

# INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y METODOLOGÍA JURÍDICA

Juan Carlos Bayón

España

## *1. Los presupuestos de la argumentación jurídica y el problema de la internacionalización*

En el último cuarto del siglo XX hemos asistido a una auténtica proliferación de teorías de la argumentación jurídica, desiguales, como es natural, en cuanto a su novedad, claridad de propósitos, profundidad analítica y -por qué no decirlo- relevancia práctica, pero suficientes en todo caso para haber conformado ya un *corpus* que es ineludible tomar en cuenta cuando se consideran los problemas que tradicionalmente se han estudiado bajo el rótulo más clásico de “metodología jurídica”. El punto de madurez alcanzado permite ya dejar sentadas algunas conclusiones a modo de balance, entre las cuales, en este momento, me interesa destacar simplemente una.

De una teoría de la argumentación jurídica, comprensiblemente, no se espera sólo que se ocupe de algunas cuestiones metodológicas o conceptuales de carácter preliminar (como despejar los equívocos seculares acerca del papel de la lógica en el razonamiento jurídico), que esclarezca las exigencias de la racionalidad práctica general o que nos muestre cuál es la forma o estructura de cada uno de los esquemas argumentativos que componen ese elenco de “métodos jurídicos” decantado por la tradición y consolidado por su uso efectivo por parte de los aplicadores del derecho que, en lo sustancial, es bastante similar en todos los ordenamientos modernos. Lo que verdaderamente se espera, más allá de todo eso, es que articule criterios materiales o sustantivos que expliciten lo que está implícito en nuestra experiencia intuitiva de que -al menos dentro de

ciertos márgenes- a la hora de justificar una conclusión jurídica somos capaces de distinguir entre argumentaciones aceptables y otras que no lo son. O dicho de otro modo: que no nos diga sólo cuál es en abstracto el repertorio de formas de argumento disponibles (como si fueran técnicas neutras de una pretendida razón jurídica acontextual o universal), sino que trate de especificar cuáles se considera que son, en cada caso, los criterios de su *uso correcto*.

Y lo que la moderna teoría de la argumentación jurídica -o, al menos, la que a mí me parece más fructífera y mejor enfocada- pone en claro es que, si existen esos criterios de uso correcto, no pueden sino provenir y depender enteramente del conjunto de convenciones interpretativas que sean efectivamente seguidas por una comunidad jurídica, esto es, de un trasfondo de criterios compartidos acerca de cuestiones tales como las justificaciones que se considera que subyacen a las distintas normas (y su importancia relativa), lo que se reconoce como casos paradigmáticos de los diferentes conceptos, las similitudes y diferencias que se juzgan relevantes (y por qué lo son y en qué grado) entre esos casos paradigmáticos y otros que no son tan claros o las condiciones de uso apropiado de cada forma de argumento y el valor justificativo que se le atribuye en diferentes contextos. Son esos elementos, naturalmente, los que permiten establecer conexiones de sentido entre las distintas partes de un sistema normativo y posibilitan “hacer hablar al derecho con una sola voz” (o, dejando a un lado las metáforas, someter las interpretaciones a un control de coherencia). Todo ese conjunto de convenciones, que tiene sin duda un sustrato o fundamento valorativo, integra en suma el contenido de una práctica particularmente compleja (la práctica de la argumentación jurídica), que, como toda práctica social, es por definición específica de una comunidad (a saber, el grupo de los “participantes” en la práctica en cuestión, de quienes con sus creencias, actitudes y acciones precisamente *constituyen* la práctica).

A mi modo de ver, este hecho resulta decisivo a la hora de orientar la construcción de una teoría de la argumentación jurídica con auténtica relevancia práctica, esto es, verdaderamente útil para el análisis crítico de los razonamientos de los operadores jurídicos. Toda argumentación racional, cualquiera que sea el objeto sobre el que verse, está sujeta a exigencias de índole formal, pragmática y material<sup>1</sup>. Es la sujeción a ese triple orden de exigencias lo que la hace controlable. Pero mientras las del primer y segundo tipo bien pueden calificarse como generales (en el sentido de que son comunes a cualquier clase de argumentación, tanto jurídica -y sea cual sea el ordenamiento al que vaya referida- como no jurídica), lo que en el plano material o sustantivo define el canon de aceptabilidad de los argumentos jurídicos es un trasfondo de criterios compartidos constitutivo de una práctica social específica de cada comunidad jurídica<sup>2</sup> (que, eso sí, podrá ser similar en mayor o menor medida a la de otras comunidades jurídicas). Que los estudios recientes de teoría de la argumentación jurídica hayan sido más o menos diligentes a la hora de identificar y articular con un mínimo de precisión los cánones de aceptabilidad material imperantes en alguna comunidad jurídica en concreto, es cuestión que ahora puede dejarse al margen<sup>3</sup>. Lo que

---

<sup>1</sup> La necesidad de distinguir esos tres planos o dimensiones de toda argumentación y, a la hora de evaluarla, de diferenciar los requisitos a los que queda sujeta desde el punto de vista de cada uno de ellos, es el eje que vertebra todo el discurso de Atienza 2006, a mi juicio uno de los estudios más importantes y completos que han aparecido recientemente en el campo de la teoría de la argumentación jurídica.

<sup>2</sup> La idea de un “canon de aceptabilidad” resultante de una práctica social es desarrollada de un modo que me parece particularmente lúcido en Bell 1986.

<sup>3</sup> Pero, aun sin entrar en ella en profundidad, forzoso es admitir que los resultados alcanzados en esa dirección no pasan por ahora de

aquí interesa recalcar es tan sólo la tesis general de que esos cánones materiales, sean cuales fueren, dependen del contenido de convenciones o prácticas complejas propias de la comunidad en la que tiene vigencia cada ordenamiento. Y pienso que interesa recalcarla porque a partir de ella se plantea el problema central del que pretendo ocuparme en estas páginas.

Si en la realidad no encontrásemos otra cosa que ordenamientos jurídicos nacionales cerrados sobre sí mismos y estrictamente incomunicados, la idea de que el presupuesto que hace controlable la argumentación jurídica -en su dimensión material- reside en una práctica social específica de cada uno de ellos no plantearía mayor dificultad como punto de partida teórico. Pero en el mundo actual se multiplican exponencialmente muy variadas formas de interrelación o interconexión de ordenamientos, a todas las cuales cabría referirse del modo más genérico posible como supuestos de “internacionalización del derecho”. Lo que a pesar de sus marcadas y relevantes diferencias estructurales parecen tener en común todas esas situaciones, desde la perspectiva que aquí interesa, es que los propósitos buscados en cada caso con la “internacionalización” se verían verosímelmente frustrados si a la hora de resolver una cuestión jurídica se razonase desde la óptica exclusiva del ordenamiento propio del aplicador, en vez de hacerlo tratando de tomar en cuenta de un modo u otro el punto de vista de más de un ordenamiento. Ahora bien, si esto es así, el problema general que quedaría planteado -y que me parece que los estudios actuales sobre la argumentación jurídica han subestimado, o lisa y llanamente ignorado<sup>4</sup>- consiste en aclarar cuáles habrían de ser en tales condiciones los cánones de aceptabilidad material de los argumentos a emplear, o incluso si verdaderamente se podría considerar viable la identificación de un conjunto coherente de criterios de esa naturaleza en situaciones que parece que podrían caracterizarse en algún sentido como de concurrencia de ordenamientos, cada uno de los cuales arrastraría consigo aquel conjunto de convenciones que da cuerpo a sus propias prácticas argumentativas.

## *2. Formas de internacionalización del derecho*

Para que puedan quedar mejor planteados los términos del problema conviene empezar aclarando ya, mediante una serie de desbroces, a qué tipo de fenómenos pretendo hacer referencia bajo el rótulo de “internacionalización del derecho” (al que, a falta de una alternativa mejor, recorro simplemente por su capacidad de englobar los distintos supuestos que me interesan y a sabiendas de su imprecisión).

Hoy en día existe una literatura abrumadora acerca de la globalización<sup>5</sup>, el término que ha hecho fortuna para aludir a los profundos cambios cualitativos de la realidad social a los que está

---

bastante modestos. Un juicio similar, dentro de un balance pormenorizado (y que en líneas generales comparto) de los logros y carencias de los actuales desarrollos de la teoría de la argumentación jurídica, puede verse en García Amado 2003, especialmente pp. 61-66.

<sup>4</sup> No sin algunas excepciones. Por ejemplo, y en relación con el contexto de la integración europea -al que haré algunas referencias más adelante-, sí se muestra consciente del problema Berteaux 2005 (especialmente, pp. 155-156), que se pregunta si la noción de coherencia como ideal regulativo de la argumentación jurídica, modelada en relación con sistemas jurídicos nacionales considerados aisladamente, puede realmente trasladarse sin dificultad a una “entidad policéntrica” o “conjunto de ordenamientos jurídicos interconectados” como la Unión Europea.

<sup>5</sup> Una literatura, todo hay que decirlo, con enojosa frecuencia tan reiterativa como teóricamente endeble. Una presentación rigurosa de las transformaciones y desafíos para el derecho que la globalización trae consigo, que selecciona y discute la bibliografía más solvente sobre el tema, puede hallarse en Laporta 2005 (reelaborado ahora en Laporta 2007, cap. XI).

conduciendo una multiplicación e intensificación sin precedentes de las interacciones humanas transfronterizas de todo tipo. En el mundo globalizado proliferan las acciones con un impacto causal transnacional (o incluso las nuevas tecnologías y las redes globales de comunicación vuelven problemáticas las ideas mismas de lugar donde la acción se origina y lugar donde se producen sus resultados), los mercados van dejando atrás cualquier clase de segmentación nacional y los actores tienen un grado tal de movilidad que pueden acoger sus actividades a la normativa que más convenga a sus intereses (produciéndose así, literalmente, una suerte de “mercado global de ordenamientos”). En la literatura sobre la globalización es casi un tópico sostener que las consecuencias de todos estos procesos para el derecho estarían siendo principalmente dos. La primera, una necesidad creciente de convergencia entre ordenamientos, que en ciertas áreas habría de tender incluso a producir la uniformidad de contenidos normativos (puesto que, se dice, la diversidad de las regulaciones nacionales puede ser un obstáculo para algunas actividades globales deseables y una ventaja que exploten en su propio beneficio otras indeseables). Y la segunda, una crisis del monopolio estatal de la creación jurídica, en la medida en que la superación de las particularidades legislativas nacionales que se reputa necesaria en algunos ámbitos se estaría consiguiendo ya, en buena medida, a través de instrumentos normativos no estatales (como sería el caso de la nueva *lex mercatoria*, que está generando prácticas uniformes en el comercio internacional a través de la consolidación de contratos-tipo y de términos unificados impulsados por asociaciones y entidades de naturaleza privada y donde para la resolución de conflictos se acude cada vez más a mecanismos de arbitraje internacional igualmente privados)<sup>6</sup>. Pero formuladas en esos términos ambas ideas entrañan, por muy difundidas que puedan estar, una considerable simplificación.

