

www.ridrom.uclm.es
ISSN 1989-1970
ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

EL FUTURO CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS, ¿UNA NUEVA RECEPCIÓN?

Luis Mariano Robles Velasco
Prof. Dr. de Derecho Romano
Universidad de Granada
lmrobles@ugr.es

I. INTRODUCCIÓN.-

Decía José Luís DE LOS MOZOS¹ que "La idea que ha acompañado durante los últimos 1.000 años a la historia europea es la restauración del Imperio Romano de Occidente".

¹Sobre esta materia DE LOS MOZOS, "El Derecho Común y el nacimiento de Europa", RCDI (68) 613, pp. 2523-2534. DE LOS MOZOS. "El SISTEMA DE COMMON LAW" desde la perspectiva jurídica española, RDP, abril 1983.

del Imperio romano); en el siglo XII, cuando el derecho romano era la *ratio scripta*; en el Renacimiento, incluso en la Codificación.

Pero en la actualidad, como decía VAN CAENEGEM⁴, que “Los europeos actuales viven bajo sistemas jurídicos nacionales que se encuentran casi invariablemente codificados. Los franceses viven bajo el *Code civil*, los alemanes bajo el *Bürgerliches Gesetzbuch*, salvo los ingleses con su propio *Common Law* o Derecho común no codificado. Y Hace pocos años los holandeses consiguieron un flamante código civil nuevo que reemplazó al de 1838”.

Es cierto, que en el pasado no se pudo entender la *Europa de la Edad Media* y de la Edad Moderna sin referirnos a dos sistemas jurídicos supranacionales como eran el Derecho de la Iglesia (*Ius Cannonici*) y el Derecho Romano que se explicaba en las Universidades, más conocido como Derecho común escrito o *Ius Commune*. Paradójicamente, esto hizo que durante siglos fuese impensable que cada país tuviera su propio Derecho estrictamente nacional. Y esto se puede constatar mostrando algunas paradojas del carácter transnacional del Derecho de la vieja Europa, algunas de las cuales ofrecen

⁴ VAN CAENEGEM, R.C., “PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO. Dos milenios de unidad y diversidad”, Ed. Thomson, Civitas, Madrid 2003. P. 13 y ss.

agudas contradicciones, y algunos otros casos son sumamente exóticos.

1. EL CASO INGLÉS.

La primera paradoja es el origen continental del Derecho común inglés: a primera vista, nadie podría negar que el *Common Law* ha sido desarrollado a través de los siglos como un fenómeno particularmente inglés. Sin embargo, la historia demuestra que en su origen era un Derecho feudal administrado por los tribunales reales ingleses del Rey Enrique II⁵... Solo que este Derecho feudal había sido importado a Inglaterra por los conquistadores normandos desde el continente donde se había desarrollado desde los días de Carlomagno. Podemos acudir aquí a las autorizadas palabras de MAITLAND: «*El Derecho que prevaleció en Inglaterra en el final del siglo XII, especialmente en el campo del Derecho privado, era en algún sentido algo muy francés. Era un Derecho pensado por hombres que hablaban en francés, muchos de ellos de raza francesa, si bien*

⁵ El Derecho administrado por los tribunales de Enrique II fue un Derecho anglo-normando, compartido por el Ducado de Normandía y el Reino de Inglaterra, y formó la base jurídica de la riqueza territorial de la clase nobiliaria que gobernaba a ambos lados del Canal bajo su común Rey-Duque. VAN CAENEGEM, R.C., "PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO. Dos milenios de unidad y diversidad", Ed. Thompson, Civitas, Madrid 2003, p. 13.

algunos habían empezado ya a considerarse a sí mismos como ingleses. En algunos aspectos es muy similar al que prevaleció en Francia ⁶».

2. EL CASO FRANCÉS.

La segunda paradoja es que el Derecho francés, y en particular el *Códe Civil* de 1804, estuvieron profundamente influenciados por el Derecho germánico y por el Derecho consuetudinario feudal. Cuando los francos y los demás pueblos germánicos se establecieron en las viejas tierras del norte de la Galia romana, llevaban consigo su propio Derecho consuetudinario, cuyo vestigio más famoso es la *Ley Sállica*. De manera que, dos terceras partes del norte de Francia estuvieron regidas, no por el Derecho romano de la antigua Galia, sino un Derecho consuetudinario en origen germánico, y sólo en otra tercera parte, al sur del reino, sobrevivió el antiguo Derecho romano. Estas dos partes de Francia son conocidas respectivamente como *le pays de droit coutumier* y *le pays de droit écrit*, en razón esto último a que el Derecho romano estaba escrito y las costumbres no.

