

## En busca de un Derecho privado europeo

MAURO BUSSANI

Professore di Diritto Privato Comforoto mello  
Facolta di Giurisprudento dekk «Universita di Trieste

### I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata de esbozar las líneas de una fructífera investigación sobre un Fénix legal. Como el ave mitológica, los rasgos precisos del «Derecho privado europeo» permanecen inciertos y envueltos en una retórica confusa.

En ocasiones, tal etiqueta se utiliza a la ligera para indicar qué constituye el Derecho privado en los sistemas legales europeos occidentales (u occidentales y orientales)<sup>1</sup>. Otras veces, es utilizada simplemente en oposición al Derecho de Estados Unidos<sup>2</sup>. En otras ocasiones, el adjetivo «europeo» hace referencia a la legislación comunitaria que afecta al Derecho privado<sup>3</sup>. Más a menudo, la etiqueta se utiliza, no ya para describir, sino para anunciar el resultado posible y esperado de las iniciativas «integradoras»<sup>4</sup> puestas en marcha en Europa.

Esta última noción es la que centra las páginas que siguen. Pero, incluso desde esta perspectiva más limitada, comprobaremos que no todo está claro y que tampoco se ha alcanzado un acuerdo en este tema.

---

<sup>1</sup> Cfr. K. ZWEIFERT y H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, 3.ª edición, T. Weir trad., Oxford, 1998, pp. 28 ss.

<sup>2</sup> Véase R. ZIMMERMANN, «Roman Law and European Legal Unity», en A. Hartkamp *et alii* (eds.), *Towards a European Civil Code*, Ars Aequi-Kluwer, Nijmegen-The Hague, 1998, pp. 21, 24 ss.

<sup>3</sup> Entre otros, F. de LY, *Lex Mercatoria and Unification of Law in the European Union*, en A. Hartkamp *et alii* (eds.), *supra* nota 2, pp. 41 ss.

<sup>4</sup> Siguiendo la terminología de Schlesinger. Véase Rudolf B. SCHLESINGER, «The Past and Future of Comparative Law», 43 *Am. J. Comp. L.* 477, 479 (1995).

Para un examen completo de la materia, en primer lugar describiré los objetivos inmediatos y a largo plazo de las principales iniciativas de Derecho comparado europeo. Luego me centraré en sus principales diferencias y, finalmente, realizaré algunas sugerencias sobre la factibilidad (y deseabilidad) de un Código Civil europeo, con especial atención en los aspectos metodológicos y en los problemas estructurales presentes en los esfuerzos codificadores.

## II. UN ENFOQUE OBJETIVO DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO

La primera iniciativa de Derecho comparado europeo a la que me referiré es aquella con la que estoy más familiarizado. Se trata del proyecto doctrinal que inicié hace siete años junto con Ugo Mattei bajo el título *The Common Core of European Private Law*<sup>5</sup>. Hasta la fecha, involucra aproximadamente a doscientos profesores procedentes en su mayoría de Europa y de Estados Unidos y debería, en buena marcha, publicar nuevos trabajos, además del libro de Zimmermann y Whittaker sobre «buena fe» aparecido en 2000, del libro de Gordley sobre «cumplimiento de obligaciones» publicado en 2001, y del libro de Bussani y Palmer sobre «daño puramente económico», que aparecerá a finales de 2002<sup>6</sup>.

En pocas palabras, el proyecto busca el núcleo común del Derecho privado europeo en las categorías generales de contratos, daños y propiedad. La búsqueda se centra en identificar qué es ya común y qué es todavía diferente en los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> El proyecto tiene dos padres culturales, ambos muy conocidos: la experiencia de los *Cornell Studies* dirigidos por Rudolf B. Schlesinger –véase el balance hecho por el propio Schlesinger: *supra* nota 4, pp. 477 ss.– y la metodología de Derecho comparado dinámico desarrollada por Rodolfo Sacco en los últimos treinta años: véase R. SACCO, «Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law» (pts. 1 y 2), 39 *Am. J. Comp. L.* 1, 343 (1991). Para una presentación más extensa y completa del proyecto, véase M. BUSSANI y U. MATTEI, «The Common Core Approach to European Private Law», 3 *Columbia J. Eur. L.* 339 (1997-1998).

<sup>6</sup> Los títulos completos de los trabajos, publicados todos en Cambridge University Press, Cambridge, U. K., son: *Good Faith in European Contract Law; The Enforceability of Promises in European Contract Law; Pure Economic Loss in Europe*.

<sup>7</sup> Sistemas jurídicos diferenciados no sólo por los rasgos heredados del binomio *Civil Law v. Common Law*, sino también por otras tradiciones jurídicas occidentales, o sub-tradiciones, de acuerdo con la taxonomía que uno quiera adoptar. K. ZWEIFERT y H. KÖTZ,

A su vez, las tres áreas principales –contratos, daños y propiedad<sup>8</sup>– se dividen en materias, que son analizadas mediante cuestionarios, herramienta clave del proyecto.

Los cuestionarios son diseñados con un grado de especificidad que requiere que los participantes contesten de forma que queden reflejadas todas las circunstancias que afectan a sus sistemas jurídicos, incluyendo todos aquellos elementos que, aún no teniendo un reflejo formal, tienen, sin embargo, un impacto práctico en las reglas operativas. Esto garantiza que no se traten de la misma forma reglas formuladas de manera idéntica (por ejemplo, un precepto legislativo idéntico), pero que, en la práctica, pueden tener diferentes aplicaciones<sup>9</sup>.

Este tipo de investigación parece necesaria para obtener, como mínimo, los principales trazos de un mapa geográfico fiable sobre el Derecho europeo.

El uso que se haga de este mapa no es asunto de los cartógrafos que lo han dibujado. No obstante, si resulta fiable, puede devenir imprescindible para aquel que se embarque en la tarea de preparar legislación europea<sup>10</sup>, y éste puede ser el caso del proceso que, en Europa, parece dirigirse gradualmente hacia la adopción de un *restatement* general y/o a la codificación del Derecho privado<sup>11</sup>.

---

*supra*, nota 1, p. 276, consideran a los sistemas escandinavos una tradición sui géneris. Los mismos autores dividen el *Civil Law* en sistemas de tradición romanista y sistemas de tradición germánica (pp. 72 y ss, 132 y ss), y, con algunos matices, hacen lo propio R. DAVID y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grand systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 10.ª edición, París, 1992, pp. 16 ss. Cfr. También A. GAMBARO y R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 1996. Escocia se considera un sistema legal mixto. Véase V. V. PALMER, *Mixed Jurisdictions of the World: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, U. K., 2001.

<sup>8</sup> El proyecto no utiliza las categorías de contratos, daños y propiedad en un sentido legal positivista. Su papel –además de ser etiquetas que ayudan los participantes a detectar sus áreas de conocimiento– es el de servir como contenedores metajurídicos de problemas fácilmente localizables en un ámbito operativo: el mismo ámbito que nos enseña cómo el Derecho privado es un todo que se comunica para solucionar problemas concretos.

<sup>9</sup> Esto también debería permitirnos ver aquellos elementos que pueden tener un papel oficial y determinado en un sistema jurídico, mientras que en otro pueden trabajar de forma más críptica, asistemática e inoficial. El papel de estos elementos crípticos deviene obviamente crucial cuando se intenta dibujar un mapa del Derecho aplicado. Véase R. SACCO, «Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo», en *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, R. Sacco (ed.), Giuffrè, Milan, 1980, 241.

<sup>10</sup> Véase *infra*, sub. III y IV.

<sup>11</sup> Respecto al amplio trabajo del grupo encabezado por Giuseppe Gandolfi, con base en la Universidad de Pavia y que incluye a más de setenta profesores de la Unión Europea, véase G. Gandolfi (ed.), *Code Européen des Contrats. Avant-projet, Livre premier*, Giuffrè, Milan, 2001. Véase también P. Stein (ed.), *Incontro di studi su un futuro codice europeo dei contratti*, Giuffrè, Milan, 1993; G. GANDOLFI, «L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge?», 39 (II) *Riv. Dir. Civ.* 149 (1993); ídem, «Pour un Code européen des contrats», 91 *Rev. trim. Dir. Civ.* 707 (1992); ídem, «Verso il tramonto del concetto di "obbligazione" nella prospettiva di un codice unico per l'Europa?», 41 (I) *Riv. Dir. Civ.* 203 (1995).

Para el abogado transnacional, la situación actual en Europa se asemeja a la de un viajante obligado a utilizar varios mapas locales, cada uno con información que puede ser a menudo confusa (debido a presunciones ambiguas, sesgadas u ocultas de los legisladores *municipales*<sup>12</sup>). Nosotros queremos conectar comparativamente estos mapas, y no forzar, en un único mapa, la actual realidad de un Derecho divergente. En otras palabras, aunque creemos que la diversidad cultural es un activo, no deseamos aportar un enfoque preservacionista, ni tampoco queremos seguir la vía de la uniformización.