Empezando por la segunda, resulta equívoco afirmar sin más que ese derecho transnacional uniforme de desarrollo convencional surgido de los propios actores de los mercados globalizados existe y opera en sentido estricto sin la mediación del poder normativo de los Estados. En contra de lo que a veces se sugiere, la nueva *lex mercatoria* no puede concebirse como un auténtico ordenamiento jurídico autónomo de naturaleza supra- y extra-estatal<sup>7</sup>. Puede ser, sin duda, la fuente material de la regulación de la relación entre las partes: pero su validez no deriva sino de los ordenamientos estatales, que son los que determinan qué valor se reconoce -y dentro de qué límites- a la autonomía de su voluntad<sup>8</sup>. Lo que sin embargo es cierto (y resulta relevante desde la perspectiva que aquí me interesa) es que un árbitro internacional, cuando las partes le encarguen la solución de los conflictos que pudieran surgir a propósito de los contratos que celebran, adopta como criterios de decisión los que las partes hayan fijado (incluso la pura decisión en equidad, si ese es el caso): así que, sin perjuicio de que la fuerza obligatoria de sus decisiones dependa siempre en definitiva de ordenamientos estatales, ocupa como decisor una posición autónoma que hace que respecto de él no se planteen en realidad los problemas que surgen de la interrelación o interconexión de ordenamientos en el sentido ya mencionado al que aquí pretendo referirme.

---

<sup>6</sup> Vid., por todos, Fernández Rozas 2003a.

<sup>7</sup> Cfr. Mertens 1997.

<sup>8</sup> Subraya esta idea con especial énfasis Virgós Soriano 1995.

Y en cuanto a la primera de aquellas dos ideas (la tesis según la cual los procesos de globalización generarían una necesidad creciente de uniformidad), resulta también simplificadora por dos razones: en primer lugar, porque conviene subrayar que la uniformidad no es necesariamente valiosa (y cuando lo es, no tiene por qué ser ni lo único ni lo más valioso); y en segundo lugar, porque tanto la convergencia entre ordenamientos como la unidad misma de soluciones para los supuestos de tráfico jurídico transnacional pueden conseguirse de distintos modos, siendo la uniformidad del derecho material sólo uno de ellos y no necesariamente el preferible.

Que la uniformidad no es necesariamente valiosa debería resultar patente incluso en un ámbito como el derecho privado patrimonial, en el que a veces tiende a darse por sentado, apresuradamente, que un mercado unificado requiere una normativa común por lo que representaría la diversidad de regulaciones en términos de costes de transacción. Pero, incluso dejando al margen que entre los factores que determinan que no se lleven a cabo transacciones transfronterizas eficientes hay seguramente otros que resultan más decisivos que la diversidad de regulaciones<sup>9</sup> y que el argumento parece olvidar que la eliminación de la diversidad también conlleva en sí misma costes no desdeñables<sup>10</sup>, su defecto más serio es su incapacidad para percibir que, dependiendo de la estructura de las situaciones, la ausencia de uniformidad puede tener consecuencias beneficiosas o perjudiciales. Simplificando hasta el límite, la diversidad de regulaciones es beneficiosa cuando estimula la competencia entre ordenamientos, que en un “mercado competitivo de productos normativos” tienen que orientarse hacia las soluciones más eficientes para atraer a los actores económicos; y perjudicial cuando se produce el “fallo de mercado” consistente en que, para atraerlos, los ordenamientos desarrollen comportamientos oportunistas -de “competencia a la baja” (*race to the bottom*)- globalmente ineficientes<sup>11</sup>. Y que la uniformidad no es necesariamente valiosa, ni lo es a cualquier precio, puede resultar aún más patente en otros ámbitos distintos del derecho privado. Por ejemplo, en derecho penal es sin duda cierto que la diversidad de regulaciones puede crear “santuarios” u “oasis de criminalidad” que aproveche la delincuencia organizada para desarrollar actividades transnacionalmente lesivas; pero también lo es que esa diversidad de regulaciones puede ser la expresión de compromisos valorativos perfectamente serios que una sociedad considere irrenunciables, sean cuales sean las consecuencias que ello pueda generar en relación con la movilidad de actores a la busca del régimen penal más benigno<sup>12</sup>. En suma, conviene recalcar -en contra de lo que con demasiada

<sup>9</sup> Por ejemplo, Bradgate y Willett 2001, § 10, desarrollan la idea de que, dejando al margen las transacciones de las grandes corporaciones, lo que puede refrenar a los consumidores a la hora de plantearse la posibilidad de la contratación transfronteriza, mucho más que la diversidad de las regulaciones, pueden ser las dificultades prácticas -y aun meramente “logísticas”- que conllevaría en su caso la protección de los derechos o incluso las propias diferencias lingüísticas.

<sup>10</sup> Cfr. Ioriatti 2003, p. 5. Ha de tenerse en cuenta, por un lado, que la consecución de un derecho material uniforme encierra siempre una disputa acerca del modo en que hayan de repartirse los costes de la transición normativa (menores para los ordenamientos cuya regulación nacional previa resulte más próxima a la regulación uniforme que finalmente se alcance y mayores en caso contrario); que, por ello mismo, la uniformidad se logra con cierta frecuencia en forma de solución transaccional, aun en desmedro de su calidad técnica; y que los “costes del error” son elevados, puesto que su enmienda reabre en buena medida la situación de partida.

<sup>11</sup> Una explicación clara, perspicaz y pormenorizada de lo que con un esquematismo extremo acabo de exponer -i.e., de la idea básica de que se trata de maximizar los beneficios de la diversidad y minimizar sus costes- puede encontrarse en GarcíMartín Alférez 2001.

<sup>12</sup> Las razones a favor y en contra de avanzar hacia la uniformidad del derecho penal material son, por supuesto, mucho más complejas. Entre las primeras, y especialmente en ámbitos de integración supranacional como el europeo, suelen incluirse la necesidad de protección uniforme de bienes jurídicos específicamente supranacionales, de ofrecer a todo ciudadano europeo niveles análogos de tutela frente a fenómenos criminales similares, o incluso -en lo que se refiere a ciertos sectores de la delincuencia económica- de evitar

frecuencia se asume en algunos discursos simplistas en torno al derecho y la globalización- que la unificación no es un fin en sí mismo y que la solución uniforme no tiene por qué ser necesariamente la mejor. De ahí que una de las líneas de trabajo más interesantes en este terreno (pero que aquí no voy a abordar) sea la elaboración de modelos teóricos analíticamente rigurosos y suficientemente ricos que nos muestren cuándo y por qué es deseable la unificación normativa y cuándo, por el contrario, basta con una armonización de mínimos o incluso es directamente preferible la persistencia de la diversidad.

Y conviene insistir también en que la uniformidad del derecho material no es ni la única ni necesariamente la mejor forma de hacer frente a los problemas que, en su caso, puedan derivar de la diversidad de regulaciones. En el derecho privado, desde Savigny, la norma de conflicto es la técnica por antonomasia para la determinación del derecho aplicable a las relaciones jurídicas transfronterizas. Y parece que hay buenas razones para pensar que la unificación del derecho material y la técnica de la remisión conflictual no deben ser vistas como alternativas, sino como fenómenos que están llamados a complementarse y convivir.<sup>13</sup> Pero, en cualquier caso, también es obvio que sin normas uniformes de derecho internacional privado la técnica de la remisión conflictual no garantiza la armonía internacional de soluciones, así que una normación satisfactoria de las interacciones en un mundo globalizado puede exigir unas veces derecho material uniforme y otras veces normas de conflicto uniformes. En qué casos pueda convenir una cosa u otra, insisto, es una cuestión del mayor interés teórico, pero aquí no pretendo ocuparme de ella. Para mis propósitos en este trabajo, por el contrario, lo que realmente cuenta es que ambos serán casos de derecho uniforme, importando relativamente poco que se trate de derecho material o de normas de conflicto. Es más, vistas cuáles son en el mundo actual las tendencias de evolución de estas últimas (y del modo de concebir su aplicación), parece que hay buenas razones para suponer que el nivel de complejidad que puede revestir la interpretación de ambas clases de normas y los tipos de problemas que en uno y otro caso se planteen no tienen por qué ser muy distintos.<sup>14</sup>

---

las distorsiones de mercado que podría implicar un diferente "coste de los delitos" en distintos países miembros. Entre las razones en contra, sin embargo, también contarían el déficit democrático de los procedimientos de elaboración de ese derecho uniforme, o la previsible tendencia a fijar los contenidos uniformes sobre el "mínimo común denominador" de los sistemas nacionales de partida, produciendo así un alineamiento a la baja que implicaría retrocesos para los sistemas más garantistas. Pero, sin profundizar en el debate, aquí basta con dejar constancia de la sencilla idea de que ni la uniformidad es necesariamente valiosa ni lo es a cualquier precio. Para una consideración más detenida de las razones a favor y en contra de la unificación penal a escala europea vid. Bernardi 2005, pp. 245 y 250-253; Vogel 2005, pp. 128-129; y Weyembergh 2005, pp. 158-159 y 164-166.

<sup>13</sup>Por un lado, y dejando al margen los costes de alcanzar un derecho material uniforme, ya comentados, las normas de conflicto seguirían siendo necesarias para colmar las lagunas de aquél o, en último término, para dar salida a una situación de divergencias interpretativas insalvables de dicho derecho material uniforme por parte de los órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados. Pero por otro lado el recurso exclusivo al método conflictual tendría al menos dos problemas, que constituirían otras tantas razones para el desarrollo de derecho material uniforme. El primero, que la técnica de las normas de conflicto no ofrece siempre la necesaria certidumbre, tanto por la dificultad misma de identificar la norma de conflicto pertinente, habida cuenta de la diversificación de fuentes del derecho internacional privado, como por la posible -y no siempre fácil de prever para los actores externos- entrada en juego de normas materiales imperativas del foro. Y el segundo, que dado que la técnica se sustancia en la designación como aplicable de un determinado derecho estatal, podría tener el inconveniente de no tomar suficientemente en cuenta el carácter internacional del supuesto, aplicándole soluciones concebidas en principio para el tráfico interno. En suma, la complementariedad de ambas vías parece ineliminable: sobre ello, vid., por ejemplo, Matteucci 1975, p. 9; Fernández Rozas 2003a, pp. 380-385; Sánchez Lorenzo, 2003, p. 405; o Sánchez Lorenzo, 2005.