⁶ VAN CAENEGEM, R.C., "PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO. Op. Cit.,

Cambridge University Library, Add. Ms. 6987, f. 124, citado por J. HUDSON: «Maitland and Anglo-Norman law», 28 en J. HUDSON (ed.): The history of English law. Centenary essays on «Pollock and Maitland» (Oxford, 1996, Proceedings of the British Academy, 89).

Esto nos aclara el porqué en el *Códe* las obligaciones y los contratos se basaron en el Derecho romano, mientras las instituciones de la familia y propiedad tienen influencias del Derecho germánico y del derecho consuetudinario feudal.

3. EL CASO ALEMÁN.

La tercera paradoja concierne al *carácter romano* del Código civil alemán de 1900. Lo lógico sería pensar que si las costumbres germánicas habían sobrevivido en el norte de la Galia, deberían haberse impuesto totalmente en Alemania, desde el Rin al Danubio, territorios que habían quedado fuera del Imperio romano.

Si la historia fuera lógica, el Derecho civil alemán debiera haber sido germánico al igual que el Derecho civil francés debiera haber sido romano. Pero la historia no siempre sigue los dictados de la lógica. Pues bien, por extraño que pueda parecer lo cierto es que es un hecho incontrovertible que el *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* está profundamente marcado por el Derecho romano aunque su lengua sea lógicamente, el alemán.

Así, cuando Alemania se decidió a establecer un Derecho común (*gemeines Rech*), al final se inclinó por el legado de la Roma imperial y por un derecho que fue conocido como

Kaiserrecht, el cual puso en conexión al naciente imperio alemán con las glorias de la antigüedad⁷.

4. EL CASO DE JAPÓN.

Curiosamente el derecho romano tuvo una gran influencia en Japón, donde en el curso de la revolución *Meiji*, que pretendía la modernización del imperio japonés al modo occidental, nombró una comisión de estudio del Derecho civil europeo para su codificación. Dicha comisión fue enviada a distintos países europeos entre ellos en España⁸, Francia y Alemania.

⁷ La *Rezeption* fue ordenada por los Estados Alemanes y se estableció en 1495 un nuevo Tribunal Supremo, el *Reichskammergericht* para complementar supervisar este transcendental «transplante jurídico». La mitad de los jueces iban a ser juristas expertos, graduados en Derecho romano y la otra mitad caballeros, pero a mediados del siglo XVI se exige que todos tuvieran una licenciatura en derecho. Desde el siglo XVI este sistema extranjero «recibido» fue la base de la enseñanza del Derecho en Alemania y su gran triunfo advino cuando en 1896 el Parlamento del Imperio alemán promulgó un Código civil que era fundamentalmente de base romana y profesoral. VAN CAENEGEM, R.C., “PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO. *Op. Cit.*, , p. 15

⁸ Esta Comisión toma contacto con García Goyena en 1851 -antecedentes del CC. español- y posteriormente con el código prusiano de 1870, que fue traducido al japonés, precedente del BGB en 1900, que entró en vigor antes que el propio código alemán.

En un primer momento acudió a Inglaterra, por aquél momento primera potencia mundial, solo que la inexistencia de un *Código civil inglés* fue un obstáculo insuperable. Los japoneses dirigieron entonces su atención a España y a Francia que aun eran potencias coloniales con grandes éxitos y en el caso de Francia, además, estaba dotada de un famoso Código civil. Se hicieron preparativos para la adopción del Código napoleónico, e incluso el Profesor Boissonnade fue al Japón a preparar el camino⁹.

Sin embargo, los sucesos políticos y militares posteriores, concretamente la derrota de los franceses a manos de Bismarck en 1870 sugirió a los japoneses —en pura lógica— que el Derecho alemán debía ser superior al francés, toda vez que *las armas alemanas habían batido a las francesas*.

