

Recensión del libro
“COMMON LAW & CIVIL LAW”
de Olsen A. Ghirardi

Editorial Advocatus, Córdoba, 2007

Por Carlos Enrique Pettoruti

Suelo citar con frecuencia una frase del filósofo español Jorge Santayana pues constituye para mí una síntesis de cómo deben estudiarse y analizarse los fundamentos filosóficos de las instituciones jurídicas: “Aquellos que desconocen el contexto en el cual se han desarrollado las ideas, están destinados a malentenderlas”.

Pues bien, precisamente esta extraordinaria obra del profesor Olsen A. Ghirardi constituye una excelente propuesta de abordaje de un tema que todos los abogados conocemos, pero del cual muy poco sabemos: el denominado “Derecho Común” o “Common Law”.

Nuestra mayoritaria formación académica de bases filosóficas idealistas, racionalistas y normativistas, hace que como abogados nos cueste comprender con profundidad la esencia del sistema jurídico anglo-americano, al cual conocemos más por representaciones cinematográficas que por sus fundamentos teóricos.

Con la precisión metodológica que le es característica, el profesor Ghirardi comienza su obra con una **Introducción** que ya en sus primeras líneas deja planteada con claridad la visión diferente del jurista del Common Law al citar palabras de Oliver Wendell Holmes: “la vida del Derecho no ha sido la lógica, sino que es la experiencia”. A partir de allí comienza el autor a perfilar la distinción entre la Lógica formal, de carácter eminentemente instrumental, y la Lógica no-formal, que aunque relacionada con los principios de la primera -de los cuales no puede prescindir- permite construir un discurso jurídico contemplando los valores acerca de lo que es justo. Por este camino arriba a la conclusión que ambas lógicas son, en realidad, instrumentales, si bien la primera se ocupa de los principios, mientras que la segunda del marco procedimental.

Estas cuestiones son fundamentales para preparar instrumentalmente el discurso jurídico, y obviamente, se evidencian con semejanzas y deferencias tanto en el sistema del “Common Law” como en el del “Civil Law”.

Partiendo de la base de una sorprendente afinidad entre los juristas romanos y los del Common Law, el autor se interna en el **Capítulo I** en un interesante análisis de la evolución del Derecho partiendo de la etapa pre-justiniana, con las influencias del racionalismo griego, pasando por la figura del “pretor”, los “jurisconsultos”, la época clásica y el período justineano.

Con rigurosa claridad Ghirardi demuestra que la similitud entre los juristas ingleses y los romanos que plantean autores como Auckland y Mac Nair es más aparente que real, por cuanto el Derecho Pretoriano constituía un conjunto de normas generales y abstractas provenientes del pretor, dictadas previamente al caso concreto, a diferencia del típico “caso” del Common Law. Destaca que la decisión judicial nunca fue considerada un precedente obligatorio. Reconoce sí que tanto el sistema pretoriano

como el Common Law poseían una gran agilidad y flexibilidad para contemplar nuevas situaciones, aunque el primero fundado en la deducción y el segundo en la inducción.

El **Capítulo II** permite comprender con mayor razón la propuesta del autor. Particularmente cuando destaca las raíces históricas y los fundamentos empiristas de la cultura británica que, aplicados al campo jurídico, generaron un derecho que tomó como punto de partida la experiencia del caso concreto y la tradición secular que consagró en el principio de “stare decisis”. La escogida transcripción y posterior análisis de algunos casos que efectúa el autor contribuye a exponer con mayor claridad las características de flexibilidad, acompañadas de probidad y prudencia judicial que matizan el sistema jurídico británico.

La innegable influencia del sistema jurídico inglés en los Estados Unidos de Norteamérica es explicada en el **Capítulo III**, donde se destaca cómo se enraizó el Common Law, a la luz de jueces prudentes, empíricos y pragmáticos que siempre tuvieron como característica principal de la Ciencia Jurídica su método “de lo singular a lo singular”. Se refiere a destacados autores como Oliver Wendell Holmes, partidario de un derecho evolutivo según las vicisitudes de la experiencia, y a Benjamín Cardozo, cuyos razonamientos son analizados a través de algunos de los casos relevantes en los que se ha expedido. Tampoco deja de referirse a Roscoe Pound y sus decisiones como juez, que denotan un particular esfuerzo por revertir la visión individualista del sistema jurídico norteamericano del siglo XIX, para pasar a concebir al Derecho como un medio de control social con su norte en las necesidades y aspiraciones sociales. Finaliza destacando que es tal la importancia del Common Law, que en los Estados Unidos de Norteamérica han existido decisiones fundamentales que no fueron obra del legislador, sino de los jueces.

No resultaría posible comprender cabalmente el sistema del Common Law sin un paralelo análisis del Civil Law, expresión que se refiere a los sistemas de derecho continental europeo, entre los cuales el autor destaca al sistema judicial francés pues halla en éste una actitud racionalista y opuesta al empirismo inglés a ultranza. Precisamente esta problemática es la que aborda Ghirardi en el **Capítulo IV**: el Civil Law con la ley como punto de partida y los jueces con sus inferencias lógicas que les permiten elaborar lo que el autor denomina y explica como “silogismo práctico prudencial”. Analiza a tal efecto fallos de la Corte de Casación de Francia y fundamenta así que el silogismo es práctico por referirse a las acciones humanas, y prudencial pues estamos en el ámbito de los juicios opinables. En definitiva, señala Ghirardi, a pesar de los nuevos caminos, tiempos y problemas, las decisiones judiciales deben ser adoptadas dentro de un ámbito lógico que nos conduzcan hacia lo justo razonando correctamente.

El **Capítulo V** de la obra presenta un panorama conclusivo con marcadas raíces filosóficas que permiten distinguir cómo a partir de la preocupación por el “método” surgida en la Modernidad, se conformaron dos sistemas filosóficos tan opuestos: el empirismo y el racionalismo, que generaron posturas diversas del Hombre frente al problema del conocimiento en general y, consecuentemente, al problema del Derecho.

En síntesis, aunque con una propuesta originariamente jurídica, es éste en realidad un libro que despliega profundas reflexiones iusfilosóficas, acompañadas de una nutrida referencia bibliográfica, todo lo cual permite analizar los fundamentos por los que es posible que existan tan dispares visiones de un mismo fenómeno: el Derecho.

Claro que una simple reseña en modo alguno puede suplir el deleite que significa leer en toda su extensión esta obra del distinguido profesor Olsen Antonio Ghirardi.