

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN EUROPA Y LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

M^a Teresa Bouzada Gil

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO:

I.- Introducción.- II.- La viabilidad de la unificación del Derecho privado en Europa.- III.- Metodologías de trabajo.-IV.- Pasos legislativos en el camino hacia la codificación del Derecho contractual en Europa.- V.- La Historia del Derecho español ante el reto de la unificación del Derecho privado en Europa.

I. Introducción

Desde el final de la Segunda Guerra Mundial se han puesto lentamente los pilares de una unión de Estados europeos, en torno, inicialmente, a realidades de naturaleza económica que, en el marco de una economía libre de mercado, atendiese a postulados tales como la libertad de circulación de personas y bienes y a la supresión de fronteras¹. Con el transcurso de los años, se han incorporado nuevos Estados a este proyecto económico común si bien, desde los primeros atisbos de la idea de la construcción europea hubo relevantes voces que opinaban que Europa era algo más profundo que un programa mercantil².

* Profesora Asociada de Historia del Derecho.

¹ Vid., el *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*, texto consolidado, así como el *Tratado de Niza*, firmado el 26 de Febrero de 2001, que modifica el *Tratado de la Unión Europea*, texto consolidado, firmado en Maastricht, el 7 de Febrero de 1992, en DÍEZ-HOCHLEITNER, J.- CAPDEVILA, C., *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, Madrid, 2001, pp. 61-454, pp. 1217-1281 y pp. 3-60, respectivamente. Sobre las bases y fines de la Unión Europea, vid., ANDRÉS SAEZ DE SANTA MARÍA, P.- GONZÁLEZ VEGA, J.A.- FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999, pp. 60 y ss.

² Salvador de Madariaga, en 1948, se expresó del siguiente modo: "Ante todo, amemos a Europa, nuestra Europa sonora de las carcajadas de Rebelais, luminosa de la sonrisa de Erasmo, chispeante del ingenio de Voltaire, en cuyos cielos mentales brillan los ojos fogosos

Es indiscutible, acudiendo a argumentos de pura lógica, que la unidad europea, ya persiga fines principalmente económicos o de otra naturaleza, no se puede gestar al margen de la unidad del Derecho. De otro modo, las decisiones políticas adoptadas por los órganos institucionales de la Unión devienen en irrealizables si, a la hora de ponerlas en práctica por los diversos Gobiernos o Parlamentos estatales³, éstos acuden a criterios, principios

de Dante, los claros ojos de Shakespeare, los ojos serenos de Goethe, los ojos atormentados de Dostoievski; esta Europa a la que siempre sonríe la Gioconda, y en la que Moisés y David surgen ala cida perenne del mármol de Miguel Ángel, y el genio de Bach se alza espontáneamente en los aires de la melodía para quedar captado en su geometría intelectual; donde Hamlet busca en el pensamiento el misterio de su inacción y Fausto busca en la acción consuelo al vacío de su pensamiento; donde Don Juan ansía hallar en las mujeres que topa la mujer que nunca encuentra, y Don Quijote, lanza en ristre, galopa para obligar a la realidad a alzarse sobre sí misma; esta Europa en donde Newton y Leibniz miden lo infinitesimal, y las catedrales, como dijo inmortalmente Musset, rezan de rodillas en sus trajes de piedra; donde los ríos, hilos de plata, hacen rosarios de ciudades...esta Europa tiene que nacer”, en MADARIAGA, S., “Bosquejo de Europa”. *Carácter y destino de Europa*, Madrid, 1980, p. 212. Por no citar la célebre definición de Koschaker, cuando respondió a la pregunta ¿qué es Europa? del siguiente modo: “Europa es, ante todo, un fenómeno cultural, una mezcla de elementos culturales clásicos y germánicos con preponderancia del factor romano, y en la que no es posible prescindir del elemento cristiano”, KOSCHAKER, P., *Europa y el Derecho romano*, trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, p.18. La consideración de Europa, y la unidad europea, como un proyecto más allá de lo estrictamente económico, que debe abarcar lo cultural e intelectual, más recientemente, en TUNC, A., “Comunicazione y Relazione conclusiva di André Tunc” en *Un codice dei contratti per l'Europa: il colloquio di Pavia, Revista de Diritto Civile*, 6 (1991), pp. 800-810. Manifiesta este autor que dejar la iniciativa unificadora a los “hombres de negocios” podría agilizar las operaciones de mercado, pero supondría el abandono de toda finalidad cultural, lo que a la postre, impediría la mejora del Derecho (pp. 805-806). Desde otra perspectiva, cuatro Estados europeos, Francia, Alemania, Reino Unido e Italia, firmaron, el 25 de Mayo de 1998, en París, la Declaración conjunta para la armonización del diseño del Sistema de Educación Superior Europeo (*Declaración de la Sorbona*) en la cual comenzaban expresándose así: “Recientemente, el proceso europeo ha dado pasos de extremada importancia. A pesar de la relevancia que ello tiene, no deberíamos olvidar que al hablar de Europa no solo debemos referirnos al euro, los bancos o la economía, sino que también debemos pensar en una Europa de conocimientos. Es deber nuestro consolidar y desarrollar las dimensiones intelectuales, culturales, sociales y técnicas de nuestro continente”. Este ideal de la “Europa de los conocimientos” fue, posteriormente, corroborada por la importante *Declaración de Bolonia* de Junio de 1999, firmada por los Ministros de Educación europeos (vid. estas dos relevantes Declaraciones en la dirección electrónica: <http://www.universia.es/contenidos/universidades/documentos>).

³ Con más detalle, el desarrollo del proyecto europeísta, desde 1945, a través de la aparición de los distintos organismos políticos en MANGAS MARTIN, A.- LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, pp. 6-30. En cuanto a la realidad política en la actualidad, ANDRÉS SAEZ DE SANTAMARIA (*et alii*), *Introducción*, pp. 56-60.

jurídicos o normativas diferentes entre sí⁴. Parece inevitable, por tanto, la formación de un Derecho común europeo⁵ y, particularmente, de un Derecho privado europeo⁶.

Si se considera que la causa originaria de la constitución de una unión europea de Estados se encontraba centrada en el establecimiento de una zona económica común, se explica el hecho que dentro de la rama jurídico-privada haya sido el Derecho contractual y el Derecho mercantil, con todas sus ramificaciones (Derecho societario, Derecho bancario, Derecho bursátil...) así como ciertos aspectos del Derecho del Trabajo (en especial, el reconocimiento de cotizaciones de la Seguridad Social...), aquellas esferas jurídicas sobre las que han incidido las normativas emanadas de los órganos comunitarios.

-
- ⁴ Recojo las palabras de Zimmermann: "La formación gradual de un Derecho privado europeo constituye uno de los progresos jurídicos de mayor calado en la actualidad. Este proceso se puso en marcha primeramente por medio de Directivas y Reglamentos promulgados por el Consejo de la Unión Europea en el marco de las cada vez más amplias competencias conferidas por el Tratado de la CEE y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo. Hasta entonces, la ciencia jurídica había permanecido largamente invariable, orientada de forma mayoritaria hacia los ordenamientos jurídicos nacionales. Sólo desde tiempos recientes se ha impuesto la opinión que para resolver esta discrepancia anacrónica se necesita ensanchar el horizonte con un frente más amplio y unos fundamentos sólidos, y que el surgimiento de una nueva cultura jurídica orgánica sólo puede provenir del concurso del Derecho europeo en sentido estricto con la moderna dogmática jurídica, el derecho comparado y la historia del derecho. También hay que tener presentes los convenios internacionales relativos a la unificación del Derecho privado, que comprenden amplios sectores del Derecho mercantil y económico. Helmut Coing reclamó en un artículo programático, en 1990, una *europización de la ciencia jurídica*, señalando el *ius commune* como modelo histórico y al derecho privado norteamericano como modelo actual", en ZIMMERMANN, R., "Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo", *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción de Antoni Vaquer Aloy, Madrid, 2000, pp. 111-112; vid., la reseña a esta obra en LETE ACHIRICA, J., *Actualidad Civil*, (2000), pp. 203-205.
- ⁵ En Alemania, Italia y Holanda se encuentra concentrado el mayor interés de la doctrina europea en esta compleja tarea de la construcción de un Derecho común. Es en estos países donde los grupos de trabajo, las investigaciones y publicaciones son más frecuentes. Se habla, incluso, de una Facultad de Derecho Europeo.
- ⁶ No obstante, no se trata únicamente de "europeizar" el Derecho privado, como se ha defendido, sino que este proyecto incluye la creación de una ciencia jurídica común que dé sentido y cohesión al nuevo ordenamiento que se pretende establecer, y en cuya interpretación y desarrollo es fundamental la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (vid., SCHULZE, R.- ZIMMERMANN, R., *Textos básicos del Derecho privado europeo. Recopilación*. Presentación, coordinación, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas, Madrid, 2002, pp. 21-23).

Esta necesidad preferente de armonizar el Derecho de los distintos Estados europeos en torno a materias de índole civil o mercantil⁷, no impide que esta compleja labor deba desplegarse también hacia el Derecho de familia, persona y sucesiones, si bien y siendo realistas, como proyecto muy a largo plazo; y ello porque en el seno de la Unión no cabe admitir la existencia de regulaciones nacionales dispares que impliquen diferentes modos de entender la extensión y protección de los derechos humanos o que, de algún modo, impidan la libre circulación o establecimiento de personas y bienes por todo su territorio⁸.

Sin embargo, y curiosamente, en no pocos casos estas disposiciones comunitarias en materia civil y mercantil han servido más para diferenciar que para unificar o armonizar el Derecho privado europeo. El motivo se halla en la propia naturaleza jurídica de las mismas⁹. Se produce, de este modo,

⁷ A lo largo de estas páginas, siguiendo las terminologías al uso, emplearé verbos que guardan sinonimia pero que, tal vez, exijan cierta matización aplicados a este contexto europeísta: es el caso de "unificar" y "armonizar". Me parece más acertado acudir al término "armonizar", el cual parece significar que aun con el objetivo puesto en evitar las discordancias entre los diferentes Derechos permite mantener cierta diversidad jurídica. Mientras, "uniformizar" refiere una situación de identidad e igualdad jurídica más inflexible. Como afirma Arroyo i Amayuelas: "en sentido estricto, la uniformización implica la imposición de un mismo régimen en todos los países; la armonización, en cambio, admite variaciones de contenido. Ahora bien, el término "derecho uniforme" también puede usarse en sentido genérico. A veces incluye instrumentos tan variados como: tratados internacionales, leyes modelo, guías legales, condiciones generales proyectadas por organizaciones internacionales, Directivas, decisiones del Tribunal de Justicia, principios doctrinales, etc.". Para esta autora, la unificación englobaría la uniformización y la armonización pero sin que resulte necesario o imprescindible que ésta última nos conduzca o presuponga irremisiblemente aquélla; vid., SCHULZE, R.- ZIMMERMANN, R., *Textos básicos*, p. 28.

