva decisión unánime, tomada por todos los participantes (incluidos desde el más insensible y al más atrasado).

El peligro que la uniformidad impuesta porta consigo se torna más grave por la circunstancia que la fuente del derecho uniforme impuesto es a menudo una ley. En la medida en que la fuente del derecho es la voluntad de los interesados –usos comerciales, cláusulas sugeridas por las cámaras de comercio–, la nueva regla se apoya sobre el consenso general (y el sujeto que no esté de acuerdo puede siempre sustraerse), por lo que no hay fractura traumática con el derecho preexistente. Un código, o una ley, no tienen la misma ductilidad. Si el código es nacional, refleja la opinión de los juristas del país y su lengua, se inspira en la jurisprudencia reciente, radicada en la práctica local, soluciona demandas sociales, conocidas y difusas; no hay nada de agresivo o imprevisible. Pero el código redactado para crear la uniformidad elige necesariamente entre varios modelos existentes, y para hacerlo debe oprimir alguna regla, sustituirla con otras, más o menos desconocidas en el territorio considerado.

De lo expuesto podemos recabar tres conclusiones.

Es necesario excluir del discurso del jurista toda idea de invariabilidad del derecho.

Si creemos en la diversidad, ello no impide creer al mismo tiempo en la uniformidad. Si creemos en la uniformidad, no debemos renunciar, en su nombre, al progreso, y por lo tanto a la variación.

Retornemos al punto de partida de nuestra reflexión. Están en curso procesos de unificación del derecho.

Los órganos supranacionales unifican el derecho privado. Las convenciones multinacionales uniforman el derecho privado. La circulación de los modelos uniforma el derecho privado. En diversos sectores, el derecho privado se vuelve uniforme.

Se unifica a través de procedimientos que a menudo proceden desde la periferia hacia el centro. Se uniforma así el efecto de la circulación *a non dominio* de la letra de cambio o de la venta de la obra de arte robada. No se unifica el momento de la transferencia de la propiedad, y mucho menos se crea una regla



uniforme, concerniente al derecho de bienes, que permita individualizar una categoría uniforme de propiedad. Por ello, no se unifica el efecto de la circulación *a non domino* en general.

Por el contrario, en algunos sectores –especialmente en el área de la libertad y de los derechos de la personalidad– se uniforman satisfactoriamente los mismos principios, permitiendo que los detalles difieran.

¿Hacia dónde nos conduce la uniformidad? Ella evita que una cierta relación sea regulada en manera contradictoria a ambos lados de un Pirineo o del Canal de la Mancha. Evita la injusticia debida a la disparidad del tratamiento, evita las incertidumbres y complicaciones ligadas a los conflictos de normas en el espacio propias de una relación jurídica transnacional.

Al menos en cuanto respecta al valor espacial de la norma, se camina hacia la uniformidad, se desea, se la considera un bien.

Pongámonos ahora en la óptica de la ideología de la unificación. Y preguntémosnos: ¿qué resistencias obstaculizan o retardan la marcha hacia ella? ¿Por qué el régimen de la propiedad jamás ha sido uniforme en Gran Bretaña, ni en el Benelux?

El observador descuidado señalará que obsta a la uniformidad del derecho la multiplicidad de los puntos de vista políticos. Sin duda estamos en desacuerdo sobre muchos valores políticos, pero esta situación no tiene en sí nada de patológico. Es natural que, al momento de adoptar una determinada solución, se evidencie la contraposición entre aquellos que sostienen valores diversos. La controversia será más explícita y formalizada si tales valores son protegidos por aquellos órganos de mediación entre ciudadano y legislador llamados partidos políticos.

El observador precavido constatará, por su parte, que (por lo menos al interior de Europa) el sector del derecho privado que ha dado y da lugar a los más fuertes contrastes políticos (el área del derecho de familia) es aquel en que la circulación de los modelos y, en menor proporción, el derecho convencional uniforme, han creado la más sólida uniformidad. Quizás incide el hecho que en tal sector las bases históricas son canónicas en los países del *common law* y en los romanistas; pero en todo caso las soluciones europeas uniformes no corresponden siempre a las canónicas.

