

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN EUROPA

THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW IN EUROPE

SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO POLÍTICO. III. LAS BASES FILOSÓFICAS DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA Y EL MODELO DE EUROPA. IV. CONCLUSIÓN.

Summary: I. INTRODUCTION. II. UNIFICATION OF PRIVATE LAW AS A POLITICAL INSTRUMENT. III. PHILOSOPHICAL BASIS OF THE LEGAL INTEGRATION AND THE MODEL FOR EUROPE. IV. CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN

El siglo XX fue un siglo más – y no es el único – de la guerra en Europa. Una guerra de orígenes lejanos, que se inicia en el año 14, continua, más que se reanuda, en el 39, y perdura más allá del 45, larvada o enfriada, hasta la década de los noventa. La idea de la Unión Europea, hábilmente diseñada sobre un proceso de inicial integración económica es, ante todo y sobre todo, un instrumento de paz. La elaboración de un Código Civil Europeo o la unificación del Derecho privado europeo es una iniciativa fundada, en parte, en ese temor, como se deduce de las palabras de Lepaulle, escritas en la *Harvard Law Review* al final de la gran guerra: “Las divergencias legislativas causan otras divergencias que de forma inconsciente generan, poco a poco, esas incomprendiones y conflictos entre naciones que acaban con sangre y desolación”². El temor es, ciertamente, uno de los orígenes de la idea de unificación del Derecho en Europa. Pero, en nuestros días, los defensores de la unificación del Derecho privado en Europa no obedecen precisamente a este móvil pacifista, digno en todo caso, sino a otras razones muy diversas que impulsaron al Parlamento Europeo a dictar sendas Resoluciones iniciales en 1989 y 1994 “sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros”³: las necesidades de un mercado único y sin fronteras o, si se quiere, la “eficiencia económica y jurídica” bajo los imperativos de la globalización. La tendencia es inequívoca a la par que utópica. Pero ninguna utopía es irrealizable. De hecho, la realidad de la Unión Europea a principios del siglo XXI habría resultado más que utópica para sus fundadores. Y no cabe duda de que la idea de una unificación del Derecho privado en Europa cuenta no sólo con el respaldo del Parlamento y de otras Instituciones europeas, sino también con el apoyo mayoritario de académicos y juristas, como demuestra el simple dato de la creciente proliferación de revistas especializadas sobre Derecho privado europeo.

¹ Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada.

² *Harvard Law Review*, vol. 35 (1921-1922), p. 857.

³ DOCE C 158, de 26 de junio de 1989, pp. 400 y 401. DOCE C 295, de 25 de julio de 1994, pp. 518-519.

No voy a analizar con detalle los postulados jurídicos y económicos de la integración jurídica del Derecho privado europeo, ni las técnicas que se ofrecen a tal fin, ni los límites que se imponen desde diversos puntos de vista, que he tenido ocasión de desarrollar en varios trabajos⁴. Mi intención es resaltar, simplemente, algunas ideas-fuerza y algunos postulados filosóficos que se hallan detrás de la idea de la unificación jurídica, más allá de los prosaicos intereses que puedan estar en juego.

II. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO COMO INSTRUMENTO POLÍTICO

Cuando hace unos años se planteó en Europa la posibilidad de elaborar una “Constitución Europea”, finalmente descartada, el debate político se avivó sobremanera, y no fueron pocos los que pensaron que la propuesta iba a resultar contraproducente, por excesivamente audaz, provocando la prevención justificada de los Estados europeos. Así fue, en cierto modo, y finalmente la Constitución hubo de ser orillada y sustituida por una mera reforma del Tratado, convertida tras Lisboa, en Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En realidad, el debate en torno a la llamada Constitución Europea pone de relieve el escaso alcance jurídico de los planteamientos, y su vertiente más “psicológica”. La proyectada Constitución Europea no era más que una reforma de los Tratados, poco más o menos similar a lo que nos ha traído el Tratado de Lisboa con la Carta de Derechos Fundamentales, pero la cuestión radicaba en la nomenclatura. Dotarnos de una Constitución Europea, con independencia de su calificación jurídica, implicaba un elemento importante de identidad política del ciudadano europeo. Y las reservas provinieron más de tal pretensión que del alcance jurídico real de las reformas. Si algo ha demostrado la Unión Europea, sin embargo, es que el Derecho público es bastante más permeable a la unificación que el Derecho privado. El propio Reino Unido, considerado comúnmente como un Estado recalcitrante a la idea europea, se ha aprovechado del Derecho comunitario para construir un “Derecho administrativo” y un “Derecho público” inglés, necesitado de consistencia. La