Ésta es posiblemente la diferencia cultural más importante entre el proyecto del *Common Core* y otras notables iniciativas –tales como los Principios UNIDROIT, el *Study Group on a European Civil Code*<sup>13</sup> y la comisión «Lando»–, que pueden verse más alineadas con el planeamiento urbanístico que con el trabajo cartográfico<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Algunos ejemplos destacables en R. Sacco, *supra* nota 5, *passim*; A. GAMBARO, «Perspectives on the codification of the law of property», 5 *Eur. Rev. Private L.* 497 (1997).

<sup>13</sup> Se trata de una iniciativa puesta en marcha por profesores europeos tras la conferencia de Scheveningen de 1997 «Towards a European Civil Code». El objetivo de este grupo es «to abstract, through highly detailed analysis covering all jurisdictions in the European Union, fundamental rules for the European patrimonial law. The intention is not to create a draft for a European civil Code; not only because the project is only concerned with a part of the subject matter which would be covered by a Civil Code, but also because the creation of a Civil Code is a political goal... The work is aimed at providing the basic research on principles necessary to lay the groundwork for the drawing up of a European civil code». En cuanto a su estructura, se han creado de momento tres grupos de trabajo formados por jóvenes investigadores de todos o casi todos los Estados miembros de la UE bajo la dirección de los profesores Drobnig y Basedow (Hamburgo), Von Bar (Osnabrück), Hondius, Barendrecht y Hessenlink (Utrecht/Tilburg/Amsterdam). El grupo de Hamburgo trabaja en el ámbito de las garantías (personales, mobiliarias y reserva de título) y seguros; el grupo de Osnabrück sobre obligaciones «no contractuales» (daños, restitución, gestión de negocios ajenos) y el grupo de Utrecht/Tilburg/Amsterdam sobre Derecho de contratos (compraventa y servicios). Véase A. HARTKAMP, «Perspective for the Development of A European Civil Code», en M. BUSSANI y U. MATTEI, «Making European Law. Essays on the "Common Core" Project», *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trento, 2000, pp. 39 y 52 ss. El «Study Group» mantiene una estrecha conexión con una iniciativa análoga, dirigida por los profesores Spier y Koziol, encargada de elaborar los *Principios del derecho de daños europeo*. Véase J. Spier (ed.), «The Limits of Liability. Keeping the Floodgates Shut», *Kluwer Law International*, 1996; J. Spier (ed.), «The Limits of Expanding Liability. Eight Fundamental Cases in a Comparative Perspective», *Kluwer Law International*, 1998.

<sup>14</sup> Mientras que nuestra preocupación más inmediata es dibujar este mapa, a largo plazo esta tarea puede formar parte de la construcción de una cultura jurídica común y general en Europa. Algunos proyectos trabajan en esta construcción, como los Programas Europeos de intercambio de estudiantes. Además, la idea de diseñar una educación jurídica verdaderamente común ha hecho que muchos de los principales académicos que trabajan en el ámbito del Derecho europeo y del Derecho comparado se hayan adherido al proyecto de elaborar manuales de Derecho común de Europa. Los autores del proyecto de manuales europeos declaran que éste «wishes to uncover common general principles which are already present in the living law of the European countries... [además], rather than setting up a European law school, teaching materials are developed which can be used in such a law school, and in the curricula of other law schools as well, and by courts looking for rules and

### III. LOS DIFERENTES CAMINOS DE LAS INICIATIVAS DE DERECHO COMPARADO

Las diferencias existentes entre el *Common Core* y los proyectos acabados de mencionar –en concreto, aquellos que persiguen, a través de varias vías, la uniformidad del Derecho<sup>15</sup>– requieren un

principles to decide a case through Europe»: W. VAN GERVEN, «Casebooks for the common law of Europe: Presentation of the Project», 4 *Eur. Rev. Private L.*, 67 y ss (1996); véase también P. LAROCHE, «Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale», 8 *Eur. Rev. Private L.* 101 (2000). Esta iniciativa tiene muchas similitudes con el proyecto del *Common Core* en el sentido de que ambos investigan los rasgos comunes del Derecho privado de los sistemas jurídicos de los Estados europeos y su objetivo no es el de imponer nuevas normas o categorías. Ambos son analíticos y no abiertamente prescriptivos. Mientras que la intención de desarrollo cultural es común tanto en el proyecto de *Common Core* como en el proyecto de elaboración de *casebooks*, las diferencias se encuentran en los destinatarios de cada iniciativa. Para empezar, la investigación del *Common Core* se dirige a la doctrina mientras que el proyecto de elaboración de manuales europeos tiene finalidades docentes. Producir materiales adecuados para fines didácticos requiere una cuidadosa selección de materiales que proporcionen a los alumnos los elementos necesarios para entender sistemas jurídicos diferentes de los suyos. Esta selección corresponde hacerla a los académicos. De hecho, la idea de este grupo de profesores es coleccionar diferentes materiales en forma de un libro de *cases & materials*, esto es, incluyendo casos, legislación, pero también materiales doctrinales, en particular pequeñas notas para situar el resto de materiales jurídicos en su contexto. Finalmente, el objetivo es proporcionar a los juristas conocimientos de Derecho extranjero a la vez que son formados como profesionales europeos en una Europa común, aunque dichos manuales se centren principalmente en los sistemas francés, alemán e inglés, y solamente introduzcan aspectos de otros sistemas jurídicos cuando contengan soluciones originales (los primeros libros publicados con esta metodología son W. Van Gerven *et alii* (eds.), *Tort Law: Scope of Protection*, Hart, Oxford-Portland, Or., 1998; W. Van Gerven, J. Lever y P. Larouche (eds.), *Tort Law*, Hart, Oxford-Portland, Or., 2000; H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon (eds.), *Contract Law*, Hart, Oxford-Portland, Or., 2002). Por su parte, el proyecto del *Common Core* también debe proporcionar materiales útiles para finalidades educativas, pero ésta no es su tarea principal: analiza áreas más específicas del Derecho y profundiza más en problemas técnicos. Además, se centra en todos los sistemas jurídicos europeos, evitando –como hace el otro proyecto– enfatizar solamente aquellas áreas que pueden considerarse guías o paradigmáticas. No obstante, se trata de diferencias de grado y tiempo más que de naturaleza: las dos iniciativas comparten muchos rasgos comunes y pueden beneficiarse mutuamente.

<sup>15</sup> Para una descripción de los diferentes métodos de afrontar la uniformidad jurídica, véanse –entre otros–, A. ROSETT, «Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law», 40 *Am. J. Comp. L.* 683 (1992); R. ZIMMERMANN, *supra* nota 2, pp. 21, 24; ídem, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, OUP, Oxford, 2001; B.S. MARKESINIS (ed.), *The Gradual Convergence*, Clarendon Press, Oxford, 1994; ídem (ed.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Hart, Oxford-Portland, Or., 2000; P. Chr. MÜLLER-GRAFF, *EC Directives as a Means of Private Law Unification*, en A. Hartkamp *et alii* (eds.), *supra* nota 2, p. 71; O. REMIEN, «Rechtseinheit ohne Einheitsgesetz», 56 *RebelsZ* 300 (1992); L. MOCCIA, «Les bases culturelles de juriste européen: un point de vue continental», 49 *Rev. Int. Dr. Comp.* 799 (1997); J. GORDLEY, «Comparative Legal Research: Its function in the Development of Harmonized Law», 43 *Am. J. Comp. L.* 555 (1995); U. DROBNIG, «Scope and General Rules of a European Civil Code», 5 *Eur. Rev. Private L.* 489 (1997); H. KÖTZ, «How to Achieve a Common European Private Law», en F. Werro (ed.), *New Perspectives on European Private Law*, Ed. Univ. Fribourg, Fribourg (Suiza), 1998, pp. 9 ss.; F. WERRO, *Towards Denationalization of Private Law in Europe*, *ibidem*, pp. 23 ss. Cfr. R. M. BUXBAUM, «Die Rechtsvergleichung

análisis más amplio que muestre de forma clara las diferencias funcionales y metodológicas que caracterizan cada iniciativa en relación con las demás <sup>16</sup>.

De forma general, puede observarse fácilmente que el Derecho comparado revela muchos rasgos comunes que han permanecido ocultos en el análisis jurídico tradicional, aunque esto es así porque sus instrumentos y técnicas proporcionan un análisis más cuidadoso y correcto, y no porque impongan una convergencia donde ésta no existe. Es más, un conocimiento más detallado puede conllevar una mayor integración, de tal manera que la investigación del núcleo común puede considerarse como un factor indirecto que conduzca hacia una mayor uniformidad y una menor diversidad. Además, nuestra investigación puede ser un instrumento útil para la armonización, en el sentido que proporciona información fiable para diseñar nuevas soluciones comunes que pueden funcionar en la práctica.