Se ha creado un derecho uniforme que acepta la disolubilidad del matrimonio orientándolo hacia el divorcio remedio; por todos lados se proclama la igualdad de los derechos entre los cónyuges, y una cierta promiscuidad entre sus rentas. Por doquier el poder de los padres se ejerce en el interés superior de

los hijos. En todo lugar entre las tres formas de filiación –legal, biológica y adoptiva–, la segunda tiende a tomarse revancha sobre la primera, y la tercera sobre las otras dos. La adopción es, en este escenario, un ejemplo de primer orden. En síntesis, las grandes separaciones de los programas políticos no han impedido la unicidad de las soluciones.

Por el contrario, no encontramos la misma convergencia en áreas ausentes de debate político. Como ejemplo podemos citar: la propiedad, que puede reducirse al dominio único e indivisible (modelo romanista) o a la señoría fraccionable (modelo inglés); la transferencia de la propiedad, que puede servirse del consentimiento justificado (modelo francés) o del acto exteriorizado o solemne (modelo alemán y, en parte, inglés); la protección de la propiedad, que puede venir confiada a un remedio relativo y personal (modelo inglés) o a un remedio real, ejercitable *erga omnes* (modelo romano); podemos citar el contrato, que en Francia responde a la ecuación *pacta sunt servanda*, y en Inglaterra, en cambio, al caprichoso requisito de la *consideration*<sup>2</sup>.

En general, se tiende a pensar que la multiplicidad de las soluciones derivan de las peculiaridades sociológicas de las naciones; del grado y nivel del desarrollo económico, de la propagación de individuales y contrapuestos valores, entre otros factores.

Sin embargo, no existe una correspondencia recíproca entre estructura de la sociedad y solución jurídica. Entre los Países Bajos e Inglaterra, entre Inglaterra y Escocia, no operan contraposiciones sociológicas, ideológicas o religiosas; pero sus derechos son diversos. Por el contrario, el derecho holandés tiene bases comunes con el chileno<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> N. del T. La "*consideration*" representa uno de los términos más oscuros y tormentosos del sistema del *common law*; intraducible a nuestra lengua y sin equivalente en los ordenamientos de *civil law*, es en esencia un elemento de existencia del *simple contract*, esto es, de aquella categoría de contratos que carecen de la formalidad del *deed* (V. nota 10). Para ellos, el simple acuerdo no produce efectos vinculantes, es necesario además que exista un intercambio de prestaciones: que una de las partes haya dado, hecho o prometido alguna cosa, a cambio de lo que la otra haya aceptado dar, hacer o prometer. Así, en el contrato de compraventa el precio constituye la *consideration* para el vendedor y la cosa la *consideration* para el comprador. Se trata, en breve, del elemento de intercambio o transacción (*bargain*), indicativo del carácter oneroso, pero no necesariamente proporcional, del *simple contract*. El jurista continental, en su costumbre de analizar el contrato como un complejo de elementos esenciales y accidentales, ve en ella el análogo al instituto de la causa. Sin embargo, la *consideration* no coincide con ella, pues niega el valor intrínsecamente vinculante de la promesa pura y simple, doctrina triunfante en sistemas de *civil law*, donde la causa integra el principio general de la obligatoriedad de toda promesa deliberadamente realizada en cuanto destinada a un fin lícito.

<sup>3</sup> N. del T. La referencia es general y sólo destinada al fin de resaltar el fenómeno que, no obstante las profundas diferencias sociológicas, ambas culturas presentan rasgos comunes y semejanzas actuales en el ámbito del derecho privado.

Abandonemos entonces las propensiones mentales establecidas a priori, y verifiquemos sobre el campo la naturaleza de las contraposiciones que encontramos en el derecho de los diversos ordenamientos.

Examinemos por ejemplo el fenómeno de la circulación de la propiedad. Se trata de determinar si la transferencia del derecho es efecto de la compraventa, de un ulterior acto de ejecución –entrega, publicidad, etc.–, o del pago efectuado al comprador.