⁸ En este sentido nos encontramos ya con la existencia, en el ámbito del Derecho de familia, del *Reglamento Bruselas II* (DOCE L, 160, de 30 de Junio de 2000, p. 19). También la *Resolución* del Parlamento A3-0418/93, de 21 de Enero de 1994 (DOCE C 44, de 14 de Febrero de 1994, p. 218), en cuanto a la necesidad de armonizar la reclamación de pensiones de la mujer separada y divorciada, o la *Resolución* del Parlamento A-01222/93 (DOCE C 315, de 22 de Noviembre de 1993, p. 652) sobre mujer y corresponsabilidad parental, entre otras también relativas al Derecho de familia, en sede de menores, matrimonios fraudulentos, etc.

⁹ El Reglamento es una norma de carácter general, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro; mientras, la Directiva, obliga a los Estados destinatarios en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios (art. 189 Tratado Constitutivo). Más detalles normativos e interpretativos en MANGAS MARTIN, A.- LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones*, pp. 363-373.

un resultado inverso al inicialmente pretendido: la disgregación del Derecho privado de los europeos¹⁰.

II. La viabilidad de la unificación del Derecho privado en Europa

Esta marcha hacia la desunión normativa ha provocado que la doctrina iusprivatista continental defienda con firmeza el argumento de proceder con seriedad y correcta metodología, mediante la realización de estudios y trabajos rigurosos, a la imprescindible unificación/armonización del Derecho privado. Esta exigencia de solidez científica ha llevado a la doctrina a plantearse un primer problema: ¿es posible unificar el Derecho privado en Europa siendo así que algunos Estados participan de la tradición jurídica continental del *Civil Law* mientras que otros lo hacen de la anglosajona del *Common Law*? ¿no se suele considerar cierta la idea de que resultan sistemas jurídicos, antagónicos o irreconciliables?¹¹.

¹⁰ Con relación a obligaciones y contratos, De los Mozos afirma que "afortunadamente, ya casi nadie imagina que por la técnica de las directivas se pueda resolver la diversidad existente entre los diversos ordenamientos comunitarios, puesto que sólo sirven para resolver aspectos muy sectoriales y concretos del derecho de los contratos y no siempre considerados desde un riguroso punto de vista jurídico, lo que da lugar a numerosos problemas al tratar de aplicarlas dentro de cada ordenamiento, como nos lo demuestra la experiencia, incluida la Jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo, sin que se consiga, por otra parte, el deseado acercamiento entre los diversos ordenamientos", en DE LOS MOZOS, J.L., "El Anteproyecto de Código europeo de Contratos de la Academia de Pavia" p. 9, de la Ponencia presentada en el curso de verano "Hacia un código europeo de contratos: perspectiva histórica y comparada" (Manuel J. García Garrido- Federico Fernández de Buján, [dirs.] UNED, Pontevedra, 8-12 Julio, 2002).

¹¹ Se ha destacado que no se deben entender como sinónimas las expresiones "tradición jurídica", "sistemas jurídicos" o "familias jurídicas" en relación con el binomio *Civil Law/ Common Law*. Parece que la locución "sistemas jurídicos" es errónea, en este contexto: Francia, Alemania o España tienen su propio sistema jurídico, como conjunto de instituciones, procedimientos y normas propios y diferenciados, aunque pertenezcan a la misma "familia jurídica" o estén incardinados en la misma "tradición jurídica"; de igual modo, sucede con los países del *Common Law*. Quizás, la más adecuada sea la expresión "tradición jurídica" ya que, como señala Iturralde Sesma, "indica un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento de un sistema jurídico, y acerca de la manera que el derecho tiene de ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial", en ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el Common Law*, Madrid, 1995, p. 14; vid., MERRYMAN, J.H., *The Civil Law Tradition*, Stanford (California), 1985, p. 2. La versión castellana, MERRYMAN, J.H., *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. Carlos Sierra,

Como sabemos, la tradición continental (a la que pertenecen Estados como Francia, Italia, Alemania, Portugal o España, entre otros) es de influencia claramente romanista o, quizás, y por mejor decir, deriva de la tradición del *Ius Commune*. Ésta se forma a partir del redescubrimiento de los textos de la Compilación Justiniana en el naciente Estudio de Bolonia, a lo largo del siglo XI¹². A partir de entonces, por obra de las glosas e interpretaciones realizadas por los juristas, maestros y estudiantes, que desde diferentes tierras acuden a Bolonia, la tradición romanística se extiende rápidamente por el solar europeo. A ello se suma el Derecho Canónico a cuyos textos los decretistas y decretalistas aplicaron métodos de trabajo semejantes a los empleados por los glosadores. Surge la figura del estudiante y pronto se crean nuevos Estudios Generales (Montpellier, Oxford, París...). Durante siglos, éstos desarrollan su labor en la formación de juristas, en la tradición del *Ius Commune*, a partir de metodologías y filosofías jurídicas que no fueron estáticas sino cambiantes (la glosa, el comentario, el bartolismo, el *mos gallicus*, el *modernus usus*...). Estos cambios, realizados con la finalidad de adaptar la tradición del *Civil Law* a las necesidades de la práctica de los distintos territorios y tiempos históricos, nos enseñan la versatilidad que puede desplegar el Derecho romano por obra de la doctrina jurídica. Precisamente, es su adaptabilidad una de las explicaciones que se pueden ofrecer para explicar los siglos de vigencia del Derecho romano en Europa.

Estos juristas formados en el *Ius Commune* irradiaron desde sus cátedras universitarias, desde los distintos oficios político-administrativos que desempeñaron o desde sus despachos profesionales, una legislación y una interpretación jurídica de acuerdo con los intereses de la práctica en el marco de una sensibilidad jurídica romano-canónica. El resultado fue que, en el

México, 1979. No obstante, quizás, a lo largo de este trabajo, y haciendo esta salvedad, es posible que emplee las tres expresiones arriba mencionadas.

¹² STEIN, P., *El Derecho romano en la historia del Europa. Historia de una cultura jurídica*, prólogo de Juan Pablo Fusi, traducción César Hornero Méndez- Armando Romanos Rodríguez, Madrid, 2001, pp. 61-64. Alude este autor inglés al "redescubrimiento del Digesto", en la idea que los textos justinianos, sobre todo en Italia, no dejaron de ser conocidos durante todo el Altomedievo, sólo que no eran empleados por los prácticos en Derecho dada su inadecuada formación jurídica que convertía la obra de Justiniano en excesivamente compleja. A partir del siglo XI, la Compilación y, en particular, el Digesto, es objeto de un nuevo modo de conocimiento que resulta más academicista que práctico, al menos en un primer momento. En cualquier caso, el Digesto y toda la obra justiniana es "redescubierta" en el Bajomedievo europeo.

periodo bajomedieval y moderno, se produce en Europa la unidad de la ciencia del Derecho¹³. Esta unidad fue destruida hasta hoy por la irrupción, desde finales del siglo XVIII y decididamente con el siglo decimonónico, de los racionalismos y las corrientes liberales demandantes de una nueva técnica, la codificadora, de carácter nacionalista y particularista, alejada del universalismo del viejo *Ius Commune*¹⁴.

No obstante la pérdida de la unidad de la ciencia del Derecho, la tradición romanista se mantiene incluso en el periodo de la Codificación. Los Estados del *Civil Law* tienen en común esa labor codificadora desarrollada en ellos durante el siglo XIX. La presencia en sus ordenamientos jurídicos de normas concretas, determinadas, iguales para todos sus ciudadanos, enmarcadas en el "código", entendido como el libro de Derecho más perfecto, les permite conservar un método de creación del Derecho idéntico, con unas categorías jurídicas heredadas del superado *Ius Commune* a pesar de la nacionalización de la ciencia jurídica que se opera¹⁵. No se puede olvidar, además, que el *Code Civil*, de 1804, fue la obra de referencia de numerosos países europeos y, como consecuencia de la paulatina desaparición de los imperios coloniales, también de numerosos Estados de nueva creación, en particular, en las tierras latinoamericanas.

El *Common Law* se nos suele presentar como una tradición jurídica muy diferente a la del *Civil Law*¹⁶. Empirismo e inducción son sus rasgos esenciales.

¹³ Sobre estos extremos, sigue siendo imprescindible WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. Francisco Fernández Jardón, Madrid, 1957, pp. 89 y ss. Más reciente, CANNATA, C.A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, 1996, pp. 142 y ss.

¹⁴ Vid., COING, H., *El Derecho privado europeo. El siglo XIX*, traducción Antonio Pérez Martín, II, Madrid, 1996, p. 30.

¹⁵ Con todo, la identificación tradición civilista=código civil no es exacta. Escocia y Sudáfrica participan de la tradición civilista pero no han codificado su Derecho; por el contrario, California, que forma parte del llamado sistema del *Common Law*, sí lo ha codificado, si bien lo cierto es que el concepto de código manejado en este Estado norteamericano no es idéntico al europeo; vid., SCHULZE, R.- ZIMMERMANN, R., *Textos básicos*, p. 52, not. 116.

¹⁶ Es posible que en las páginas que sigue utilice indistintamente *Derecho inglés* como sinónimo de *Common Law*. Lo cierto es que por *Derecho inglés* debiera, en realidad, entenderse ordenamiento jurídico anglo-americano, y aun así precisa ser matizado el ámbito geográfico del *Common Law*. Con relación al Reino Unido, queda referido a Inglaterra y Gales. Escocia pertenece a la tradición jurídica continental al ser de origen romano. Los EEUU pertenecen al sistema del *Common Law*, si bien ha de contarse con la excepción de Luisiana donde

Inglaterra ha tenido un peculiar desarrollo histórico en la formación de su Derecho¹⁷. En un primer momento, los tribunales ingleses tuvieron una naturaleza, sobre todo, político-administrativa. Esto les llevaba a ocuparse más de cuestiones referidas al rey y al reino y menos a litigios entre particulares y a la defensa de los intereses privados¹⁸ con lo cual no necesitaron acudir al Derecho romano-bizantino, esencialmente, un Derecho para los particulares. A esta circunstancia, y relacionada con ella, hay que sumar que Inglaterra contaba ya en tiempos de la Recepción con una magistratura formada en su propio Derecho (que era un Derecho de juristas), que supo reservarse para sí la educación en Derecho inglés de la nueva generación de juristas británicos¹⁹. Por ello, en Inglaterra no se produjo el fenómeno jurídico de la Recepción del *Ius Commune*²⁰. En definitiva, el *Common Law*

rige el *Civil Law*. En otros Estados (Florida, Texas, Nuevo México, Arizona y California), la tradición romanista también tiene gran influencia. Canadá, con la excepción de Québec, pertenece al *Common Law*, así como los países de la Commonwealth (Australia, Nueva Zelanda, India, Sudáfrica...).