Esta fue la causa de la decisión japonesa de adoptó el *BGB (Bürgerliches Gesetzbuch)*, dos años antes de su promulgación en Alemania, pues su publicación ya había sido dada a conocer con anterioridad, debido a que la

⁹ Los estudiantes de la vieja Facultad de Derecho de París, cerca del Panteón, pueden recordar sus esfuerzos por un busto del gran jurista, que está situado en el primer piso, con dos inscripciones, de las cuales una reza “E. Boissonnade. Conseiller légiste accrédité du gouvernement japonais et professeur à l' Université Impériale de Tokio 1873-1895 » y la otra « Au Professeur E. Boissonnade Hommages des Japonais reconnaissants Paris 1934 ». VAN CAENEGEM, R.C., “PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO...”, *op. Cit.*, p. 16

modernización del Japón era claramente un asunto urgente en el país del sol naciente.

De manera que, la obra jurídica de Justiniano realizada en el siglo VI, se convirtió primero en el libro de texto de las universidades medievales europeas, siglos después fue el Derecho de la Alemania moderna y con el paso del tiempo, se convirtió en el Derecho del Japón¹⁰ del siglo XX. Pero todavía veremos un caso aún más paradójico.

5. EL CASO DE LA INDIA¹¹.-

Según JAMES Mc.CAFFERY, en 1817, Mr. DART W.K., un americano de Nueva York, tomó parte en la redacción de un proyecto privado de código civil o código de procedimiento civil basado en *las leyes españolas*, las cuales a su vez se basaban en parte en el *Derecho romano*. Fracasó en su

¹⁰ VAN CAENEGEM, R.C., "PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO...", op. Cit., p. 17, n. 4: Algunos trabajos recientes sobre el Código japonés son: F. B. VERWAIJEN: *Early reception of western legal thought in Japan 1841-1868* (Leiden, 1991 Tesis Doctoral); ISHIJ SHIRO: «The reception of the occidental systems by the Japanese legal system», en M. DOUCET y J. VANDERLINDEN (eds.): *La Réception des systéms juridiques: implantation et destin. Textes...colloque...1992* (Brussels, 1994), 239-66.

¹¹JAMES MANUS MC.CAFFERY. NEW ORLEÁNS (LUISIANA), "La influencia de las leyes mas lejanas en los ordenamiento mas dispares" RDP, ABRIL 1987.

intento de colocarlo en Nueva York, aunque fue adoptado por el Estado de Luisiana.

A todo esto, el celebre aventurero E. LIVINGSTON, mandó una copia del texto al famoso filósofo utilitarista JEREMY BENTHAM, el cual a su vez mandó otra a Lord MC.CAULEY -coronel inglés al mando de un regimiento-, que estaba a punto de irse a la India. Éste último, usó de esta obra como base del Código de la India, sin duda pensando que era lógico (con *lógica inglesa*) que así fuese, puesto que según sus palabras *"lo que se había preparado para usarlo en favor de la población indígena del Misisipí, nada mejor que destinarlo a figurar como estructura jurídica para los "Indios" del Ganges y del Hoogley"*.

II. UNA VISTA AL PASADO PARA VISLUMBRAR EL FUTURO: ¿HACIA DONDE VAMOS?

a) LA CODIFICACIÓN COMO RECEPCIÓN.

1. Como acabamos de ver, ALEMANIA emprendió una aventura al adoptar el Derecho romano. Se abandonaron seculares costumbres respetables que habían producido sesudos análisis profesoraes sustituyéndolo por el *ius commune* de las universidades¹². Esta idea que ya había tenido su antecedente en el medioevo cuando los distintos príncipes formularon su deseo de olvidar el derecho medieval por los

¹² VAN CAENEGEM, R.C., *"PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO, op. Cit., p. 18.*

consilia de Baldo y Bartolo, lo que podría explicar las circunstancias de la *Rezeption* alemana del siglo XVI y el establecimiento del *Kaiserrecht* lo que preparó el camino a la llegada en el siglo XIX del *Pandektenrecht*, con lo cual el Derecho romano sobre la base del Digesto de Justiniano o *Pandectas*, y desarrollado por los profesores alemanes acabó transformándose en su propio Código Civil¹³.

2. En FRANCIA, al menos hasta el siglo XVII, la gente pensaba que «*el viejo Derecho era el buen Derecho*», pero la llegada de la Ilustración y la confianza en el progreso cambiaron los viejos esquemas, con lo cual el Derecho antiguo vino a ser sinónimo de mal Derecho y por tanto tenía que ser abolido. Entre ellos, el Derecho romano que fue abolido junto con las demás fuentes del antiguo régimen.