El estudiante alemán ha estudiado que la transferencia del dominio se verifica con la entrega de la cosa mueble –*Übergabe*– o con la *Auflassung* más inscripción si la cosa es inmueble; y sabe también que estos actos traslativos –*übergabe* y *Auflassung* más inscripción– son eficaces aun cuando la venta sea inválida o inexistente<sup>4</sup>.

El estudiante francés, por su parte, sabe que la transferencia de la propiedad se verifica con la compraventa.

A su vez, el estudiante inglés sabe que en el campo mobiliario la compraventa transfiere la propiedad *between the parties*, y que es necesario la *delivery* para transferir la propiedad *to all purposes*. En el campo inmobiliario, en cambio, la transferencia requiere la *conveyance*, esto es, el acto solemne unilateral del enajenante, y la entrega del documento al adquirente.

En este escenario, los estudiantes dirigen a sus profesores una misma pregunta: ¿qué sucede si el vendedor, entre el momento de la compraventa y aquél de la entrega de la cosa mueble –o de la publicidad inmobiliaria–, enajena el bien a un tercero y se lo entrega, o enajena el inmueble a un tercero que publica inmediatamente el acto?

Todos los docentes responden que el tercero, si ha obrado de buena fe, adquiere el derecho.

Los estudiantes se asombran. Si en Francia la venta ha hecho adquirir la propiedad al primer comprador, no se comprende cómo puede el vendedor, después de haber perdido la propiedad, enajenar eficazmente. Los profesores tienen, sin embargo, una inmediata respuesta. En Alemania y –en lo que respecta a los inmuebles– en Inglaterra el vendedor enajena eficazmente porque no ha dejado de ser propietario; en Francia el tercero adquiere en virtud de su buena fe

<sup>4</sup> N. del T. El término "*Auflassung*", carente de expresión castellana homóloga, consiste en el acuerdo abstracto y formal entre adquirente y enajenante, destinado a transferir la propiedad de un inmueble. A este acuerdo seguirá la inscripción, acto constitutivo de la nueva situación jurídica. Respecto a los muebles, el acuerdo abstracto (*Einigung*) es también requerido, pero éste se confunde generalmente con la entrega del bien (*Übergabe*). V. parágrafos 873; 925 y 929 del BGB.

apoyada en la entrega y en la publicidad; en Inglaterra, finalmente, se simula que el vendedor de cosa mueble enajena como mandatario del primer comprador.

La diferencia entre los diversos sistemas resulta entonces confirmada.

Los estudiantes plantean ahora a sus docentes una cuestión diversa. Quieren saber qué sucede si el vendedor, antes que la cosa mueble haya sido entregada, o antes que se haya dado curso a la publicación del acto o a la *conveyance*, vende a un tercero de mala fe, y le entrega el mueble, o da curso a la publicación del acto o a la *conveyance*.

Los docentes responden que el tercero, si ha obrado de mala fe, no adquiere el derecho, pues el derecho no puede amparar la mala fe.

Los estudiantes se asombran. Si en Alemania, y –en lo que respecta a los inmuebles– en Inglaterra el vendedor es todavía propietario, no se comprende por qué el acto de enajenación que de él proviene es ineficaz.

Los profesores tienen ahora otra inmediata respuesta. En Francia el tercero de mala fe no adquiere, pues su enajenante no es propietario. En Inglaterra, por el contrario, el tercero debería adquirir eficazmente, ya que adquirió del verdadero titular. Pero la solución es diversa, pues en Inglaterra se da aplicación no sólo al *common law*, sino también a la *equity*; y la *equity* clama que al comprador le sea reconocido un *equitable interest* sobre lo comprado; en virtud de este *interest* el tercero que adquiere la propiedad “legal” a título gratuito o bien a ciencia de la precedente venta asume sobre sí la calidad de *trustee* por cuenta del primer comprador, a quien deberá transferir la propiedad cuando sea requerido<sup>5</sup>. En