¹⁷ La historia del *Common Law* estuvo definitivamente condicionada por la invasión normanda, en el año 1066. Desde el siglo V hasta mediados del siglo XI, la Gran Bretaña sufrió invasiones anglo-sajonas y danesas que llevaron a la Isla sus costumbres jurídicas rudimentarias y de carácter local constitutivas de la base jurídica de aquel territorio durante siglos. La aparición en suelo inglés de los normandos de Guillermo el Conquistador supuso la introducción de un sistema feudal, con acusadas diferencias al que se observaba en aquel tiempo en Francia o en los Estados alemanes, así como un Derecho común (*Common Law*) que nace de la gradual extensión de la jurisdicción regia y de las decisiones adoptadas por los tribunales londinenses sobre la totalidad del territorio sujeto a la jurisdicción del rey normando. En la Inglaterra normanda se produjo una concentración de poder en manos reales mucho antes que en cualquier otro lugar del Continente. Para lograrlo, el rey se valió de varios instrumentos: el Consejo Real (*King's Council*), la inquisición del rey (*King's Inquest*), la orden o decreto del rey (*King's Writ*), y la doctrina de la Paz del Rey (*King's Peace*); vid., con mucho más detalle, DELL'AQUILA, E., *Introducción al estudio del Derecho inglés*, prólogo de J.L. De los Mozos, Valladolid, 1992, pp. 57-87.

¹⁸ El Derecho romano, tal y como nosotros lo conocemos, está dedicado, sobre todo, a ordenar los conflictos entre ciudadanos; vid., D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1987, p. 27.

¹⁹ Vid., RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho Inglés*. Anotaciones y epílogo de Heinrich Scholler; traducción de Juan Carlos Peg Ros; estudio preliminar de Miguel Ayuso, Madrid, 2001, p. 22.

²⁰ De todos modos, tampoco debemos pensar que la Recepción opera con igual intensidad en la totalidad de las regiones continentales de tradición romanística. Esta diversidad, unida al modo de evolución de la ciencia jurídica nacional, provoca diferencias entre zonas de recepción continental. El caso español es significativo. Se puede comparar lo sucedido en Castilla (con una recepción limitada a la recogida en Partidas), con el caso catalán o valenciano, por poner un ejemplo, que acuden al Derecho romano y Canónico como subsidiarios de su *iura propria* hasta épocas bien recientes (vid., entre la manualística

aparece formado por un conjunto de principios y prácticas no escritas, derivadas, en su mayor parte, de la labor judicial (*judge-made law*). El prestigio de los tribunales y sus decisiones condujo a la técnica del precedente (*Case Law*), de obligatorio seguimiento por los tribunales y jueces inferiores. Un Derecho no escrito, preponderantemente práctico, cuyas reglas y principios provenientes de antiguas costumbres tratan de dar la solución para un proceso concreto y no establecer una regulación hacia el futuro. Un Derecho extraño, pues, a la idea de generalidad, en donde la forma tiene tanta importancia como el fondo y desconocedor de la fórmula continental de los códigos.

Por lo expuesto, parece que la existencia de estas dos tradiciones jurídicas vigentes en el continente europeo²¹ nos han de llevar, inevitablemente, a responder a la pregunta que anteriormente formulábamos en un sentido negativo y a afirmar que resulta imposible la armonización (menos aun, la unificación) del Derecho privado en Europa²².

Ante esta inicial contrariedad, se han puesto de relieve argumentos más esperanzadores. Inglaterra no se ha mantenido totalmente ajena a la cultura jurídica continental. Varias vías han favorecido esa comunicación. Por un lado, como destaca Radbruch, el Derecho inglés se ha dejado influir por el espíritu y método del Derecho romano, y afirma que, al igual que el romano,

española, IGLESIA FERREIROS, A., *La creación del Derecho. I. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, Madrid, 1996, pp. 431 y ss). Con referencia a Europa, zonas de Recepción como Francia o los Estados alemanes, sin embargo, resuelven de diferente modo aspectos jurídicos relevantes. Como simple ejemplo podemos aludir a la cuestión de la causa del contrato o negocio jurídico (existente en ordenamientos jurídicos como el español o francés, denominados causalistas) frente a aquellos ordenamientos abstractos (caso del BGB). Vid., sobre la Recepción en Europa, PARICIO, J., *Historia del Derecho romano y su recepción en Europa*, Madrid, 1995, pp. 224 y ss. En fin, que la problemática de la unificación/armonización jurídica europea no se debe circunscribir exclusivamente a la dicotomía *Civil Law-Common Law*; todo es mucho más complejo.

²¹ Tal vez sea más exacto decir que en Europa coexistieron tres familias jurídicas: el *Civil Law*, el *Common Law*, y los sistemas socialistas del Este europeo. En la actualidad, esta tripartición ha perdido toda virtualidad dogmática y práctica. Sánchez Lorenzo alude a cinco familias jurídicas características: la romanista, la germánica, escandinava, angloamericana y socialista, en SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho privado europeo*. Granada, 2002, pp. 231-232.

²² Así lo opina Pierre Legrand, probablemente uno de los mayores opositores a la idea de uniformización/armonización o codificación del Derecho privado europeo; vid., LEGRAND, P., "Against a European Civil Code", *The Modern Law Review* (January, 1997), pp. 44-63.

el juicio jurídico inglés no se basa en la ley sino en la casuística²³. Por otro lado, durante los siglos de formación y desarrollo del *Common Law*, el Derecho inglés recibió las influencias romanísticas gracias, sobre todo, a la labor desempeñada por la Iglesia y sus tribunales en los que se aplicaba el Derecho canónico sustantivo y el procedimiento romano-canónico, y a los comerciantes a través del Derecho Marítimo (*Admiralty Law*)²⁴. Cannata remarca la proximidad que existió entre el Derecho Mercantil y Marítimo inglés y el *Civil Law* cuando afirma que aquel “estuvo durante mucho tiempo separado del *common law*, pues por el contrario participaba de la universalidad del *ius commune mercatorium*, de tal manera que, cuando en el siglo XVIII, William Murray, uno de los más grandes jueces del *common law* que no era por casualidad escocés, y luego Earl of Mansfield comenzaron la obra de comercialización del *common law* introduciendo en el cuerpo del precedente reglas y principios del derecho mercantil, en realidad arrancó una transfusión del material jurídico del *ius commune* europeo al derecho inglés”²⁵. Además, la *Equity* fue construida al principio sobre el armazón de principios canónico-romanistas²⁶ (no en vano el Canciller, presidente, en un momento inicial, del *King’s Council*, de donde más tarde se desgaja el *Court of Chancery*, era un eclesiástico, y lo siguió siendo hasta 1625)²⁷.

En resumen, lo cierto es que ambas tradiciones se fundamentan en valores o principios, también normas o conceptos, parejos o similares. Los núcleos comunes son evidentes²⁸. Ahora bien, no debemos pecar de optimistas: también son evidentes las dificultades de armonización. Lo interesante es destacar que en las fuentes jurisprudenciales romanas se halla la matriz de las reglas de todo el moderno Derecho civil occidental²⁹. De forma que,

²³ RADBRUCH, G., *El espíritu del Derecho Inglés*, p. 22.

²⁴ Vid., DELL’AQUILA, E., *Introducción al estudio del Derecho inglés*, p. 44. También, ZIMMERMANN, R., “El legado de Savigny. Historia del Derecho, derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea”, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, trad. Antoni Vaquer Aloy, Madrid, 2000, 39.

²⁵ CANNATA, C.A., *Historia de la ciencia jurídica*, p. 235.

²⁶ Acerca de la *Equity*, vid., MARIN CASTAN, M^a L., *Significado y alcance de la Equity inglesa*, UCM, 1985, pp. 90 y ss, en particular.

²⁷ CANNATA, C.A., *Historia de la ciencia jurídica*, pp. 225-237.

²⁸ Con criticismo, vid., los ejemplos a los que alude FRANK, J., *La influencia del Derecho Europeo Continental en el “Common Law”*. *Algunas reflexiones de Derecho comparado y “contrastado”*, traducción y comentario de José Puig Brutau, Barcelona, 1957, pp. 7 y ss.

²⁹ Zimmermann ha señalado que “si, en lugar de centrar la atención en las concretas soluciones establecidas en el derecho romano, se pone el énfasis en la flexibilidad inmanente a la

parafraseando a Zimmermann, entre las dos grandes tradiciones jurídicas del continente existe *una diferencia evanescente*³⁰.

Por último, no es menos importante el cambio de mentalidad que se observa entre los juristas ingleses, cada vez más próximos a la técnica continental del código. Ya en 1965, la *Law Commission Acte* encarga a dos comisiones, inglesa y escocesa, la revisión de todo el Derecho de obligaciones y contratos para proceder a su reforma. Tras varios años de estudios y discusiones, y ante el desacuerdo, la Comisión escocesa da por terminados los trabajos. Con todo, la Comisión inglesa, presidida por el profesor Harvey McGregor, elaboró un proyecto de código de contratos finalizado en 1972 que no fue publicado en su día para evitar herir susceptibilidades pero que ocasionó la elaboración de una serie de trabajos sobre aspectos particulares de la materia³¹. Este proyecto, *Contract Code*, de McGregor fue publicado en 1994³².

tradición jurídica continental, en su capacidad de desarrollo y asimilación productiva, resulta más fácil concebir el Derecho inglés como una emanación específica de la tradición jurídica europea u occidental", en ZIMMERMANN, R., *El legado de Savigny*, pp. 40-41.