Y esto es lo que la Revolución procedió a hacer y con ella, Napoleón como hijo de ésta llevó a cabo la publicación de varios Códigos, el más importante de los cuales fue el Código Civil de 1804. Con el nuevo *Code*, los juristas del siglo

¹³ El *Bürgerliches Gesetzbuch für das Kbnigreich Sachsen* fue la última gran codificación europea antes del Código alemán de 1896/1900. Fue promulgado en 1863 y substituido en general por el Código pangermánico. Se basó en el erudito *Gemeine Recht*, combinado con materiales tradicionales sajones. por lo general se le consideró como un texto importante y dio lugar a considerables comentarios y muy autorizadas sentencias.

XIX no tuvieron especiales escrúpulos para citarlo en sus sentencias o incluso para demostrar un completo conocimiento del Derecho Justiniano que por supuesto, continuó enseñándose en las universidades¹⁴.

3. En INGLATERRA, casi es un lugar común decir que la historia del Derecho inglés es un tipo ideal de tradicionalismo y de ininterrumpida continuidad¹⁵. De hecho, la mayor parte de los libros jurídicos ingleses contienen una lista de casos y una serie de estatutos que arrancan de varios siglos atrás sin ningún corte visible¹⁶.

En su formación histórica, el Derecho Inglés presenta caracteres propios y específicos que le diferencian de los derechos continentales de tradición romanística, según

¹⁴ Véase el detallado examen de H. KOOIKER: «*Lex scripta abrogata. De derde Renaissance van het Romeinse recht. Een onderzoek naar de doorwerking van het oude recht na de invoering van civielrechtelijke codificaties in het begin van de negentiende eeuw, I: De uitwendige ontwikkeling*» (Nijmegen, 1996, Tesis doctoral). Se refiere a Francia y los Países Bajos.

¹⁵ VAN CAENEGEM, R.C., "PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO, *op. Cit.*, p. 20.

¹⁶ La más comprensiva y enciclopédica historia del Derecho inglés fue acometida por Sir William SEARLE HOLDSWORTH (+ 1944), que fue profesor de Oxford y miembro del All Souls Collage, con su *History of English law* (London, 1903-72, 17 vols., algunos póstumos).

García Garrido¹⁷, en donde se contraponen un derecho legal o legislado, el *statute law*, y un derecho jurisprudencial, o *common law*¹⁸.

Por tanto, para comprender el derecho inglés, y por ende el derecho americano de buena parte de los Estados del Norte, hay que conectar con la evolución del *common law* anglosajón y engarzarlo con las luchas entre la corona y la nobleza británica¹⁹, es decir entre un *derecho feudal* y un *derecho romanizado*, ya que no cabe desconocer por otra parte, que algunos monarcas ingleses prohibieron el Derecho Romano²⁰ por tratar de mantener las prerrogativas de la corona inglesa, teniendo que acceder en distintas actas al reconocimiento de los derechos individuales.

¹⁷ GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano, Casos, Acciones e Instituciones*, Madrid 2003, pp. 56 ss.

¹⁸ Sobre la formación histórica del Derecho Inglés, se puede citar la siguiente bibliografía: PLUCKNETT, *A Concise history of the Common Law*, London 1956; MILSON, *Historical foundations of the Common Law*, London 1969; PATON, *A textbook of Jurisprudence*, Oxford 1972; CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese, le fonti*, Milano 1981; PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona S.f. CANNATA-GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I y II, Torino 1984.

¹⁹H. POTTER, *Historical introduction to English Law*, LONDON 1958.

²⁰ CAMACHO EVANGELISTA, F., *Historia del Derecho Romano y su recepción en Europa*, Granada 1994, p. 397 ss.

En INGLATERRA²¹, el llamado derecho inglés sea particular o regio descansa sobre la base del *ius commune* (o *common law*), en cuyo conocimiento se habían formado los juristas ingleses. En la práctica, el derecho inglés es un derecho que pone en juego un *sistema flexible*, mas orientado al *casuismo práctico* que a una realidad "legal" o la aplicación estricta de la norma codificada y técnica. Ello sin olvidar, que la propia elaboración y preparación jurídica anglosajona es eminentemente casuística, tomada de los casos que la realidad proporciona. Según DE LOS MOZOS, "El sistema del *Common Law* es un prototipo de un sistema de derecho judicial, o mejor, de *derecho jurisprudencial*. Es el mismo sistema del Derecho Romano clásico, o al menos de los sistemas surgidos en la Europa Occidental con la *recepción*, los cuales también fueron sistemas de derecho jurisprudencial²²". Incluso en algunas materias se pueden encontrar similitudes entre el derecho romano y el sistema del *common law*. Así:

1. *En materia de procedimiento civil*, romanistas como Buckland, Mc Nair²³, Clark, Peter, Pringsheim, o procesalistas como Gorla destacan el paralelismo entre el procedimiento romano, y el procedimiento inglés: a) *Fase de la "Interrogatio in*

²¹H. POTTER, *Historical introduction to English Law*, op. cit., .