<sup>5</sup> N. del T. Recuérdese que los países de *common law* presentan la jurisdicción de la *equity*, que constituye un conjunto de reglas jurisprudenciales cuya fuente originaria emerge lentamente en Inglaterra a partir del siglo XIII de las decisiones del *Lord Chancellor* y más tarde de la *Court of Chancery*. La *equity* se desarrolla en forma paralela a la jurisdicción de las cortes reales –o de *common law*–, respondiendo a la necesidad de conceder eficacia y protección a un conjunto de conceptos no reconocidos por la jurisdicción real. Actualmente en Inglaterra las materias propias de su competencia son resueltas por la *Chancery Division* de la *High Court of Justice*. Asimismo, la referencia al *trustee*, nos trae a vista a una de las partes presentes en la operación del *trust*, instituto creado por la *equity* y cuyo mecanismo en líneas esenciales es el siguiente: aquel que desea constituir un *trust* –el *settlor*– enajena ciertos bienes o derechos a favor de otro –el *trustee*–, quien debe administrarlos en favor de una tercera persona –el *beneficiary*–. Dado que el *common law* no reconoce la relación fiduciaria, considera al *trustee* como titular de los bienes y derechos que ha recibido y así titular de un *legal estate*, con todos los derechos y responsabilidades que el *common law* a este efecto prescribe. Sin embargo, la obligación de administrar los bienes a favor del *beneficiary* no es olvidada, se tutela, y ello por la *equity*. Así, volviendo al ejemplo del texto, el tercero de mala fe (considerado ahora por la jurisdicción de la *equity* como *trustee*), deberá restituir el bien al primer comprador (considerado *beneficiary*), pues a éste la *equity* le confiere una tutela real (en el caso la acción de *tracing*) derivada del reconocimiento de un derecho sobre el bien enajenado. Ahí la razón del *equitable interest* del primer comprador y su consecuente facultad de recuperar el bien de manos del tercero de mala fe.



Alemania la *equity* no existe, y por consiguiente la solución –digamos, más bien, la explicación– inglesa no puede prosperar. Pero en Alemania todo comportamiento dañoso intencional contrario a las buenas costumbres genera responsabilidad delictual, según el § 826 BGB, siendo el remedio aplicable la reparación en naturaleza: la adquisición fraudulenta del tercero entra en la previsión del citado § del BGB generando la obligación de transferir el bien al primer comprador. Además, si el segundo adquirente ha recibido la cosa a título gratuito, es considerado como enriquecido sin causa, *ex* § 812 BGB, debiendo –a este título– devolver el bien al primer comprador.

La diferencia, pero también la identidad, entre los diversos sistemas resulta entonces confirmada.

A estas alturas, profesores y estudiantes están agotados. Así, algunas preguntas se dirigen a los docentes, siendo esta vez sus respuestas breves y sintéticas. ¿Concluida la compraventa y antes de la entrega o de la publicación o de la *conveyance*, el comprador que ha pagado puede obtener la entrega de la cosa? La respuesta es, en todo lugar, afirmativa; en Francia, la afirmación deriva del hecho de ser el comprador propietario; en los otros países, en cambio, el comprador dispone de la acción contractual.

¿Y si la cosa mueble ha sido entregada sin que preexista una compraventa? ¿Hay transferencia del dominio en esta hipótesis? La respuesta es del mismo modo afirmativa. En Alemania deriva del hecho que la *übergabe* es un acto abstracto. En Inglaterra, por el contrario, se dirá que quien ha recibido el *delivery* tiene por ello mismo un *title* y si es necesario puede accionar en *conversion* contra aquel que detenta la cosa sin título. En Francia se planteará inmediatamente el discurso sobre la proposición de una acción personal de restitución. Pero sobre este terreno el debate se reabre también en Alemania e Inglaterra. En Francia todo pago presupone una deuda, y lo que ha sido pagado sin que sea debido da lugar a repetición. En Alemania el acto solutorio privado de causa da lugar al enriquecimiento injustificado, de donde emana la obligación restitutoria. En Inglaterra no existe una regla general análoga. Pero luego en Francia si el pago no debido fue hecho conscientemente la acción de repetición se desechará, pues la jurisprudencia subordina el remedio a la *condition d'erreur*. En Alemania el enriquecimiento no es injustificado si quien ha concluido el acto de pago sabía que no debía hacerlo. Recíprocamente, en Inglaterra el pago hecho por error da lugar a un remedio restitutorio basado precisamente en el error.