⁴ Vid. *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002; “Las limitaciones técnico-jurídicas del Derecho privado comunitario”, en *Los derechos humanos: Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, Universidad de Granada, 2001, pp. 987-2001; “¿Hacia un Código civil europeo?”, en *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 381-405; “La unificación del Derecho privado europeo vista desde el Derecho internacional privado”, en *Derecho patrimonial europeo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 363-381; “Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea”, en *El Dret civil català en el context europeu (materials de les dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa (26 i 27 setembre 2002))*, Documenta Universitaria, Girona, 2003, pp. 239-265; “What Do We Mean when We Say ‘Folklore’? Cultural and Axiological Diversities as a Limit for a European Private Law”, *European Review of Private Law*, vol. 14, 2006/2, pp. 197-219; “¿Qué entendemos cuando hablamos de ‘folklore’? Diversidad cultural y axiológica como límite al Derecho privado europeo”, *Revista de Derecho privado y comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal editores, 2006-2, pp. 685-719; “Le droit européen et la création du droit”, *Les petites affiches*, 5 Juin 2007, pp. 8-15; “Vías y límites a la unificación del Derecho privado europeo: “soft law versus hard law” o “Comisión contra Parlamento”, en *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, pp. 377-405; y “La unificación del Derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea”, en *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 85-118.

propia Carta de Derechos Fundamentales es una muestra de las amplias posibilidades de consenso, que se traslada a una confianza notable en el ámbito de la interpretación del texto, amparado en último término en el peso de las tradiciones comunes.

Sorprende, pues, el hecho de que la elaboración de un Código civil europeo, más allá de los circunstanciales límites competenciales de la Unión Europea –siempre dispuesta, por otra parte, a superarlos–, se muestre mucho más compleja y comprometida que la elaboración de un cuerpo normativo en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, esta paradoja aparente se explica si se tiene debidamente en cuenta que, desde el punto de vista de la unidad política, el instrumento más fuerte de unificación no es una Carta de Derechos Fundamentales, ni siquiera una Constitución compartida, sino un Código civil. Y la historia lo acredita sobradamente. La discusión decimonónica entre Savigny y Thibaut era, ciertamente, una trifulca política. Napoleón utilizó el *Code* como un elemento clave de sus pretensiones políticas. Su propio lenguaje sencillo, que Stendhal recorría para contagiarse de su tono natural mientras escribía *La Chartreuse de Parme*, según su propia confesión epistolar a Honoré de Balzac, pretendía llegar de forma directa al ciudadano, sin la intermediación de sesudos juristas. Por su contenido, el *Code* alcanzaba a petrificar las conquistas sociales de la burguesía, pero por su alcance universalista buscaba un fin político que no era otro que, en primer término, la unificación de Francia, a través de la desaparición de las variedades lingüísticas y de las costumbres locales y territoriales. Y, de hecho, Francia habría de ser en el futuro un ejemplo claro de Estado unitario. La pretensión universalista fijaba sus miras en un segundo escalón que había de llevar a la unidad de Europa bajo los principios de la República Francesa, luego convertida en Imperio. Para emprender esta conquista Napoleón se sirvió de las bayonetas, pero no olvidó añadir el *Code* en los morrales de los soldados. De esta manera su influencia fue notable y se incorporó de una manera u otra no sólo a varios Estados europeos, de corte metropolitano, sino a sus propias colonias. La forma imperfecta en que a menudo se produjo esta incorporación o, simplemente, su omisión, acreditan históricamente su potencia como elemento de unificación política. En uno de los grandes Estados en liza, siempre resistente al predominio napoleónico, se impuso un modelo ajeno por tradición a la codificación y al Derecho escrito: Gran Bretaña seguiría siendo un cúmulo de viejos reinos y territorios, que contaba con elementos de unidad política y jurídica, representados por la Corona y la *House of Lords* como Tribunal Supremo, pero que admitía la diversidad de Derechos privados dentro de sus propias fronteras. Tal fue el caso asimismo de España, que asumió el Código civil napoleónico, pero no llegó a imponerlo más que como Derecho común, sin poder acabar con los derechos civiles forales o especiales. Casualmente, tanto el Reino Unido como España son dos de los países europeos en que la diversidad plantea problemas de identidad y unidad políticas; el tercero es Bélgica, donde la pluralidad viene dada de forma singular por la diversidad cultural vinculada especialmente a la variedad lingüística. Napoleón supo, desde luego, que la unidad de Francia dependía de superar esa doble diversidad en el ámbito del idioma y de los Derechos privados, y a pesar de la Restauración y los cambios políticos que se sucedieron, Francia siguió siendo hasta nuestros días un país firmemente unitario.