Sin embargo, esto no tiene nada que ver con la investigación del núcleo común en sí, que se esfuerza en producir información fiable sea cual sea su posterior aplicación práctica. En esto radica la principal diferencia entre nuestro proyecto y cualquier otra tentativa de *restatement*. Estas últimas iniciativas conllevan la búsqueda de ideales de racionalidad, armonía y reforma y, en esta tarea, es necesario seleccionar los materiales y reglas jurídicas que mejor se acomoden a ello. Se descarta todo lo que no se puede encajar en un *restatement* o algo semejante. Esto supone un anatema para una

---

zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft», 60 *RabelsZ.* 201 (1996); David KENNEDY, «New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance», *Utah L. Rev.* 545 (1997); H. P. GLENN, «Vers un droit comparé intégré?», 51 *Rev. Int. Dr. Comp.* 841 (1999). Sobre esta material, véase también R. SACCO, *Non, oui, peut-être*, *Mélanges Christian Mouly* 163 (1998); R. SACCO, «La diversité des droits», en *Mélanges en l'honneur de C.A. Cannata*, Bâle, 1999, p. 411; A. GAMBARO, *supra*, nota 12, pp. 497 ss.; M. BUSSANI, «Contrepoints sur le droit commun des obligations», de próxima publicación dentro del volumen de M. Delmas-Marty y H. Muir-Watt (eds.), *Variations autour d'un droit commun*, PUF, París, 2002.

<sup>16</sup> Mi intención aquí no es traer a colación la oposición entre un Derecho comparado «estructuralista» (*à la* Sacco) y uno «funcionalista» (*à la* Zweigert y Kötz). En mi opinión, esta oposición no puede mantenerse para establecer cualquier visión mutuamente alternativa del mundo jurídico. Se puede sugerir como máximo la idea de un comparativismo integrador (enfaticando las analogías) como opuesto a un comparativismo contrastante (que enfatice las diferencias), con todos los límites posibles ya señalados por su proponente (R. B. SCHLESINGER, *supra*, nota 4, pp. 477 ss.). Pero una cosa parece muy clara: el debate entre estructuralismo y funcionalismo (o analogías *v.* diferencias) ha adquirido actualmente un intenso aroma normativo, relacionado asimismo con la creación de un marco jurídico para Europa como una iniciativa de Derecho comparado (A. di ROBILANT y U. MATTEI, «The Art and Science of Critical Scholarship», 75 *Tulane Law R.* 2001, 1053). Ésta es la razón de que lo más importante sea entender —como intentaremos hacer en las páginas siguientes— cómo aquellas diferencias se usan actualmente para aproximar contenidos de Derecho europeo.

perspectiva analítica como la nuestra: el hecho de que ya existan materiales y reglas en un sistema jurídico obliga a que éstas sean tenidas en cuenta en el análisis y que constituyan parte del «mapa» final.

En la misma perspectiva se puede calibrar la distancia entre nuestro proyecto, por un lado, y el proyecto «Lando» sobre los Principios de Derecho Contractual Europeo (PDCE), o el «Study Group on a European Civil Code», por otro, cuyos resultados «will be laid down in the 'Restatement fashion' already practised by the Lando Commission»<sup>17</sup>.

Como explica el propio Ole Lando: *a)* el objetivo primario de los PDCE «is to serve as a basis for a European Code of Contracts. They are intended as a first step»<sup>18</sup> y *b)* difieren del *Restatement* norteamericano de Derecho de contratos puesto que requieren un enfoque más radical. No seleccionan simplemente una de entre varias soluciones existentes en un único sistema jurídico; puesto que han de proporcionar soluciones útiles para un contexto de amplia divergencia jurídica, están diseñadas para incorporar reglas que no existen como tal en ningún sistema jurídico europeo<sup>19</sup>.

A pesar de todas estas diferencias, los objetivos y técnicas de estas iniciativas («Lando», «Study Group» y el «American Restatement») son, sin embargo, muy similares<sup>20</sup>. Comparten la idea básica de crear un nuevo Derecho (sin importar lo innovador que sea con relación a la situación jurídica preexistente), más que simplemente analizar el que ya existe.

Esta actitud normativa también se halla presente en los Principios de UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales<sup>21</sup>. Aunque no se refieren específicamente al ámbito europeo de los contratos mercantiles, deben ser mencionados aquí debido a su impacto expansivo en el debate jurídico.

Estos principios están pensados para constituir un *soft law* (esto es, que no sean obligatorios), y en este sentido se oponen a

<sup>17</sup> A. HARTKAMP, «Perspectives for the Development of A European Civil Code», en M. BUSSANI y U. MATTEI, «Making European Law. Essays on the "Common Core" Project», *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trento, 2000, pp. 39, 53.

<sup>18</sup> O. LANDO, «Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Prosecutor of European Legislation», 40 *Am. J. Comp. L.* 573, 577 (1992). El artículo también está publicado en *RabelzZ* 261 (1992).

<sup>19</sup> Ídem, p. 579; ídem, «Guest editorial: European contract law after the year 2000», 35 *Common Market L. Rev.* 821-831 (I), pp. 1013 ss. (1998).

<sup>20</sup> Véase, *supra*, el texto que acompaña a la nota 17.

<sup>21</sup> Véase M. J. BONELL, «The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law», 5 *Eur. R. Private L.* 505 (1997). «Harmonisation will occur for reasons exogenous to the law. Our efforts to draft unified laws are symptoms and indications of the process of unification, not their cause»: ROSSET, *supra* nota 15, p. 684.

la idea de una codificación «política». Buscan promover un marco jurídico uniforme en lugar de imponerlo por medios legislativos. Su filosofía asume que las diferencias entre los distintos sistemas legales son tan grandes que cualquier intento de unificación fracasaría<sup>22</sup>.

La elección de un enfoque de *soft-law*, no obstante, no elimina la naturaleza prescriptiva de estos proyectos: los cambios en el Derecho vigente deben obtenerse por medios indirectos, pero el objetivo final sigue siendo el cambio legal.

Así, si tuviéramos que resumir en una palabra las diferencias entre el *Common Core* y los enfoques sobre «principios comunes», ésta sería «escepticismo».

El proyecto del *Common Core* utiliza el valor del escepticismo como su criterio más importante: su objetivo es proporcionar un retrato lo más fiable y exacto posible del Derecho vigente en los sistemas europeos en determinadas materias. Si esta situación es jurídicamente eficiente o racional no constituye una preocupación de los investigadores implicados. Por el contrario, los proyectos cuya principal función es proporcionar soluciones comunes a problemas jurídicos no sólo deben hacer una selección cargada de valores sino que también entran en juego valores, no escépticos, debido a la tensión entre uniformidad y diversidad. Estos proyectos buscan asegurar, sobre la base del análisis comparado, qué solución es la mejor para regular determinados problemas legales de forma común, al mismo tiempo que ignoran la posibilidad de que las divergencias estén justificadas por varias razones.

Además, los proyectos normativos están cargados de valores en otro sentido. Sus opciones no pueden, desde luego, adoptarse por razones nacionalistas o chovinistas, sino que deben defenderse sobre la base de la aceptabilidad general o de la razonabilidad.

En este estadio, faltando una legitimidad política fuerte y completa, estos proyectos acaban abogando por ideas neutrales similares, que han terminado por confinarles en los estrechos

---

<sup>22</sup> La característica del recurso a una autoridad persuasiva es otro rasgo compartido con el proyecto de los PDCE, que a pesar de tender finalmente a la redacción de un código, proporciona un marco común que funciona como un conjunto de guías jurídicas. Véase O. LANDO, *supra* nota 18, pp. 577 ss. y 584; C. CASTRONOVO, I «“principi di diritto europeo dei contratti” e l’idea di codice», 93 (1995) *Riv. Dir. Comm.* 21 (1993). Cfr. K. D. KERAMEUS, *Problems of drafting a European Civil Code*, 5 *E.R. Private L.* 475 (1997); J. BASEDOW, «Un droit commun des contrats pour le Marché Commun», 50 *Rev. Int. Dr. Comp.* 7-28 (1998); ídem, «A common law of contracts for the Common Market», 33 *Common Market L. Rev.* 1169 (1996). Véase también W. VAN GERVEN, «ECJ case law as a means of unification of private law», 5 *Eur. Rev. Private L.* 293 (1997).



límites de áreas del Derecho en las que no hay una elección pública de valores, o así lo parece (principalmente, el Derecho de contratos <sup>23</sup>).

Sin embargo, estas áreas no pueden ser neutrales desde el punto de vista de los valores: las reglas finalmente seleccionadas deben ser consistentes con los valores escogidos como esenciales –o tomados por rutina– por los ponentes. Estos valores se corresponden habitualmente con la ideología del mercado. Tanto los Principios de UNIDROIT como los primeros trabajos publicados por la Comisión Lando intentan evitar cualquier opción política y se afanan en mantener un tono neutral. A pesar de ello, sin embargo, como se ha puesto de relieve en estudios sobre instituciones (especialmente por los investigadores adeptos a la «economía institucional» <sup>24</sup>), no existe nada parecido a un vacío institucional, puesto que la existencia de pactos informales institucionales y la más omnipresente de todas las instituciones (el mercado –con frecuencia– en las sociedades occidentales) inmediatamente llenan los espacios donde no existe una elección institucional formal. En consecuencia, evitar opciones políticas en nombre de la neutralidad representa en sí mismo una decisión política cuya franqueza no borra su propio significado.

