

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RAZONABILIDAD*

Draft

Natalina Stamile

Universidad “Magna Graecia” de Catanzaro (Italia)

natalinastamile@yahoo.it

Resumen

El concepto de la razonabilidad tiene contornos vagos y no bien definidos y sobre todo por eso parece puede bien adaptarse, a las dinámicas del Derecho internacional. Sin ninguna pretensión de agotar o apuntar por completo el tema, el objeto del presente estudio es subrayar los diferentes usos de la razonabilidad en algunos ámbitos específicos del Derecho, destacando su implementación no sólo en convenios y tratados, sino también en la contractualística de derecho privado. En efecto, aunque sólo a nivel puramente lingüístico y textual, el uso de cláusulas elásticas y nociones generales, puede permitir encontrar una solución de compromiso sencilla, donde es más complicado formular un marco jurídico extenso y detallado. Por lo tanto, parece que el estándar de la razonabilidad esté llegando a ser un instrumento irreprimible de unificación y armonización, en general, de las diferentes legislaciones a nivel supranacional y, en particular, del Derecho internacional de los negocios. El presente estudio espone algunas breves y críticas reflexiones sobre la razonabilidad en este ámbito del Derecho.

Palabras clave

Razonabilidad - cláusula elástica - Derecho contractual internacional - unificación y armonización del Derecho.

1.

El contexto normativo en que el recurso a la razonabilidad es más frecuente ha sido desde siempre el internacional, en que aundan referencias a la equidad, la justicia o a la propia razonabilidad. De ahí que el empleo de dicha noción semántica se ha extendido a otras muchas ramas del derecho, al punto que se ha fomentado incluso su función retórica en los contenciosos de cualquier tipo, es decir para convencer las partes de la bondad de los argumentos y de lo acertado que fuesen las sentencias.

Así que, tal difundido recurso a una noción indistinta y vaga, ajena a muchas

* A Marvin Dertliu le debo un agradecimiento especial por revisar mi castellano y a Paola Ferro y Valerio Maria Cuteri les agradezco la oportunidad de desarrollar reflexiones y de debatir sobre el tema.

tradiciones jurídicas nacionales, tanto que no resulte familiar en sus contenidos y modalidades operativos, aunque en cierto modo, puede parecer excesivo, presenta sin duda, además que desventajas, también muchas y indiscutibles ventajas. A nivel puramente lingüístico y textual, el uso de cláusulas elásticas y nociones generales, como la razonabilidad, puede permitir encontrar una solución de compromiso fácil, donde es más difícil y arduo. Como se ha apuntado, la razonabilidad llega a ser «útil instrumento para *elidir el acuerdo* y reponer la decisión de algunos perfiles controvertidos a un momento sucesivo [...] se recurre no para un específico diseño pero casi inconscientemente, podría decirse, para la pereza o la falta de nociones más precisas»¹.

Por otro lado hay que observar que, si se examina el uso de la razonabilidad en los convenios internacionales de Derecho uniforme, la misma parece manifestarse como el resultado de una elección ponderada y deliberada, en lugar de ser meramente inadvertida y accidental. Por eso, parece que el estándar de la razonabilidad esté llegando a ser un instrumento irreprimible de unificación y armonización, en general de las diferentes legislaciones a nivel supranacional, y, en particular, del Derecho contractual internacional. Así, algunos autores enfatizan que, en el ámbito de las Convenciones en materia de contratos mercantiles internacionales, el recurso a la razonabilidad deja ser frecuente para llegar a un uso “*sistemático*”, como uno de los pilares de toda la materia contractual. Por ejemplo, en el Convenio de Viena de 1980, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías - CNUCCIM (*Convention on international Sale Goods*) - en vigor en más de 50 países, son tantas las referencias al término razonabilidad o racionalidad o sus sinónimos, que algunos comentaristas han sostenido la “*omnipresencia*” de la misma en la Convención, hasta llegar a considerarla como un principio general². Esto no es un dato aislado, porque el predominio de la razonabilidad emerge también en otras convenciones tendidas, como ya hemos dicho, a unificar la disciplina de los contratos comerciales internacionales³. Por lo tanto, la razonabilidad no se inserta en contextos marginales, sino se ha convertido en *tòpos* de la legislación internacional uniforme y comunitaria, determinando su inclusión en el Derecho interno de los Estados. La cláusula de la razonabilidad aparece conseguir un éxito en todos los lugares de elección de reglas comunes donde se comparen diferentes culturas jurídicas,

1 G WEISZBERG, *Le «raisonnable» en Droit du Commerce International, on “Reasonableness” in International Commercial Law*, Th. Paris II, 2003, Pace Database, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html>

2 Véase: S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 19.

3 Véase, por ejemplo, la Convención UNIDROIT de Ottawa de 1988 sobre el *factoring* internacional y el *leasing* internacional; la Convención UNCITRAL; Convención UNIDROIT de Roma de 1995 (UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally exported cultural Objects); etcétera.

cuando se trata de hallar una solución buena para todos. Entonces el uso de un término abierto y vago, semánticamente anodino, que puede ser rellenado con diferentes contenidos se presenta como la mejor técnica legislativa⁴. De esta manera, la razonabilidad asumiría un papel fundamental y delicado, ser un puente entre los países donde domina la tradición del Derecho romano-canónico y los países de *common law*, donde propio en estos últimos la *reasonableness* (la razonabilidad) puede ser considerada como un verdadero pilar del sistema jurídico. De hecho, en los ordenamientos anglosajones el concepto de razonabilidad no es ciertamente una categoría nueva.