³⁰ Con referencia expresa a la materia contractual, materia sobre la cual se centra el favor de los trabajos uniformizadores, el profesor danés Ole Lando señala que las divergencias entre el *Civil Law* y el *Common Law* no son extraordinarias y, según él, se reducen fundamentalmente a tres: a) la buena fe, admitida en el Derecho continental, frente a los juristas del *Common Law* propensos al cumplimiento estricto de los contratos; b) las cláusulas penales, cuya existencia y fuerza son admitidas en el Derecho continental pero no aprobadas por el Derecho anglosajón; y c) la cuestión del cumplimiento contractual. En el Derecho inglés sólo se admite como otras formas de cumplimiento la resolución por incumplimiento o la indemnización por daños y perjuicios, mientras que en el Derecho continental las posibilidades para hacer efectivo el cumplimiento son más amplias y los límites casi inexistentes. No obstante, nota Ole Lando que estas diferencias son más teóricas que reales, más aparentes que ciertas ya que, por ejemplo, con respecto a la cuestión de la buena fe, en el Derecho anglosajón sí se admite que los contratos crean obligaciones más allá de las estipuladas, nacidas de cláusulas implícitas, de modo que las soluciones a las que el Derecho continental llega por vía de la técnica de la buena fe resultan semejantes a las soluciones en las que desembocan los juristas ingleses aplicando el *Common Law*; en LANDO, O., "El Derecho contractual europeo del tercer milenio", *Derecho de los Negocios*, 116 (2000), pp. 10-35.

³¹ DE LOS MOZOS, J.L., *La propuesta*, pp. 209-210.

³² MCGREGOR, H., *Contract Code: drawn up on behalf of the English Law Commission*, London, 1994. En versión castellana de CUESTA SAEZ, J.M.- VATTIER FUENZALIDA, C., *Contract Code: proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa*, Barcelona, 1996.

III. Metodologías de trabajo

El verdadero problema entre los iusprivatistas europeos se reduce a la metodología a seguir para lograr la armonización del Derecho privado en Europa. No podemos desconocer que ya hay mucho avanzado. Es evidente que en las últimas décadas, el papel legislativo³³, doctrinal³⁴ y jurisprudencial ha ayudado, con mayor o menor acierto, y a pesar de las críticas, a acercar los ordenamientos jurídicos europeos. Sin embargo, se precisa mayor profundización en el conocimiento e intensidad en la tarea de armonización, comenzando por aquellas materias más relevantes para el funcionamiento de la Unión. Los esfuerzos, los trabajos y los estudios que se llevan a cabo acerca de la integración de Derecho contractual, área jurídica de preferencia, probablemente sirvan como modelo de los quehaceres futuros en otras parcelas del Derecho privado.

En materia de contratos y obligaciones, el intento de armonización por vía de los llamados medios legislativos como el Derecho Internacional Público ha resultado un tanto infructuoso³⁵. Ciertos convenios o convenciones, a pesar de seguir el modelo de ley uniforme, no han sido capaces de hacer desaparecer los excesos de la pluralidad normativa europea³⁶. Específicamente, el *Convenio*

³³ Como ya he apuntado, el acudir a Convenios, Reglamentos o Directivas como medio para conseguir la uniformización del Derecho ha ocasionado varios problemas: la abundancia de normas que se han ido otorgando con el paso de los años y que hace muy difícil su accesibilidad y conocimiento; la propia naturaleza jurídica de la Directiva, instrumento más empujado para hacer cierta la competencia recogida en el art. 95 del Tratado Constitutivo Comunidad europea; dificultad de interpretación de las Directivas. El poder unificador de los Convenios se aprecia cuando es ratificado por varios Estados que los adoptan y ratifican sin hacer reservas, incluir cláusulas o fijar interpretaciones en un sentido determinado.

³⁴ Un sector de la doctrina europea se ha puesto en la labor de crear una ciencia jurídica común a partir de la superación de particularidades que presentan los ordenamientos jurídicos nacionales, lo que ayudaría a establecer o fijar la identidad europea. Desde esta perspectiva, no se trata de crear *ex novo* un Derecho comunitario impuesto a todos los Estados de la Unión Europea. Se trata de buscar soluciones comunes a problemas jurídicos diferentes acudiendo al estudio e investigación de los principios jurídicos imperantes en los diferentes ordenamientos o sistemas de Derecho nacionales, creando el nuevo *ius commune* europeo que debiera ser la base del nuevo código. Para ello, el Derecho romano y el Derecho comparado devienen en recursos y conocimientos imprescindibles.

³⁵ No se debe desatender una técnica muy antigua pero que todavía se emplea y que resulta muy válida para armonizar o uniformizar la legislación: lo que se ha dado en llamar la "recepción espontánea", el hecho de que la normativa de un Estado recoja la solución jurídica adoptada por otro, y que, tal vez, y a medida que nuevos Estados se sumen a ella, con el tiempo se acabe convirtiendo en uso internacional.

³⁶ Cita De los Mozos las Convenciones de La Haya sobre *Compraventa Internacional de bienes muebles corporales*, de 1964, y la *Convención de Viena sobre compraventa internacional de*

sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Convenio de Roma), de 1980³⁷, por general opinión, ha resultado escaso para garantizar el funcionamiento sin dificultades del mercado interior europeo. Igualmente, se tiende a considerar que la normativa de Derecho Internacional Privado tampoco resuelve todas las dudas y ha resultado ser un instrumento corto para abordar las múltiples peculiaridades jurídicas que un mercado común ocasiona³⁸.

Por ello, se ha defendido como criterio más adecuado para la unificación del Derecho europeo la formación de un código de Derecho contractual, y ello, como sintetiza Díez Picazo³⁹, bajo los siguientes argumentos:

- a) la conveniencia técnica, no sólo por las serias críticas que se lanzan contra la Directiva sino también, y como acabo de mencionar, la ineficacia de los métodos actuales basados en las normas de conflicto por la coexistencia en el interior de la Unión Europea de distintos ordenamientos jurídicos. A ello ha de añadirse la entrada en vigor de la moneda única y el sucesivo cumplimiento de los fines de la UE, lo que exige inevitablemente un instrumento técnico-jurídico único –el código– que permita alcanzar los objetivos de integración económica;

bienes muebles, de 1980, en DE LOS MOZOS, J.L., “La propuesta de un código europeo de contratos del *Convegno di Pavia* vista desde España”, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, prólogo de José Poveda Díaz, Juan María Díaz Fraile (coord.), Madrid, 1994, p. 200.

³⁷ Vid., DOCE C 27, de 26 de Enero de 1998, p. 34.

³⁸ En este sentido, el informe explicativo en la *Resolución* del Parlamento Europeo de 6 de Noviembre de 2001, en la que se afirma que el Derecho Internacional Privado “ya no es un instrumento adecuado en un mercado interior europeo, que ya está muy integrado”, así como tampoco las disposiciones del Convenio de Roma de 1980. Manifiesta este documento que “la mejor alternativa consiste en crear un ordenamiento jurídico común en vez de aplicar distintas normativas nacionales o internacionales”. Estas afirmaciones se sustentan en el hecho de que el carácter asistemático de “la combinación de directivas y del Derecho Internacional Privado cada vez supone más riesgos para los usuarios del Derecho”. Cabe mencionar otros procedimientos indirectos de armonización, como las cláusulas cautelares en los contratos, establecidas por la vía de la negociación o adhesión, al margen de normas jurídicas de carácter general, en la órbita de lo que se denomina la *Jurisprudencia Cautelar*, y que si bien fue una técnica recomendada por el Congreso celebrado en Cannes, en 1989, promovido por el Consejo de Estado francés, no puede ser tomada en cuenta más que como una solución de tipo provisional, y siempre en relación con una unificación llevada a cabo por vía legislativa; vid. estas observaciones en DE LOS MOZOS, J.L., *La propuesta de un código*, p. 197. La *Resolución* del Parlamento Europeo de 6 de Noviembre de 2001 es fruto de una previa *Comunicación* de la Comisión Europea de 9 de Julio de 2001.

³⁹ DIEZ PICAZO, L.- ROCA, E.- MORALES, A.M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, pp. 110-112.

b) la conveniencia política. Un código europeo en el siglo XXI tiene una indudable carga política, como lo tuvieron los códigos en el siglo XIX. El código, ayer, hoy y mañana es una herramienta jurídica que permite la consecución de finalidades políticas. En el caso presente, los objetivos de la UE están concretados en los Tratados constitutivos de Roma, en el Tratado de Maastricht y en el Tratado de Amsterdam, y entra en criterios de pura lógica el empleo de un código para lograrlos.

c) la creación de una nueva cultura jurídica europea

Los iusprivatistas europeos, mayoritariamente partidarios de la técnica del código⁴⁰, aun cuando se muestran, en general, unánimes en la idea de la necesaria formación de una nueva cultura jurídica común y un nuevo jurista europeo⁴¹, por el contrario, como he señalado antes, disienten en la metodología más adecuada para llevarlo a cabo. Ello a dado pie a la formación diversos grupos de trabajo que tienen, de cualquier modo, una misma finalidad más o menos próxima: la elaboración de un código de obligaciones y contratos europeo que suponga la unidad del Derecho de los Estados de Europa en esta materia decisiva.

⁴⁰ Hay notables y prestigiosas excepciones, como el ya mencionado Pierre Legrand. Fundamentalmente, sus ideas se resumen en que realizar una convergencia jurídica sobre la base del Derecho vigente en los Estados miembros es un método engañoso ya que, si se deja de lado el examen superficial de las normas y conceptos y nos concentramos en un estudio profundo y minucioso de lo que denomina mentalidades, se llega a la conclusión de que los sistemas legales en Europa, a pesar de su antigüedad no han convergido ni se han integrado, ni lo harán. El *Civil Law* y el *Common Law* muestran experiencias jurídicas distintas, materializadas en el distinto razonamiento jurídico (institucional y teórico, los primeros, e inductivo y empírico, los segundos); se manifiestan también diferentes sistemáticas y otras divergencias. Por ello, para este autor, no es posible la comprensión entre los dos sistemas, luego no es posible la unificación; vid., esta argumentación más desarrollada en DIEZ PICAZO (et alii), *Los principios*, pp. 108-109. Otros argumentos en contra del proceso de codificación del Derecho Privado de contratos (y del proceso codificador europeo, en general) se centran en la más que posible pérdida de las características nacionales, en el perjuicio que para la riqueza jurídica supondría la desaparición del pluralismo legal o, en razones de devoción doctrinal del tipo que Savigny ya se había opuesto a la codificación.