Las soluciones operacionales son siempre paralelas (salvo en Italia): quien paga y no debía repite si ha entregado la cosa o pagado el dinero por

error; por el contrario, pierde la cosa o el dinero si paga conscientemente<sup>6,7</sup>.

Regresemos a nuestros estudiantes. Ellos deben analizar qué ocurre si la posesión injustificada de un tercero colisiona con el derecho de propiedad inmueble.

Conscientes que el propietario deberá intentar una acción restitutoria, y a fin de estar mejor instruidos, se dirigen a los asistentes de la facultad preguntándoles cómo se regula dicha acción.

El *tutor* inglés da al *student* una respuesta bastante clara. El actor vence si prueba una posesión (suya o de su antecesor) anterior a la posesión del demandado (o de su antecesor), siempre que el demandado no pruebe una legítima transferencia del derecho de parte del actor (o de su antecesor) a él (o a su antecesor). Así, el actor que hoy vence perderá si es demandado por quien pruebe una posesión anterior. La presencia de estas situaciones, por la cual Tizio hoy prevalece sobre Caio y mañana sucumbirá a Mevio, obliga a concluir el carácter relativo de la propiedad inglesa.

L'*assistant* francés da una respuesta más compleja. El Derecho francés es el Derecho de la razón; quien proceda en base a la lógica arribará a la solución francesa. La propiedad no puede no ser absoluta, se es propietario frente a todos o no se es frente a ninguno. Puede reivindicar la cosa quien pruebe tener esta propiedad absoluta. Puesto que el título de adquisición no contiene en sí la prueba que ella provenga *a domino*, el título por sí no prueba la propiedad absoluta. El actor reivindicatorio debe por lo tanto probar haber usucapido, o haber adquirido de un antecesor que ha usucapido. El discurso parecería concluido, si no permaneciese abierto el tema de los medios con los cuales se prueba la prescripción. El tema ofrece la ocasión para recalcar que es prácticamente imposible probar haber poseído durante los treinta años necesarios para usucapir, y que, por lo tanto, cuando el actor prueba que él mismo o su antecesor ha tenido o la posesión de la cosa o un título, anteriores en el tiempo a la posesión y al título

<sup>6</sup> N. del T. La voz "solución operacional" corresponde al resultado de la aplicación de las llamadas reglas operacionales, que representan en el lenguaje de Sacco los datos concretos, reales, obtenidos del análisis operacional. Esta técnica consiste en el estudio de la aplicación real, específica del derecho desde el punto de vista de sus efectos concretos. Su resultado, como en otra instancia advierte el autor, en ocasiones varía de la regla declamatoria y general, esto es, la definición, calificación o ideología a que la declaración normativa responde. Así Sacco, Rodolfo: *Introduzione al Diritto Comparato*, ob. cit., capítulos 1° y 2°.

<sup>7</sup> N. del T. Una ilustración más amplia de la obra de Sacco sobre la circulación de la propiedad mueble puede consultarse en: *Introduzione al Diritto Comparato* (ob. cit., pp. 106 y ss.); "Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit comparé", en *Riv. Dir. Civ.* 1979, I, 442 y ss.

del demandado o de su antecesor, dicha circunstancia es suficiente aunque la prescripción no resulte probada<sup>8</sup>.

La solución operacional coincide entonces en Inglaterra y en Francia. La descripción es también uniforme. Pero aquella que en Inglaterra es una regla sustantiva en Francia es presentada como procesal y por ello, sobre el plano sustantivo, la propiedad inglesa es clasificada como relativa y la francesa como absoluta, contraposición pregonada como la mayor diferencia operante entre estos sistemas.