La *Reasonableness* parece invadir todos los ámbitos del *Common Law*, desde el *Criminal Law* hasta *Tort Law*, desde el *Administrative Law* hasta la *Political Philosophy*. Así que MacCormick afirma que «very general tendency in the law to rely upon the standard or reasonableness as a criterion of decision making, of right action and of fair interpersonal relationships within the scope of contract or family law»⁵. No es ciertamente un caso o una coincidencia que la razonabilidad tiene sus profundas raíces propio en el *Common law*. Por lo tanto, no falta quien haya con eficacia sostenido que la razón es histórica, porque aquí «vence un corazón medieval»⁶. Emblemática es la expresión del juez inglés Coke, «el *common law* no es nada más que razón»⁷, es decir «*common law* es el producto de una perfección de la razón, obtenida por medios artificiales, por un largo estudio, por la observación y experiencia, y no con el producto de la razón natural del hombre común [...] nadie por el trabajo de su propia razón individual tiene que ser más sabio que la ley [...]»⁸. Esto no debe sorprendernos en cuanto, desde un punto de vista histórico, el *common law* siempre ha sido sometido a la regla inderogable nota como *rule of law*. De hecho, *common law* y Derecho natural «denuncian una característica común: ser ley de la razón»⁹. Según Pollock, la idea del Derecho natural como norma de la razón es inmanente a toda la tradición jurídica inglesa, porque el Derecho inglés parecería el directo discípulo de la enseñanza de S. Tomás de Aquino¹⁰. En contra Fassò ha sostenido que eso sería posible porque «la tradicional contraposición entre Derecho natural y Derecho positivo no es más que el resultado de un prejuicio inherente al jurista continental que representa tradicionalmente el Derecho

4 S. TROIANO, cit., págs. 23 - 24.

5 N. MACCORMICK, *On reasonableness*, en C. PERELMAN - R. VALDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984, p. 131.

6 GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 64.

7 H. J. COKE, *The first part of the institutes of the lawes of England*, New York- London, 1979, p. 138

8 *Ibidem*

9 A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, p. 24

10 F. POLLOCK, *The expansion of common law*, Londra, 1904, *passim*.

natural como un sistema de valores colocado, más allá, de la realidad histórica y en el identificar el Derecho sólo con aquella particular forma que es la ley»¹¹. Así que en esta lectura, el Derecho natural y el Derecho positivo no serían dos conceptos antitéticos, en cuanto el mismo Derecho debería ser visto como expresión de la “razón” y no ciertamente como expresión del “comando/orden”. Sin embargo, identificar el Derecho como razón no significa referirse a un concepto abstracto de razón; razón en sentido concreto entonces como “aquella que surge de la historia y luego se desarrolla, operando en su marco”¹². Tales reflexiones parecen ser corroboradas por la actual crisis del Derecho positivo y sus estructuras provocada por la “fragmentación impuesta por la globalización jurídica”¹³. A tal propósito es elocuente la afirmación formulada por Grossi que estaría pasando “una crisis del monismo del Derecho”¹⁴, o aquella formulada por Galgano que afirma que «las coordenadas de tiempo y espacio identifican, en el era de la globalización una realidad que parece al revés respecto a la precedente: cada vez más mutable en el tiempo y cada vez más uniforme en el espacio. La organización jurídica no puede ser más aquella operante en la precedente realidad, diversificada en el espacio, inmutable en el tiempo»¹⁵. Por lo tanto, un sistema normativo cerrado adentro de sus propias fronteras no parece ser lo bastante para disciplinar y regular fenómenos supranacionales. El carácter puramente nacional de la producción normativa se pondría, así, en una dimensión antagonista con referencia a una expresa exigencia de uniformidad y flexibilidad que surge de aquello que algunos autores llaman “el carácter supranacional de la economía moderna”¹⁶. Entonces la crisis del sistema positivo no sería solamente determinada por instancias transnacionales y supranacionales, pero resultaría agravada por un renacido, y siempre mayor, interés en el sistema teórico-dogmático y estructural, típico del Derecho natural. Tal circunstancia, ya en pasado, fue subrayada por parte de aquella doctrina que aconsejaba el recurso a los principios del Derecho natural cada vez que eso resultaba necesario para llenar las lagunas del sistema jurídico¹⁷. No obstante tales consideraciones, debatir sobre una hipotética restauración del Derecho natural parece excesivo, tanto que la doctrina mayoritaria apunta en la viabilidad del “Derecho

11 G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna, 1964, p. 128.

12 *Ivi*, p. 131.

13 Para una mayor profundización véase: S. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

14 P. GROSSI, cit., *passim*; véase también: N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo - diritto*, Bari, 2001, *passim*.

15 S. GALGANO, cit., p. 115

16 S. GALGANO, *Nazioni senza ricchezza e ricchezze senza nazioni*, Torino, 1993, *passim*.

17 Para una mayor profundización se renvía a: C. ANTONI, *La restaurazione del diritto di natura*, Venezia, 1959.

viviente” en lugar del “renacido Derecho natural”¹⁸. Solo recurriendo a la razonabilidad, como instrumento en grado de acercar la norma al mundo de la práctica, se puede superar la concepción formalista del Derecho sin caer en un falace sistema de derecho natural¹⁹.

A raíz de estas reflexiones parece oportuno proceder al análisis de la razonabilidad en el mundo anglosajón.

2.

Contrariamente a lo que pasa en el *civil law* donde se exaltarían mayormente los aspectos teóricos y dogmáticos en relación con la razonabilidad, el *common law* exalta la obra jurisprudencial que alrededor de la razonabilidad ha construido un impresionante armazón conceptual. De hecho, leyendo las sentencias de los tribunales ingleses emerge un uso amplio del término *reasonableness*. Por otra parte del análisis de la evolución de la *reasonableness* sobresale claramente como sea imbuida de una incongruencia inherente de la lógica instrumental aún no orientada por una teoría de los valores constitucionales, quizás también a causa de la circunstancia que en los sistemas anglosajones se ha desarrollado una concepción particular de la interpretación con especial atención a aquellas áreas que corresponden al nuestro Derecho civil, Derecho comercial y Derecho administrativo, ya que no hay ninguna referencia a la constitución. Por lo tanto la naturaleza y la función de la razonabilidad en el Derecho de los contratos son más complejos en los ordenamientos anglosajones. La razonabilidad en el *common law* es un criterio habitual, tanto que se afirma que «common law is right reason»²⁰. La máxima expresión del término inglés *reasonableness* se encuentra en el modelo del *reasonable man* o *reasonable person*. Así que, se ha subrayado «Common law of England has been laboriously built about a mythical figure - the figure of “The Reasonable Man”. In the field of jurisprudence this legendary individual occupies the place which in other science is held by the Economic Man, and in social and political discussion by the Average or Plain Man»²¹. De tal manera se ha afirmado además que en el modelo del *reasonable person* «se halla una visión “antropomórfica” de la justicia, una figura [...] ficticia, incluso mítica, que en cada caso informa por sí misma la amplísima área de la responsabilidad por “tort of negligence” y también, para diferentes perfiles, el Derecho de los contratos y obligaciones, y que encarna el modelo ideal de los comportamientos