⁴¹ Así se manifestó en el Simposio que bajo el título *Alternativas a la unificación por vía legislativa*, se celebraron los días 5 y 6 de Mayo de 1991, en el *Max Planck Institut* (Instituto de Derecho Extranjero e Internacional Privado) de Hamburgo. Si bien, en las ponencias presentadas, se destacó el papel de la vieja ciencia jurídica medieval y moderna que dio lugar a la aparición del *Ius Commune*.

Una de esas metodologías recibe la denominación de *codification à droit constant*, defendida por juristas franceses quienes consideran que la mejor manera de elaborar un código es partir de los textos ya existentes y darles una sistemática u ordenación lógica; no es tanto recopilar como refundir textos. Otro grupo de iusprivatistas defiende el sistema del *open textured rule*, caracterizado por construir un código abierto a la rápida evolución del Derecho y a la influencia de diversas fuentes legales. Estaría formado por cláusulas que no contienen una delimitación neta y cuyo sentido depende del contexto en el que deban ser ampliadas. El código europeo no sería un sistema cerrado y rígido sino que se adaptaría a la realidad jurídica plural del Continente.

También cabe aludir al *soft law* o *normes douces* en las que se enmarcan las llamadas leyes modelo y los principios. Las primeras son propuestas de regulación de una determinada materia que se ofrecen a los Estados para que éstos las empleen como modelos cuando tengan que regularla *ex novo* o reformar su propia legislación. Operan en el ámbito mundial, y en el ámbito mercantil son redactadas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL)⁴². Los principios⁴³ son otra técnica de *soft law* que tiene en los principios de la Comisión Lando un ejemplo sobresaliente.

En 1976, el profesor danés Ole Lando propuso la formación de un *Código de Comercio Uniforme*. Fruto de dos congresos, en 1980 y 1981, se constituyó la *Commission on European Contract Law*. En ella participan juristas de numerosos Estados europeos, también españoles, e instituciones⁴⁴. Tras muchos años de trabajo, se publicó, en 1995, un primer volumen de los principios del Derecho contractual europeo (*The Principles of European*

⁴² Acerca de esta Comisión de Naciones Unidas, OLIVENCIA, M., "Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI", *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, pp. 9-35.

⁴³ Hay principios, como los UNIDROIT sobre *contratos de comercio mercantil internacional*, que son reglas que pueden ser aplicadas por los árbitros en los litigios internacionales y que, según algún sector de la doctrina, igualmente pueden adoptarla las partes de un contrato, debiendo ser admitidas, por ello, en alegación ante los tribunales. Estos principios son tenidos en cuenta en la reforma del Derecho de obligaciones que se realiza actualmente en Alemania.

⁴⁴ Así, el *Max-Planck Institut*, por medio de Ulrich Drobing; el *Instituto de Derecho Comparado de París*, por medio de D. Tallon, o el *European University Institute* de Florencia. Además, se mantienen contactos con personas y grupos de los EEUU. En España, además de varios Congresos, los últimos celebrados recientemente en Lérida (Febrero, 2002) y Valencia (Junio, 2002) que han abordado esta materia, es reseñable la publicación de DIEZ-PICAZO, L.,-ROCA, E.,-MORALES, A.M., *Los principios del Derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

Contract Law), que, en 2000, ha visto la edición de un segundo volumen. En estas dos obras se detallan principios comunes relativos a la formación, validez, interpretación o contenido de los contratos; al cumplimiento e incumplimiento contractual así como a otras cuestiones concretas, como las relativas a la autoridad de los mandatarios para vincular a sus mandantes.

Zimmermann resume las funciones de estos *Principios europeos de Derecho contractual* (PEDC) en las siguientes⁴⁵:

- a) facilitar el comercio transfronterizo dentro de Europa mediante la puesta a disposición de las partes de una regulación desligada de particularidades nacionales, a la que voluntariamente pueden someter sus negocios;
- b) ofrecer fundamentos generales y sistemáticos como un modo de avanzar en la armonización del Derecho contractual europeo;
- c) llevar a cabo una función de mediación entre el *Common Law* y el *Civil Law*;
- d) concretar una moderna *lex mercatoria* europea;
- e) constituir una fuente de inspiración para tribunales y legisladores nacionales en el desenvolvimiento de su derecho contractual propio;
- y
- f) significar un paso en el camino hacia la codificación del Derecho contractual europeo, finalidad última perseguida⁴⁶.

Estos PEDC, que son el resultado de una investigación de Derecho comparado, se inspiran en el sistema de los *restatements* americanos. Al igual que éstos, los PEDC no están destinados a convertirse en Derecho vigente de forma inmediata, no tienen carácter legislativo aunque a diferencia de los *restatements* sí pueden ser considerados por las partes como elementos integradores del contrato. Los *restatements* son normas articuladas con claridad y concisión mientras que los PEDC buscan una mayor uniformidad del Derecho. Los derechos privados americanos, no obstante hundir sus raíces comunes en el *Common Law*, también presentan diferencias, por lo que los *restatements* no solo cumplen una función declarativa del Derecho sino también de establecimiento de un Derecho privado común americano. Por otro

⁴⁵ ZIMMERMANN, R., *Rasgos fundamentales*, pp. 115-116.

⁴⁶ Sobre estos aspectos, vid., LANDO, O., *El Derecho contractual europeo*, pp. 1-20.

lado, en el Derecho privado europeo, a pesar de los doscientos últimos años de ciencia jurídica y de desarrollo jurídico nacionales, tampoco se puede afirmar que haya desaparecido la tradición común de varios siglos que permite conservar unos mismos fundamentos sistemáticos, conceptuales o ideológicos entre las legislaciones de los diversos Estados de Europa. En todo caso, parece que los PEDC forman parte de una "fase previa" en la que se procedería a la discusión y valoración de la aplicabilidad de estos principios, anterior a acometer la verdadera codificación del Derecho contractual.

El acudir en esta fase previa al método de los principios inspirados en los *restatements* americanos es una de las mayores críticas que a la aportación de la Comisión Lando se le hace desde otro grupo de trabajo, la llamada *Academia de Pavia* o Comisión Gandolfi.

El profesor italiano Guisepe Gandolfi convocó, en Octubre de 1990, a una serie de prestigiosos juristas continentales tanto universitarios como magistrados y prácticos del Derecho, y bajo la denominación *Corpus academicum pro codificatione europea* (*Grupo de Estudio para el Derecho Europeo*, GADEC, en francés) a una reunión de la que, tras un cuestionario previo⁴⁷, nacieron una serie de conclusiones:

- a) la crítica a las directivas y reglamentos como exclusivos instrumentos de avance en la integración europea
- b) el mejor sistema para la consecución de un mercado único es la existencia de un código único
- c) se consideró que el mejor camino era tomar un modelo. Como Wieacker había defendido años atrás, el código civil italiano, de 1942 (Libro IV), era, de entre los códigos nacionales, el que mejor podría realizar este cometido⁴⁸. Es heredero del *Code Civil*, de 1804, al

⁴⁷ Las preguntas del cuestionario eran las siguientes: 1º) ¿es necesaria tal codificación?, 2º) ¿existen condiciones para realizarla?, 3º) ¿cuáles son los caracteres fundamentales que deben tomarse en consideración y cuáles las elecciones de política legislativa sobre las que debe ser establecida?, 4º) ¿podría tomarse en consideración un código en vigor como esquema operativo (o plan de trabajo) para la redacción de un proyecto?; en DE LOS MOZOS, J.L., "Integración europea, Derecho comunitario, Derecho común", *Revista Derecho Privado*, 1993, pp. 211-225.

⁴⁸ En torno al papel del Código Civil italiano como punto de encuentro para la codificación europea del Derecho de obligaciones y contratos, vid., DE LOS MOZOS, J.L. *La propuesta*, pp. 211-215. Esta propuesta sobre el código civil italiano es valorada, desde la perspectiva española, muy positivamente por De los Mozos, ya que, a su parecer, entre los juristas

encontrarse en la tradición codificadora que representa; pero, a la vez, está notablemente influido por el BGB y la pandectística alemana. Además, el texto italiano es el texto normativo que mejor permite un diálogo con el *Common Law*, siendo un código conocido en este sistema jurídico como corroboró Harvey McGregor, autor de un proyecto de *Código de Contratos*.

En todo caso, en 1991, un grupo ya más reducido de juristas formaron la Academia de Pavía. Este Grupo considera que la mejor forma de lograr la integración del Derecho contractual europeo es por la vía de la codificación. Para defender esta postura metodológica, De los Mozos realiza una "comparación", con todas las salvedades, entre la situación jurídica al final del Antiguo Régimen y la situación jurídica de la Unión Europea en la actualidad. Entonces, existían diversas jurisdicciones, fueros o competencias; desde el punto de vista de este prestigioso civilista, la situación es semejante a la actual en Europa, aunque se haya llegado a ella por caminos diferentes. Pero, considera que de igual modo que el movimiento constitucional y, sobre todo, codificador puso remedio a aquel despropósito jurídico, hoy en día, de nuevo, el código es el instrumento adecuado y más preciso para, salvaguardando la tradición pero de forma racional, intentar un arreglo en el desaliño jurídico imperante; gracias a este cambio se podría, a su vez, salvar la propia tradición jurídica de occidente⁴⁹.

Crítica firmemente la Academia de Pavía la técnica o método de los principios. Estiman, en primer lugar, que los principios únicamente tienen sentido dentro de un sistema y no hay uno sino, al menos, dos sistemas en el Derecho continental; en segundo lugar, si apenas existe acuerdo entre los juristas de un mismo Estado acerca de lo que sean los "principios" dentro de su propio ordenamiento, como sucede en España, mucho más difícil es conseguir el acuerdo de conceptualización entre juristas de diferentes nacionalidades. Estima la Academia de Pavía, además, que los principios privan de la seguridad jurídica al ser aplicados por jueces de diferente mentalidad y

españoles el conocimiento y utilización del C.C. italiano está muy extendido, lo cual puede servir de cauce para la recepción de un Derecho europeo de obligaciones y contratos; vid., *ibidem*, p. 214.

⁴⁹ Vid., DE LOS MOZOS, J.L., "Los precedentes de la Codificación: La unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española", *Anuario de Derecho Civil*, XLI, fac.III (Julio-Septiembre, 1988), pp. 637-668.

formación, cayéndose, por lo tanto, en un arbitrio desmedido y no deseable.

Por lo tanto, el Grupo de Pavía es partidario de la elaboración de un código, de un cuerpo legislativo. Y así, fruto de años de trabajo ha sido la presentación ante la Comisión Europea de un *Anteproyecto de Código de Obligaciones y Contratos (Libro I)*, en Octubre de 2000.