<sup>14</sup>La norma de conflicto tradicional es una simple norma de remisión: establece que para cierta relación jurídico-privada es aplicable una determinada ley nacional seleccionada en virtud de un criterio de conexión (el lugar de cumplimiento de la obligación, la nacionalidad del causante, etc.). En principio -y al margen de algún problema clásico como el del reenvío- su interpretación y aplicación no tiene por qué ser especialmente dificultosa. Pero suele decirse que, como método de reglamentación del tráfico jurídico transnacional, ese tipo de

Por fin, para tener a la vista un cuadro más completo de los supuestos a los que me refiero al hablar de “internacionalización del derecho” es preciso introducir dos variables más. La primera tiene que ver con el *grado* de convergencia entre ordenamientos que llegue a producirse, que no tiene por qué alcanzar la unificación en sentido estricto, sino que puede consistir en su simple “armonización”. La unificación supone la inclusión en dos o más ordenamientos de un mismo texto normativo de aplicación directa adoptado justamente con el fin de unificar ciertas esferas de los correspondientes derechos nacionales<sup>15</sup>, ya se trate de hacer normas uniformes sólo para la regulación desde dichos ordenamientos de las relaciones jurídicas transnacionales, o de unificar también las normas imperantes en su respectivo tráfico interno. De la “armonización”, en cambio, tal vez cabe sólo una caracterización negativa: cualquier clase de aproximación entre ordenamientos que no llegue a la unificación propiamente dicha (como la adopción de leyes modelo u otras clases de instrumentos normativos -“normas de armonización”- que fijen contenidos mínimos o principios básicos que precisen transposición y ulterior desarrollo en cada derecho nacional, apareciendo de este modo en los diferentes ordenamientos normas internas “armonizadas” pero no idénticas entre sí)<sup>16</sup>.

La segunda variable tiene que ver con la *vía* de adopción del derecho uniforme o de las normas de armonización: y aquí la diferencia esencial es la que media entre la internacionalización del derecho que se produce en un entorno de mera coexistencia entre Estados (en cuyo caso la vía de adopción

---

normas presentan al menos dos defectos principales. El primero, que la remisión puede operar de un modo demasiado rígido o mecánico, que simplifique en exceso la complejidad de las relaciones sin tomar realmente en cuenta los valores materiales en juego: y para superarlo se recurre a una pluralidad de técnicas que, de diferentes modos, suponen mecanismos de “materialización” de la remisión, tales como criterios de conexión jerarquizados o en cascada que van entrando en juego de manera sucesiva en función de la consecución de un determinado resultado material, empleo de criterios de conexión más abiertos y de naturaleza más finalista que territorial -que permiten la penetración de valores para la búsqueda de un resultado material apropiado-, normas materiales imperativas que permiten correcciones a la solución prevista por el ordenamiento nacional designado en función de principios del derecho sustantivo del foro, etc. (sobre las actuales líneas de evolución de las normas de conflicto, vid., por todos, González Campos 2002). El segundo inconveniente -ya mencionado-, sería la inadecuación del hecho mismo de resolver cuestiones transnacionales a través de la aplicación de un derecho nacional (i.e., de soluciones concebidas en principio para el tráfico interno), problema frente al cual se propone a veces el recurso a la denominada “teoría del doble escalón”, esto es, la toma en consideración de un derecho al que *no* remite la norma de conflicto, pero que guarda una conexión con el supuesto que parece valorativamente relevante, para interpretar de una manera más adecuada al caso el derecho material que con arreglo a aquélla sea aplicable (sobre ello, vid. García Gutiérrez 2005). Es fácil de percibir la muy distinta entidad de los problemas de interpretación y aplicación que se suscitan en estas condiciones en comparación con los que podían generar las normas de conflicto clásicas. En concreto, normas de conflicto que no sean meramente “localizadoras” sino que estén “materialmente orientadas” tienden, *ceteris paribus*, a favorecer la relatividad de soluciones: de ahí que cuando se trate de interpretar y aplicar normas de conflicto a la vez uniformes y materialmente orientadas se muestre con claridad esa tensión entre el valor atribuido a la uniformidad de resultados y otros valores particulares de cada ordenamiento que genera el problema específico que es objeto de consideración en este trabajo.

<sup>15</sup> La unificación en sentido estricto difiere por tanto de la mera recepción unilateral en el derecho de un Estado de la regulación de una materia imperante en otro. En este último caso la regulación se adopta simplemente porque el receptor la considera apropiada en sí misma: es decir, cuenta sólo el valor de la regulación y no, además, el valor de que la regulación resulte uniforme. Precisamente porque en ellos no entra en juego el valor de la uniformidad, estos casos de identidad de regulaciones por recepción unilateral (claramente distintos de los de genuina unificación) caen fuera del ámbito de problemas que aquí me interesa.

<sup>16</sup> Sobre la diferencia entre unificación y armonización, cfr. David 1968; Matteucci 1975, p. 11; Bariatti 1986, pp. 4-5; Bonnell 1990, p. 865; Fernández Rozas 2003a, pp. 160-161.

Entendida la idea de “armonización” con una amplitud máxima, una forma de la misma podría ser también el *reconocimiento mutuo* del valor de sus resoluciones entre los órganos judiciales de diversos Estados, una técnica que podría alcanzar en la práctica resultados no muy distintos a los que se conseguirían con la unificación material sin sacrificar la diversidad normativa. De todos modos, concebir el reconocimiento mutuo como una alternativa a la unificación o aproximación material puede ocultar el hecho de que, más bien a la inversa, un cierto grado de similitud material de las normativas correspondientes parece ser la condición necesaria para que el reconocimiento mutuo funcione sin demasiadas fricciones. Sobre ello -y refiriéndose en particular a los problemas suscitados por la



suele ser un tratado internacional<sup>17</sup>, como, pongamos por caso, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980) y la producida en el seno de organizaciones supranacionales de integración a través de los actos normativos propios de su derecho derivado, lo que, dependiendo del tipo de organización (y del tipo de instrumento normativo del que se trate), puede representar una diferencia muy significativa con el supuesto anterior, especialmente si implica la entrada en escena de un órgano jurisdiccional supranacional capaz de velar por la unidad de interpretación del derecho uniforme o de armonización correspondiente.

Sea como fuere, el problema más obvio en todos los procesos de unificación o armonización normativa es el riesgo de que sus propósitos se frustren porque las normas uniformes o armonizadoras acaben siendo objeto de interpretaciones divergentes en manos de diferentes jurisdicciones llamadas a aplicarlas. Y es un lugar común afirmar que ese riesgo sólo puede conjurarse verdaderamente mediante la atribución de competencias interpretativas a un órgano jurisdiccional internacional<sup>18</sup>. Pues bien, con esas ideas como trasfondo, aquí me propongo examinar con algún detenimiento tres cuestiones. La primera, hasta qué punto difieren realmente los métodos de interpretación y aplicación entre distintos ordenamientos<sup>19</sup>, cuáles son entre las diferencias existentes las que representan obstáculos más serios para la consecución efectiva de un derecho uniforme o armonizado y cuáles serían, a la vista de ello, las técnicas de internacionalización del derecho más aptas para sortearlos. La segunda, si sería posible -como algunos pretenden- concebir y desarrollar un enfoque metodológico específico que fuese sensible al hecho de que ciertas normas pertenecientes a un derecho interno tienen la peculiaridad, desde el punto de vista material, de ser normas uniformes o de armonización, de tal suerte que, aun en ausencia de una jurisdicción internacional, el empleo uniforme de esa metodología específica a la hora de aplicar esa clase de normas por parte de los órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados involucrados tendiera a producir por sí solo la convergencia interpretativa. Y la tercera, por fin, si en el tipo de supuestos que estamos contemplando la entrada en juego de una jurisdicción supranacional no podría ser acaso, a la vez que un remedio para el riesgo de interpretaciones divergentes, la fuente de nuevos tipos de problemas.

---

Orden europea de detención y entrega (establecida por Decisión Marco de 13 de junio de 2002)-, vid. Alegre y Leaf 2004; Weyembergh 2004; Weyembergh 2005; o Mitsilegas 2006.

<sup>17</sup> Pero no siempre: cada vez con mayor frecuencia la unificación o armonización se produce a través de técnicas de lo que se da en llamar "*soft-law*", esencialmente leyes modelo y recomendaciones de carácter no estrictamente vinculante para los Estados (a veces en tanto que surgidas de actores no estatales, pero contenidas otras veces en resoluciones no obligatorias de organizaciones internacionales o incluso en tratados, calificándolas en este caso -no sin cierta impropiedad- como no vinculantes en razón de la elevada abstracción e indefinición de sus contenidos, o del amplio margen de discrecionalidad en el cumplimiento de los compromisos asumidos que se reconoce a los Estados partes). Sobre la multivocidad del término "*soft-law*" y su discutible utilidad como categoría, a la vista de la gran heterogeneidad de los fenómenos a los que hoy día se suele aplicar, cfr. Mazuelos Bellido 2004. Con una visión más positiva del fenómeno (aun admitiendo esa multivocidad) y analizando los tipos de circunstancias en los que puede ser beneficioso o conveniente el recurso a diversas modalidades de *soft-law*, vid. Abbott y Snidal 2000.

<sup>18</sup> Las referencias en este sentido podrían multiplicarse con facilidad. Como mera muestra representativa, vid. por ejemplo David 1971, pp. 115 ss.; Bonnell 1990, p. 867; Fernández Rozas, 1996, p. 5227; Krings 1998; González Campos 2002, p. 118; Fernández Rozas, 2003a, pp. 184-185.

<sup>19</sup> Al menos, conviene aclararlo, entre ordenamientos no excesivamente disímiles en cuanto a sus presupuestos culturales e ideológicos más básicos. Aquí no se considerará otra cosa que el conjunto de los ordenamientos modernos o bien de base romanista o bien de la órbita del *common law*.



### 3. La homogeneidad de soluciones frente al obstáculo de la diversidad metodológica

Consideremos, pues, la primera de esas tres cuestiones. En principio, los ordenamientos modernos se sirven en lo esencial de los mismos tipos o formas de argumento a la hora de interpretar y aplicar el derecho<sup>20</sup>, con unas pocas variantes para las que sin duda hay explicaciones de naturaleza histórica, estructural o abiertamente política (como la tradicional prohibición en el Reino Unido de acudir a los debates parlamentarios para fijar la intención del legislador en tanto que criterio interpretativo<sup>21</sup>; un estilo general de aproximación a los textos legales más o menos formalista<sup>22</sup>; o un diferente tratamiento argumentativo de los precedentes, que entre otras cosas es consecuencia de posiciones más o menos firmes a propósito de su vinculatoriedad<sup>23</sup>).