18 Véase: L. MENGONI, *Diritto vivente*, en *Digesto disc.priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1990, p. 448; y también G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, en *Giur. Cost.*, 1986, I, p. 1148.

19 A. RICCI, cit., p. 30.

20 Véase: S. TROIANO, cit., p. 82. El autor cita H. A. SCHWAEZ – LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Les notions de right reason et the reasonable man en droit anglais*, en *Arch. Philo. Dr.*, 1978, v. 23, p. 45.

21 A. P. HERBERT, *Uncommon Law*, London, 1935, p. 2 ss.

socialmente aceptables en cuanto fundados sobre el sentido común y el equilibrio»²². Además parte de la doctrina ha sostenido que «el estándar del *reasonable man* implica la referencia al comportamiento medio, ordinario, habitual, proporcionado: entonces, al comportamiento de una persona dotada de buen sentido y equilibrio, que uniforme su acción a los dictados del intelecto medio y a los parámetros sobre que se funda la vida de una determinada colectividad, como la *fairness, non - arbitrariness, sociableness*. Dicho de otra manera, eso exprime una medida media de conducta social correcta, en grado de adecuarse a la peculiaridades de cada caso: de hecho el juicio sobre la razonabilidad de un cierto comportamiento no puede que llevarse a cabo en relación con las circunstancias de la situación aislada [...]»²³. Distintas y numerosas son las referencias a la *reasonableness* en el *contract law* y esa no es siempre evocada por parte de los tribunales con el mismo significado. De hecho, no sólo pero también, se hace referencia a la *reasonableness* como instrumento para controlar la legitimidad de un pacto, en particular de los pactos de no competencia (*covenants in restraint of trade*)²⁴. Así MacCormick subraya que «this is a general common law principle under which contracts in restraint of trade are invalid if they set restraints which go beyond what is reasonable in the interest of the parties and in the public interest»²⁵. Además, la razonabilidad es considerada como criterio que atribuye relevancia a la confianza del destinatario de una declaración contractual para que el acuerdo pueda considerarse terminado entre las partes²⁶. En otros casos, la *reasonableness* tiene un papel decisivo para la determinación del contenido implícito del contrato a través de las llamadas *implied terms*, es decir de cláusulas que las partes razonables habrían suscrito si tenían conocimiento de la laguna del reglamento contractual, así que se ha afirmado que «in systems of law where there is general duty of good faith in the performance of contracts the need to supplement the written contract by implied terms is less than in the English system. In our system, however, the implication of terms fulfils an important function in promoting the reasonable expectations of parties»²⁷. Por último, se señala que es también interesante el papel de la razonabilidad tanto en la *doctrine of frustration* cuanto como criterio del “*reasonable care*” al cual está

22 S. TROIANO, cit., p 83.

23 C. SCOGLIAMIGLIO, Art. 85, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, en C. M. BIANCA (ed) *Commentario*, Padova, 1992, p. 329.

24 N. MACCORMICK, cit., p. 132.

25 *Ibidem*

26 P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1961. El autor afirma que «the question is not whether the parties have really agreed, but whether their conduct and language are such as would lead reasonable people to assume that they have agreed».

27 J. STEYN, *Contract law: fulfilling the Reasonablene Expectations of Honest Men*, en *Law quarterly Review*, 1997, p. 440.

vinculado el deudor de una obligación de medios. Además no faltan quienes hayan sostenido que todo el contract law parece concebirse sobre la realización de las expectativas razonables, llamadas *reasonable expectations* de las partes, entendidas como las expectativas objetivamente fundadas y que corresponden a cánones de normalidad social y adecuación, y no sobre deseos o expectativas e intenciones individuales y subjetivas. Sobre este punto escribe Steyn que «the expectations that will be protected are those that are, in an objective sense, common to both parties [...] the law does not protect unreasonable expectations. It protects only expectations which satisfy an objective criterion of reasonableness [...] reasonableness postulates community values [...] it is concerned with contemporary standards not of moral philosophers but of ordinary right thinking people [...] and the usages and practices of dealings in those disparate fields will be prime evidence of what is reasonable [...] it is possible to argue that it is a general principle law [...] I prefer to regard it as the central objective of law of contract. The function of the law of contract is to provide an effective and fair framework for contractual dealings. This function requires an adjudication based on the reasonable expectations of parties»²⁸.

Desde esta perspectiva de análisis emerge claramente como el concepto de buena fe, por según se entiende en el ordenamiento italiano, por ejemplo, coincidiría con la *reasonableness*; porque en el momento en que se evoca la protección de las confianzas razonables, de hecho se estaría evocando propio la buena fe y por eso saldría clara la coincidencia de ambos conceptos. A tal propósito parece ser útil recordar cuanto afirma Steyn: «undoubtedly, good faith has subjective requirement: the threshold requirement is that the party must act honestly. That is an unsurprising requirement and poses no difficulty for the English legal system. But good faith additionally sets an objective standard, viz., the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the conclusion and performance of the transaction concerned»²⁹. Pero, el concepto de buena fe en el sentido objetivo respecto a la *reasonableness* parece ser más amplio y penetrante, en cuanto no se ciñe solamente a los comportamientos inspirados a la honestidad y a la equidad ya que además se convierte en útil instrumento de evaluación de actuaciones dirigidas a la cooperación y solidaridad expresadas en la regla que impone, dentro de los límites de un adecuado sacrificio de un propio interés, el deber de salvaguardar la utilidad de la contraparte. Eso pero no significa, como se ha notado, que también en los países anglosajones, la cláusula de la razonabilidad, así como la nuestra buena fe, puede cumplir

28 *Ivi*, p. 434.