Nada de lo que menciono aquí persigue iniciar una cruzada contra el Mercado, sino que debe entenderse como una advertencia contra la necesidad de alcanzar un nivel de conciencia compatible con los resultados que persigue la comunidad jurídica europea.

En definitiva, el rasgo compartido por los dos tipos de iniciativa (el *Common Core* por un lado, y «Lando», «Study Group» y «UNIDROIT» por otro) es la utilización de métodos comparativos. Sin embargo, esta metodología compartida sirve propósitos divergentes y, en consecuencia, produce resultados también diferentes.

---

<sup>23</sup> El «Study Group» intenta cubrir la mayoría del Derecho patrimonial. Véase A. HARTKAMP, *supra*, nota 17, pp. 51 ss.; C. VON BAR, «The Study Group on a European Civil Code», en *Särtryck ur Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland. Häfte 4/2000*, Helsingfors, 2000, pp. 323 ss.; ídem, «Le groupe d'études sur un code civil européen», 53 *Rev. Int. Dr. Comp.* 127 (2001).

<sup>24</sup> Cfr. D. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; E. G. FURUBOTN y R. RICHTER, *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*, Michigan Univ. Press, Ann Arbor, 1997; O. E. Williamson (ed.), *Organisation Theory: From Chester Barnard to the Future and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 1996. Véase también U. MATTEI, «The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship. Biases, Strategies and Developments», 21 *Hastings Int'l & Comp. L. J.* 883 (1998).

#### IV. ALGUNAS OBSERVACIONES SOBRE EL PROCESO DE CODIFICACIÓN EUROPEO

Las perspectivas del escepticismo y la neutralidad resultan también relevantes para enjuiciar el debate actual sobre si es factible y útil un Código Civil europeo<sup>25</sup>.

Existe un gran desacuerdo entre los expertos participantes en este debate. Algunos sostienen que un código es absolutamente necesario para el diseño de un Derecho europeo común fiable, mientras que otros creen que este proyecto es irrealizable, ya sea porque las divergencias existentes en los diferentes sistemas jurídicos son todavía demasiado acusadas (y ello implica que la situación pueda cambiar en el futuro, y es entonces cuando un código podría ser factible), o ya sea porque la armonización jurídica puede o debe ser conseguida por medios diferentes a un código<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> En el ámbito institucional, merece la pena recordar que el Parlamento Europeo, en su Resolución A5 384/2001, de 15 de noviembre de 2001, y la Comisión, en una Comunicación al Consejo y al Parlamento (2001/C 255/01, en GU C 255 de 13 de septiembre de 2001, pp. 1 ss., punto 6) han apoyado la idea de una codificación, a la vez que han abierto al debate entre los académicos, profesionales e instituciones. En cuanto a los aspectos generales de este debate, véanse —entre otros— E. HONDIUS, «Towards a European Civil Code: The Debate Has Started», 5 *Eur. Rev. Private L.* 455 (1997); A. VAQUER ALOY, «La vocación europea del Derecho civil», *La Ley*, núm. 5535, p. 1 (2002); S. CÁMARA LAPUENTE, «Hacia un Código civil europeo: ¿realidad o quimera?», *La Ley*, núm. 4748, p. 1 (1999); G. Barrett y L. Bernardeu (eds.), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, E.R.A. Europäische Rechtsakademie, Trier, 2002, p. 109; G. ALPA, «European Community Resolutions and the codification of “Private Law”», 8 *Eur. Rev. Private L.* 321 (2000); G. BETLEM y E. HONDIUS, «European Private Law after the Treaty of Amsterdam», 9 *Eur. Rev. Private L.* 3 (2001); K. P. Berger, «The Principles of European Contract Law and the concept of the “Creeping Codification” of Law», 9 *Eur. Rev. Private L.* 21 (2001); J. BASEDOW, «Codification of Private Law in the European Union: The Making of a Hybrid», 9 *Eur. Rev. Private L.* 35 (2001); P. LEGRAND, por ejemplo en «Sens et non-sens d’un code civil européen», 48 *Rev. Int. Dr. Comp.* 779, 800 (1996); *idem*, «Against a European Civil Code», 60 *Modern L. Rev.* 44 (1997), argumenta enérgicamente a favor del pluralismo legal, que proporciona una riqueza de soluciones y técnicas que aseguran la flexibilidad. Véase también H. COLLINS, «European Private Law and Cultural Identity of States», 3 *Eur. Rev. Private L.* 353 (1995); B. S. MARKESINIS, «Why a code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity», 5 *Eur. Rev. Private L.* 519 (1997); V. ZENO-ZENCOVICH, «The “European Civil Code”», *European Legal traditions and Neo-Positivism*, 6 *Eur. Rev. Private L.* (1998); H. KÖTZ, «Comparative Legal Research: Its Function in the Development of Harmonised Law. The European Perspective», en *Juridiska Fakulteten I Uppsala* (ed.), *Towards Universal Laws-Trends in National, European and International Law-making*, Iustus Forlag, Uppsala, 1995; T. WEIR, «Divergent Legal Systems in a Single Member States», *ZEuP* 564 (1998). Para una perspectiva más general, véase R. SACCO, «La codification, forme dépassée de législation?», en *Rapports nat. it. au XI Congrès Int. Dr. Comp.*, Caracas, 1982, Giuffrè, Milán, 1982, p. 65; «Symposium: Codification in the Twenty-first Century», 31 *U.C. Davis L. Rev.* (1998).

<sup>26</sup> De hecho, muchos investigadores sostienen que el principio de subsidiariedad previsto en el Tratado de Maastricht precluiría tal acción. Nos referimos al principio que establece que, en ámbitos donde la UE no tiene competencias exclusivas (y el Derecho privado es claramente uno de ellos), la Unión puede intervenir solamente si los objetivos no pueden ser suficientemente conseguidos mediante la acción estatal. Véanse artículo 2 del Tratado

Con independencia de en qué parte esté cada uno a la hora de analizar la codificación europea, hay algunos aspectos que me parecen destacables, y que voy a analizar desde dos puntos de vista: el primero señala los riesgos de algunos fundamentalismos metodológicos y trata de efectuar una defensa cultural de los esfuerzos de codificación (emprendidos por investigadores). El segundo analiza los problemas que la estructura interna del «Derecho privado europeo» puede generar en cualquier esfuerzo integrador.

### a) *Métodos e investigadores*

Muchos autores están inmersos actualmente en una polémica que recuerda la disputa que enfrentó durante el siglo XIX a Savigny y a Thibaut acerca de la codificación alemana.

Veremos más adelante que no es ésta la única perspectiva en la cual puede enmarcarse esta disputa. No obstante, en el presente debate «código» y «cultura» se perciben todavía como conceptos antitéticos y mutuamente excluyentes, como si un Derecho vigente pudiera existir en las actuales sociedades occidentales sin una cultura jurídica, y como si uno pudiera prescindir del otro<sup>27</sup>.

Esta oposición es similar a la existente entre reformas hechas desde arriba (*top-down*) y reformas hechas desde abajo (*bottom-up*). De hecho, si alguna lección cabe extraer de la experiencia y de la historia de la tradición jurídica occidental es que el contraste entre cambio legal desde arriba o desde abajo es una oposición falsa. Todos los cambios legislativos reflejan aspectos de ambos. El derecho es en parte política (*top-down*) y en parte cultura (*bottom-up*). En otras palabras, el cambio institucional se debe a fenómenos visibles e invisibles. Es, en parte, la evolución local de instituciones y, en parte, la obra reconocida de una élite política o profesional<sup>28</sup>.

---

de la Unión Europea y artículo 5 del Tratado de la CE. Sobre el principio de subsidiariedad, véase G. A. BERMANN, «Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States», 94 *Col. L. Rev.* 331 (1994); *idem*, «Subsidiarity: Does it Have a Future?», en M. J. Bonell (ed.), 26 *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero. Saggi, Conferenze e Seminari*, 1997; A. G. TOTH, «The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty», 29 *Common Market L. Rev.* 1079 (1992).

<sup>27</sup> La importancia del papel de la ciencia jurídica para delimitar las bases de un Derecho común en Europa es enfatizada por P. GROSSI, «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo», 42 (II) *Riv. Dir. Civ.* 281 (1996).

<sup>28</sup> Véase A. WATSON, por ejemplo, «Comparative Law and Legal Change», 37 *Cambridge L. J.* 313 (1978); P. G. MONATERI, «“Everybody’s talking”: The Future of Comparative Law», 21 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 825 (1998); y cfr. W. EWALD, «Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?», 143 *U. Pa. L. Rev.* 1889 (1995); *idem*, «Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants», 43 *Am. J. Comp. L.* 489 (1995); M. BUSSANI, «Before and Beyond a European Civil Code», en G. Barrett y L. Bernardeau (eds.), *Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, *supra* nota 25, pp. 109 y 110 ss.