Pero esa semejanza básica en cuanto al repertorio de técnicas argumentativas utilizadas tal vez podría considerarse un factor relativamente superficial. Con cierta frecuencia se sostiene que la diferencia metodológica más sobresaliente entre los sistemas jurídicos modernos y, en concreto, entre los sistemas de *common law* y los de tipo romanista, habría que situarla en otro plano de mayor calado teórico: el predominio en los primeros de una forma de argumentación *casuística*, muy distinta de la esencialmente *sistemática* que prevalecería en los segundos, en los que se ha desarrollado una dogmática jurídica que no tiene parangón en los países anglosajones y que influiría de manera decisiva en los procesos de interpretación del derecho<sup>24</sup>. Pero, con ser esto sin duda cierto<sup>25</sup>, entiendo que la diferencia no debe exagerarse. Y creo que lo que más y mejor ayuda a relativizarla y situarla en sus justas dimensiones es tomar conciencia de cómo operan en realidad el pensamiento sistemático y la construcción dogmática.

No cabe duda de que en ausencia de todo esfuerzo sistematizador, es decir, si sólo se hace uso de lo que llamó Nino un estilo o enfoque “intuicionista”, que se limite a manejar “postulados *ad hoc* para

<sup>20</sup> Es la tesis que, documentadamente, sostienen Summers y Taruffo 1991.

<sup>21</sup> Prohibición tradicional abandonada en *Pepper v. Hart* (1992), pero hacia la que parece que se está retornando en los últimos tiempos. Sobre los debates académicos que generó *Pepper v. Hart* y la deriva más reciente de la House of Lords de vuelta hacia la doctrina anterior, vid. Vogenauer 2005.

<sup>22</sup> Como ejemplo, un formidable estudio comparativo que ilustra con sobreabundancia de datos cómo el estilo de aproximación a los textos legales es marcadamente más literalista-formalista en el derecho inglés que en el estadounidense es Atiyah y Summers 1987. Como señala Kahn Freund 1978, p. 157, ello ha determinado tradicionalmente una acusada inclinación en el derecho inglés hacia el argumento *a contrario* y una escasa utilización de la *analogia legis*.

<sup>23</sup> Cfr. Mac Cormick y Summers (eds.) 1997. Pueden encontrarse interesantes reflexiones acerca de los distintos factores que determinan que los precedentes estén más o menos abiertos a la reconsideración en unos sistemas que en otros -o incluso, dentro de un mismo sistema, en unos sectores que en otros- en Ferreres Comella 2006.

<sup>24</sup> Es ya clásica, en este sentido, la llamada de atención formulada precisamente por un autor estadounidense (pero buen conocedor de la dogmática europea continental) como George Fletcher acerca de la pobreza de un razonamiento jurídico “plano” [*flat*], propio del mundo anglosajón, en comparación con el mayor rigor argumentativo que haría posible el pensamiento “estructurado” característico de los sistemas romanistas: cfr. Fletcher 1985. Más radicales aún resultan las tesis reiteradamente mantenidas por Pierre Legrand (vid. Legrand 1996a, 1996b y 1997), para quien la diferencia sería tan marcada que haría “incomensurables” las tradiciones jurídicas respectivas y condenaría de antemano al fracaso cualquier intento de alcanzar una codificación civil europea (pueden encontrarse críticas de las tesis de Legrand en Chamboredon 2001 y Hage 2003). Por el contrario, comparatistas como Kahn Freund 1978, pp. 148-151, David 1978, pp. 119,127-128 y 133-134, o Koopmans 1992, pp. 44-45, mantienen que las diferencias de técnicas y estilo argumentativo son más superficiales de lo que a veces se afirma y en la práctica permiten alcanzar con frecuencia resultados similares.

<sup>25</sup> Aunque, si pensamos en el caso británico, probablemente cada vez lo sea menos: sobre el modo en que la integración en las instituciones europeas está ya empezando a impulsar cambios en el estilo tradicional de razonamiento jurídico en el Reino Unido, cfr. Levitsky 1994.

el tratamiento de clases específicas de casos, sin combinarlos en una teoría normativa general”<sup>26</sup>, será muy difícil, por no decir imposible, someter la aplicación del derecho en su conjunto a un mínimo control de coherencia. Frente a ello, la sistematización consiste en un proceso de abstracción, de reconducción de lo individual a categorías cada vez más generales: y lo que presupone la imagen tradicional de la construcción dogmática es que, mediando entre tales categorías relaciones lógicas de inclusión o exclusión bien definidas, puede razonarse con ellas deductivamente (y por tanto ponerse a prueba de manera perfectamente rigurosa la compatibilidad -es decir, el “encaje intrasistemático”- de las soluciones propuestas para distintos grupos de casos).

Lo que ocurre es que, en sentido estricto, ese ideal deductivista sólo es viable a condición de que las categorías resulten *cerradas*, esto es, de que queden definidas exhaustivamente en términos de un conjunto finito de propiedades que operen como condiciones necesarias y suficientes<sup>27</sup>, de manera tal que para todo caso real o hipotético estuviese predeterminado taxativamente si queda o no comprendido en la categoría correspondiente. Pero nuestros procesos de categorización no se desarrollan así y sólo los resabios de viejas e indefendibles formas de esencialismo conceptual (como la apelación a “estructuras lógico-objetivas”, o cosas parecidas) pueden hacer pensar lo contrario. Lo cierto es que construimos las categorías por referencia a casos paradigmáticos o prototípicos, con lo que resultan siempre irreductiblemente “porosas” o abiertas<sup>28</sup>. Y al construir categorías dogmáticas, tanto nuestro juicio acerca de qué tiene valor paradigmático como nuestras decisiones acerca del modo apropiado de categorizar casos más atípicos no tomados previamente en consideración (con las que, además, reelaboramos incesantemente nuestros conceptos) tienen un fondo de indudable naturaleza axiológica. El resultado de todo ello es que los sistemas dogmáticos no pueden ser sino sistemas abiertos<sup>29</sup>. Y entenderlo así reduce significativamente la distancia entre razonamiento casuístico y razonamiento sistemático: ni el estilo “intuicionista” de los sistemas de *common law* tiene por qué equivaler a criterios de decisión erráticos y fatalmente carentes de coherencia<sup>30</sup>, ni la resolución de los problemas “a la luz del sistema” se sustancia necesariamente en un mero razonamiento deductivo (que, en la medida en que sea formalmente correcto, aseguraría la coherencia por definición).

<sup>26</sup> NINO 1980, p. 193.

<sup>27</sup> Y a condición, naturalmente, de que cada una de esas propiedades fuese a su vez definible de la misma manera cerrada, lo que, aplicado recursivamente, nos envolvería por cierto en un *regressus ad infinitum*.

<sup>28</sup> Sobre ello, vid. el esclarecedor análisis de Molina Fernández 2005.

<sup>29</sup> Esta idea, que en lo que se refiere a la dogmática penal se asocia por supuesto a la influencia de Roxin, informa planteamientos de la cuestión que me parecen especialmente adecuados como los de Schünemann 1991 o Silva Sánchez 1992, pp. 74-84 y 102-178.

<sup>30</sup> El razonamiento propio del *case law* es esencialmente analógico y éste, rectamente entendido y practicado, no debe ser visto en modo alguno como un conjunto de decisiones puramente particularistas o *ad hoc* imposibles de reconducir a un esquema coherente de principios que les sirva de fundamento: al contrario, ese esquema coherente de principios es *presupuesto* en los juicios sobre la relevancia de similitudes y diferencias que constituye la sustancia misma de un razonamiento analógico serio. Otra cosa es que sin un esfuerzo de *explicitación* de ese fundamento en forma bien articulada resulte por supuesto más difícil llevar a cabo el pertinente control de coherencia.

Y a la inversa, conviene también relativizar las virtudes del pensamiento sistemático a la hora de asegurar la coherencia en la aplicación del derecho, entre otras cosas porque el derecho positivo representa una constrictión mínima a la hora de elaborar dogmáticamente las correspondientes “partes generales” y ello determina casi siempre la coexistencia de opciones sistemáticas diversas, de manera que la decisión errática y falta de coherencia a lo largo del tiempo puede producirse simplemente (como recuerda Silva Sánchez 2003, pp. 30-31) por el recurso de los órganos aplicadores a unas u otras según se estime que convenga a la decisión “adecuada” del caso (lo que, en la práctica, vendría a suponer una suerte de enfoque “intuicionista” bajo el ropaje de enfoque sistemático).

Ahora bien, si no en la forma o estructura general de la argumentación, donde tal vez se tropiece con auténticas diferencias insalvables sea en el aparato conceptual que emplean los distintos ordenamientos. Ya sea por razones puramente históricas<sup>31</sup>, por la diferencia en los niveles de abstracción alcanzados<sup>32</sup> o por genuinas diferencias de principio, los conceptos más básicos en torno a los cuales se construyen las “partes generales” de las diferentes ramas del derecho carecen con frecuencia de equivalentes perfectos en otros ordenamientos<sup>33</sup>. Naturalmente, ello puede dar lugar a situaciones difíciles de manejar cuando las normas uniformes o de armonización utilizan conceptos tomados de un sistema o grupo de sistemas jurídicos que son perfectamente desconocidos -o tienen un significado y alcance diferentes- en otros<sup>34</sup>. Pero si se acepta la idea de que entre sistemas que comparten presupuestos culturales y valorativos básicos los problemas son similares y con frecuencia lo son también las soluciones, por más que se llegue a ellas a través de marcos teóricos o redes de conceptos diferentes, tal vez deberíamos inclinarnos a pensar que muchas veces aparatos conceptuales distintos pueden operar sin embargo como “equivalentes funcionales”<sup>35</sup>. Y si es así, a la hora de elaborar normas uniformes o de armonización el escollo que representa esa diversidad podría tratar de sortearse evitando la utilización de conceptos propios sólo de algunos ordenamientos (y, como tales, “cargados de teoría”, de presuposiciones implícitas extrañas para el resto) e intentando desarrollar y emplear en su lugar un lenguaje jurídico lo más

<sup>31</sup> Por ejemplo, los conceptos más básicos del derecho privado en los sistemas de *common law* se moldearon en buena medida sobre los distintos cauces procesales tradicionales de las *forms of action* (cfr. David 1978, pp. 120-121), con lo que, una vez desaparecidos éstos, el resultado es un marco teórico *sui generis* difícil de racionalizar y para el que resulta arduo buscar equivalencias en otros sistemas.