29 *Ivi*, 438.

y realizar el papel delicado de cierre del sistema³⁰. En contra se pone aquella doctrina que sostiene que la *reasonableness* en el ámbito privado asume no sólo la forma del nuestro concepto de buena fe sino aún al papel de parámetro objetivo de la diligencia³¹. De hecho si nos detuviéramos en valorara la circunstancia que la *reasonableness* no está limitada al sólo aspecto de la formación del contrato y de libertad de elección sino que se extiende también al mérito del acuerdo, se convertiría evidentemente su función en permitir el control del contrato a la intervención judicial. Así, bajo tal perfil interpretativo, la *reasonableness* aplicada a las cláusulas de naturaleza privada parecería alejarse de la verosimilitud con el concepto del buen padre de familia o diligencia y, en este modo, se acercaría más bien a la cláusula de buena fe entendida como parámetro elástico de evaluación de los intereses en juego y sus posible y eventual ponderación.

La *reasonableness* no parece agotarse en el ámbito contractual pero aun a su pesar parece tener incidencia también respecto al juez cuando está llamado a administrar la justicia de cada caso. Además es importante señalar que, en el *common law*, la solución individuada por el juez se basa sobre una particular técnica conocida como *distinguishing*, es decir una técnica que evidencia y pone mayor énfasis en las características y peculiaridades que presenta cada caso y sobre éstas discutir las razones por lo que es más oportuno apartarse de los anteriores. Entonces, *reasonableness* para mitigar la aplicación rigurosa del *stare decisis*. Por lo tanto, las distinciones que permiten y posibilitan apartarse del precedente debe ser, o también, quizá, aparecer razonable. Así, parte de la doctrina ha comentado como el hecho de que «todo el mundo anglosajón esté fundado sobre el concepto de *right reasons* parece una consecuencia natural del hecho que la regla que se impone con autoridad de precedente es solo aquella que exprime la auténtica *ratio decidendi* de la decisión judicial (y no de los *obiter dicta*, a los cuales se puede reconocer a lo más una valencia persuasiva), ya que de los precedentes, es decir desde la *ratio decidendi* que ellos expresan, se puede desviar sólo si la distinción sea a su vez razonable»³². Desde aquí parece claro por qué la razonabilidad está definida como “motor propulsor” del *common law*: esa determina la evolución de los ordenamientos basados en el principio del precedente vinculante. De hecho, la *reasonableness* parece ser la esencia del *case law* donde sin embargo el juez, aunque estuviese llamado a dar el justo peso y evaluar todas las circunstancias de cada caso, juega un papel positivo y sistemático en la construcción del Derecho. Parece oportuno señalar, aunque solo de manera indicativa, que tal técnica decisoria no se debe confundir con la justicia de tipo

30 G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, p. 725.

31 S. TROIANO, cit., p. 45.

32 *Ivi*, p. 89:

equitativo en cuanto tiende a adquirir un grado de objetividad. MacCormick observa que «what justifies resort to the requirement of reasonableness is the existence of a plurality of factors requiring to be evaluated in respect of their relevance to a common focus of concern»³³; así que «unreasonableness consists in ignoring some relevant factor or factors, in treating as relevant what ought to be ignored. Alternatively, it may involve some gross distortion of the relative values of different factors, even though different people can come to different evaluations each of which falls within the range of reasonable opinions in the matter at hand [...] Hence what justifies the law's recourse to such a complex standard of reasonableness in the formulation of principles or rules for the guidance of officials or citizens is the existence of topics or foci of concern to which a plurality of value – laden factors is relevant»³⁴.

Por lo tanto la *reasonableness* no sería un valor en sí misma sino una función de valor, value-function, basada sobre una ponderación entre diferentes intereses y valores que subyacen a un conflicto, teniendo en cuenta aquellos factores relevantes por la reconstrucción de estos mismos valores. Entonces la *value-function* es una función a que se atribuye el significado que la misma tiene en matemáticas o lógica. Sobre este punto, el MacCormick observa que «we have to rest with the metaphor of “weighing” or “balancing” reasons pro and contra. For this is a metaphor. Reasons do not have weights as material objects do [...] at best we ascribe greater or less weight to some reasons or factors than others, and the question is how we can do so in any kind of objectively reasonable way»³⁵, y además «Reasonableness itself is not so much a value-in-itself as a “value-function” which requires interpretation in respect of its topic for the purposes of specifying the particular value-factors which are relevant to the concluded judgment as between reasonableness and unreasonableness in a particular case having a particular topic or focus of concern»³⁶; así que la value-function es definida «in the same sense of “function” as we use in mathematics or logic, in which “If p then q” is not itself a proposition, but a “propositional function”, to be turned into a real proposition by assigning a particular value to p and q»³⁷.

Por lo tanto, llega a ser fundamental la individuación de los intereses y valores respecto a cada caso que serán objeto de ponderación y, de manera especial cuando

33 N. MACCORMICK, cit., p. 136, subraya que «every public power of decision – making, whether judicial, quasi –judicial or administrative must be exercised reasonably, that is, with proper regard to relevant considerations, and without any regard to irrelevant considerations».

34 *Ibidem*

35 *Ivi*, p. 152.

36 *Ibidem*

37 *Ibidem*

recurre la *reasonableness* o el modelo de *reasonable person*. Esto está puesto en particular evidencia por parte de MacCormick cuando afirma que «one of the most important general aspects of the interpretation of “reasonableness” as a standard, is the question whether, for a given topic, the reasonable has to be construed as that which is objectively reasonable, without regard to personal peculiarities or predilections of individuals in particular relationship, on as that which is subjectively reasonable, reasonable for a particular individual in a particular setting»³⁸.