Por consiguiente, puede reconocerse, por un lado, que elaborar un código no cierra el paso a la existencia y a la importancia de otros operadores jurídicos (principalmente, jueces y doctrina), mientras que, por otro lado, cualquier oposición académica a un código sería probablemente ineficaz si las condiciones políticas favorecieran la codificación.

Todo lo anterior, sin embargo, podría parecer un grito en vano comparado con el deslumbrante camino iniciado por el grueso de prominentes investigadores europeos hacia la consecución de nada menos que un Código Civil. La idea de codificación y el amplio éxito de que disfruta me parece, no obstante, que tienen su origen en razones socioculturales que merecen una breve mención.

En la tradición jurídica occidental, es bastante conocido que los autores jurídicos continentales y los jueces del *Common Law* se han visto a sí mismos como órganos de un cuerpo llamado Derecho, un cuerpo con un origen y un destino perenne, no eventual.

Como un guardián de estos orígenes y un albacea de su destino, el jurista ha tenido siempre a su disposición sofisticados aparatos técnicos, que varían según las condiciones históricas y geográficas en las que éste se halla. Pero esta maquinaria ha servido invariablemente para mantener la cualidad casi sacerdotal del jurista como mensajero y creador del *Corpus Juris*; un *Corpus Juris* que, a su vez, puede adoptar diferentes nombres, incluyendo Derecho romano, Derecho natural y/o Derecho racional, *Ius Commune*, *Common Law*, *Code Civil*, *Usus Modernus Pandectarum*, etc.

Parece que el jurista ya no puede seguir viviendo en este panorama cultural.

Actualmente, los legisladores nacionales y comunitario –reforzando y ampliando el marco jurídico existente, que se compone de varios niveles– han asumido gradualmente el papel de oráculos, interviniendo en cualquier campo con tal de satisfacer las demandas de grupos de presión políticamente relevantes. Esta situación alimenta el conocido fenómeno de la microlegislación, a menudo afectada por contenidos y vocabulario burocráticos. La interpretación y la aplicación de este Derecho se confieren habitualmente a mediadores, comités técnicos, agencias, las llamadas autoridades independientes o a otros órganos administrativos (de tipología tradicional o contemporánea).

El resultado final de este fenómeno es fácil de entender, como mínimo siempre que nos refiramos a Europa continental: el empobrecimiento del papel de los académicos y de su maquinaria tradicional, a los que se obliga a enfrentarse con provisiones cuya naturaleza y contenidos son progresivamente indiferentes a la tradición

jurídica dada y a la consistencia interna del sistema jurídico de que se trate.

Esta situación, trasladada al «debate sobre la codificación europea», conduce a (o apoya a los promotores de) la conclusión de que actualmente los sistemas jurídicos son muy divergentes; en otras palabras, no es el momento oportuno para aprobar un *Restatement* o un Código Civil. Una defensa así del *statu quo* se acomodaría perfectamente con la necesidad de una élite profesional de mantener el liderazgo sobre los asuntos jurídicos nacionales y transnacionales, élite profesional que iría desde abogados y jueces europeos hasta profesores continentales (principalmente)<sup>29</sup>.

Éste es el origen de que una de las razones fundamentales que está detrás de la idea (y del debate acerca) de un Código Civil europeo parece ser la autocomprensión de su propio rol por (la mayoría de) los comparatistas y de los peligros a los que se exponen, que proceden tanto de la burocracia de los legisladores nacionales y comunitario como de la textura –lingüística y sustantiva– cada vez más dispersa, fragmentaria y fuera de control de las normas legales.

De ahí que la relación entre el proceso de codificación y la doctrina europea supere la clásica disputa entre Savigny y Thibaut. De hecho, no podemos suponer que la actitud burocrática y poco sistemática de los legisladores vaya a detenerse o a disminuir su alcance, ni que los operadores jurídicos (culturalmente) estrechos de miras renuncien a su actitud y abandonen sus propios intereses. En consecuencia, uno de los riesgos reales más importantes que la doctrina en pro de la integración legal europea ha de afrontar, parece ser, eventualmente, no la promulgación de un código europeo, sino más bien su ausencia. Así, la preparación y la interpretación de un código proporcionaría de nuevo a la doctrina jurídica prestigio social e indispensabilidad técnica, reinstaurando a los autores en su rol tradicional de artífices y mensajeros del Derecho.

Es en esta perspectiva en la que creo debe entenderse y apoyarse la idea de codificación y el esfuerzo realizado de forma apasionada por la academia jurídica para no perder su papel.

---

<sup>29</sup> No obstante, véase la posición adoptada por un importante autor de Derecho comparado: B. S. MARKESINIS, «Why a code is not the best way to advance the cause of European Legal Unity», 5 *Eur. Rev. Priv. Law* 519 (1997). De acuerdo con el citado autor, más que hacia una codificación, los esfuerzos deberían tender al entrenamiento de una élite de verdaderos operadores jurídicos europeos. Sin embargo, puesto que esta élite de abogados cargaría altos honorarios a sus clientes –honorarios que probablemente constituirían un coste significativo para cada transacción legal–, sus servicios no serían asequibles a todo el mundo. Ello crearía (*rectius*: mantendría) tanto altos costes de transacción como ventajas injustas para grandes negocios frente al resto de usuarios de servicios jurídicos.

## b) *La estructura interna de los sistemas jurídicos*

No voy a centrarme aquí en los aspectos técnicos de los diferentes campos del Derecho privado, cuyos problemas, sin embargo, no son fáciles de solucionar<sup>30</sup>. Tampoco voy a tratar otro problema crucial acerca del hipotético código, como es el apropiado nivel semántico que debe mantener su vocabulario<sup>31</sup>. Ni tampoco voy a ocuparme del análisis económico del impacto de una nueva codificación, en especial de los costes de transacción en el marco multinacional europeo<sup>32</sup>.

En esta sección voy a enfatizar otra materia que considero muy importante y que, con frecuencia, es infravalorada cuando se analiza la factibilidad de un Código Civil europeo.

Déjenme empezar con una observación que puede ser trivial, pero que creo puede ayudar al lector a entender lo que quiero decir: incluso con un rápido vistazo al Derecho de la Unión Europea, nos damos cuenta de que nos encontramos frente a un sistema jurídico que tiene varios niveles o capas.

Dejando de lado otros elementos jurídicos –por ejemplo, el impacto de la doctrina en la preparación, redacción y aplicación del Derecho comunitario–, nos encontramos con tratados, directivas (y la variedad de sus transposiciones por los Estados miembros), reglamentos, el desarrollo de estas normas por autoridades nacionales y subnacionales, la aplicación de las mismas por los tribunales

<sup>30</sup> De hecho, muchos problemas aparecen por el hecho de que la propia estructura del Derecho privado obliga a los «legisladores oficiales», y también a los intérpretes, a variar el enfoque de sus esfuerzos integradores de acuerdo con las necesidades del campo en el que centran su atención. Por ejemplo, una cosa es tratar determinadas materias (como la prescripción de acciones) en las que para resolver problemas se hace necesaria una combinación de datos legislativos, una visión de la jurisprudencia y, en su caso, alguna referencia a la historia reciente o lejana. Y otra, distinta, tratar materias en las que un jurista concienciado con la integración deba disponer de una enorme variedad de instrumentos e información. Éste, por ejemplo, sería el caso concreto del Derecho administrativo y su relación con el Derecho inmobiliario. De forma similar, el funcionamiento de las transmisiones de valores y los mercados financieros deben analizarse con referencia al Derecho de sociedades, al Derecho bursátil y a la seguridad en las inversiones. Asimismo, deben tenerse en cuenta tanto el Derecho tributario como las prácticas contractuales a la hora de analizar un contrato «moderno». Cfr. M. BUSSANI, «Choix et défis de l'herméneutique juridique. Notes minimes», 50 *Rev. Int. Dr. Comp.* 735 (1998). Véase también *infra* el texto de esta sección.

<sup>31</sup> Problema recientemente tratado por A. di ROBILANT y U. MATTEI en *The Art and Science of Critical Scholarship*, *supra* nota 16. Siempre que se trate de la factibilidad de un código, no hay duda de que el éxito depende de la calidad y del nivel semántico escogido por sus ponentes, de su capacidad para codificar posiciones comunes y de su habilidad para reflejar la diversidad de culturas jurídicas presentes en Europa hoy en día. Véase A. GAMBARDI, «Codice Civile», en *Digesto IV, Civile, II*, 1988, p. 442; M. J. CAMPANA, «Vers un langage juridique commun en Europe?», 8 *Eur. Rev. Priv. Law* 33 (2000); N. URBAN, «One Legal Language and the Maintenance of Cultural and Linguistic Diversity», 8 *Eur. Rev. Priv. Law* 51 (2000). No es necesario indicar que un Código Civil europeo implicaría la necesidad de una comunidad interpretativa en Europa: lo primero y lo segundo, un código común y una cultura común, se llaman mutuamente.

<sup>32</sup> Sobre esta materia, véase U. MATTEI, *supra* nota 24, e *ibidem*, otras referencias.

nacionales, el papel supervisor llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad, etc.<sup>33</sup>.