<sup>32</sup> Un concepto tan genérico como el de “negocio jurídico”, pongamos por caso, es perfectamente extraño para los sistemas de *common law*.

<sup>33</sup> Unos pocos ejemplos pueden resultar suficientes como ilustración al respecto. En el ámbito del derecho privado, piénsese en la imposibilidad de encontrar en los sistemas continentales equivalentes exactos de conceptos como *consideration* (que implica la concepción del contrato no como acuerdo de voluntades, sino como intercambio de prestaciones), *frustration* (en lo tocante a la disciplina sobre incumplimiento contractual) o *privity* (en materia de contratos a favor de tercero), por no hablar ya de instituciones específicas como el “*trust*”. Pero también entre los distintos sistemas continentales hay diferencias no desdeñables: se oponen principios tan opuestos como la abstracción y la causalidad de las obligaciones, o no todos entienden del mismo modo conceptos como “contrato” - como muestra el peculiar entendimiento francés del matrimonio como contrato-, “causa” del negocio o “rescisión”. Y en lo que concierne al derecho penal, es notorio que en los países anglosajones no existe un sistema estructurado de la teoría del delito, más allá de la tradicional distinción entre *mens rea* y *actus reus*, o que justificación y exculpación quedan en buena medida indiferenciados como “*negative fault requirements*”. Pero repárese también, entre los sistemas continentales, en la diferente ordenación y concepción de los elementos que integran la teoría del delito en construcciones como la de impronta alemana y la francesa, o en el acogimiento en algunos ordenamientos de un concepto unitario de autor y en otros de modelos diferenciados de autoría. Sobre estas y otras diferencias conceptuales básicas entre sistemas jurídicos puede encontrarse abundante información -de la que aquí me he servido- en David 1978; Kahn Freund 1978; Bacigalupo Zapater 1999; Palazón Garrido 2003; Silva Sánchez 2003; Sánchez Lorenzo 2003; o Ambos 2005.

<sup>34</sup> Un caso ilustrativo es el que se planteó en el Reino Unido en relación con el concepto de buena fe. En el derecho inglés no existe un principio general de buena fe, un concepto que la House of Lords -en *Walford v. Miles* (1992)- consideró intrínsecamente adverso [“*inherently repugnant*”] a la posición antagónica de las partes en la contratación. Así que, cuando el Reino Unido hubo de proceder en 1994 a la transposición de una Directiva europea sobre términos abusivos en contratos de consumidores (Directiva del Consejo 93/13, de 5 de abril de 1993), que definía como “abusivos” los términos contrarios a la buena fe, el legislador no supo encontrar otra salida que reproducir literalmente los términos de la Directiva, promulgándose así una norma interna -la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation*, de 1994- que contenía un concepto para cuya interpretación y aplicación cualquier jurista inglés se siente desprovisto de criterios. Sobre este caso -y las lecciones teóricas que conviene extraer de él-, vid. Teubner 1998.

Además, los problemas no hacen sino multiplicarse cuando son las propias normas de armonización las que empiezan por utilizar los conceptos de manera inconsistente, como lamentablemente ocurre con alguna frecuencia en las Directivas europeas (por ejemplo, la definición de “consumidor” de la Directiva 93/13 sobre términos abusivos no es la misma que la de la Directiva 99/44 sobre bienes de consumo). Sobre la pérdida global de coherencia que por ambas razones está suponiendo la armonización de ciertas áreas del derecho privado europeo mediante la utilización de Directivas, vid. Sánchez Lorenzo 2003, p. 385; o Roca Trías 2006, 56-58.

<sup>35</sup> Cfr. David 1978, pp. 133-134; Kahn Freund 1978, pp. 148-149; Koopmans 1992, p. 45.

neutral posible al que, en principio, no se asociaran significados dispares en los diferentes ordenamientos<sup>36</sup>.

Lo que ocurre es que hay buenas razones para pensar que ese intento no tardaría mucho en revelarse como un empeño vano. Se supone que la idea de utilizar un lenguaje jurídico "neutral" habría de traducirse en una técnica legislativa consistente en reglamentar del modo más concreto posible situaciones específicas, rehuyendo el empleo de cláusulas generales o de cualesquiera categorías de las que distintos ordenamientos hagan concreciones diferentes<sup>37</sup>.

Pero ni es fácil prescindir de conceptos generales (cuyo significado depende inevitablemente de lo establecido en otras regulaciones y de presupuestos implícitos en una determinada comunidad de intérpretes), ni hay técnica legislativa capaz de producir normas completamente libres de problemas interpretativos. Y sin un fondo de principios propios y de convenciones interpretativas específicas, las normas uniformes o de armonización, que además son característicamente sólo regulaciones fragmentarias de sectores determinados, adolecerán siempre de un déficit de consistencia, de un carácter asistemático que hará inviable su autointegración<sup>38</sup>. De ahí que el obstáculo irremediable para conseguir la homogeneidad de interpretaciones derive precisamente del hecho de su inserción en los sistemas internos en que se reciben, de su carácter -como se ha dicho con expresión sumamente gráfica- de "islas en un océano de derecho nacional"<sup>39</sup>: porque su interpretación sistemática no puede sino traer a colación el resto del ordenamiento nacional en el que se insertan, con sus específicos principios ordenadores y convenciones interpretativas, de manera que las peculiaridades conceptuales de los distintos sistemas a las que se había pretendido expulsar por la puerta de una normativa uniforme o de armonización que cuidadosamente las evitara, parecen llamadas a reaparecer indefectiblemente por la ventana de su interpretación a la luz del resto del sistema interno al que se incorporan<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Cfr., por ejemplo, Bonnell 1990, p. 873; o Ambos 2005, p. 176, donde se insiste en que cualquier intento de desarrollo de un derecho penal común para Europa debería renunciar a construirse por referencia a los conceptos y estructuras de alguna dogmática particular, por más que se piense de ella que es superior al resto.

<sup>37</sup> De manera que si, por ejemplo, se pretende que la exigencia de buena fe en los contratos se traduzca en un cierto conjunto de reglas (tales como la irrevocabilidad de una oferta si el que la recibe realiza actos confiando en ella, determinados deberes de información entre las partes, etc.), lo que las normas uniformes o de armonización deberían hacer es evitar por completo el uso del concepto de "buena fe" y limitarse a recoger dicho conjunto de reglas. Esa estrategia de "deconstrucción" de los conceptos es la elegida por el llamado "grupo de Pavía" para la elaboración de su propuesta de Código Europeo de Contratos: vid. Stein 2002, pp. L-Li; Gandolfi 2002, pp. LVIII-LIX. Obsérvese, por otra parte, que una estrategia semejante se basa en un presupuesto muy controvertible: que el contenido de las cláusulas generales o los conceptos indeterminados es reducible a un conjunto finito de reglas precisas. Pero parece más bien -aunque aquí no quepa entrar en ello con profundidad- que su función en los sistemas normativos consiste en operar como mecanismos o válvulas de *flexibilización* de las reglas a la luz de sus principios subyacentes, siendo estos, por definición, normas de estructura abierta.

<sup>38</sup> Cfr. Sánchez Lorenzo 2003, pp. 385-386.

<sup>39</sup> BASEDOW 2001, p. 38.

<sup>40</sup> Así, por poner un ejemplo, un catálogo unificado de tipos delictivos -i.e., de figuras de la "parte especial"- como el contemplado en la Orden europea de detención y entrega en tanto que supuestos en los que se prescinde del requisito de la doble incriminación (y aun dejando al margen que los *nomina iuris* utilizados no coinciden siempre con los que emplean los distintos ordenamientos en los que la Orden rige) dará como resultado, una vez "leído" a través de las diferentes construcciones de "parte general" propias de los diferentes sistemas, la consideración como subsumibles en dicho catálogo de conjuntos no perfectamente coincidentes de conductas materiales. Todas estas consideraciones, yendo ahora a otro orden de cosas, muestran a mi modo de ver la relativa futilidad de algunas discusiones acerca del método que habría de seguirse para propiciar la unificación del derecho privado europeo: si -como propone el llamado "grupo Lando"- el derecho unificado debería expresarse en forma de principios o si, por el contrario, debería seguirse más bien la estrategia del "grupo de Pavía" de formular reglas de máxima concreción. Porque en mi opinión los problemas surgirían de todos modos, ya fuera a la

#### 4. El espejismo del “método autónomo”

Algunas veces se ha sugerido, por el contrario, que se puede y se debe rechazar esa conclusión y que ello habría de conseguirse desarrollando un enfoque hermenéutico específico para el derecho uniforme o armonizado: el llamado “método autónomo”. La idea básica consistiría en que la tendencia centrífuga a la disparidad interpretativa podría contrarrestarse a través de la utilización de un método uniforme por parte de todas las jurisdicciones nacionales llamadas a aplicar aquel derecho. Y para que el método consiguiese producir realmente resultados uniformes, si el principal obstáculo que se opone a ello deriva del carácter fragmentario del derecho uniforme o armonizado y su inserción en ordenamientos distintos, la solución sólo podría provenir de su desconexión, a efectos interpretativos, del resto del sistema al que en cada caso se incorporan, esto es, de su consideración como una esfera autónoma antes que como una pieza más del entramado constituido por el correspondiente ordenamiento nacional en su totalidad. El “método autónomo” trataría entonces de evitar el recurso a las categorías y técnicas interpretativas de la *lex fori* -que por hipótesis no son perfectamente coincidentes con las de los demás ordenamientos involucrados-, poniendo en su lugar como criterio exegético uniforme la interpretación de los instrumentos normativos de unificación o armonización a la luz, esencialmente, del objetivo o fin que persiguen (esto es, justamente el de uniformar o armonizar).

Este “método autónomo” está contemplado a veces de manera expresa en cláusulas específicas de algunas convenciones de derecho uniforme<sup>42</sup>. Pero se ha sostenido también que debería utilizarse siempre para la interpretación de cualquier tratado internacional de unificación, incluso en ausencia de cláusulas específicas al respecto, en virtud de la entrada en juego de los criterios generales sobre la interpretación establecidos por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados<sup>43</sup>. E incluso que es el “método natural” para la interpretación de cualquier clase de normas

---

hora de concretar en cada sistema aquellos principios, o a la de interpretar estas reglas: en uno y otro caso parece inevitable la entrada en juego de las concepciones específicas de cada ordenamiento nacional. Puede encontrarse suficiente información -acompañada de valoraciones no siempre coincidentes- sobre las diferentes iniciativas en marcha tendentes a alcanzar la unificación material de determinados sectores del derecho privado en Europa -esencialmente el derecho de los contratos-, en Cámara Lapuente 2001; Arroyo Amayuelas y Vaquer Aloy 2002; Vaquer Aloy 2002; Sánchez Lorenzo 2003; Fernández Rozas 2003a, pp. 362-378; o Fernández Rozas 2003b.