²² DE LOS MOZOS, J.L., "El sistema del COMMON LAW desde la perspectiva jurídica española", *RDP*, ABRIL 1983, p. 323.

²³ Mc NAIR, A.D., "Roman Law and Common Law", 2ª ed. Cambridge 1952.

iure" es equivalente al "Pre-Trial" (fase de *encuestas* o fase previa). Se trata de una fase donde la averiguación y descubrimiento de los hechos, se lleva a cabo por el procedimiento de interrogatorios o encuestas (*discovery by interrogatories*), a diferencia de el descubrimiento por los hechos, que en el sistema sajón es *Discovery of facts* (los hechos son los que hablan). b) *Fase in iure*, es equivalente a la *Issue Making Stage* en el sistema procesal inglés. c) *Fase apud iudicem o in iudicio*, es equivalente al *Trial* o juicio propiamente dicho.

1. *Apreciación de la prueba testifical*. En nuestro derecho, a igual que en el derecho canónico, para poder ser utilizados los testigos como medio de prueba, han de coincidir en su declaración al menos dos testigos, ya que rige se rige por el principio *Testis unum testis nullum* [testigo único, testigo nulo].

En cambio en el Derecho Romano, la apreciación de la prueba testifical lo es por la sinceridad o calidad que ofrecen los testigos, mas que por el número de los mismos, como en el Derecho Inglés, según la regla *In ore duorum vel trium state veritas* [En lo dicho por dos, la verdad la establece un tercero].

En ello, el proceso inglés es similar al romano clásico, ya que tanto en uno como en otro sistema, un solo testigo -*testigo de cargo* o *Witness of testimony*- basta para fijar la

validez de la declaración, a igual que a la inversa un solo testigo puede eximir de los cargos *-testigo de descargo-*.

Así ocurría en el Derecho Romano, como se demuestra en D.22.5.21.3: *non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniarum fidem*. [El valor de la prueba testifical lo es por ella misma en razón de la sinceridad de los testigos y no por el número de ellos]. Ya que pueden concurrir varios testigos, pero si todos mienten se invalidaría la declaración. De esta manera, en el Derecho Inglés, la veracidad de la declaración de los testigos o consideración de testigo cualificado requiere de un examen previo de su *idoneidad* o su apreciación por el jurado (a igual que ocurre para la elección de los miembros del jurado).

2. *La ambivalencia que en el Derecho Romano se da entre el Ius Honorarium y el Ius Civile, se puede encontrar en el Derecho Inglés, entre la Equity y el Common Law, a igual que sucede con las figuras del Praetor romano y el Chancelot Inglés.*

Bien ¿Qué deducimos de todo ello?

El término «Derecho común» (*Ius Commune, Droit Commun, Gemeines Recht*) se usa en muchos sentidos y no siempre significa lo mismo, según el país de que se trate. El Derecho común inglés (*Common law*) fue llamado así porque era común a toda Inglaterra, en contraste con las costumbres locales y el *Statute Law*.

El *Ius Commune* en el periodo comprendido entre los siglos XII y XVIII se llamó así porque era el derecho común en la enseñanza de la mayoría de las Universidades europeas.

Gemeines Recht fue el nombre dado en Alemania, después de la *Rezeption* al Derecho erudito común de Alemania basado en el *Ius commune*.

En Francia, *Droit Commun* se usa algunas veces en el ámbito civil en contraste con el ámbito político o público, a igual que en España, la expresión de *derecho civil común* significaba que era el derecho aplicable para toda la nación, frente al *derecho foral*, en un intento de superar las diversidades regionales existentes.

Hechas estas precisiones, el *Ius Commune* o Derecho supranacional *por excelencia* fue, desde luego, el derecho romano, sobre la base de la obra jurídica del emperador Justiniano, que llegó a ser conocido como el *Corpus Iuris Civilis*. Y como el *Corpus* estaba en latín, en latín se escribieron los comentarios posteriores, textos, y enseñanzas. Como el latín era la lengua hablada y escrita de los profesores en toda la Europa occidental, este renacido Derecho romano se convirtió en el *Derecho común de todos los juristas* sin la interferencia de las fronteras nacionales.

II. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?

En los momentos actuales, en que mucha gente habla de un posible y futuro Estado Europeo, es digno de destacar que el primer experimento en esa línea fue el *Ius Commune*. Uno de los atractivos del Derecho romano fue precisamente su cosmopolitismo, en la medida en que era enseñado de un modo similar usando los mismos libros de texto y en la misma lengua latina, en la mayoría de las universidades occidentales con profesores y estudiantes de todos los países.

Los europeos ahora podemos hablar de la *Comisión Europea*, del *Parlamento Europeo* o de los *Tribunales Europeos de Luxemburgo y Estrasburgo*, lo que da a entender que los sistemas nacionales son algo local, y tal vez, en vías de desaparición para siempre.

En teoría, una nueva reunificación europea del Derecho privado – un nuevo *Ius Commune* - no debiera resultar demasiado difícil de conseguir. Es verdad, que se han llevado a cabo esfuerzos y contamos con avanzados proyectos que se han realizado ya, o están en vía de hacerlo en distintos ámbitos, fundamentalmente, como es el caso de la comisión LANDO, en el Derecho de obligaciones²⁴, que por cierto, se basa en el Derecho romano en muchos aspectos esenciales.

²⁴ Nos referimos a los *Principles of European contract law* de OLE LANDO (1995) y también a los *Unidroit principles for international commercial contracts* (1994-5). También se pueden citar varios libros de casos europeos basados sobre las sentencias del Tribunal de Luxemburgo que están

El gran bloque de rechazo es desde luego -¡Cómo no!- el Derecho común inglés, *no-romano* y *no-codificado*.

Los intentos comenzaron, en 1992 con DE WITTE y FORDER, que editaron, bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht -ciudad importante en la historia de la unificación europea- un trabajo en inglés y francés titulado «*The common law of Europe and the future of legal education. Le Droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*»²⁵. Se pensaba en aquel momento, que el advenimiento de este Derecho europeo era tan inminente, que la cuestión a debatir pasó a ser la de cómo organizar la

siendo preparados por W. VAN GERVEN. Especialmente las *Draft rules on civil procedure* del grupo de trabajo de Storme, Ver M. STORME (ed.), *Rapprochement du droitjudiciaire de l' Union européenne. Approximation ofjudiciary law in the European Union* (Dordrecht, Boston, London, 1994). Este volumen contiene las propuestas de la Comisión de Derecho procesal europeo, fundada en 1984 bajo la presidencia de Storme. Los resultados fueron presentados a la Comisión Europea en 1993 (ver sobre ello las consideraciones críticas de H. ROTH, en *Zeitschriftfür Europaisches Privatrecht* [19971,567-72). Existen dos resoluciones, de 1989 y 1994, adoptadas por el Parlamento Europeo a favor de la unificación del Derecho privado europeo. Cit. Por Van CAENEGEM, Op. Cit. , p. 38.

²⁵ El tono general del volumen estaba dado por el título del artículo de T. KOOPMANS «*Hacia un nuevo ius commune*», *Deventer*, 1992.

que el Derecho inglés no es el cuerpo extraño y duro que con frecuencia se cree que es²⁸ y tratando de tranquilizar a sus lectores sobre el supuesto carácter estafalario del Derecho inglés. ZIMMERMANN continuó en los dos años siguientes apuntando sobre la forma en que la «*unidad europea*» podría llegar y asignando en este proyecto el mayor papel al Derecho romano²⁹.

1. LAS DUDAS Y TROPIEZOS.

1. En posiciones contrarias, en 1997 R. DE GROOT³⁰ publicó un interesante editorial sobre un con el título

²⁸ Un eco similar se puede recientemente escuchar en una investigación sobre las formas del proceso en el Derecho civil y en el Derecho común y los recientes pasos dados hacia la armonización del Derecho procesal en la Unión Europea. También aquí podemos encontrar que el Derecho procesal anglo-escocés no es tan diferente del continental como considera la mitología común. (J. M. J. CHORUS: «*Civilian elements in European civil procedure*», *Aberdeen Quincentenary Essays*, Aberdeen, 1997, (p.295-305).