En efecto, disponemos de diferentes niveles de elaboración, promulgación, desarrollo y aplicación de las normas comunitarias. Además, los ciudadanos de algunos Estados miembros no están sujetos a normas comunitarias a las que sí lo están ciudadanos de otros Estados miembros (porque los sistemas legales de los primeros no han adoptado todavía normativa de transposición o de desarrollo). Por otro lado, los nacionales de algunos Estados miembros comparten solamente el núcleo de parte de la legislación de la Unión Europea con los nacionales de otros Estados, puesto que los detalles en la regulación o la interpretación judicial de las normativas estatales son muy diferentes en cada Estado.

Estas características son muy conocidas y frecuentemente son tomadas en consideración en el debate jurídico<sup>34</sup>. Por el contrario, este debate parece ser mucho menos consciente de otro fenómeno: la presencia de un sistema jurídico con varios niveles existe hoy en día no sólo en el contexto europeo, sino también dentro de cada sistema jurídico nacional.

Me refiero a un fenómeno que es mucho más evidente fuera de la tradición occidental actual<sup>35</sup> y que, sin embargo, también se halla presente en nuestros sistemas jurídicos<sup>36</sup>: la supervivencia (o renacimiento) de diversas capas jurídicas en las que prosperan soluciones y prácticas jurídicas, al lado, o en contra, del denominado «derecho oficial», construido jurisprudencial y legalmente (reglas escritas contenidas en códigos, leyes y reglamentos<sup>37</sup>).

<sup>33</sup> Véase L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, «La struttura istituzionale del nuovo diritto comune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici», *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Trento, 1996.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, el desarrollo del seminario organizado por Chr. JOERGES y M. J. CAMPANA: «Special Issue on Interactive Private Law Adjudication in the European Multilevel System – Analytical Explorations and Normative Challenges», 8 *Eur. Rev. Private L.* (2000); Chr. JOERGES, «Integration of Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective», en Chr. Joerges y O. Gerstenberg (eds.), *Private Governance, Democratic Constitutionalism and Supranationalism*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, 1998; D. A. O. EDWARD, «What Kind of Law does Europe Need? The Role of Law, Lawyers and Judges in Contemporary European Integration», 5 *Col. J. Eur. L.* 1, 10 (1998).

<sup>35</sup> Véase R. SACCO, *Le grandi linee del sistema giuridico somalo*, Giuffrè, Milán, 1985; *idem* (con M. GUADAGNI, R. ALUFFI BECK-PECCOZ y L. CASTELLANI), «Il diritto africano», en R. Sacco (ed.), *Trattato di diritto comparato*, UTET, Torino, 1995; R. SACCO, *supra* nota 5; *idem*, «Mute Law», 43 *Am. J. Comp. L.* 455 (1995); M. Doucet y J. Vanderlinden (eds.), *La réception des systèmes juridiques: implantation et destin*, Bruylant, Bruselas, 1994; M. Guadagni, «Il modello pluralista», en A. Procida Mirabelli (ed.), *Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1996, especialmente pp. 3-20, y bibliografía que allí se cita.

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, París, 1991.

<sup>37</sup> Véase, por ejemplo, N. ROULAND, *supra* nota anterior; G. TEUBNER, *Law as an Auto-poietic System*, Blackwell, Oxford, UK-Cambridge, USA; R. SACCO, *op. cit. supra* nota 35.

Estas capas jurídicas coexisten y persiguen diversas finalidades, y alguna de ellas evita a menudo acudir al mecanismo público oficial de resolución de conflictos en el sentido que la mayoría de disputas surgidas entre los usuarios de una determinada capa no son resueltas por el circuito formal de resolución de conflictos.

Lo que quiero decir con lo anterior es fácil de explicar. Se trata del circuito que va desde la regla con origen en una autoridad —ya sea local, nacional o supranacional— hasta una solución jurídica aplicada (mediante las numerosas y variadas actividades de los operadores jurídicos que conforman una comunidad interpretativa<sup>38</sup>). Incluyo también los mecanismos alternativos de resolución de conflictos adoptados en las últimas décadas en muchos países occidentales, tanto para proporcionar una solución a determinados tipos de conflictos jurídicos, difíciles de resolver de forma tradicional, como para incentivar a los ciudadanos que no acudan a un sistema judicial ordinario congestionado. Ciertamente, este último fenómeno me parece el hecho sistemático más destacable, porque: *a*) al señalar las posibles diferencias en la oferta y la demanda en el «mercado del Derecho»<sup>39</sup>, se proporcionan más indicios del fenómeno que intento describir, y *b*) da un ejemplo de la variedad de herramientas de que disponen los legisladores oficiales para crear márgenes de maniobra en el tratamiento de problemas sociolegales o para construir nuevos instrumentos jurídicos «integradores».

*Capas.*—La estratificación a la que me refería<sup>40</sup> puede sintetizarse como sigue:

La primera capa es aquella controlada por normas consuetudinarias e instrumentos de solución consuetudinarios. Estas normas e instrumentos se fundamentan en valores éticos y sentimentales, y están informados por el principio de «autoridad personal». Relaciones de familia y de parentesco serían buenos ejemplos.

<sup>38</sup> Véase, por ejemplo, M. BUSSANI, «Choix et défis de l'herméneutique juridique. Notes minimes», 50 *Rev. Int. Dr. Comp.* 735 (1998); ídem (ed.), «Diritto, Giustizia e Interpretazione», en J. Derrida y G. Vattimo (eds.), *Annuario filosofico europeo*, Laterza, Bari-Roma, 1998; donde pueden consultarse los trabajos de G. Alpa, M. Barcellona, M. Bussani, J. Derrida, M. Ferraris, A. Gambaro, O. Gerstenberg, Chr. Joerges, Duncan Kennedy, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Sacco y G. Vattimo.

<sup>39</sup> En esta perspectiva, véase, por ejemplo, Y. DEZALAY, *Marchands de droit*, Fayard, París, 1992.

<sup>40</sup> Para una presentación más amplia, aunque aún en desarrollo, del tema de la estratificación en el ámbito de las relaciones de Derecho privado, véase M. BUSSANI, «“Integrative” Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems», en S. Feiden y C. U. Schmid (eds.), *Evolutionary Perspectives and Projects on Harmonisation of Private Law in the EU*, EUI Working Papers, Law No. 99/7, Badia Fiesolana-San Domenico (Firenze) (1999), p. 57 [publicado también con ligeras diferencias en 8 *Eur. Rev. Private Law* 83 (2000)].



La segunda capa también está controlada por normas consuetudinarias e instrumentos de solución consuetudinarios, pero unas y otros tienen, al menos en parte, diferentes bases y naturalezas. Se enmarcan en el Derecho local tradicional y su aplicación se asegura por factores sociales y valores como el oportuno mantenimiento del orden y la confianza en que los demás van a cumplir con las normas sociales. Éste sería el caso de las relaciones de vecindad, del ejercicio de los *property rights* (sobre todo fuera de contextos urbanos)<sup>41</sup>, de un gran número de negociaciones de pequeño valor<sup>42</sup> y de las transacciones habituales sobre pequeños daños derivados de accidentes<sup>43</sup>.

La tercera capa es la que podríamos denominar «capa ordinaria formal», en la que se hallan la mayoría de actividades humanas —a las que se refieren habitualmente los discursos jurídicos— y en la que los comportamientos, las titularidades y las disputas son controladas con frecuencia por el Derecho «oficial» y por el circuito formal de resolución.

La cuarta y última capa es la que denominaríamos «capa del comercio transnacional», donde las normas sustantivas derivan de los usos del comercio internacional (la llamada *lex mercatoria*) y donde los operadores comerciales tienden a adoptar instrumentos de autorresolución de conflictos, utilizando sus propios jueces y sus propios tribunales<sup>44</sup>.

*Capas, falsas concepciones y subcapas.*—Debemos tener en cuenta otras consideraciones:

En primer lugar, debemos referirnos a la estratificación y a su importancia para evitar falsas concepciones.

Las capas legales siempre han existido, aunque la actitud positiva mantenida desde antaño por profesores e investigadores jurídicos ha ocultado enérgicamente este fenómeno en sus tratados y

<sup>41</sup> Véase R. SACCO, «Il diritto non scritto», en G. ALPA *et alii*, *Le fonti del diritto italiano, II: Le fonti non scritte e l'interpretazione*, en R. Sacco (ed.), *Tratt. Dir. Civile*, Utet, Torino, 1999, pp. 1, 17 ss.; A. GAMBARO, «Perspectives on the codification of the law of property», 5 *Eur. Rev. Private L.* 497 (1997).

<sup>42</sup> La franja de «pequeño valor» parece irrelevante en el análisis de S. MACAULAY, «Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study», 28 *Am. Sociological Rev.* 55 (1963). Véase también B. KLEIN y K. B. LEFFLER, «The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance», 89 *J. Pol. Econ.* 615 (1981); O. E. WILLIAMSON, «Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange», 73 *Am. Econ. Rev.* 519 (1983); A. T. KRONMAN, «Contract Law and the State of Nature», 1 *J. L. Econ. & Org.* 5 (1985).