<sup>41</sup> Cfr. Matteucci 1975, pp. 9-10; Bariatti 1986, pp. 160 ss.; Bonnelli 1990, p. 867; Vaquer Aloy 2002, p. 7.

<sup>42</sup> Un buen ejemplo sería la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que en su art. 7.1 establece que “En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación...”, añadiendo en el art. 7.2 que las cuestiones no resueltas por la Convención “se dirimirán de conformidad con los principios generales en que ésta se base” (si bien es cierto que concluyendo a continuación -en lo que no puede ser visto sino como la admisión de las limitaciones del método- que se dirimirán si no, en último término, de conformidad con el derecho aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado).

<sup>43</sup> Es la tesis defendida por Roth y Happ 1997, que sostienen además -pp. 708-710- que fundamentar el empleo del método (cuando la vía de unificación o armonización haya sido un tratado internacional, claro está) en los arts. 31-33 de la Convención de Viena de 1969 tendría la ventaja de que proporcionaría un basamento sólido a la obligación de tener en cuenta los precedentes extranjeros a la hora de interpretar el derecho uniforme -lo que, como veremos enseguida, constituye en definitiva el contenido más tangible de esta propuesta de utilizar un “método autónomo”-, dado que dicha obligación no sería sino una manifestación de la de tener en cuenta para la interpretación “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado” que establece el art. 31.2.b de la Convención de Viena. En contra de esa tesis, sin embargo, vid. Krings 1998, pp. 529-530 (que pone en duda tal ventaja, subrayando que la “práctica ulteriormente seguida” a la que se refiere ese art. 31.2.b es -como dispone ese mismo precepto- aquella “por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”, una condición que sólo muy forzosamente se podría considerar que concurre en relación con la cuestión a la que se refieren Roth y Happ).

uniformes o de armonización, aun de las que no hayan sido adoptadas a través de un tratado internacional, simplemente como manifestación general del criterio teleológico y a la vista precisamente del objetivo que persiguen<sup>44</sup>.

Ahora bien, el problema consiste precisamente en aclarar qué quiere decir que, tomando en cuenta su carácter de derecho "internacionalizado", es necesario interpretar "de manera autónoma" los términos que contengan dichas normas. Y en aclararlo, como es natural, más allá de la mera directriz negativa de no hacerlo atendiendo al significado que se les atribuiría en cada sistema nacional a la vista de sus propios principios ordenadores y convenciones interpretativas. Porque, precisamente, sin convenciones interpretativas uniformes ni homogeneidad de categorías conceptuales básicas, difícilmente puede existir una opinión concorde respecto a cuáles se supone que son los principios generales en los que se entiende basada la propia normativa uniforme (y sin los cuales, por supuesto, no cabe siquiera pensar en la posibilidad de su autointegración). En suma, no parece que nos lleve muy lejos la idea general de que debería darse prioridad a un "significado transnacional" de las normas uniformes o de armonización frente a sus posibles y heterogéneos "significados nacionales", si no tenemos pista alguna acerca de qué haría posible la identificación del primero<sup>45</sup>.

La aporía básica -y muy obvia- del método es que la idea de primar por encima de todo la consecución de la aplicación uniforme no apunta en un primer momento en ninguna dirección determinada, puesto que cualquiera de las soluciones posibles podría llegar a ser la "uniforme" simplemente a condición de ser seguida por los demás ordenamientos. Y efectivamente, cuando los proponentes del método tratan de traducirlo en instrucciones concretas que lo hagan operativo, lo más tangible que nos ofrecen -más allá de las apelaciones vagas a descartar las interpretaciones unilaterales- es el criterio de atender a los precedentes extranjeros, al modo en que las normas unificadas o de armonización se están aplicando de hecho en los demás sistemas<sup>46</sup>.

Pero, evidentemente, con una propuesta semejante las dificultades se multiplican. Dejando al margen que en tal caso el método no daría orientación alguna cuando un problema se plantease por primera vez, no está claro si el objetivo de conseguir la uniformidad en la aplicación debería llevar a seguir los precedentes extranjeros cuando en el propio derecho del foro no se admita la vinculatoriedad del precedente; o si se da la circunstancia de que es allí donde se adoptaron los precedentes donde se consideran no vinculantes para sus propios órganos jurisdiccionales<sup>47</sup>; o qué se habría de hacer si entre los precedentes extranjeros recaídos hay disparidad de criterios (si habría de seguirse el criterio adoptado un mayor número de veces, o en un mayor número de Estados, o el que por su calidad se entendiese que puede ser más seguido en el futuro, con independencia del número de ocasiones en que haya sido acogido hasta la fecha).

---

<sup>44</sup> Lo sostiene Bonnell 1990, p. 879.

<sup>45</sup> En dar prioridad a un significado internacional sobre los dispares significados nacionales hace consistir Stefania Bariatti la definición misma del criterio de "interpretación autónoma" (Bariatti 1986, p. 283). Vid., en cambio, la posición escéptica al respecto de David 1971, pp. 99-100.

<sup>46</sup> Cfr. Bariatti 1986, p. 164; más cauteloso al respecto, sin embargo, Bonnell 1990, p. 879.

<sup>47</sup> Vid. Honnold 1987, p. 123.



Pero el verdadero problema es más profundo. Con independencia de su carácter material, para el aplicador el derecho uniforme o armonizado es derecho nacional; y para la interpretación de su propio derecho (jurisdicciones supranacionales al margen) un tribunal nacional no puede estar vinculado por decisiones de un tribunal extranjero. El criterio teleológico exigirá tener en cuenta, eso sí, que la norma que se aplica tiene como objetivo la unificación o armonización: pero no hay razón que avale la idea de que para el tribunal nacional ese debe ser *el único* criterio a considerar, que es lo que sin embargo se presupone al dar por sentado que en aras de la uniformidad se ha de estar a lo decidido por los órganos jurisdiccionales de otros sistemas. Por el contrario, tendrá que calibrar el peso o importancia de la consecución de la uniformidad en relación con otras posibles razones para decidir en un sentido diferente<sup>48</sup>; y tendrá que hacer ese balance desde el punto de vista de su propio sistema -¿desde dónde si no?-, con lo que la posibilidad de la disparidad de interpretaciones desde distintos ordenamientos se cierne siempre sobre el derecho uniforme o armonizado. La idea de que un específico “método autónomo” puede aportar el remedio para ese persistente problema no es más que un espejismo.

##### 5. ¿La jurisdicción supranacional como solución, o como fuente de nuevos problemas?

No me gustaría concluir, sin embargo, sin dejar al menos esbozada una reflexión que marca un giro respecto a la línea de análisis precedente. Como se apuntó en su momento<sup>49</sup>, es casi un lugar común afirmar que el problema de las interpretaciones divergentes del derecho uniforme o armonizado sólo puede resolverse verdaderamente mediante la atribución de competencias interpretativas a un órgano jurisdiccional supranacional. Lo que ocurre, en mi opinión, es que cuando tal jurisdicción existe -y tengo en mente de manera muy especial el caso de la integración europea-, opera en condiciones estructurales en las que pueden surgir con facilidad problemas de signo inverso al que he venido considerando. No, como hasta ahora, que la preservación de la coherencia interpretativa en cada uno de los ordenamientos interconectados ponga en peligro la uniformidad o armonización, sino al revés, que se imponga la uniformidad poniendo en peligro o erosionando de hecho la coherencia interpretativa en los ordenamientos nacionales. Se trataría en suma, por así decirlo, de ver ahora desde el otro lado del espejo los problemas que surgen de la tensión entre uniformidad y particularidad.

Y para ello me limitaré a considerar, a título de ejemplo, lo ocurrido en el ámbito del derecho de la Unión Europea en el caso *Pupino*<sup>50</sup>, un supuesto cuyo resultado es una interpretación en clave unificadora de una norma nacional que se lleva a cabo violentando convenciones interpretativas

---

<sup>48</sup> Esta es en sustancia la posición que defiende Canaris 1993, quien sostiene (pp. 1033-1034) que *sólo* debe decidirse del modo en que lo hayan hecho tribunales extranjeros, en aras del valor atribuido a la uniformidad, cuando el tribunal nacional entienda que no hay razones suficientes para una solución distinta (lo que es tanto como decir que el objetivo de la uniformidad en la aplicación es una razón a tomar en cuenta, pero no necesariamente una razón concluyente). Ese criterio le lleva a afirmar, por ejemplo, que si hay varios sentidos posibles de la norma uniforme y sólo uno de ellos asegura la coherencia valorativa con el resto del ordenamiento nacional, es ése el que debe seguirse, por más que haya tribunales extranjeros que, entre los posibles, hayan optado por otro diferente (pp. 1036-1037).

<sup>49</sup> Vid. *supra*, nota 18 y texto al que acompaña.

<sup>50</sup> STJCE *Maria Pupino*, de 16 de junio de 2005, asunto C-105/03. En el poco tiempo transcurrido desde que se dictó esta importante sentencia se ha generado ya una bibliografía relativamente abundante al respecto. Dos análisis especialmente claros y bien enfocados son a mi juicio los desarrollados en Sarmiento 2005 y Calvano 2006, a los que remito para los múltiples aspectos del caso a los que aquí no es posible hacer referencia.



asentadas en el derecho interno. Para analizarlo hay que empezar por recordar la doctrina sentada por el TJCE acerca del efecto directo de las Directivas y la obligación de interpretación conforme a las mismas del derecho nacional, que por ser bien conocida puede exponerse ahora, prescindiendo de muchos detalles y complicaciones, del modo más sucinto posible<sup>51</sup>. Las Directivas, como se sabe, carecen en principio de efecto directo. Pero la jurisprudencia del TJCE ha desarrollado una doctrina según la cual, cuando no se han transpuesto en plazo o la transposición se ha hecho defectuosamente, las Directivas pueden ser invocadas ante el juez nacional si crean derechos de un ciudadano frente a los poderes públicos y lo hacen en términos precisos e incondicionales<sup>52</sup>. Y además de eso, también es doctrina del TJCE que el juez nacional tiene el deber de “hacer todo lo posible” para interpretar cualquier norma del derecho nacional de conformidad con las Directivas (incluso en el caso de que, por no reunir los requisitos apuntados, carezcan éstas de efecto directo), reconociendo, eso sí, dos límites a ese deber de interpretación conforme: que ello implicara una interpretación *contra legem* de la norma nacional y que por esa vía resultase fundamentada o agravada la responsabilidad penal.