Incluso en plena era de la codificación, pensamientos ya positivistas como los de Ernest Moulin y Antoine de Saint-Joseph reclamaban la unificación de los Códigos civiles en Europa⁵. La posibilidad de que el Código civil europeo sea un instrumento político nunca ha pasado desapercibida⁶. Incluso la ciencia se puso al servicio de la política, y no a la inversa. Se ha afirmado, con motivo, que la propia pandectística alemana y la jurisprudencia de conceptos respondían en buena medida a las necesidades políticas que encerraba el proyecto de unificación jurídica en Alemania, que se llevó a cabo al grito de “*ein Volk, ein Reich, ein Recht*”, que recoge R. Zimmermann⁷. Además de esta oportunidad de unificación política que entraña un Código civil europeo, su promulgación desde las instancias comunitarias conlleva asimismo el riesgo de un déficit democrático, vinculado a la propia naturaleza gubernativa de los procesos legislativos y la lejanía del ciudadano. El Derecho privado europeo vendría a ser un Derecho de tecnócratas sin un sustrato cultural ni vinculación con los ciudadanos. En realidad, este riesgo no es distinto al riesgo de la codificación, que justificó su superación por una nueva “era de la descodificación” magistralmente descrita por N. Irti⁸. La descodificación ha propiciado una nueva cultura en la adopción de las leyes, que justifica la crisis de la codificación en los últimos decenios. Frente al centralismo del Código, la legislación tiende a especializarse, y en cada proceso legislativo existe una participación social de los grupos y colectivos afectados, ya sean las asociaciones de homosexuales, las organizaciones no gubernamentales, los comerciantes minoristas, las organizaciones religiosas o las empresas de telecomunicación⁹. Esta intervención del individuo y de los grupos se asienta en un claro principio democrático que se vería seriamente mermado por una codificación general del Derecho privado en instituciones lejanas del ciudadano. En definitiva, la codificación europea no sólo sacrifica un principio democrático, sino también la necesaria consideración de la actividad social como cultura, en un sentido amplio¹⁰.

Autores muy relevantes han evidenciado la falta de legitimidad con que se han venido gestando los textos del Derecho europeo de los contratos. En particular, es muy recomendable leer el “Manifiesto” del denominado “*Study Group on Social Justice in European Private Law*”¹¹, suscrito por autores de la talla de G. Alpa, M. Barcellona, M. Bussani, H. Collins, S. Grundmann, M. Hesselink, C. Joerges, D. Kennedy, U. Mattei, G. Teubner o T. Wilhelmsson, entre otros. El prestigio de estos autores debe bastar para

⁵ Cf., respectivamente, *Unité de législation civile en Europe*, París, 1865, y *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code de Napoléon*, París, 1856.