Nuestros estudiantes han avanzado mucho camino, y han finalizado –cada uno en su país– sus estudios jurídicos. Prefieren el tema de los contratos. Conocen bien la obra de R. David sobre los contratos en el Derecho inglés<sup>9</sup>. Saben que en Francia todo acuerdo vincula, pues allí el respeto de los pactos es sacro, mientras en Inglaterra el pacto por sí no obliga y sólo toma fuerza al ser acompañado de una *consideration*.

El *licencié* francés pide confirmación al *master of law* inglés preguntándole si es verdad que en Inglaterra es imposible donar, considerando que la donación contradice la idea de la *consideration*. El *master* inglés se impresiona de la pregunta. También en Inglaterra la donación es notoria, admitida y reconocida. Es del todo obvio que no es un contrato, y por ello no tiene necesidad de la *consideration*. El instrumento con que se dona es el *deed*, el acto solemne<sup>10</sup>. A su vez, el jurista inglés pregunta si en Francia es posible donar verbalmente. Sabrá así que en Francia la donación presupone un acto notarial, solemne. Para la donación mobiliaria en uno y otro país bastará la entrega de la cosa.

Los dos juristas constatan que la diferencia entre sus sistemas radica en que la donación solemne en Inglaterra es válida *porque no es un contrato*, y por ello se sustrae de la regla de la *consideration*, mientras que la donación solemne en Francia vale *porque es un contrato* y por ello debe ser vinculante; que además la donación informal es inválida en ambos países, y que la entrega de la cosa mueble produce la transferencia de la propiedad a objeto de donación.

En Inglaterra el depósito gratuito y el comodato consensual no vinculan ya que falta, en ambos casos, una *consideration*. Pero también en Italia y en Alemania el consenso no vincula, pues estamos en presencia de contratos reales,

<sup>8</sup> N. del T. La referencia treintaial es al plazo establecido por el Código Civil francés.

<sup>9</sup> N. del T. La referencia es David, René: *Les Contrats en Droit Anglais*. Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1ª edic. París, 1973 (2ª edic. 1985).

<sup>10</sup> Conocido también como *act under seal*, *specialty* o *covenant*, el *deed* constituye el acto formal típico de los ordeamientos de *common law*.

que se concluyen sólo con la entrega ejecución. Acaecida la entrega, vuelve a emerger la idea *pacta sunt servanda*. En Inglaterra la entrega obliga al depositario a la custodia y legítima, y al comodatario al uso del bien, no porque depósito y comodato sean contratos, sino porque la entrega da lugar a un *bailment*<sup>11</sup>.

Nuestros dos juristas constatan que escuela y libros los han ilusionado; comprueban que las reglas operacionales son análogas en ambos países, y que sin embargo los fenómenos vienen explicados con técnicas, conceptos y aparatos dogmáticos completamente opuestos.

Supongamos que nuestros dos licenciados vayan a encontrar un colega amigo a Alemania; cuando están por llegar, un vehículo colisiona por detrás su auto. Los daños ascienden a 1000 euros. El embestidor asume su responsabilidad.

El francés narra el acontecimiento. La indemnización procede, pues todo hecho del hombre que causa daño a otros impone la obligación de resarcimiento al sujeto que lo ha ocasionado.

El alemán no comparte su visión. No es posible que todo hecho culposo obligue. La obligación nace de la lesión culposa e ilícita del derecho absoluto de la víctima. En nuestro caso ha sido lesionada la propiedad del vehículo investido, la fuente de la obligación reside en tal lesión.

El inglés no entiende esta doctrina de los derechos absolutos. La responsabilidad opera cuando se comete uno de los específicos agravios previstos por el derecho; en el caso, una cosa mueble ha sido dañada por un agente mediante una colisión física, entonces tenemos un *trespass to a chattel*<sup>12</sup>.