Además de estos dos relevantes grupos de trabajo, la Comisión Lando y la Academia de Pavía, existen otros como la Academia de Treveris, el grupo de Ösnabrück, dirigido por el prof. Christian Von Bar⁵⁰, el Grupo de Trento⁵¹, los estudiosos congregados en torno al Max-Planck de Hamburgo o al *European University Institute* de Florencia, sin olvidar las aportaciones de profesores como Coing o Zimmermann y sus áreas de influencia.

Entre los alemanes, por influencia de los citados Coing y Zimmermann, predomina la idea contraria a la codificación, prefiriendo el sistema de los principios y apoyándose en el precedente del *Ius Commune*. La crítica que desde Pavía se realiza a los propósitos de retorno al *Ius Commune* se fundamenta en el carácter histórico de este sistema de Derecho ya que tras la Codificación del siglo XIX no pervivió el *Ius Commune* más que en algún Derecho foral español (y ya no) y en el caso de Sudáfrica.

En la doctrina iusprivatística parece ser unánime la recomendación del empleo del método comparado como instrumento adecuado para conseguir una mayor comprensión entre los distintos ordenamientos jurídicos europeos. La finalidad es buscar identidades y semejanzas en el ámbito del Derecho contractual entre los diversos Estados con el objetivo de poner de relieve las consonancias⁵². En esta línea se encuentra el *Grupo de Trento*, que trata de

⁵⁰ Este grupo constituye el *Seminar on Common European Law of Torts*. También dedicados a estudios en torno a la responsabilidad, está el *European Group of Tort Law*, encabezado por Helmut Koziol, que trabajan en el *European Centre of Tort and Insurance Law*, de Viena. Por último, muy recientemente, en 1998, se creó, en atención a una investigación ordenada por la Dirección General Científica del Parlamento Europeo, el *Study Group on a European Code Civil*, liderado por Christian Von Bar.

⁵¹ Allí se forma el *Common Core of European Private Law*, dirigido por los profesores Mauro Bussani y Hugo Mattei.

⁵² En España, Sánchez Lorenzo aboga por hacer del Derecho Comparado una disciplina central en las enseñanzas jurídicas, en SANCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho privado europeo*, pp. 305-307.

elaborar un mapa de Derecho comparado europeo por instituciones (*cartografía jurídica*) que facilite las bases sólidas para una armonización del Derecho privado⁵³.

Por último, aparece también el grupo encabezado por Hondius, el *Grupo de Estudio de un Código Civil europeo*. Desde la Academia de Pavia se valoran los esfuerzos de los integrantes de este Grupo, pero critican su excesiva dependencia del código civil holandés.

IV. Pasos legislativos en el camino hacia la codificación del derecho contractual europeo

La idea de un Derecho común europeo, superado el sistema del *Ius Commune*, se remonta ya al propio siglo XIX⁵⁴. Sin embargo, unas primeras plasmaciones, también en sede contractual y mercantil, incluso antes de la aparición del proyecto europeísta de Jean Monnet, la encontramos en 1927 con el *Anteproyecto italo-francés de obligaciones y contratos* y con la propuesta de Ernst Rabel, en 1929, de redactar unas reglas uniformes sobre la compraventa de bienes muebles efectuada al Consejo de Dirección de UNIDROIT, y que acabó décadas después desembocando en dos convenios: la *Ley Uniforme sobre venta internacional de bienes muebles corporales*, y la *Ley Uniforme sobre la formación de contratos de venta internacional de bienes inmuebles corporales*, ambos aprobados por la Conferencia Internacional de La Haya, y abiertos a la firma de los Estados el 1 de Julio de 1964.

Desde que, en 1977, el *European University Institute* de Florencia abría un coloquio bajo el título de *Nuevas perspectivas para un Derecho común europeo*, se han sucedido los intentos de proceder a la unificación del Derecho privado en Europa, en un principio surgidos en un ambiente académico lo que otorgaba a los trabajos desarrollados un carácter preferentemente

⁵³ El sistema de trabajo comienza por las respuestas que los distintos representantes nacionales deben dar de un cuestionario previo en donde se trata de remarcar las diferencias y semejanzas reales con respecto a la institución de estudio existentes en su Derecho con respecto a los demás Derechos. Los resultados van mostrando que las divergencias son menores de lo que, en principio, cabría esperar; vid., DIEZ PICAZO (et alii), *Los principios*, p. 113.

⁵⁴ En concreto, Antoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon*, Paris, 1856 y Ernest Moulin, en *Unité de législation civile en Europe*, Paris, 1865, ambos cit. por LEGRAND, P., *Against*, p. 59.

profesoral y, con posterioridad, amparados bajo las disposiciones de la propia Unión Europea, ya que en los Tratados Constitutivos en ningún sitio se establecía la competencia directa de la Unión para promulgar un código, por ejemplo⁵⁵.

Con las dudas que suscita el sistema de directivas y reglamentos como técnicas unificadores, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución de 26 de Mayo de 1989 “sobre un esfuerzo para armonizar el Derecho Privado de los Estados miembros”, en la que se requería la iniciación del trabajo necesario preparatorio para la redacción de un *Common European Code of Private Law*⁵⁶; decisión que, de nuevo, reitera en la Resolución de 6 de Mayo de 1994. A partir de entonces, ahora sí, inician los trabajos más serios entre los juristas europeos tendentes a hacer efectivas estas resoluciones. Se forman grupos privados con una misma finalidad pero que divergen en sus métodos y técnicas.

El paso siguiente lo constituye la Conferencia de Schveningen, celebrada el 28 de Febrero de 1997, convocada por el gobierno holandés que en aquel momento ostentaba la presidencia de la Unión Europea, bajo el título “Hacia un código civil europeo”. Más adelante, en el Consejo de la Unión Europea celebrado en Tampere, los días 15 y 16 de Octubre de 1999, se propone, en la Conclusión VII, párrafo 2º, la mayor convergencia del Derecho civil sustantivo: “por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil, para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles”⁵⁷.

Otra vez el Parlamento, por Resolución de 16 de Marzo de 2000, en relación con el programa de trabajo de la Comisión para el año 2001, tras afirmar que para el mercado interior es esencial una mayor uniformidad del

⁵⁵ Quizás esta frase merezca una matización. De los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europa se deduce la necesidad de la cercanía y armonización del Derecho de los Estados miembros en determinadas materias. Se acude para ello a la interpretación de algunos artículos, en particular, arts. 3, h, 94 y 95 TCE.

⁵⁶ DOCE C 158, de 28 de Junio de 1989, p. 400.

⁵⁷ En el párrafo 1º de esta Conclusión VII, se alude al Derecho procesal civil, en particular, a los elementos especialmente decisivos para allanar el camino hacia la cooperación judicial y la mejora del acceso a la justicia. Vid., las conclusiones del Consejo de Tampere en BOLETIN DE LA UNION EUROPEA, 10-1999, pp. 7-15.

Derecho en el ámbito civil, solicita a la Comisión la elaboración de un estudio. En esta dinámica, la Comisión responde el 25 de Julio de 2000, si bien se publica como *Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeos* sobre "Derecho contractual europeo", el 9 de Julio de 2001⁵⁸. En esta *Comunicación* se abría un turno de sugerencias a todos los que en ello estuvieran interesados para que ofreciesen sus opiniones acerca de los procedimientos a seguir en la deseable unificación del Derecho privado, sobre todo, en el ámbito de obligaciones y contratos.

Tras oír las diferentes aportaciones, el Parlamento Europeo, en *Resolución* de 15 de Noviembre de 2001, establece que "las semejanzas entre las tradiciones legales de los pueblos de Europa, últimamente tienen más valor que las diferencias", y fija el siguiente Plan:

- a) antes de finalizar el año 2002, se ha de constituir el *Instituto Jurídico Europeo*;
- b) hasta el año 2004, se ha de compilar una base de datos de legislación y jurisprudencia del Derecho contractual y promover estudios de Derecho comparado, así como la cooperación para aplicar con carácter voluntario soluciones, conceptos y terminología comunes;
- c) durante el año 2005, deben publicarse los análisis comparativos así como las soluciones y conceptos comunes, incluirlos en los planes de estudio y utilizarlos en las instituciones de la Unión Europea;
- d) a partir del año 2006, se debe formular legislación europea que prescriba la utilización de los principios y la terminología comunes en las relaciones transfronterizas, con la posibilidad de cláusulas de excepción;
- e) en el año 2008, se han de verificar los resultados alcanzados en la aplicación de los principios y disposiciones uniformes, de modo que, a largo plazo, se uniformice el Derecho contractual europeo;
- f) a partir del año 2010, se procederá a elaborar un *corpus* de reglas comunes sobre el Derecho contractual europeo.

Parece que el Parlamento se decanta preferentemente por el método de trabajo de la Comisión Lando, el sistema de los principios y el recurso al Derecho comparado, en lugar de acudir ya a la formación de un código y de

⁵⁸ Vid. este texto en COM [2001] 398-2001/2187 [COS].

trabajar sobre un texto concreto de Derecho aplicable, como defiende la Academia de Pavía.

V. La Historia del Derecho español ante el reto de la unificación del Derecho privado europeo

Al contrario de lo que acontece en otros Estados de nuestro entorno jurídico, donde el interés por la unificación del Derecho privado en Europa lleva a que los juristas, profesores de Universidad o prácticos del Derecho, dediquen considerables esfuerzos al estudio de esta cuestión, parece que entre los juristas e historiadores del Derecho español hay cierta dejadez a la hora de participar activamente en esta senda de futuro, más o menos ilusoria. Sobre ello quisiera llamar la atención⁵⁹, en particular, refiriéndome a la actitud más comprometida que los historiadores del Derecho español debemos adoptar ante esta realidad que nos circunda⁶⁰.

⁵⁹ Otros lo han hecho ya. Afirma Esther Arroyo que “la ciencia jurídica en España todavía no se ha hecho demasiado eco de las dimensiones que va adquiriendo el fenómeno de la europeización del Derecho privado”, en SCHULZE- ZIMMERMANN, *Textos básicos*, p. 19. De igual modo, transcribo las palabras del profesor Díez-Picazo: “los debates que tienen lugar en los diversos grupos que trabajan en la unificación, armonización o aproximación entre los Derechos de los Estados miembros no se han visto reflejados en los estudios que realizan los juristas españoles que sólo a título personal forman parte de algunos de estos grupos”, en DIEZ-PICAZO, L., *Los principios*, p. 95. Con todo, hay que destacar que en España se aprecia un interés incipiente que se verifica en la celebración de algún congreso en torno al tema unificador, como fue el de Cáceres, de 1993, con el tema de la unificación del Derecho de obligaciones y contratos en el ámbito de la Unión Europea, o los dos celebrados en Lleida, en Abril de 2000 y los días 9 y 10 de Mayo de 2002; o en la publicación de alguna obra o artículo sobre este particular, como *La unificación jurídica europea*, José Manuel García Collantes (dir.), Madrid, 1999. Otras referencias en SCHULZE-ZIMMERMANN, *Textos básicos*, p. 19, not. 4.