<sup>43</sup> R. C. ELLICKSON, *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harv. Un. Press: Cambridge, Mass.-Londres, UK, 1991, pp. 50 ss., 87 ss., 185 ss. y 209 ss.

<sup>44</sup> Y es en esta dimensión en la que debe apreciarse el esfuerzo de UNIDROIT para capturar este fenómeno y darle forma mediante un conjunto visible de reglas.

libros, así como en los programas y métodos educativos. Cabe recordar, por ejemplo<sup>45</sup>, que los codificadores nacionales de los siglos XIX y XX, por un lado, incluyeron de hecho la mayoría de reglas consuetudinarias y tradicionales en sus textos y, por otro lado, pudieron confiar implícitamente en el conocimiento del Derecho por parte del poder judicial<sup>46</sup>, estando el ámbito del comercio internacional, como hoy en día, en manos de convenios y costumbres internacionales. Sin embargo, la sombra de dos siglos proyectada sobre esta materia hace que el movimiento de codificación actual sea incapaz de respaldar soluciones que contemplen de forma enriquecedora las estratificaciones existentes. La única excepción posible la constituye, como es habitual, la atención prestada a las normas de la capa del comercio internacional. No hace falta decir que el vocabulario impreciso adoptado en la mayoría de regulaciones producidas por UNIDROIT y la Comisión Lando no representa más que una ventana expresamente abierta al juego de reglas informales.

La segunda observación, que también tiende a prevenir cualquier equivocación, se refiere a las capas que incluyen las relaciones de «parentesco» y de «vecindad».

Una posible crítica, basada en que estas capas existen debido precisamente a que lo permitiría el Derecho «formal», estaría fundado en una falsa premisa. La verdad es que, en el contexto actual, este conjunto de normas existiría de todas formas y el Derecho formal lo único que ha hecho ha sido reconocerlas sin más. Más bien cabe recordar que las dos capas mencionadas están también cubiertas por Derecho «oficial» y controladas por un «circuito formal de resolución». Sin embargo, la cuestión es que no solamente las estadísticas (que pueden permitirnos incluso una información indirecta para interpretar la realidad), sino también las percepciones sociales y la administración cotidiana del Derecho muestran que se trata de capas en las que la fuente relevante y directa del orden social<sup>47</sup>

<sup>45</sup> En general, constituye un punto de partida poco original afirmar que los ciudadanos pueden convertirse en vigilantes que utilizan la autoayuda en la aplicación de las normas jurídicas; que —opuestamente— oficiales de policía pueden aplicar éticas personales en lugar de las normas en su trabajo diario; que, cuando los tribunales tienen en cuenta los usos comerciales, el Estado está aplicando normas creadas por grupos sociales (R. C. ELLICKSON, *supra* nota 43, p. 132).

<sup>46</sup> Véase amplia bibliografía en la materia en R. SACCO, *Le fonti non scritte*, *supra* nota 41, pp. 5 ss.

<sup>47</sup> Sobre el papel que juegan las normas no oficiales en la consecución del orden social, véase, por ejemplo, W. G. SUMMER, *Folkways: A Study of the Sociological Importance of Usages, Manners, Customs, Mores and Morals*, Ginn & Co: Boston, 1907 (Arno Press: New York, 1979, reimpression); L. L. FULLER, «Human Interaction and the Law», en R. P. Wolf (ed.), *The Rule of Law*, Simon & Schuster, New York, 1971; R. C. ELLICKSON,

es alguna cosa diferente al Derecho «oficial» y al circuito «formal»<sup>48</sup>.

El último comentario se refiere precisamente a la capa «ordinaria».

Esta capa está muy lejos de ser compacta, esto es, lejos de mostrar una lógica interna y coherente que se corresponda con los rasgos de lo que los abogados nacionales (del continente) ven como un «sistema».

Además, en cada país europeo tanto el legislador como el usuario del Derecho encuentran en muchos campos otro tipo de estratificación, que afecta tanto al lenguaje jurídico —contrato, *contract* y *contrat*; daño, *tort* y *illicito*; propiedad, *property* y *Eigentum*, no son sinónimos— como a las normas jurídicas. Consideremos un conocido y claro ejemplo: el panorama europeo del Derecho de contratos.

En este campo uno se da cuenta de que los sistemas europeos se caracterizan, de forma creciente, por una evidente fragmentación, que algunos han descrito como una bipartición, pero que puede representarse de otra manera.

En primer lugar, existen los contratos de consumo, en los que un consumidor es «toda persona física que [...] actúe en un propósito ajeno a su actividad profesional» [art. 2 (b) de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores]. Se trata de contratos cuyo rasgo más significativo es la atenuación del extendido dogma del consensualismo, en concreto la idea según la cual la totalidad de los efectos de un contrato deriva del acuerdo de voluntades fijado en el momento de su formación. De hecho, basta con recordar que el consumidor puede retirar su oferta, rescindir el contrato o resolverlo, con independencia de cualquier cláusula que haya firmado<sup>49</sup>.

En segundo lugar, tenemos los llamados contratos mercantiles, en los que ambas partes son empresarios. Estos contratos de negocios, aunque no son siempre permeables a la revisión en términos de desigualdad en el poder de negociación, quedan fuera del ámbi-

*supra* nota 43, y, entre los economistas, B. KLEIN y K. B. LEFFLER, O. E. WILLIAMSON, A. T. KRONMAN, citados *supra* nota 42.

<sup>48</sup> En ambas capas puede observarse fácilmente que las recompensas se refieren tanto a bienes, servicios u obligaciones a las que una persona asignaría un valor positivo (económico o no económico), y los castigos son bienes, servicios u obligaciones a los que una persona asignaría un valor negativo (económico o no económico). Véase, R. C. ELLICKSON, *supra*, nota 43, especialmente, pp. 123 ss.

<sup>49</sup> Véase W. VAN GERVEN, «A Common Law for Europe: The Future Meeting The Past?», 9 *Eur. Rev. Priv. Law* 485 (2001); R. SACCO, *Formation of Contracts*, en A. Hartkamp *et alii* (eds.), *supra* nota 2, pp. 191 ss.; C. JOUSTRA, *Consumer Law*, *ibidem*, pp. 133 ss.

to del Derecho comunitario de protección del consumidor y solamente en algunas áreas (por ejemplo, transferencias de tecnología, franquicia) quedan sujetos a normas comunitarias. Además, como hemos dicho, los contratos mercantiles<sup>50</sup> con frecuencia regulan tanto la elección del tribunal competente como de la ley aplicable o (la mayoría de las veces) desplazan sus litigios fuera de la jurisdicción ordinaria, atribuyendo la competencia a tribunales arbitrales compuestos por árbitros privados.

Fuera de esta bipartición, encontramos el importante y especial nicho de los contratos de trabajo (que están controlados por reglas legales en todo el continente)<sup>51</sup> y, finalmente, el amplio grueso de lo que llamamos «contratos civiles» —que se distinguen, a su vez, entre contratos típicos y atípicos.

*Capas y lecciones.*—Sea cual sea el objetivo perseguido por la integración jurídica europea, para que dicha integración sea efectiva y no meramente deseable, debe tenerse en cuenta esta estratificación en varios niveles. La necesidad de tener presentes los sistemas multinivel viene reforzada si queremos ser plenamente conscientes de las relaciones jurídicas que queremos regular e incluir en un código o en otro tipo de regulación. Además, este análisis resulta necesario para entender: *i)* qué clase y qué nivel de integración se persigue; *ii)* para qué áreas del Derecho privado, *iii)* cuál es el equilibrio correcto a alcanzar entre el objetivo ampliamente compartido de reducir los costes de transacción, de una parte, y, de otra, prever opciones basadas en el mantenimiento del statu quo, la promulgación de varias directivas, la adopción de un código, la redacción de una especie de *Restatement*, etc.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Especialmente en casos de contratos internacionales su régimen jurídico suele quedar delimitado por los usos comerciales internacionales, conocidos como *lex mercatoria*. Sobre la elección crítica de si incluir o no estos contratos en un código, véase K. D. KERAMEUS, «Problems of drafting a European Civil Code», 5 *Eur. Rev. Priv. L.* 475 (1997).

<sup>51</sup> Para un examen general, R. BLANPAIN, *European Labour Law*, 7.ª ed., La Haya-Londres-Boston, 2000; B. BERCUSSON, «Freedom of Association and Fundamental Trade Union Rights», en ETUI (ed.), *A Legal Framework for European Industrial Relations*, Bruselas, junio 1999, pp. 7 ss.; S. SCIARRA, «From Strasbourg to Amsterdam. Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy», en P. Alston (ed.), *EU and the Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 488.