²⁹ Vid. sus artículos: ZIMMERMANN, *Derecho romano y unidad jurídica y europea y Civil code y civil law*, así como *La Europeización del Derecho privado en la Comunidad Europea y la reemergencia de la ciencia jurídica europea*, En el *Columbia Journal of European Law* 1(1994/5), p.63-105.

³⁰ En un simposio celebrado en La Haya el 28 de febrero de 1997.

derecho europeo³⁴ trató de construir puente entre las dos escuelas de pensamiento. Básicamente, estudiaba el progreso hacia la unificación sobre la base del Derecho casos del *Tribunal Europeo de Justicia*, indicando al mismo tiempo, que en sus decisiones ha jugado un papel muy importante en el complejo de reglas europeas comunes, con frecuencia de base romana³⁵, las cuales nunca ha perdido su validez.

En otras palabras, el *Derecho romano* tiene no sólo un interés simplemente histórico, sino que para muchos juristas representa un grado superior de perfección. Consiguientemente, LUIG habla a favor del uso del Derecho

³⁴ K. LUIG: «*The history of Roman private law and the unification of European law*», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 5 (1997), 405-27.

³⁵ En la actualidad, sobre *el problema de las sociedades de un único socio*, las Directivas Comunitarias de 13 y 14 de noviembre de 1985 lo admitieron, al principio como una situación temporal, en tanto se producía la restauración de la pluralidad societaria, precisamente en base a los textos romanos, citando el texto de ULPIANO, libro X, *ad Edictum*. D. 3,4,7,2.: *In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert utrum omnes idem. Maneant an pars maneat vel omnes inmutati sint. Sed si universitas ad unum. Redit magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in. Unun reciderit et stet nomen universitatis.*

[Respecto de los decuriones o de otras universalidades, nada influye que permanezcan todos los mismos, o una parte, o que todos hayan mudado. Incluso si la corporación se redujo a uno, se admite como lo mejor que éste puede demandar y ser demandado, puesto que el derecho de todos habrá recaído en uno solo y subsistirá la denominación de universalidad].

el C.C. español tampoco lo recoge como tal, aunque parecen aludir a él algunos de sus preceptos.

III. ¿QUÉ ES LO QUE TENEMOS?

Es claro que existe una única Europa económica, basada en los Tratados, en las Directivas y en un muy extenso ya Derecho de Casos. Sin embargo, este Derecho se ocupa solamente de temas muy particulares y muy separados que solo se toman en consideración cuando están en directa conexión con los problemas económicos de la Unión Europea.

Un *Código civil Europeo* no parece realista, se ha dicho por algunas voces autorizadas, como VAN CAENEGEM, entre otras razones por la innata aversión inglesa hacia la *codificación*. Y aunque los juristas ingleses estudiaron Derecho romano, lo cierto es que permanecieron leales a sus propias tradiciones, *“a igual que algunos famosos filólogos alemanes que fueron autoridades mundiales en lengua francesa, pero siguieron hablando alemán”*⁴⁰.

³⁹ Los CÓDIGOS CIVILES de origen latino o romanístico, como el español o el francés por regla general no se ocupan de los hechos ni de los negocios jurídicos (el Código Civil español lo sustituye por la palabra *acto*, siendo el país más reticente a la categoría de los negocios jurídicos. De hecho ZACHARIAE sustituyó el termino *affaire juridique* por el de *acte juridique* (como mala traducción de *negocio jurídico*).

⁴⁰ VAN CAENEGEM, R.C., *PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO...* op. cit., p. 45. *“De hecho, los juristas del Benelux subrayan con*

Pero hay algo más: la *voluntad política* y el *poder político y económico* son esenciales para lograr que el trabajo de los juristas alcance el éxito. En este sentido mucho tiene que ver el itinerante camino de la *Constitución Europea*. Como decía MANGAS MARTÍN⁴¹ (ARACELI MANGAS MARTÍN es Catedrática de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca): “*Lo confuso es cómo ha sido bautizada: “Constitución para Europa”. No es una Constitución, ni es para toda Europa. Es un Tratado internacional y la UE una Organización Internacional singular. Pero por su finalidad y estructura es una Constitución material en el sentido de ser las reglas fundamentales de convivencia entre ciudadanos y Estados soberanos e independientes. Pero es un niño (un Tratado). Con nombre de niña (Constitución)”*.”