⁶⁰ Es cierto que no se puede mantener la afirmación de que la relación del historiador del Derecho español con el problema de la unificación del Derecho privado haya sido absolutamente inexistente. Una preocupación por destacar la tradición jurídica común a numerosos Estados europeos, se encuentra en el *Instituto de Derecho Común*, de la Universidad de Murcia, dirigido por el prof. Pérez Martín. En dicho organismo se celebró hace ya bastantes años una reunión internacional recogida en la edición titulada *España y Europa, un pasado jurídico común. Actas del I Simposio internacional del Instituto de Derecho Común*, Murcia, 1986. También debe mencionarse la publicación, patrocinada por la mencionada Universidad, de la revista *Glossae*, en las que son numerosos los artículos que, de un modo u otro, inciden en esta cuestión, por citar alguno: PÉREZ MARTÍN, A., “Europa, realidad y aspiraciones históricas”, *Glossae*, 1 (1988), pp. 9-34 o TOMÁS Y VALIENTE, F., “Ius commune europeum, de ayer y de hoy”, *Glossae*, 5-6 (1993-1994), pp. 1-17. Además, y aun cuando no se trate de un historiador del Derecho español, ha de señalarse la

En las investigaciones que tradicionalmente se han venido haciendo de Historia del Derecho español, el espacio hispánico (lo que sea que haya sido o en la actualidad, y por ahora, resulte ser territorialmente España) y el espacio temporal (que no ha sido otro, en general, que el pretérito, es decir, el ámbito de un Derecho no vigente) resultan incompletos cuando nos enfrentamos a la realidad europea, en la que el problema de la unificación/armonización del Derecho exige, por un lado, una labor de conocimiento de las tradiciones jurídicas a la que pertenecen diferentes Estados y, por otro, la fijación hacia el futuro de un Derecho, que por ser común a tantos, va más allá de nuestras fronteras nacionales⁶¹.

¿Qué supone para el historiador del Derecho español el fenómeno de la "europeización"? Nada menos que el desarrollo de una nueva vía de investigación y proyección de nuestros trabajos y conocimientos⁶². Hasta la fecha, nos hemos dedicado, en general, al estudio de las fuentes e instituciones histórico-jurídicas desconectadas de lo circundante, como si el Derecho, la doctrina o ciencia del Derecho españoles cultivadas en los siglos pretéritos hubiesen sido una isla jurídica. A mi parecer, tradicionalmente los historiadores del Derecho español no se han preocupado por las realidades histórico-jurídicas de los Estados y territorios de nuestro entorno cultural en sus posibles conexiones con nuestra propia circunstancia histórico-jurídica; mayoritariamente se ha desatendido la búsqueda de las convergencias o divergencias que se producían entre las instituciones de los distintas entidades políticas que se movían en la escena histórica europea. Estimo que esta actitud metodológica no es criticable. Resulta elemental que la Historia del Derecho, nacida a las cátedras universitarias españolas en el último tercio

interesante contribución acerca del papel que nuestra disciplina debe desempeñar en la recuperación de la unidad de la ciencia jurídica europea que Reiner Schulze publicó en el Anuario de Historia del Derecho Español; vid., SCHULZE, R., "De la aportación de la Historia del Derecho a una ciencia del Derecho Privado Europeo", *A.H.D.E.*, LXVI (1996), pp. 1003-1013.

- ⁶¹ Aquellos debates que hace varias décadas se dieron entre nosotros acerca del ser de España o de los orígenes de la nacionalidad española, siendo muy interesantes o formativos no llegaron nunca, afortunadamente, a la unanimidad y han quedado hoy como epígrafes que todavía llenan varias páginas de las Memorias de Oposición a los que hay que referirse pero que poco o nada aportan ya de novedoso. Hoy, eso que suele rotularse en las Memorias como "aspectos espaciales y temporales de la Historia del Derecho español" debe ser superado y contemplar de una vez el fenómeno europeo en el que nos encontramos inmersos.
- ⁶² Así se siente ya en Alemania; vid., SCHULZE-ZIMMERMANN, *Textos básicos*, p. 20, not. 10.

del siglo XIX, en un ambiente de nacionalismo jurídico, se preocupase preferentemente por la Historia del Derecho nacional o patrio; y lo siga haciendo en la actualidad. Pero, sin abandonar estos notables esfuerzos, considero imprescindible que nos abramos con decisión a nuevos campos de estudio. Cuanto antes comiencen a proliferar las investigaciones y trabajos sobre esta materia así como el intercambio de ideas o propuestas, antes los historiadores del Derecho español podremos participar, con voz rigurosa, de la labor de formación de un nuevo Derecho privado común para Europa en el que los historiadores del Derecho de otros países están ya involucrados.

Esta tarea debemos acometerla desde un sentimiento de ausencia complejos que, al parecer Wijffels ha debido observar en colegas de otros Estados europeos y que le llevó a afirmar que “los historiadores del Derecho, siempre ansiosos por escapar de la sospecha acerca de la irrelevancia de su Área de conocimiento, se han subido al carro con rapidez”⁶³ (se refiere al “carro” de participar en la creación de un Derecho privado europeo construido desde el modelo savigniano de la ciencia jurídica común y el recurso al *ius commune*).

No comparto la perspectiva de Wijffels. Parece que con su desdén hacia la Historia del Derecho manifiesta un sentimiento favorable a la armonización o uniformización del Derecho europeo llevada a cabo desde la estricta vertiente positiva. Y si algo ha demostrado el dogmatismo del periodo codificador, llevado durante años a la exacerbación, fue que la Ley no agota el Derecho. Por ello, se alude a la llamada *decodificación* como fenómeno jurídico actual en el que los códigos evidencian su incapacidad para hacer realidad las viejas aspiraciones ilustradas y liberales de la plenitud del texto legislativo. Y si la experiencia de dos siglos de Codificación en Europa ha constatado que el código nacional no puede abarcar la totalidad del Derecho, quizás, resulte más difícil que la presencia de un código de Derecho privado europeo (o de Derecho de obligaciones y contratos, en un primer paso) sea capaz de dar plena satisfacción a las sanas ansias de seguridad y plenitud jurídicas, si de lo que se trata es de armonizar normativas y tradiciones diferentes.

⁶³ WJFFELS, A., “European Private Law: a new Software-Packege for an Outdate Operating System”, *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, 2000, pp. 105-106, cit. por SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho privado europeo*, p. 296, not. 6.

Es discutible que un código, entendido en sentido clásico o tradicional⁶⁴, pueda ser, a día de hoy, el mecanismo adecuado para armonizar el Derecho privado de los Estados europeos. Y más aun, cuando la incorporación de nuevos miembros al proyecto común europeo no ha finalizado, y a la espera se halla un elenco de países del antiguo bloque socialista que durante décadas pertenecieron a esa tercera tradición jurídica continental, de menor proyección histórica que las otras dos, pero existente y cuyas repercusiones en los ordenamientos y sentido jurídicos nacionales no pueden ser desatendidas o menospreciadas. Comparto el escepticismo de Parra Lucán ante los intentos de codificación total del Derecho civil en Europa. Como esta autora señala no sólo hay que contar con las dificultades para lograr un acuerdo entre los Estados miembros de la Unión acerca del contenido sino que, además, hay que valorar los costes sociales y jurídicos, sin olvidar, que para una efectiva aplicación se debiera contar con unas instancias judiciales comunes que garantizasen su efectiva interpretación y aplicación⁶⁵. Todo ello, es a día de hoy, una utopía. Por el contrario, y en aras de un más adecuado funcionamiento del mercado interior europeo, tal vez, sea aconsejable no escatimar esfuerzos en la integración de algunos sectores del Derecho civil y comercial que sirva de primer escalón para el logro, muy a largo plazo, de una armonización más intensa y extensa, en cuanto a contenidos, del Derecho privado europeo.

Con todo, considero que la armonización jurídica del Derecho privado en Europa no puede ser impuesta "desde arriba". Los Convenios, Reglamentos y Directivas, a pesar de sus aciertos, no son el mecanismo deseable, o desde luego, no pueden ser los únicos. El exclusivo recurso a ellos conduce a una

⁶⁴ Se ha planteado el tema de a qué tipo de código nos referimos al aludir a "código" de Derecho privado europeo. Hay quien aboga por mantener el término pero dándole un sentido diferente. Como afirma Núñez Paz no sería un código al estilo decimonónico ya que "el sentido onmicomprensivo y rígido de su acepción decimonónica deber ser superado a favor de otro más flexible, en el que sin menospreciar la importancia de la ley, ésta no sea el único instrumento de regulación social", para defender que lo más aceptables es "un código de principios, encontrados para la unificación jurídica, no necesariamente legislativa", en NÚÑEZ PAZ, M^a I., *Derecho romano. Derecho Común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Oviedo, 2000, p. 81. Otros, sin embargo, postulan un código de sistemática semejante a los actualmente vigentes, como hace la Academia de Pavia en su *Anteproyecto de Código de Obligaciones (Libro I)*.

⁶⁵ PARRA LUCAN, M^a A., "Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿es posible un Código civil europeo?", *Actualidad Civil*, 36 (semana 30 de Septiembre al 6 de Octubre, de 2002).

falta de sistemática, a dificultades en la aplicación interna o a la diversidad en la interpretación que cada Estado miembro hace del lenguaje empleado en su redacción oficial derivada de la ausencia de una lengua jurídica común como antaño lo fue el latín⁶⁶.

En mi opinión, la armonización del Derecho privado en Europa, convertida ésta en una extensión política cada vez más amplia y culturalmente cada vez más divergente, debe hacerse “desde abajo”, por vía de la doctrina jurídica y de una ciencia del Derecho común. Es un trabajo más lento y más complejo pero estimo que más seguro.