⁶ Especialmente, sobre las raíces ideológicas de la codificación y la incidencia de los valores conservadores *vid.* T. WILHELMSSON, “Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation”, *ERPL*, 2002/1, p. 84.

⁷ R. ZIMMERMANN, “El Derecho romano-holandés y su contribución al Derecho privado europeo”, en *Estudios de Derecho privado europeo*, Madrid, 2000, p. 109.

⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 2ª ed., Milán, 1986, esp. p. 38.

⁹ En el ámbito comunitario, e independientemente de sus inconvenientes, las Directivas han jugado este papel descodificador (*cf.* H. P. MANSEL, “Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit”, *JZ*, 1991, p. 532).

¹⁰ Cf. esta idea en H. COLLINS, “European Private Law and the Cultural Identity of States”, *ERPL*, 1995, pp. 363.

¹¹ “Social Justice in European Contract Law: a Manifiesto”, *ELJ*, vol. 10, nº 6, 2004, pp. 653-674.

considerar un planteamiento crítico de este calibre como algo más que puro folclore. El “Manifiesto” denuncia, precisamente, el talante “tecnócrata” con que se ha abordado la reglamentación uniforme de un Derecho contractual europeo, prácticamente inspirado en el único valor de la integración del mercado interior, y propone, con razón, la necesidad de abordar dicho proceso desde perspectivas muy distintas, que tengan en cuenta el papel del Derecho contractual como elemento redistributivo de la riqueza, como factor de justicia social. Respecto del Marco Común de Referencia en materia de contratos se dice abiertamente que se ha llevado a cabo por una élite de juristas asociados a poderosos intereses económicos y otros grupos de presión, mediante un proceso tecnocrático, sujeto a la influencia de las más poderosas fuerzas económicas.

El “Manifiesto” contiene, desde luego, una denuncia muy concreta acerca de la forma –poco democrática– de elaborar los textos uniformes del Derecho contractual europeo. Pero más allá de esta contingencia, que en buena parte es fácil compartir, de hecho la propia idea unificadora encierra una decisión de alto calado político, más allá de los intereses económicos de los grupos de presión. El Parlamento Europeo es consciente de la significación política de la unificación del Derecho privado europeo. En su *Resolución de 15 de noviembre de 2001*¹² subraya que “el debate sobre una armonización a gran escala del derecho civil básico de los Estados miembros es un tema delicado y con gran carga política”. En cierto modo, pues, resucita la polémica sobre la codificación en el siglo XIX, y la doctrina aparece dividida entre los partidarios de Savigny y los seguidores de Thibaut¹³. Frente al centralismo del código y a su fuerza centripetadora, el proceso legislativo experimenta la necesidad de una especialización centrifugadora, y en cada ámbito material concreto hay una participación activa de los grupos sociales y de los colectivos afectados¹⁴. Finalmente, la descodificación se separa del desprecio del conceptualismo universalista hacia las prácticas sociales y reivindica una vuelta a la interacción entre el Derecho privado y dichas prácticas sociales. Si se admite la importancia de los elementos culturales y axiológicos en dichas prácticas de las que se ocupa el Derecho privado, los vínculos entre el argumento relativo a la descodificación y el referido a la pluralidad cultural de los Derechos nacionales comparten un frente común contra el proyecto unificación europea, tal y como está concebido hoy en día. En este contexto deben enmarcarse las acusaciones del “Manifiesto” incidiendo en el déficit de legitimidad democrática de todo el proceso.

III. LAS BASES FILOSÓFICAS DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA Y EL MODELO DE EUROPA

¹² DOCE C 140 de 13 de junio de 2002, p. 538.

¹³ La analogía siempre está presente en la doctrina (cf. *ad.ex.* K. P. BERGER, “The Principles of European Contract Law and the Concept of the ‘Creeping Codification of Law’”, *ERPL*, 2001, p. 35; S. CÁMARA LAPUENTE, “Hacia un Código Civil europeo: ¿realidad o quimera?”, *La Ley*, año XX, núm. 4748, 5 de marzo de 1999, p. 1; O. REMIEN, “Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? – Legislative und gerechliche Wege”, *JZ*, 1995, p. 120; T. WILHELMSSON, *loc.cit.*, nota 6, p. 85).