<sup>52</sup> Los costes relacionados con el statu quo son fáciles de especificar: revisten básicamente la forma de costes de información. En un contexto en el que diversos sistemas jurídicos pueden estar implicados en una particular transacción jurídica, la diversidad crea impredecibilidad y requiere un conjunto de profesionales especializados. En consecuencia, una parte importante de los recursos de las empresas debe destinarse a pagar a profesionales especializados en prestar servicios de asesoramiento en transacciones y litigios, en lugar de destinarse a actividades creadoras de riqueza. Sobre estos temas, véase U. MATTEI, *supra* nota 24; A. GAMBARO, *supra* nota 12.

Considerar la estratificación mencionada, sin embargo, también significa tener presente que no todas las capas de un sistema jurídico estratificado son como prendas que se pueden poner y quitar cuando uno quiera. De hecho, muy pocas de ellas lo son. Una vez que una capa ha aparecido, ya no es posible eliminarla completamente. Para ilustrar este fenómeno, sería imposible para los sistemas jurídicos «formales» francés e italiano decidir de la noche a la mañana convertirse en sistemas de *common law*.

Ciertamente, en sistemas jurídicos estratificados, no todas las capas tienen un grado de resistencia comparable con la que tiene la tradición del *civil law* en Francia o la tradición del *common law* en Inglaterra. Por ejemplo, es harto conocido que la cuarta capa, la referida al «comercio transnacional», está fuertemente armonizada en los distintos sistemas jurídicos occidentales<sup>53</sup>.

Además, se puede señalar que durante las últimas décadas la capa consuetudinaria sobre la que se desenvuelven las relaciones de familia ha convergido también a través de los sistemas jurídicos, permitiendo a los individuos aceptar casi instintivamente la legislación básicamente idéntica aprobada en los Estados europeos<sup>54</sup>. En cuanto a la segunda capa de origen consuetudinario, se puede sostener que sufrirá la misma convergencia debido a la propagación de unos valores compartidos y a que las tradiciones y raíces históricas afectarán las creencias de individuos y juristas de forma que será imposible superarlas por medio de un esfuerzo integrador *top down*<sup>55</sup>.

La clave es, sin embargo —como han puesto de relieve obras de Derecho comparado con un enfoque histórico y antropológico<sup>56</sup>—, que para las dos capas consuetudinarias acabadas de citar, fuertemente basadas en costumbres y en diferentes valores y tradiciones, cualquier intento de integración jurídica solamente será eficaz si las autoridades legislativas adaptan las reglas existentes a las nuevas que se pretendan adoptar.

Si todo lo anterior se considera seriamente, parece que sólo la tercera capa (a la que llamé «capa ordinaria formal» y que actualmente es la más centralizada por el Estado y, por ello, la más resis-

---

<sup>53</sup> Sobre (algunos de) los problemas colaterales de la armonización, véase Chr. JOERGES, «Interactive Adjudication in the European Process? A demanding Perspective and a Modest Example», en 8 *Eur. Rev. Private L.* 1 (2000).

<sup>54</sup> Véase, por ejemplo, R. SACCO, *supra* nota 15, p. 165.

<sup>55</sup> Sobre este punto, cfr., por ejemplo, P. LEGRAND, *supra* nota 26, y A. GAMBARO, *supra* nota 12.

<sup>56</sup> Véase, por ejemplo, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari-Roma, 1996, *passim*; K. VON BENDA-BECKMANN, «Why Bother About Legal Pluralism? Analytical and Policy Questions: An Introductory Address», en *Commission on Folk Law and Legal Pluralism*, XXXIX Newsletter 1997, pp. 14 ss.

tente a una convergencia espontánea) es la que con más probabilidad va a verse afectada –de hecho, ya lo está– por el debate actual sobre la factibilidad de una integración jurídica europea mediante un código u otros instrumentos jurídicos adoptados por parte de una autoridad<sup>57</sup>. En otras palabras, es en esta capa donde, con mayor probabilidad y en un futuro no muy lejano, se producirá un gran impacto como consecuencia de los intentos de integración por parte de las autoridades<sup>58</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

En primer lugar, la conciencia sobre la existencia de estratificaciones jurídicas es un factor que confirma la razonabilidad de adoptar, como marco metodológico de la investigación del *Common Core*, un enfoque objetivo y una metodología de pregunta-respuesta, enfoque y metodología que requieren información sobre todos los elementos relevantes que afectan a las soluciones jurídicas de

---

<sup>57</sup> Puede ocurrir que algunas de las rutinas jurídicas, en las que se sustenta la «capa ordinaria formal», dejen de ser percibidas como óptimas. Sin embargo, no se cambian porque la posibilidad de una alternativa es simplemente ignorada, porque los costes de modificar el conjunto de instituciones están mal calculados o simplemente porque los incentivos a la modificación institucional no están instaurados adecuadamente. Es cierto, sin embargo, que debido a la complejidad del sistema jurídico como una suma de instituciones formales e informales, cada capa y cada jurista está a gusto con sus propias rutinas y percibe un cambio global como algo ineficiente o demasiado complicado. Obviamente, también hay juristas, en particular la doctrina más innovadora, que aboga por algunos cambios, sobre todo en el ámbito de las instituciones formales. Pero siempre que se analizan los aspectos más profundos del marco jurídico (aquellos aspectos que conforman y afectan la actitud cultural de los juristas), se temen los cambios o incluso se ven como imposibles. Esto es lo que hace a una tradición jurídica o, si se prefiere, al estilo de un determinado sistema jurídico, ser marcadamente *path dependent*. Sobre todo esto, véase U. MATTEI, *supra* nota 24.

<sup>58</sup> Si esto ocurre, la efectividad de la integración estará, en cualquier caso, determinada por la capacidad de desarrollar y controlar un nuevo y crucial instrumento. Se trata del crecimiento de un marco común para todos los juristas, operadores jurídicos y la doctrina. Para implementar el grado concreto de integración, será necesario, por ejemplo, analizar la compleja relación entre todos los «rasgos jurídicos» de los sistemas concretos, esto es, todos los elementos que conforman el Derecho (Leyes, principios generales, definiciones concretas, fundamentos, sentencias, etc.). Además, para observar el grado de integración alcanzado, será necesario no solamente conocer cómo actúan los Tribunales, sino también analizar las influencias a las que están sometidos los Jueces en un determinado sistema. Estas influencias pueden surgir porque la doctrina haya apoyado ampliamente una innovación doctrinal, pero también pueden referirse a la formación personal del Juez –un Juez que provenga del ámbito académico tenderá a poner más atención a la opinión doctrinal que un Juez que siempre haya actuado en la práctica del Derecho–. Una de estas influencias es la interpretación literal de una Ley nacional, aunque pronunciamientos judiciales previos la hayan censurado, porque siempre es posible que los Tribunales acudan al texto de un precepto legal. Esta compleja dinámica puede cambiar considerablemente de un sistema jurídico a otro, así como de un área de Derecho a otra (sobre todo esto, véase R. SACCO, *supra* nota 5, *passim*).

un determinado caso, incluyendo consideraciones de tipo práctico y político, factores económicos y sociales, contexto social y valores, así como la estructura del ordenamiento jurídico (organización de Tribunales, estructura administrativa, etc.)<sup>59</sup>.

En segundo lugar, el conocimiento de todos los elementos relevantes y de todos los factores en juego resulta crucial para proponer una integración jurídica europea (mediante un código «tradicional», un modelo tipo *Uniformed Commercial Code* u otros) que aspire a superar las agendas personales y las nacionalidades de los órganos decisorios implicados.

En tercer lugar, la estratificación existente en los sistemas jurídicos requiere que seamos conscientes sobre qué derecho sería y podría ser efectivamente integrado o codificado, y que esta elección sea hecha en consecuencia.

En cuarto lugar, cualquier integración jurídica implica la producción de reglas nuevas para todos (o al menos para algunos de) los operadores jurídicos de los sistemas implicados. La implementación de tales normas requiere una clase de intérpretes –Jueces, Abogados, doctrina– conocedores de las nuevas normas y de sus fundamentos. La ausencia de este conocimiento a corto plazo, así como (a largo plazo) la estrechez de tradiciones fuertemente arraigadas con relación a diferentes conceptos, nociones y sus interrelaciones pueden conducir todo esfuerzo «integrador», por no decir ya una codificación, a un callejón sin salida<sup>60</sup>.

Finalmente, en un continente que se refiere a los valores cristianos como uno de sus fundamentos nucleares, la doctrina jurídica debería ser consciente de que cualquier falta de conocimiento relevante –como habría dicho Robert Browning<sup>61</sup>– «*is not innocence but sin*».

---

<sup>59</sup> Véase M. BUSSANI y U. MATTEI, *supra* nota 5, p. 354 (apéndice 1).

<sup>60</sup> O hacia un destino no tan diferente al de muchos códigos importados, cuyas tumbas llenan los cementerios legales de muchas ex colonias. Véase A. GAMBARO, *supra* nota 31, p. 454.

<sup>61</sup> *The Inn Album*, V (1875), en C. PORTER y H. A. CLARKE (eds.), *Red cotton night-cap country; The inn album; The two poets of Croisic, by Robert Browning*, New York, Boston, T. Y. Crowell & Co, 1898.