Entonces en el *common law* inglés, como dicho antes, la *reasonableness* se fundamenta en criterios objetivos que no son, o no deberían ser, influenciados por circunstancias subjetivas o instancias y actitudes personales. Sin embargo, se puede afirmar que: «the ordinary presumption is that the test of reasonableness is, in the sense indicated, an objective test. The rights of persons against others in society ought to be fixed by common intersubjective criteria, not by reference to particular peculiarities of individuals [...] standard of reasonable men represents our permanent and never fully successful attempt to find a common point of intersubjective judgment through reference to which we can harmonise our initially different and always potentially conflicting subjective and effective evaluations of acts and goals and constraints upon action. He provides the measure by which we can correct for mere subjectivity our reactive feelings towards our own and others’ acts and omissions [...] Such an appeal to an ideal impartial spectator or reasonable man represents our common desire to find common criteria of moral and practical judgment which have at least inter – subjective, if not absolutely objective, validity within a given social milieu»³⁹.

Entonces el estándar de la *reasonableness* se remite a un criterio que no puede calificarse objetivo en un sentido absoluto, pero bien podrá considerarse como un criterio intersubjetivo, es decir en grado de recoger un nivel de objetividad básica con referencia a los intereses en juego en cada caso.

Por último, aunque de manera sucinta, se quieren avanzar algunas reflexiones sobre el fenómeno opuesto, es decir que también los países anglosajones - la referencia aquí es especialmente a Inglaterra - sufren la presión de instancias continentales, en especial por causa de la adhesión a la Unión Europea, en cuyo derecho la *reasonableness* está presente de vario modo⁴⁰. En efecto el llamado *test de reasonableness* utilizado en la

38 *Ivi*, p. 141

39 *Ivi* p. 141 y p. 153

40 Según la doctrina mayoritaria el ejemplo más indicativo es el Unfair Contract term de 1977, donde se habla de *reasonableness* como *exemption clauses* o también Occupiers’ Liability Act de 1957. Para una mayor profundización véase: G. SMORTO, *Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999, p. 101ss.; L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L’interazione del diritto inglese con il*

negociación estandarizada fue aceptado por parte de la jurisprudencia y de la doctrina con un notable entusiasmo al punto de ser definido como un “hilo conductor de la emancipación progresiva de *law of contract* desde sus propios límites”⁴¹. No se trataría tan solo de un criterio de control sobre el carácter restrictivo de las cláusulas ya predispuestas sino que indicaría las circunstancias que el juez tuviera que tomar en consideración en la ejecución del propio *test de reasonableness*. En definitiva la *reasonableness* concerniría tanto los aspectos procedimentales cuanto los aspectos substanciales y a este respecto se habla acertadamente de *procedural reasonableness* y de *substantial reasonableness*.

3.

La cuestión de utilizar la *reasonableness* como concepto jurídico da adaptarse, no sólo al contenido, sino también a la forma de un acto jurídico, llegaría a ser tan relevante por ser idónea a concernir todos los operadores del Derecho. Además, se considera oportuno observar que tal fenómeno, que se encuentra en la realidad jurídica contemporánea, no parece poderse describir como mera imposición o imperativo, en contra parece siempre más desarrollarse como elección donde los operadores llegan a causa de la misma naturaleza y esencia de la razonabilidad, es decir se adapta a satisfacer las exigencias y las expectativas de todo tipo y además es idónea a ir encuentro a cualquier persona en cualquier contexto.

Así algunos autores enfatizan que la casi automática aceptación de la recepción de la *reasonableness* por parte de los juristas con formación típica del *civil law* se podría justificar «en la convicción que las disposiciones formuladas con el recurso a la “razonabilidad” sean en realidad, por sus vaguedades, “cajas vacías”, es decir “cajas de estilo”, sin un verdadero y real contenido vinculante»⁴². Sin embargo, desde un análisis más atento y profundizado emerge que la razonabilidad, especialmente en un contexto

diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori e il principio di buona fede, en Riv. Dir. Civ. 2002, I, p. 451ss.; ID., *I contratti dei consumatori nel diritto inglese fra common law diritto comunitario: legal process e forme di tutela*, en Riv. Dir. Civ., 2002, I, p. 779ss; G. SMORTO, *Clausole abusive e diritti dei consumatori*, Padova, 2001; G. ALPA - M. BESSONE, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991, p. 118ss; A. BROWNSWORD, *The Unfair Contract Terms Act: A Decade of Discretion*, en 104 *Law Quarterly Review*, 1988, p. 94ss.; H. BEARLE, *Unfair Contracts in Britain and Europe*, en 42 *Current Legal Problems*, 1989, p. 197ss, I. KOLKMANN, *Unfair Contract terms in Inghilterra*, en G. ALPA - S. PATTI, *Le Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997; H. COLLINS, *Good Faith in European Contract Law*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994. G. HOWELLS, *The Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts - some unresolved Questions*, en *Journal of Business Law*, 1995; E. HONDIUS, *European Approaches to Fairness in Contract Law*, en C. WILLETT, *Aspects of Fairness in Contract*, London, 1966.

41 C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003.

42 G. WEISZBERG, cit.

supranacional, parece ejercitar precisas funciones normativas, aún de «*principio fundamental* pero implícito [...] de manera que se pueden solucionar cuestiones que no sean expresamente reguladas y [...] que pero no sean de todo ajenos a su esfera de aplicación»⁴³. Por lo tanto podría afirmarse que «La razonabilidad tendría apariencia de *principio general inducido*»⁴⁴.