¹⁴ Según H. P. MANSEL, las directivas comunitarias, a pesar de sus problemas, han cumplido esta función de descodificación en el marco del Derecho comunitario (cf. “Rechtsvergleichung und europäisches Rechtseinheit”, *JZ*, 1991, p. 532).

Ciertamente, las pretensiones políticas en un determinado período histórico son inseparables de las creencias y de los postulados filosóficos que animan a la sociedad en cada etapa de su evolución. Napoleón no fue fruto de su genio, sino de una época de profundos cambios, de tránsito hacia el Estado moderno a partir de la Ilustración, cuyo exponente filosófico más genuino son el universalismo y el pensamiento kantiano. Evidentemente, los planteamientos universalistas y modernos son propicios en la defensa de los procesos de integración política y jurídica, y en semejantes postulados creció el internacionalismo que caracterizó al siglo XIX. El siglo XX trajo consigo, descansando en igual medida en los principios positivistas y en la filosofía hegeliana, un nuevo auge de los principios nacionalistas que habían amparado las codificaciones nacionales, y un resurgimiento de la idea de “identidad nacional” vinculada, ciertamente, al concepto de Estado-Nación. La pretensión identitaria está presente, igualmente, en el pensamiento postmoderno, aunque sus raíces ideológicas sean muy diferentes a las que sustentaron los movimientos nacionalistas de la primera mitad del siglo XX. En la segunda mitad, el pensamiento postmoderno va a propiciar asimismo una negación de las ideas universalizadoras a favor de una convivencia –y aquí radica su peculiaridad- de la diversidad, de lo plural y de lo múltiple. Y este choque de conceptos (unidad/pluralidad, unificación/diversidad) proporciona el escenario filosófico elemental en que se discute la vocación de nuestro tiempo para la unificación del Derecho privado en Europa.

Traducido en términos técnicos, la propuesta de un Código civil europeo es, hoy por hoy, una propuesta jurídicamente incompatible con los principios del Derecho europeo. El principio de la identidad jurídica nacional activa el recurso al principio de proporcionalidad, y permite mantener con claridad la contrariedad de una unificación del Derecho privado europeo por la vía de un Código civil, solución que va mucho más allá de lo necesario, particularmente si lo que se pretende es un texto normativo que abarque por igual las situaciones internas y las transfronterizas. El daño que se produce a la identidad nacional es mucho mayor que el beneficio que se obtiene para el mercado único, máxime cuando estos objetivos que amparan la aproximación de legislaciones tienen a su disposición vías menos gravosas, y no siempre responden a situaciones de ineficiencia jurídica o económica reales. El descarte de una acción imperativa de la Unión Europea imponiendo un Código civil europeo no prejuzga la posibilidad de otras vías colaterales más realistas. En concreto, no debe descartarse la utilidad de técnicas de *soft law*, que promocionan la unificación progresiva sin forzarla. Por otra parte, negar la viabilidad jurídica de un Código civil europeo no prejuzga la bondad de proseguir la vía de la armonización sectorial, cuando resulte preciso para alcanzar o desarrollar una política comunitaria, y la jurisprudencia del TJUE puede seguir desempeñando su papel, vigilando que los Derechos privados nacionales se conformen con las exigencias históricamente crecientes de la consolidación del mercado único. Pero hacer de la eficiencia económica la excusa para eliminar las peculiaridades culturales de los Derechos nacionales refleja una cierta ética del capital y de la tecnología, anclado en una globalización moralmente deficiente, en un pseudocosmopolitismo ideológicamente en descrédito, que promete una estabilidad y seguridad ilusorias a un precio excesivamente alto. Se trata de un universalismo de nuevo cuño, una vuelta a la