Nuestros laureados se miden con toda la casuística jurisprudencial de los

<sup>11</sup> N. del T. El *bailment* es una figura jurídica característica del *common law* que no encuentra equivalente en el *civil law*; agrupa un conjunto de situaciones cuyo elemento común consiste en la entrega de cosas muebles de parte de su propietario, que toma el nombre de *bailor*, a un *bailee*, a condición expresa o tácita que éste las restituya una vez cumplido el período pactado, cometido el objetivo para el cual fueron entregadas, o cuando el *bailor* simplemente lo requiera. El *bailor* permanece como propietario de las cosas entregadas y así el *bailee*, en cuanto tal, no está facultado para transferir la propiedad de las mismas. El *bailment* puede ser gratuito (*gratuitous bailment*) u oneroso (*bailment for reward*). A menudo la onerosidad da lugar a una relación contractual, pero la regla no es absoluta pudiendo prescindirse del contrato, casos donde el *bailment* pasa a ser disciplinado por las reglas de la *personal property* o de la *law of torts*. En la concepción del derecho continental es posible enmarcar el instituto en los contratos de depósito, comodato, prenda, arrendamiento, mandato con entrega de cosas, transporte, según el caso.

<sup>12</sup> N. del T. La expresión *trespass* corresponde a una amplia figura del *common law* compuesta por una serie de comportamientos que dan lugar a ilícitos civiles, penales, o a ambos. El *trespass*, y su acción correlativa, se articula en tres tipos diversos dentro de la categoría general de los *torts* (ilícitos) dependiendo si el acto lesivo afecta a la integridad de la persona (*trespass to the person*), a la posesión de los bienes muebles (*trespass to chattels o goods*) o inmuebles (*trespass to land*). En particular, el *trespass to chattels* tiene lugar frente a una injustificada turbación de la posesión de un bien mueble mediante actos de desposesión, molestias, remociones, o daños, realizados con intencionalidad o negligencia.



tres países, y encuentran que las soluciones empíricas son ampliamente uniformes. El juez francés, cuando condena, se inspira en el *tout fait quelconque*; y, cuando absuelve, utiliza la doctrina de las *causes de justification*. El juez alemán, cuando debe condenar, encuentra siempre un párrafo del código que legitima la sanción, y, cuando debe absolver, se remite sin problemas a la licitud de los actos no prohibidos. En Inglaterra las aplicaciones siempre más amplias del *tort of negligence* conducen a neutralizar la tipicidad de las acciones fundadas sobre la responsabilidad delictual<sup>13</sup>.

La práctica tiene necesidad de categorías conceptuales ordenantes<sup>14</sup>. Pero estas categorías son diversas en las distintas naciones y los juristas no hacen nada para liberarse de las distinciones.

Los contrastes que vemos existen en las calificaciones, en los lenguajes, en las descripciones, en las explicaciones, en los conceptos. No existen, en cambio, en las reglas operacionales.

La tarea de la ciencia consiste entonces en relativizar, para luego eliminar y exorcizar las contraposiciones conceptuales absurdas; la misión se cumplirá sólo si se adoptan métodos comparativos sofisticados.

Sin la obra homologadora de la ciencia, un legislador uniforme procedería sobre un terreno difícilísimo, completamente minado por pesantes desarmonías de lenguaje.

La ciencia por sí bastará en la medida que logre moverse para unificar los modos de conocimiento del derecho. Alcanzado este objetivo, la uniformidad de las soluciones legales será más accesible y quizás ya ni siquiera necesaria.

<sup>13</sup> N. del T. El *tort of negligence* constituye la categoría de ilícito de mayor trascendencia en la moderna *law of torts*. Comprende no sólo aquellas situaciones de conducta culposa generadora de responsabilidad (contractual o extracontractual), sino además aquellas de comportamiento no adecuado al *standard* requerido por la ley o de violación al llamado *duty of care*. El siempre mayor número de situaciones que comprende ha motivado a un sector de la doctrina inglesa a estimarlo, junto a otros factores, como instituto que aseveraría la presencia de un principio general de responsabilidad en tal sistema, recordando que en la materia no existe una máxima análoga a nuestro artículo 2.314.

<sup>14</sup> N. del T. Más antecedentes sobre la importancia de estas categorías en la construcción del Derecho privado europeo V. Sacco, Rodolfo: "The System of European Private Law - Premise for a European Civil Code", en *Italian Studies in Law*, Dordrecht, 1993, Vol. I, pp. 71 ss.