Aún de la lectura de los Principios Unidroit de los contratos comerciales internacionales parece deducirse que hayan sido notablemente influenciados por el estándar de la razonabilidad. Así que algunos han sostenido que la referencia difundida a esa sería funcional a suplir a la falta de inclusión del principio de buena fe. De hecho, en el texto oficial de los Principios Unidroit el término *reasonableness* (y sus derivados) compare 58 veces. No obstante este dato, no todos los estudiosos han manifestado entusiasmo frente al fenómeno, así que no ha faltado quien ha subrayado que la insistencia a recurrir a la razonabilidad, en realidad, sería nada más que una señal de las dificultades halladas por los extensores en acordarse sobre términos más precisos y que por lo tanto, tal tendencia, se podría traducir como una síntoma de “*propensión para el compromiso al rebajo*”⁴⁵.

Además se deben señalar las dudas de aquellos que, teniendo en cuenta el idioma oficial utilizado para extender los Principios Unidroit, es decir el inglés, han observado que en el mundo anglosajón el término jurídico *reasonableness*, no sólo existe sino también es utilizado de manera inequívoca tanto por la jurisprudencia como por la doctrina; en otros idiomas, como el alemán, no sólo parece complejo individuar un significado sino también es más difícil la misma traducción del término razonabilidad. Por lo tanto se ha intentado estigmatizar la referencia a la razonabilidad minimizando su significado. De tal manera se ha observado que «si es cierto que el término razonabilidad ha permitido alcanzar un acuerdo general donde era más difícil, a causa de la diversidad de las distintas tradiciones nacionales, acordarse sobre reglas más precisas y vinculantes, por otro lado esto no es sólo un límite de la razonabilidad como concepto jurídico sino también de su real utilidad para la armonización de la práctica contractual mercantil»⁴⁶.

43 *Ivi*, p. 215.

44 M. P. VAL ALSTINE, *Dynamic Treaty Interpretation*, in 146 *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, p. 750.

45 D. TALLON, en G. WEISZBERG, *Le “Raisonnable” en Droit du Commerce International*, cit., p. n. 704, el autor era presente a la redacción de los Principios UNIDROIT y también a la Comisión Lando y ha subrayado como entorno a la razonabilidad estaba un escepticismo y también sobre su real portada. Sobre todo ha evidenciado como se refutaba la llamada “*Solución holandés*”, único y aislado en todo el panorama jurídico continental en relación a la razonabilidad.

46 S. TROIANO, cit. p. 175. De hecho, en el nuevo Código Civil holandés, *Burgerlijk Wetboek-BW* (1992), la norma es contenida en el artículo 3:12, se expresa una endíadis con la que se acercan la razonabilidad y la equidad. Hablar de “razonabilidad y equidad”, en este contexto, permite a la racionalidad

Así que Hyland afirma que «The *Unidroit* working group has provided a mean to resolve the contradictions and provide uniformity to their rules. The key is the notion of reasonableness. Many of the Principles emphasize that the choices by the parties and the judge must be reasonable [...] Concepts such as reasonable or appropriate cut across the contradictions and encourage a reorientation toward what constitutes proper conduct in the international marketplace. As that market becomes increasingly unified, reasonableness may assume an increasingly identifiable content. The orientation toward commercial reasonableness may have the effect Llewellyn had hoped to achieve with the Uniform Commercial Code, namely, a sale - law - like reformulation of the problems to make them appear to be simply practical issues between practical business people»⁴⁷.

Por lo tanto, parece interesante evidenciar como en los Principios Unidroit la razonabilidad parece unirse al concepto de buena fe, los dos - aún manteniendo sus respectivas características - se ponen uno al lado del otro. De esta manera parece que, mientras la buena fe opere como principio general de conducta que impone, o prohíbe, actuaciones que perjudiquen la operación comercial aún más allá de lo que expresamente se establece en el contrato, la razonabilidad «manifiesta una fuerte vocación de intervenir en los casos específicos y técnicos, en función entonces no primaria sino auxiliadora de la buena fe o de otras, menos generales, reglas de conducta»⁴⁸. El acercamiento de la razonabilidad a nociones análogas, parece evidenciar su característica de expresar un concepto tan intuitivo y evidente que no requiere ni profundizar ni demarcar sus propios límites. Sin embargo, por un lado algunos autores parece la confundan con la buena fe, mientras que otros la reconduzcan al concepto de *sentido común*⁴⁹ o equidad⁵⁰, mientras, otros además la consideren como principio desde que deducir “los usos”⁵¹, o como una mera noción que espere ser concretizada a través sus propios usos jurisprudenciales, especialmente por manos de los tribunales.

Es necesario además señalar que para una parte de la doctrina la razonabilidad parece asumir un papel más importante y incisivo con respecto de lo que hemos ya examinado. De hecho, en los Principios Unidroit, esa «es a menudo utilizada como criterio para

de dejar un papel subsidiario y llegar a ser uno de los pilares del sistema jurídico privado.

47 R. HYLAND, *On Setting Forth the Law of Contract: A Foreword*, en *40 American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 541ss.

48 B. G FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei Principi dell'UNIDROIT*, in M. J. BONELLI e F. BONNELLI, *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano, 1997, p. 132.

49 G. ALPA, *Les Nouvelles frontières du droit des contrats*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1998, p. 1025

50 K. P. BERGER, *The Mex Mercatoria Doctrine and UNIDROIT Principles*, *28 Law and policy in International business*, 1997, p. 943ss

51 F B. G FERRI, cit., p. 133.

evaluar no sólo la legalidad de los comportamientos de las partes del contrato sino también la legalidad del contrato y de las cláusulas individuales contractuales, poniendo la no razonabilidad como límite externo de validez. La razonabilidad llega a ser entonces parámetro para evaluar la congruidad y el equilibrio substancial del reglamento contractual en su complejidad o relativamente a perfiles aislados, instrumento, dicho de otra manera, para lograr la justicia y la equidad substancial de la transacción, el contrato “*justo*”»⁵². Por lo tanto se subraya que tal doctrina no ha argumentado y no ha aportado buenas razones sobre el pasaje lógico de la razonabilidad desde criterio para evaluar los comportamientos hasta criterio para controlar la congruidad substancial de la transacción, y de esta manera ha quedado sin un sólido fundamento.