Algunos autores consideran que el actual momento en Europa, desde el punto de vista del Derecho, es semejante al vivido por Alemania al comienzo del siglo XIX. El panorama legal germano era entonces ciertamente laberíntico⁶⁷. En este ambiente, y frente a la tesis de Thibaut, se alzó la de Savigny, quien, como de todos es sabido, estimuló con sus opiniones la formación de una ciencia jurídica común a la nación alemana que, al permitir la unificación de la doctrina científica, facilitase la elaboración de un código civil que a la postre resultó muy tardío, es verdad, con relación a los del resto de los Estados europeos pero que superó a éstos en su perfección técnica.

⁶⁶ Para paliar este inconveniente lingüístico, se ha aludido a un *Thesaurus* jurídico, lo que viene a suponer un Diccionario jurídico de sinónimos nacionales, en la búsqueda de un lenguaje común que evite, en lo posible, diferentes interpretaciones de una misma norma. En la consecución de una “gramática jurídica común”, el papel de la ciencia jurídica es esencial.

⁶⁷ A modo de resumen del estado de cosas en la Alemania de finales del siglo XVIII y en parte del XIX, cito a Zimmermann: “Austria, en cierto modo despedida de la historia “alemana” tras la batalla de Königgrätz, disponía de su *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*. Los territorios prusianos, incluyendo Westfalia, Bayreuth y Ansbach, se regían por el *Allgemeines Landrecht*. En la provincia del Rin, en Alsacia y Lorena estaba vigente el *Code Civil*. El Gran Ducado de Baden había promulgado el *Badisches Landrecht*, esencialmente una traducción del *Code*. En algunas zonas de Baviera se aplicaba el derecho austriaco, y en otras de Schleswig-Holstein el derecho danés. De los restantes territorios alemanes la mayoría se administraba justicia de acuerdo con el *ius commune*, aunque solo era aplicable supletoriamente, pues una pléyade de derechos locales y consuetudinarios podían gobernar una concreta cuestión jurídica”, en ZIMMERMANN, R., *El legado de Savigny*, p. 22. Con mayor detalle se presenta la situación de cada territorio alemán en WESENBERG, G. – WESENER, G., *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, 1998, pp. 155-172. Esta opinión de la cierta semejanza de la situación germana con la actual no tienen inconveniente en aceptarla DIEZ PICAZO (et alii), *Los principios*, p. 107.

Por ello, hay autores que al observar que el panorama jurídico en el Continente se encuentra tan diversificado como lo estaba en la Alemania del siglo decimonónico, defienden que se puede tomar como ejemplo el “modelo Savigny” y tratar de forjar una ciencia común europea previa al código europeo de Derecho privado.

En la formación de esa ciencia común europea se ha acudido al precedente del *Ius Commune*. Ello sería, quizás, caer en el error de pensar que el *Ius Commune* fue un Derecho europeo uniforme, cuando, en realidad, fue un Derecho subsidiario respecto a la variedad de los *iura propria* (en el área del *Civil Law*). En el ámbito jurídico del *Common Law*, el *Ius Commune* tenía un valor completamente diferente. De cualquier modo, no se trata de repetir la Historia, en todo caso, siempre irrepetible, sino de aprender de ella. Y es indudable que el sistema del *Ius Commune* armonizó, que no unificó, la ciencia del Derecho en Europa. Se trabajaba sobre unos mismos textos, se debatía sobre ellos, sobre sus implicaciones prácticas, con un lenguaje jurídico semejante del que participaban los juristas de todos los territorios europeos, pero desde perspectivas filosóficas y metodologías variadas que se iban superponiendo unas a otras.

Una importante diferencia, a mi modo de ver, con el pasado científico del *Ius Commune* es que aquellos juristas partían de unos textos dados, la Compilación justiniana. De los textos redescubiertos se pasó, lentamente, a la formación de una ciencia jurídica común. En la actualidad, esa ciencia común europea parece que debe nacer antes del texto, ya que no podemos partir de una obra jurídica común, como en tiempos lo fue la Compilación justiniana. Por ello, estimo que el recurso al *Ius Commune* no debe ser entendido como un referente que nos deba embelesar. Quizás, sea más próximo a la realidad observar el proceso codificador llevado a cabo en Alemania como “modelo” de actuación, con todas las salvedades a esta expresión, en la Europa contemporánea⁶⁸.

⁶⁸ “Las soluciones y las grandes figuras académicas del *ius commune* más reciente no son “autoridades históricas” para un Derecho civil europeo común actual. Pero pueden ser uno de los puntos de partida comunes para el entendimiento más allá de las fronteras de la experiencia jurídica nacional y para la búsqueda de soluciones conforme a las circunstancias de nuestro tiempo. Estas soluciones no deben negar tampoco las experiencias jurídicas nacionales y con ellas el moderno desarrollo jurídico de los últimos dos siglos, ni contemplarlos como simple “rocalla” que ha sido sepultada por la tradición jurídica común”, en SCHULZE, R., *De la aportación de la Historia del Derecho*, p. 1010.

Para llevar adelante este complejo plan de armonizar el Derecho privado europeo parece indispensable contar con el concurso las dos ciencias jurídicas: la Dogmática jurídica (o ciencia del Derecho que es) y la Historia del Derecho (o ciencia del Derecho que fue). Aparentemente, la diferencia entre una y otra sería de índole temporal, es decir, el carácter ahistórico/histórico de una y otra⁶⁹. Sin embargo, tales diferencias son, parafraseando a Zimmermann, evanescentes. La Historia del Derecho estudia el fenómeno jurídico atendiendo a la naturaleza cambiante del mismo, al carácter temporal que determina que el Derecho no sea estático y siempre idéntico...pero la Historia del Derecho no tiene que limitarse a contemplar el pasado y no tiene por qué considerar el tiempo presente (¡con lo difícil que resulta saber cuándo comienza y cuándo termina el presente!) como una barrera infranqueable⁷⁰. Y ello, desde la perspectiva jurídica, por una razón evidente: el Derecho vigente se constituye de una serie de términos, conceptos (*dogmas*) o instituciones que no nacen de la mente racional y lúcida del codificador decimonónico sin anclaje en la propia experiencia jurídica; por el contrario, ese legislador de los siglos XVIII-XIX se había nutrido de la tradición continental del *Civil Law*, de modo que las codificaciones de Derecho privado han empelado conceptos y han regulado instituciones con una profunda raíz histórica, como no podía ser de otra manera. Así pues, la Historia del Derecho es una ciencia jurídica que desde el pasado llega al presente porque todavía este presente no ha sido capaz -ni lo podrá ser- de crear una terminología o de introducir instituciones tan innovadoras que supongan una ruptura con el pretérito jurídico. Pero esta misma Historia del Derecho que contempla el Derecho pasado y presente como un elemento más de la realidad cultural de un pueblo, también ha de contribuir a la elaboración de un Derecho hacia el futuro, con la aportación de argumentaciones fundadas en la experiencia histórica que permitan adoptar con acierto nuevos planteamientos jurídicos en una realidad circundante diferente.

Desde esta posición personal, el papel que estimo debe desempeñar la Historia del Derecho en el plan de elaboración de un Derecho privado europeo,

⁶⁹ Vid., SANCHEZ-ARCILLA, J., *Historia del Derecho español. Manual Básico*, Zaragoza, 2001, pp. pp. 14-15.

⁷⁰ Recientemente, Javier Alvarado ha manifestado: "el objeto de la Historia del Derecho no es propiamente un Derecho no vigente. La vigencia o no del Derecho o de una institución no es un correcto elemento delimitador del objeto de nuestra disciplina", ALVARADO, J.M., "La Historia del Derecho ante el siglo XXI", *A.H.D.E.*, LXXI (2001), p. 681.

se plasme en un código o no, es de primer orden. Se resume en contribuir, con sus investigaciones, a forjar los cimientos de una sólida ciencia común europea. Para ello, ha de servirse de los métodos que tiene a su disposición: en primer lugar, el mencionado método dogmático, un instrumento más para comprender el fenómeno jurídico cambiante y que resulta imprescindible para la construcción conceptual y de la estructura de un moderno Derecho, inspirado en la tradición occidental que ofrece el Derecho romano, entendido, sobre todo, como el pensamiento de la jurisprudencia romana; en segundo lugar, el método histórico-jurídico del que la Historia del Derecho se nutre a partir, fundamentalmente, de los impulsos de Savigny; en tercer lugar, un método comparatístico que sirva para analizar las experiencias jurídicas de los diferentes ordenamientos occidentales reinterpretando las divergencias o negando el carácter de tales diferencias⁷¹.

Todo ello nos llevará a forjar la figura del nuevo jurista europeo conocedor de su entorno jurídico y comprensivo con la pluralidad⁷².

⁷¹ En esta línea del método histórico-comparatístico se centran los esfuerzos de notables autores italianos, como es el caso de Letizia Vacca quien afirmó: "Alla base della costruzione di un nuovo diritto europeo deve porsi un nuovo giurista europeo, un giurista cioè che crei una rinnovata scienza del diritto quale presupposto per una diversa consapevolezza del modo di essere del diritto europeo. Il giurista può servirsi a questo scopo del metodo storico-comparatistico, che consiste in una combinazione del metodo storico e del metodo comparatistico, nel senso la prospettiva storica potrà fornire all'analisi comparatistica la spiegazione delle differenze che essa ha riscontrate, costringendo il comparatista a reinterpretare le sue differenze, o persino a negare il loro carattere di differenze", en VACCA, L., "Diritto europeo e indagine storico comparatistica", en la Ponencia presentada en el curso de verano "Hacia un código europeo de contratos: perspectiva histórica y comparada" (Manuel J. García Garrido- Federico Fernández de Buján [dirs.] UNED, Pontevedra, 8-12 Julio, 2002).

⁷² Este nuevo jurista europeo será un fruto más de la armonización que de las enseñanzas superiores se pretende lograr en el seno de las Universidades europeas. Para ello se plantean los difíciles retos de la convergencia universitaria. En esta línea, se encuentran las Declaraciones ya mencionadas de la Sorbona y Bolonia, pero también la de Praga, de Mayo de 2001. En Febrero de 2003, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ha presentado un Documento-Marco bajo el título: *La integración del sistema universitario español en el espacio europeo de enseñanza superior*. Los desafíos a los que se enfrentarán las Universidades españolas en los años venideros y, en particular, nuestras Facultades de Derecho, son complejos pero apasionantes, y en ellos la intervención de todas las áreas científicas resulta imprescindible. Los días 18-19 de Septiembre de 2003, se celebró un encuentro en Berlín, de Ministros de Educación, en donde se siguió profundizando en estas materia, emplazando a una nueva reunión ministerial en Bergen (Noruega) en el año 2005.