modernidad, que sólo trata de sustituir a la diosa Razón por la diosa Economía. Un Derecho único es un instrumento político más para un pensamiento único, para la evicción de la pluralidad cultural, que acaba por “demonizar” y considerar reaccionaria y antieuropea cualquier postura contraria o simplemente reservada frente a la unificación jurídica. En cierto sentido, tiene razón P. Legrand al denunciar que en nuestros días solo se puede ser un buen europeo si se defiende la supresión de todo particularismo local. Cualquier manifestación de la mínima duda acerca del centralismo jurídico europeo o a favor de la pluralidad cultural se entiende como prueba de enemistad frente al proyecto común europeo. Y rescata P. Legrand las palabras gruesas de políticos de la talla de H. Kohl y otros defendiendo la integración europea como una cuestión de “guerra o paz” o como algo inevitable si no se quiere defender “Auschwitz”¹⁵. En la misma línea se pronuncia el “Manifestó” citado. Ciertamente, cabe una lectura conservadora de la defensa de la pluralidad cultural, ya evidenciada por J. Habermas, y una distorsión de las ideas postmodernas a favor de intereses conservadoras, pero -como bien señala el propio P. Legrand- los planteamientos postmodernos a favor de la pluralidad no pueden ser tachados sin más de conservadores, si se tiene en cuenta el pensamiento de T. Adorno, W. Benjamin, P. Bourdieu, G. Deleuze, J. Derrida, P. Goodrich, L. Irigaray, C. Mouffe, P. Rabinow, I.M. Young, G. Tarde, J. Garelli, C. Taylor, J.F. Lyotard o E. Jayme. A la postre, el europeísmo puede degenerar con facilidad en un nuevo nacionalismo excluyente: solo es cuestión de dimensiones geográficas, pero no de postulados espirituales. En contra, U. Mattei y A. Di Robilant sostienen la tesis, bastante curiosa, de que las filosofías que se gestan en los Estados Unidos con un talante indudablemente progresista, tal como los *Critical Legal Studies*, acaban convirtiéndose en conservadores y fascistas en su traducción europea, de forma que el mismo principio de identidad nacional que sirve en Estados Unidos para proteger a las minorías étnicas, sirve en Europa para exterminarlas o para justificar una política de inmigración restrictiva. En la defensa de su tesis, Mattei y Di Robilant llegan a meter en el mismo saco a Savigny, Nietzsche, Hitler y Karadzic¹⁶. No compartimos el planteamiento extremista ni de unos ni de otros. Para empezar, no creemos que haya diferencias notables entre las infames políticas europea y norteamericana contra la inmigración, las culturas minoritarias y el eje del mal. Ni puede decirse que la idea de la identidad cultural o nacional sea siempre buena o mala. Como todas las ideas, puede ponerse al servicio del bien (defensa de las culturas minoritarias) o del mal (nacionalismo). Lo único cierto es que en la integración del Derecho europeo a toda costa existe o puede existir un componente político contrario a la diversidad cultural, y también, por qué no, y aunque más raro, un deseo bienintencionado de superar los “nacionalismos”.

En cualquier caso, la idea de un Código civil europeo responde más bien a un concepto universalista y moderno que, extraído de su contexto histórico, fácilmente puede interpretarse como un síntoma de totalitarismo cultural, política e ideológicamente comprometido. Desde luego, la idea repugna a cualquier filosofía de talante

¹⁵ P. LEGRAND, “On the Unbearable Localness of the Law: Academic Fallacies and Unseasonable Observations”, *ERPL*, 2002/1, p. 66.

¹⁶ U. MATTEI y A. DI ROBILANT, “The Art and Science of Critical Scholarship. Post-modernism and International Style in the Legal Architecture of Europe”, *ERPL*, 2002/1, p. 41.