4. Conclusiones

Uno de los aspectos más importante del análisis del concepto de razonabilidad en el proceso de armonización e integración del Derecho privado comunitario está en el papel que ocupa la razonabilidad en la interpretación del contrato. Por ejemplo se ha evidenciado que «el estándar del *reasonable* men en caso de las reglas interpretativas es aquello que se refiere a un hombre abstracto, aun con características definidas, es decir, aquellas propias del contratista: competencias profesionales, culturales, ambientales [...], una persona de sentido común en la medida en que sus comportamientos estuvieren inspirados por un razonamiento equilibrado y no por impulsos repentinos incontrolados»⁵³.

Sin embargo el utilizzo de la razonabilidad por parte de la jurisprudencia no es ningún suceso marginal y son numerosas las decisiones donde esa es evocada como criterio de argumentación. De esta manera, sin dudas y sin equivocación se obtiene una imagen multifacética y poliédrica de la razonabilidad que se declina en una pluralidad de aplicaciones diferentes que a menudo en la misma se intersecan y se superponen una con otras. Entonces la razonabilidad irradia y cruza como un hilo invisible toda la trama del espectro jurídico.

Además pretende llamar la atención una última reflexión sobre la traducción del término, de hecho, en casi todos los casos, los textos jurídicos de los acuerdos internacionales, a cada nivel, están redactados en un idioma distinto de aquello de los

52 A. DI MAJO, *L'osservanza della buona fede nei principi di UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali*, en M. J. BONELL e F. BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, Milano, 1997, p. 143.

53 F. BERLINGIERI, *Lo standard del “reasonable man”*, in *La vendita internazionale, Atti del convegno di Studi di Studi di S. Margherita Ligure, 26 – 28 settembre 1980*, Milano, 1981, p. 334.

países implicados, así que es muy fácil deducir que en ocasiones el término “razonabilidad” no se traduzca de manera literal. El sector de la traducción jurídica siempre tiene y ha tenido problemas de semántica y problemas textuales. Con la consecuencia que desde el análisis del fenómeno léxico-semántico surge que « el léxico jurídico consiste ciertamente de una determinada cuota de propios tecnicismos, que no tienen sentido fuera de eso, de muchas expresiones peculiares (sintagmas, es decir, que el significado es fijado de modo más o menos rígido, como “buen padre de familia”, sentido del pudor etc), de varias definiciones colaterales (es decir, términos o significados característicos pero no en relación a efectivas necesidades comunicativas, sino a la oportunidad de utilizar un registro elevado, distinto de la lengua común), además el léxico jurídico es abierto a aceptar, en línea de principio, cualquier término que podría tener una interpretación por la vida asociada de las personas; pero las nociones mutuadas por el léxico común no tienen siempre el mismo contenido semántico; la semántica puede ser, de vez en cuando, más restricta, más amplia incluso también completamente diferente»⁵⁴.

La desconfianza respecto de un parámetro de evaluación de un comportamiento humano, la *reasonableness*, podría ser generada por su sustancial ajenidad a nuestra tradición jurídica. De hecho, contrariamente a otros países como aquellos de *common law*, en el nuestro entorno se ha preferido traducir el término *reasonableness* con otros más “familiares”. Por lo tanto la cuestión que se plantea es de si se pueda considerar formalmente correcta la traducción de la palabra inglesa *reasonableness* con otras o si, de lo contrario, se trate de una trasposición infiel debido a la fuerte ajenidad de un concepto extranjero a la tradición jurídica europea en general⁵⁵. Se señala que los estudios sobre este tema de los comparatistas tienen propio el fin de llegar a una interpretación uniforme y homogénea para garantizar el desarrollo de la una legislación uniforme. Entonces, con referencia al término razonabilidad, se evidencia como ya hemos dicho, que la razonabilidad es frecuentemente utilizada en el *common law*, en general, y en particular, en Derecho uniforme, pero es poco conocido en el *civil law*⁵⁶. Así que, por ejemplo, Moréteau ha comentado, con referencia a la razonabilidad, «los filósofos del Derecho la ponen en el corazón de la sistemática del Derecho y del razonamiento jurídico.

54 R. GUALDO, *Le parole della legge in prospettiva italiana ed europea*, in AA.VV. *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del convegno di Studi, Roma, 2 - 4 ottobre 2006, Tomo I, *La ragionevolezza nell'interpretazione e nel sindacato di costituzionalità*, A. CERRI (ED), Roma, 2007, Tomo I, p. 159.

55 S. FERRERI, *La lingua del legislatore. Modelli comunitari e attuazione negli Stati membri*, en Riv. di dir. civ., 11, 2004, p. 561 ss.

56 Véase: O. MORÉTEAU, *Il ragionevole e il diritto: Standards, prototipi e interpretazione uniforme en Ars interpretandi*, *Annuario di ermeneutica giuridica*, Padova, 2002.

Considerado desde el punto de vista instrumental, esa pertenece a las nociones matizadas cuya interpretación es problemática»⁵⁷. Además si se tomara en consideración la complejidad de la interpretación de un concepto o de un término de una lengua a otra, eso añadiría una problemática dúplice, tanto respecto a la dimensión del lenguaje común como a la del lenguaje jurídico. Por ejemplo, el término razonabilidad en un texto normativo internacional será interpretado por un no jurista de manera intuitiva o incluso equivocadas.

Sin embargo, el problema de la coexistencia de un sentido común y de uno jurídico parece no verificarse en aquellos sistemas que tienen y elaboran un lenguaje sencillo y no técnico. Al revés, allá donde el ámbito jurídico se caracteriza por un lenguaje técnico «las nociones matizadas como el término “razonable”, susceptibles de interpretaciones múltiples, o también divergentes, son menos numerosas. Hay términos precisos, con bordes más definidos. La polisemia es evitada y eso limita la pluralidad de las interpretaciones»⁵⁸.