En el caso *Pupino* el TJCE extendió toda esa doctrina relativa a las Directivas -que son derecho comunitario en sentido estricto o derecho “del primer pilar”- a las Decisiones Marco, normas del “tercer pilar” que en formulación taxativa del art. 34.2.b TUE “no tendrán efecto directo”. Ese paso, de trascendencia difícil de exagerar<sup>53</sup>, lo fundamentó el TJCE con argumentos muy discutibles en los que ahora, sin embargo, no procede entrar. Lo que aquí me interesa resaltar es cómo aplicó el TJCE en este caso su doctrina del deber de interpretación conforme -y cómo entendió sus límites- y qué representó todo ello desde el punto de vista del ordenamiento nacional involucrado, que en este supuesto era el italiano.

La legislación procesal italiana establecía un incidente probatorio extraordinario, en virtud del cual la víctima menor de edad de un delito de carácter sexual podía testificar excepcionalmente en la fase de instrucción -y no en el juicio oral- y en determinadas condiciones especiales<sup>54</sup>. En el proceso penal iniciado contra Maria Pupino se le imputaban delitos de abuso de medidas disciplinarias y lesiones contra menores de edad (sin connotación sexual alguna). Y una Decisión Marco de 2001<sup>55</sup>, cuyo plazo para ser incorporada al ordenamiento nacional había vencido ya sin que el legislador italiano hubiese procedido a su transposición, establecía que, a fin de amparar a las víctimas más vulnerables (sin circunscribir tal condición a las que lo hubieran sido de delitos de carácter sexual), los Estados habrían de garantizar “por cualquier medio compatible con los principios fundamentales de su Derecho” que aquellas pudieran testificar en condiciones que les protegieran de las consecuencias de hacerlo en audiencia pública. Lo que el juez italiano pregunta al TJCE, a

<sup>51</sup> Entre una bibliografía inabarcable, vid., por todos, Prechal 2005.

<sup>52</sup> Si se trata en cambio de una relación horizontal -derechos de un ciudadano frente a otro- la Directiva no gozará de efecto directo; pero si al menos otorga esos derechos de manera clara e incondicional, el particular afectado podrá ejercer una acción de responsabilidad patrimonial contra su Estado por infracción del derecho comunitario.

<sup>53</sup> De hecho, bien puede decirse que entre esta sentencia y la muy cercana en el tiempo STJCE *Comisión v. Consejo*, de 13 de septiembre de 2005, asunto C-176/03, en la que se reconoce la competencia del legislador comunitario para proteger penalmente los objetivos y libertades comunitarias, se ha transformado sustancialmente el panorama de la regulación en materia penal a escala europea. Sobre la STJCE *Comisión v. Consejo* y las profundas implicaciones del giro doctrinal que supuso, vid. Estrada Cuadras 2006.

<sup>54</sup> Art. 392.1 bis, *Codice di procedura penale*.

<sup>55</sup> Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

través de la correspondiente cuestión prejudicial, es si esa Decisión Marco puede interpretarse y surtir efectos de un modo tal que le permita autorizar a las víctimas del caso para que testifiquen a través del incidente probatorio extraordinario (esto es, en un acto aparte de la vista oral), a pesar de que la normativa procesal penal italiana no contemplaba su utilización en un supuesto como el que estaba en fase de instrucción.

Y la respuesta del TJCE es afirmativa. Como ya se ha apuntado, para ello tiene que empezar naturalmente justificando la aplicación a una Decisión Marco de su doctrina sobre las Directivas, pero ahora eso puede dejarse al margen. Lo que interesa aquí es cómo justifica el TJCE que la interpretación de la norma nacional de conformidad con la Decisión Marco no rebasa los límites que su propia doctrina ha establecido. Y lo hace sosteniendo que la norma italiana no excluye esa interpretación (no sería, por tanto, *contra legem*) y que además ésta, aun incidiendo obviamente en la posición del imputado en el proceso, no fundamenta ni agrava su responsabilidad criminal.

Pero la perspectiva del derecho italiano no es esa. En principio, se supone que la diferencia entre efecto directo de una Directiva e interpretación conforme a la misma reside en que en el primer caso el juez inaplica la norma nacional y aplica en su lugar la norma comunitaria, mientras que en el segundo es la norma nacional la que aplica, si bien interpretada de conformidad con la norma comunitaria. Con todo, desde el punto de vista teórico se trata de una diferencia muy sutil, con frecuencia difícil de trazar en la práctica<sup>56</sup>. La frontera que separa lo que por vía interpretativa se le puede hacer decir a la ley y lo que no, necesaria para poder distinguir cuándo estamos ante una de sus interpretaciones posibles y cuándo, por el contrario, ante su pura y simple inaplicación (aplicando en su lugar una norma distinta), no puede trazarse si no es por referencia a un conjunto de convenciones interpretativas. Y la perspectiva del derecho italiano era clara al respecto<sup>57</sup>: el precepto procesal penal en cuestión era una norma especial limitativa de derechos (en la medida en que afectaba a la posición del imputado en el proceso) y por tanto no cabía sino su interpretación restrictiva. De ello se sigue que, frente al argumento del TJCE de que la norma en cuestión no excluía -sino que, simplemente, no contemplaba- la posibilidad de recurrir al incidente probatorio especial en circunstancias como las del caso, habría que replicar que, aun no excluyéndola en su tenor literal, debía entenderse sin duda que la excluía su única interpretación admisible, puesto que la obligación de interpretarla restrictivamente implica, claro está, que *inclusio unius, exclusio alterius*. En suma, desde el punto de vista de las convenciones interpretativas imperantes en el derecho italiano, este era un caso donde lo buscado por el juez *a quo* era en realidad una interpretación *contra legem*, alzándose por consiguiente una de las barreras que impedían que la Decisión Marco

---

<sup>56</sup> Como señala con razón Ferreres Comella 2003, pp. 97-99, establecer con claridad la diferencia entre una cosa y otra no tiene mayor repercusión práctica si el órgano que es competente para interpretar una norma de conformidad con otra tiene también, en cualquier caso, competencia para inaplicar la primera y aplicar en su lugar la segunda. Pero si no la tiene (como ocurre con el juez nacional que no puede inaplicar la norma interna para aplicar en su lugar una Directiva si esta no goza de efecto directo, sino que puede tan sólo aplicar la norma nacional interpretada de tal modo que sea conforme con la Directiva), intentar precisar la frontera entre la genuina interpretación y la manipulación de la ley (que no es en realidad sino su inaplicación encubierta) resulta de la máxima importancia a la hora de asegurar que cada órgano permanezca en el espacio institucional que le corresponde.

<sup>57</sup> Como tuvo ocasión de dejar sentado la propia *Corte Costituzionale* italiana en la SCC nº 529 de 18 de diciembre de 2002 (que puede consultarse en <http://www.infoleges.it>), en la que desestimó una cuestión de inconstitucionalidad a propósito del art. 392.1.bis *Cod. proc. pen.* que, antes de elevar su cuestión prejudicial al TJCE, le había planteado el juez que instruía el caso.

acabase surtiendo algún efecto a través de la interpretación de la ley nacional de conformidad con la misma.

Pero si la frontera entre interpretación conforme y manipulación (y genuina inaplicación de la ley) es siempre relativa a un conjunto de convenciones y cánones materiales sobre la interpretación, todo lo que hace el TJCE es limitarse a seguir los suyos<sup>58</sup>. Y según los suyos sólo se llega a la interpretación *contra legem* cuando lo que se propone como interpretación conforme choca frontalmente con el tenor literal expreso de la norma nacional. En definitiva, “hacer todo lo posible” para interpretar cualquier norma del derecho nacional de conformidad con las Directivas que no gozan de efecto directo puede entenderse como “todo lo que es posible” según las convenciones interpretativas que maneja el órgano jurisdiccional supranacional, o según las que siguen los órganos nacionales. Por supuesto que lo que busca el TJCE -esa es su función- es velar por el efecto útil y la aplicación uniforme del derecho comunitario, para lo cual, seguramente, tiene que evitar que los instrumentos doctrinales que ha ido afinando pasen por el tamiz de tantas prácticas y convenciones interpretativas diferentes como ordenamientos de los Estados miembros. Pero al hacerlo, no cabe ignorarlo, es fácil que incurra en la consecución de la uniformidad al precio de violentar convenciones interpretativas de los Estados tras las que laten con frecuencia genuinas cuestiones de principio.

En suma, en los muy diversos procesos de internacionalización del derecho que se desarrollan ante nuestra mirada existen a mi juicio no uno, sino dos riesgos de signo contrapuesto: la interpretación en clave puramente interna de normas de unificación y la interpretación en clave indebidamente unificadora de normas internas. Uno y otro no son sino la manifestación de las tensiones esperables en un entorno de sistemas jurídicos a la vez diferenciados e interconectados. Y en ese entorno, además de encarecer una actitud analítica rigurosa capaz de detectar en cada propuesta metodológica si se basa en nociones espurias o teóricamente insostenibles, tal vez no esté de más un recordatorio general que habría que tener presente en cualquier investigación futura. Las opciones metodológicas nunca son inocentes, lo que es tanto como decir que detrás de los criterios interpretativos y métodos de argumentación hay siempre un trasfondo valorativo. En este caso, acerca del valor que en cada terreno deba atribuirse o no a la unificación o armonización. Y avanzar en esa discusión -que es sin duda una discusión política- puede ser el mejor modo de clarificar las opciones en juego cuando se analiza el papel de los métodos de interpretación y aplicación en los procesos de internacionalización del derecho.

---

<sup>58</sup> Dice Carmen Martínez Capdevila, con toda la razón, que sólo estamos en el ámbito de la genuina interpretación conforme cuando, de todas las interpretaciones *que puedan hacerse* de una disposición nacional, se escoge la más conforme a la Directiva (Martínez Capdevila 2006, p. 20, nota 51); pero el problema es QUÉ QUIERE DECIR “que pueden hacerse”, o, más concretamente, en la perspectiva DE QUIÉN hemos de situarnos para determinar qué es lo que puede hacerse.

**BIBLIOGRAFÍA**

ABBOTT, K. W. y D. Snidal. (2000): "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, 54: 421-456.

ALEGRE, S. y Leaf, M. (2004): "Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant", *European Law Journal*, 10: 200-217.

AMBOS, K. (2005): "Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible? Some Preliminary Reflections", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12: 173-191.