postmoderno, y no se compadece bien con la afirmación de la “Era de la Complejidad”¹⁷. No se antojan tampoco convincentes las tesis que defienden una incidencia menor de las diversidades culturales en el ámbito de los derechos patrimoniales, donde semejantes complejidades podrían verse reducidas en comparación con el mayor peso de los elementos culturales en el Derecho de familia. Tal afirmación únicamente cabe desde una perspectiva sumamente capciosa del Derecho contractual comparado, por poner un caso. En otros escritos nos hemos detenido a analizar la profunda raíz filosófica y política de las concepciones divergentes en materia contractual que separan al *civil law* del *common law*¹⁸. El elemento que caracteriza la peculiaridad del Derecho inglés en temas tan sensibles como la buena fe o la interpretación del contrato responde a una filosofía de partida marcadamente liberal, inspirada, incluso, en planteamientos darwinistas e individualistas que poco tienen que ver con las concepciones continentales en torno al contrato como factor social, incardinadas al contrario en una concepción “coordinada” del Derecho de los negocios, por emplear los término de G. Teubner¹⁹. Como mantiene el mismo autor, la idea de un Derecho privado europeo no ha digerido aún la posibilidad de “variantes del capitalismo”, la ausencia, en suma, de un único discurso o pensamiento compatible con los principios básicos del capitalismo. El hecho de que la Unión Europea participe de una Constitución Económica común o de un principio de libre mercado no justifica, a nuestro modo de ver, una unidad axiológica tras la diversidad cultural. Existen, sin duda, vías muy distintas de orientar un modelo político-social, como demuestran las propias tendencias políticas presentes en los Estados europeos. Y dichas diversidades ideológicas no sólo trascienden al ámbito del Derecho de familia o del Derecho penal, sino también a una determinada concepción del Derecho patrimonial o fiscal -como mecanismos de redistribución de bienes- al Derecho laboral o al Derecho societario. Este hecho se desvela constantemente. Así, la armonización del Derecho europeo de sociedades enfrenta a dos grandes modelos ideológicos de concebir las relaciones económicas: uno, abiertamente neoliberal, representado por el modelo anglosajón y la teoría de la constitución; el otro, más marcadamente social o intervencionista inspirado en la teoría de la sede²⁰. Y estas diferencias axiológicas, relevantes incluso cuando

¹⁷ A. J. ARNAUD concluye su obra sobre el pensamiento jurídico europeo con esta afirmación: “Elaboración de una Europa jurídica y postmodernismo van a la par. La racionalidad de una coincide con los principios de racionalidad del otro. La Europa jurídica no existirá más que si hace suyos el pluralismo y la complejidad que, desde su origen, fueron inscritos en su historia” (cf. *Pour une pensée juridique européenne*, París, Presses Universitaires de France, 1991, p. 300). La incorporación de grandes teorías del pensamiento filosófico y jurídico, como el postmodernismo o la *Critical Legal Theory*, a la explicación de las tendencias del Derecho privado europeo pueden producir a menudo más sombras y confusión que luces (vid. por ejemplo C.W. MARIS VAN SANDELINGENAMBACHT, “Legal Postism and the End of European Private Law (Duncan Kennedy’s Critique of Adjudication)”, *ERPL*, 2002/1, pp. 111-132). Aún así, sirven para enmarcar este proceso en una realidad más amplia y a apreciarlo con mejor perspectiva y distancia.

¹⁸ “La interpretación del contrato”, en *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y transnacional)*, Civitas/Thomson-Reuters, Madrid, 2009, pp. 443-488.

¹⁹ G. TEUBNER, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law ends up in New Divergences”, *The Europeanisation of Law (The Legal Effects of European Integration)*, Oxford, 2000, pp. 253-258.

²⁰ V. NEBLER, “Wettbewerb der Rechtsordnungen oder Europäisierung – Stand und Perspektive des europäischen Gesellschaftsrecht”, *ZfRV*, 2000/1, pp. 1 y 6.

incorporan puros matices, se presentan en cualquier ordenación jurídica de alcance patrimonial. En consecuencia, no conviene olvidar que, tras las divergencias de principios, existen también diferencias de valores y políticas y, sobre todo, una diferente percepción de la persona acerca de los valores y la moral en que se desenvuelve. Este contexto cultural desempeña una función esencial en la vida jurídica. H. Collins lo pone de relieve magistralmente acerca de las diferentes percepciones que existen en los diferentes Estados europeos acerca del margen de participación o juego de la jerarquía en las relaciones de los trabajadores y la dirección y gestión de una empresa²¹. Subraya además H. Collins que el siglo XIX, con sus postulados universalistas y conceptualistas y el desarrollo de la codificación, se produjo un divorcio entre el Derecho y las prácticas y usos comerciales que sólo pudo ser recuperado en el siglo XX, en un arduo proceso de descodificación²².