Los problemas de lenguaje relacionado a la interpretación de los conceptos, y especialmente de los conceptos matizado, se manifiestan en mayor medida en el ámbito supranacional, tanto a nivel europeo como internacional, porque es en tales contextos que las diferentes tradiciones jurídicas se encuentran, añadiendo al problema, inevitablemente, un grado adicional de complejidad. El corazón de la cuestión podría resumirse en ¿qué es lo que hace posible que un término contenido en un texto jurídico sea interpretado de la misma manera por dos distintos sujetos?

Ciertamente es innegable la dificultad de tener una interpretación uniforme de nociones vagas como aquella de buena fe o de *reasonableness*. De hecho, lo que falta es un criterio común tanto por el jurista de *common law* como por el de *civil law*. Así que llama la atención el papel de los tribunales. De hecho, los jueces pueden dar interpretaciones destinadas a superar un inútil y estéril nacionalismo, es decir, ellos más que otros se pueden distanciar de la lengua y del sistema nacional de pertenencia para sostener una interpretación uniforme y transnacional de los términos y conceptos a los que se refirieren en las decisiones.

Bibliografía

- Alpa G. - M. Bessone, *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*,

57 *Ivi*, p. 242

58 *Ivi*, p. 244:

- Torino, 1991.
- Alpa G., Les Nouvelles frontières du droit des contrats, en *Revue internationale de droit comparé*, 1998, p. 1025.
 - Antonioli Deflorian L., *I contratti dei consumatori nel diritto inglese fra common law diritto comunitario: legal process e forme di tutela*, en *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, p. 779ss.
 - Antonioli Deflorian L., *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori e il principio di buona fede*, en *Riv. Dir. Civ.* 2002, I, p. 451ss.
 - Atiyah P. S., *An Introduction to the Law of Contract*, Oxford, 1961.
 - Bearle H., *Unfair Contracts in Britain and Europe*, en *42 Current Legal Problems*, 1989, p. 197ss.
 - Berger K. P., *The Mex Mercatoria Doctrine and Unidroit Principles*, 28 *Law and policy in International business*, 1997, p. 943ss.
 - Berlingieri F., *Lo standard del "reasonable man"*, en *La vendita internazionale, Atti del convegno di Studi di Studi di S. Margherita Ligure, 26 - 28 settembre 1980*, Milano, 1981.
 - Brownsword A., *The Unfair Contract Terms Act: A Decade of Discretion*, en *104 Law Quarterly Review*, 1988, p. 94ss.
 - Coke H. J., *The first part of the institutes of the lawes of England*, New York-London, 1979.
 - Collins H., *Good Faith in European Contract Law*, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 1994.
 - Criscuoli G., *Buona fede e ragionevolezza*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, p. 725.
 - Di Majò A., *L'osservanza della buona fede nei principi di Unidroit sui contratti commerciali internazionali*, en M. J. Bonelli e F. Bonelli, *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997.
 - Fassò G., *La legge della ragione*, Bologna, 1964.
 - Ferreri S., *La lingua del legislatore. Modelli comunitari e attuazione negli Stati membri*, en *Riv. di dir. civ.*, 11, 2004, p. 561ss.
 - Galgano S., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.
 - Galgano S., *Nazioni senza ricchezza e ricchezze senza nazioni*, Torino, 1993.
 - Grossi P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.
 - Gualdo R., *Le parole della legge in prospettiva italiana ed europea*, en Aa.Vv. *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico, Atti del convegno di Studi, Roma, 2 - 4 ottobre 2006, Tomo I, La ragionevolezza nell'interpretazione e nel sindacato di costituzionalità*, Roma, 2007.
 - Herber A. P., *Uncommon Law*, London, 1935.
 - Hondius E., *European Approaches to Fairness in Contract Law*, en C. Willett, *Aspects of Fairness in Contract*, London, 1966.
 - Howells G., *The Implementation of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts - some unresolved Questions*, en *Journal of Business Law*, 1995.
 - Hyland R., *On Setting Forth the Law of Contract: A Foreword*, en *40 American Journal of Comparative Law*, 1992, p. 541ss.
 - Irti N., *Norma e luoghi. Problemi di geo - diritto*, Bari, 2001.
 - Kolkman I., *Unfair Contract terms in Inghilterra*, en G. Alpa - S. Patti, *Le Clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997.
 - MacCormick N., *On reasonableness*, en C. Perelman - R. Valder Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984.
 - Mengoni L., *Diritto vivente*, en *Digesto disc.priv.*, sez. civ., VI, Torino, 1990.
 - Moréteau O., *Il ragionevole e il diritto: Standards, prototipi e interpretazione uniforme en Ars interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica*, Padova, 2002.

- Pollock F., *The expansion of common law*, Londra, 1904.
- Ricci A., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007.
- Schwaez H. A. - Liebermann von Wahlendorf, *Les notions de right reason et the reasonable man en droit anglais*, en *Arch. Philo. Dr.*, 1978, v. 23, p. 45.
- Scogliamiglio C., Art. 85, in *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, en C. M. Bianca (ed) *Commentario*, Padova, 1992, p. 329ss.
- Smorto G., *Clausole abusive e diritti dei consumatori*, Padova, 2001.
- Smorto G., *Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive*, en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1999, p. 101ss.
- Stevn J., *Contract law: fulfilling the Reasonablene Expectations of Honest Men*, en *Law quarterly Review*, 1997, p. 440.
- Troiano S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.
- Val Alstine M. P., *Dynamic Treaty Interpretation*, in 146 *University of Pennsylvania Law Review*, 1998, p. 75.
- Weiszberg G., *Le «raisonnable» en Droit du Commerce International, on “Reasonableness” in International Commercial Law*, Th. Paris II, 2003, Pace Database, en internet <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html>
- Zagrebelsky G., *La dottrina del diritto vivente*, en *Giur.cost.*, 1986, I, p. 1148ss.