ARROYO I Amayuelas, E. y Vaquer Aloy, A. (2002): "Un nuevo impulso para el derecho privado europeo", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 5482 (14 de febrero), D-50: 1788-1795.

ATIENZA, M. (2006): *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel.

ATYIAH, P. y Summers, R. S. (1987): *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford, Clarendon Press.

BACIGALUPO ZAPATER, E. (1999): "La ciencia europea del derecho penal", *Revista de Ciencias Penales*, 2/1: 9-23.

BARIATTI, S. (1986): *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, CEDAM.

BASEDOW, J. (2001): "Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid", *European Review of Private Law*, 1: 35-49.

BELL, J. (1986): "The Acceptability of Legal Arguments", en N. MacCormick y P Birks (eds.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford, Clarendon Press, 45-65.

BERNARDI, A. (2005): "Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali", *Politica del Diritto*, 36/2: 243-280.

BERTEA, S. (2005): "Looking for Coherence within the European Community", *European Law Journal*, 11: 154-172.

BONNELL, M. J. (1990): "International Uniform Law in Practice: Or Where the Real Trouble Begins", *American Journal of Comparative Law*, 38: 865-888.

BRADGATE, R. y Willett, Ch. (2001): "Response to Communication from the European Commission on European Contract Law" [on behalf of the Society of Public Teachers of Law of Great Britain and Northern Ireland], en <[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/comments/5.21.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/5.21.pdf)>.

CALVANO, R. (2006): "Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto UE e diritto comunitario", en <[http://www.associazionedeicostituzionaliti.it/materiali/anticipazioni/caso\\_pupino](http://www.associazionedeicostituzionaliti.it/materiali/anticipazioni/caso_pupino)>.

CÁMARA LAPUENTE, S. (1999): "Hacia un Código civil europeo: ¿Realidad o quimera?", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 4748 (5 de marzo), D-61: 1668-1676.

CANARIS, W. (1993): "La interpretación y el desarrollo del derecho cambiario", *Revista de Derecho Mercantil*, 209: 1026-1038.

CAPPELLETTI, M., ed. (1978): *New Perspectives for a Common Law of Europe/ Nouvelles Perspectives d'un Droit Commun de l'Europe*, Bruxelles, Bruylant; Firenze, Le Monnier; Leyden, Sijthoff; Stuttgart, Klett-Cotta.

CHAMBOREDON, A. (2001): "La 'texture ouverte' d'un code européen du droit des contrats", *Journal du Droit International*, 128: 5-46.

DAVID, R. (1968): "The Methods of Unification", *American Journal of Comparative Law*, 16: 13-27.

DAVID, R. (1971): "The International Unification of Private Law", *International Encyclopedia of Comparative Law (Volume II: The Legal Systems of the World, their Comparison and Unification)*, Tübingen, J.C.B. Mohr; The Hague/Paris, Mouton; New York, Oceana.

DAVID, R. (1978): "Le droit continental, la common law, et les perspectives d'un *jus commune* européen", en Cappelletti, ed. (1978): 113-135.

ESTRADA CUADRAS, A. (2006): "Vía libre al Derecho penal europeo: Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005", *Indret*, 2/2006, en <[http://www.indret.com/pdf/341\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/341_es.pdf)>.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (1996): "Consideraciones en torno a la relevancia del Derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, Civitas, t. IV, 5209-5237.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2003a): *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Colegios Notariales de España.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (2003b): "La unificación del Derecho mercantil internacional en los procesos de integración económica: la experiencia europea", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 5860 (30 de septiembre), D-213: 1836-1849.

FERRERES COMELLA, V. (2003): "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública* 65/II: 73-121.

FERRERES COMELLA, V. (2006): "El papel del juez en el pensamiento jurídico de Puig Brutau. Algunas reflexiones de derecho comparado", en Puig Brutau (2006): 65-84.

FLETCHER, G. P. (1985): "The Right and the Reasonable", *Harvard Law Review*, 98: 949-982.

GANDOLFI, G. (2002): "Introduction", en Gandolfi, coord. (2002): LV-LXIV.

GANDOLFI, G., coord. (2002): *Code Européen des Contrats (Avant-projet)*. Livre Premier, Milano, Giuffré.

GARCÍA AMADO, J. A. (2003): "La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias", en J. A. García Amado, *Ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Temis, 44-66 [original: 2000].

GARCÍA GUTIÉRREZ, L. (2005): "El 'doble escalón' del Derecho internacional privado: Sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable", en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, t. II, 1547-1561.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2001): "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 87-154.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. (2002): *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé* (Académie de Droit International de La Haye, Cours général, vol. 287), La Haya, Martinus Nijhoff.

HAGE, J. (2003): "Legal Reasoning and Legal Integration", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 10: 67-97.

HONNOLD, J. (1987): "Uniform Words and Uniform Application: The 1980 Sales Convention and International Juridical Practice", en P. Schlechtriem (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationrecht*, Baden-Baden, Nomos, 115-147.

IORIATTI, E. (2003): "A Methodological Approach for a European Restatement of Contract Law", *Global Jurist Topics*, 3/3, en <<http://www.bepress.com/gj/topics/vol3/iss3/art4>>.

KAHN-FREUND, O. (1978): "Common Law and Civil Law: Imaginary and Real Obstacles to Assimilation", en Cappelletti, ed. (1978): 138-167.

KOOPMANS, TH. (1992): "Towards a New 'Ius Commune'", en De Witte y Forder, eds. (1992): 43-51.

KRINGS, E. (1998): "L'opportunité de juridictions supranationales pou l'interprétation des lois uniformes", *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, 3: 525-534.

LAPORTA, F. J. (2005): "Globalización e imperio de la ley: Algunas dudas westfalianas", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 9: 177-198.

LAPORTA, F. J. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.

LEGRAND, P. (1996a): "European Legal Systems Are Not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, 45: 52-81.

LEGRAND, P. (1996b): "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 48: 779-812.

LEGRAND, P. (1997): "Against a European Civil Code", *Modern Law Review*, 60: 44-63.

LEVITSKY, J. (1994): "The Europeanization of the British Legal Style", *American Journal of Comparative Law*, 42: 347-380.

MACCORMICK, D. N. y Summers, R. S., eds. (1997): *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Aldershot, Ashgate-Dartmouth.

MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (2006): "Otra virtualidad de las directivas: su 'efecto directo de exclusión'", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 12, en <[http://www.reei.org/reei%2012/MtnezCapdevila\(reei12\).pdf](http://www.reei.org/reei%2012/MtnezCapdevila(reei12).pdf)>.

MATTEUCCI, M. (1975): voz "Unificazione Internazionale del Diritto Privato", en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 20, Torino, UTET: 8-14.

MAZUELOS BELLIDO, Á. (2004): "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, en <[http://www.reei.org/reei8/MazuelosBellido\\_reei8\\_.pdf](http://www.reei.org/reei8/MazuelosBellido_reei8_.pdf)>.

MERTENS, H. J. (1997): "Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?" en G. Teubner (ed.), *Global Law Without State*, Aldershot, Dartmouth: 31-43.

MITSILEGAS, V. (2006): "The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU", *Common Market Law Review*, 43: 1277-1311.

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2005): "La cuadratura del dolo: Problemas irresolubles, sorites y derecho penal", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas: 691-742.

NINO, C. S. (1980): *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea.

PALAZÓN GARRIDO, M<sup>a</sup> L. (2003): "Importancia de la tensión 'Civil Law-Common Law' en la elaboración de los principios de derecho contractual europeo", en Sánchez Lorenzo y Moya Escudero, eds. (2003): 293-313.

PRECHAL, S. (2005): *Directives in European Community Law*, 2<sup>a</sup> ed. rev., Oxford, Clarendon Press.

PUIG BRUTAU, J. (2006): *La jurisprudencia como fuente del derecho: interpretación creadora y arbitrio judicial (Edición homenaje a D. José Puig Brutau)*, 2<sup>a</sup> ed. –con la colaboración de M. A. De Lorenzi- con estudios introductorios de E. Roca Trías, R. Casas Vallés y V. Ferreres Comella, Barcelona, Bosch.

ROCA TRÍAS, E. (2006): "La codificación o el mito del derecho estático frente al dinamismo de la jurisprudencia", en Puig Brutau (2006): 37-64.

ROTH, M. y Happ, R. (1997): "Interpretation of Uniform Law Instruments According to Principles of International Law", *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, 2: 700-711.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (2003): "¿Hacia un Código civil europeo?", en Sánchez Lorenzo y Moya Escudero, eds. (2003): 381-405.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (2005): "La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material", en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Eurolex, t. II: 1765-1786.

SÁNCHEZ LORENZO, S. y Moya Escudero, M., eds. (2003): *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson.

SARMIENTO, D. (2005): "Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea: la Sentencia *Maria Pupino* y el efecto directo de las Decisiones Marco", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 10, en <[http://www.reei.org/reei%2010/D.Sarmiento\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/D.Sarmiento(reei10).pdf)>.



SCHÜMEMANN, B. (1991): "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal", en B. Schünemann, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50 aniversario* (trad. cast., intr. y notas de J. M<sup>a</sup> Silva Sánchez), Madrid, Tecnos, 31-80.

SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup> (1992): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch.

SILVA SÁNCHEZ, J. M<sup>a</sup> (2003): "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal", en L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto Martín (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo: El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 25-40.

STEIN, P. (2002): "Preface", en Gandolfi, coord. (2002): XLVII-LIV.

SUMMERS, R. S. y Taruffo, M. (1991): "Interpretation and Comparative Analysis", en D. N. MacCormick y R. S. Summers (eds.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Dartmouth, 461-510.

TEUBNER, G. (1998): "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies", *Modern Law Review*, 61: 11-32.

VAQUER ALOY, A. (2002): "La vocación europea del Derecho civil: Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo", *Revista Jurídica Española La Ley*, nº 5535 (2 de mayo), D-119: 1603-1615.

VIRGÓS SORIANO, M. (1995): voz "Lex Mercatoria", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Madrid, Civitas, 3992-3994.

VOGEL, J. (2005): "The European Integrated Criminal Justice System and its Constitutional Framework", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12: 125-147.

VOGENAUER, S. (2005): "A Retreat from *Pepper v. Hart*? A Reply to Lord Stein", *Oxford Journal of Legal Studies*, 25: 629-674.

WEYEMBERGH, A. (2004): *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles.

WEYEMBERGH, A. (2005): "The Functions of Approximation of Penal Legislation Within the European Union", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12: 149-172.

DE WITTE, B. y Forder, C., eds. (1992): *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer, Kluwer.