En suma, el Código civil europeo vendría a suponer un nuevo distanciamiento entre la cultura económica oficial armonizada y la realidad social de las prácticas comerciales. El Derecho privado no es ajeno a criterios de justicia esenciales: en el Derecho patrimonial, se dilucida un régimen concreto de justicia distributiva que exige decisiones esenciales acerca, por ejemplo, de la distinción entre *res intra* y *extra commercium*. Y, en el fondo, el juego de estos valores en el Derecho privado es fruto de una determinada cultura diferencial. ¿Cuál será el valor dominante y cuáles serán sacrificados por el nuevo Derecho europeo? ¿Con qué criterios se adoptará esa decisión?

IV. CONCLUSIÓN

Un Derecho común no sólo requiere una ley, unos principios y una mentalidad comunes, sino también, y esto es mucho más triste, un pensamiento y una cultura únicos. Por tanto, tampoco es de recibo defender la viabilidad de la unificación del Derecho de obligaciones por su neutralidad axiológica²³, por más que la contradicción axiológica sea mayor en sectores como el Derecho de familia. Afortunadamente, la eficiencia es una bandera excesivamente endeble para doblar la rica diversidad cultural europea, manifestada en distintos idiomas, pensamientos, mentalidades y valores, que se superponen incluso a una única ley. Para la consecución de un Derecho privado europeo el camino no pasa por negar la diversidad cultural y axiológica y su incidencia real. Exige reconocer esa pluralidad cultural y axiológica e implementar los instrumentos para minimizar sus efectos negativos en el mercado interior. Lo contrario, es decir, abandonar tales divergencias al terreno de lo folclórico, no sólo es injusto con la diversidad cultural, sino abiertamente ineficiente para conseguir los resultados de eficiencia económica y jurídica que debe pretender todo fenómeno de armonización o unificación jurídica. Semejante desprecio sólo tiene sentido si la unificación jurídica busca un resultado propiamente político, reservado a una determinada opción política

²¹ Cf. H. COLLINS, *loc.cit.*, nota 10, pp. 358-359.

²² *Ibid.*, pp. 360-361.

²³ *Ad ex.* K. D. KERAMEUS, "Problems of Drafting a European Civil Code", *ERPL*, 1997, p. 479.

que las codificaciones ya pusieron en práctica en el siglo XIX, pero prefiero pensar que se trata de una opción maquiavélica que no está en el pensamiento de los académicos.

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EN EUROPA

Resumen: este artículo analiza críticamente las implicaciones políticas y filosóficas de la unificación del Derecho privado en Europa. Las propuestas comunitarias no atienden únicamente a un fin económico, sino que buscan un fin político similar al pretendido en el proceso codificador del siglo XIX: la unidad política. En esta dirección, tratan de reproducir planteamientos filosóficos modernos o universalistas que se enfrentan a postulados postmodernos partidarios de la diversidad cultural y el pensamiento múltiple.

Palabras clave: Armonización jurídica. Codificación. Derecho privado europeo. Diversidad cultural. Postmodernismo. Unidad europea. Universalismo.

THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW IN EUROPE

Abstract: this article analyses, from a critical point of view, political and philosophical implications of private law unification in Europe. As well as an economic goal, European proposals try to achieve a political aim similar to that hoped by codification process during 20th century: political unity. Following this line, these proposals bring back modern or universalistic philosophical understandings, which confront postmodern theories that support cultural diversity and plural thoughts.

Keywords: Legal Harmonization. Codification. European Private Law. Cultural Diversity. Postmodernism. European Unity. Universalism.

Artículo recibido: 20.3.2011

Artículo aceptado: 15.9.2011