Como decía VAN CAENEGEM: “cuando miro al presente soy pesimista, pero cuando miro al pasado soy optimista”. Y lo cierto es que existen puntos en común:

-Idénticos valores democráticos, vida parlamentaria, independencia judicial, régimen de libertades públicas, garantías del procedimiento, reconocimiento de la propiedad privada, reconocimiento de la autonomía de la

tristeza que décadas de esfuerzos para unificar el Derecho de esos tres países han dado éxitos muy limitados. No obstante, el Reino de los Países Bajos ha promulgado recientemente su propio Código Civil”.

⁴¹ MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid 2005, prologo.

voluntad en la contratación, similar concepción de la herencia, matrimonio, etc.

-Principios jurídicos idénticos o muy semejantes, y sobre todo la concepción del Derecho como aglutinante de la idea "Europa".

IV. EL PROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS.

1. LOS ANTECEDENTES INMEDIATOS.

Después de unos intentos⁴², como la Conferencia de la Haya de 1964, sobre Venta Internacional de Bienes Inmuebles (ULIS) y sobre formación de contratos de compraventa internacional (ULF) que fue ratificados solo por 7 Estados⁴³, o en 1968 con la Comisión para el estudio del Derecho y Regulación del Comercio Internacional (UNCITRAL), o la Convención de Viena de 1980.

⁴²Es de destacar la iniciativa del Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que trató de armonizar el derecho de contratos, publicando en Roma los *"Principios sobre contratos internacionales"* en 1994.

⁴³FERNÁNDEZ BUJAN, F., Retorno a Roma en la elaboración del Futuro Código Europeo de Contratos, *Bol. Fac. Dcho UNED*, n^o 15, ann. 2000, pp. 109 a 128.

Mención aparte merecen los trabajos a partir del congreso de Pavía de 1990⁴⁴, donde se debatieron las bases para la elaboración del *Código Europeo de Contratos* con representantes de la entonces Comunidad Económica Europea, que actuaron sobre dos premisas fundamentales: la primera, el Principio de la Autonomía de la Voluntad⁴⁵ como denominador común de todos los ordenamientos nacionales europeos. La segunda, el *reconocimiento de la raíz e influencia romanística*⁴⁶ en los principales sistemas de derecho privado europeo⁴⁷.

⁴⁴La idea del Proyecto de Pavía se debe –como se ha indicado, al Prof. Gandolfi quien convocó en 1990, en dicha ciudad, un Congreso de civilistas europeos con la idea fundamental de responder a la pregunta de si la unidad de mercado, recogida reiteradamente en los Tratados del Mercado Común y de la UE, no implicaba necesariamente la unidad de las reglas contractuales aplicables a las transacciones intracomunitarias. GARCIA CANTERO, La traducción española a la parte General del Código Europeo de Contratos, *LA LEY*, nº 5629, 2002.

⁴⁵J. L. DE LOS MOZOS, «La regulación del contrato y el problema de la causa», en *Revista jurídica del Notariado*, 2002, pp. 203 y ss.

⁴⁶Para ello se adoptó como base de las negociaciones, siguiendo la iniciativa del profesor Gandolfi, un código ya vigente, tomando como tal el libro IV del Código Civil Italiano, como texto intermedio entre el francés y el alemán. Con ello, se integraría en él todas las modificaciones que resultaren oportunas. El *Anteproyecto de Código europeo de contratos (Libro I)* de la Academia de Pavía representó un esfuerzo por encontrar un medio de integración, mediante la ayuda de la legislación, entre los distintos Derechos europeos, concurriendo con otros intentos que se hallan animados por la misma finalidad, según José Luis De los Mozos.

DE LOS MOZOS, El anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, Diario *La ley*, nº 5629. 2002.

⁴⁷ Estos artículos se encontraban agrupados en once títulos, a saber:

I. Disposiciones preliminares. II. Formación del contrato. III. Contenido del contrato. IV. Forma del contrato. V. Interpretación del contrato. VI. Efectos del contrato. VII. Cumplimiento del contrato. VIII. Incumplimiento del contrato. IX. Cesión del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. X. Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo. XI. Otras anomalías del contrato y (sus) remedios.

Sobre el contenido del Libro Primero y su ordenación sistemática, se puede decir que este libro constaba de 173 artículos los cuales comprendían lo que, en la tradición culta del *Civil law*, se conoce como *Teoría General del Contrato* y buena parte de lo que los Códigos tratan en lo que llamamos la *Parte General del Derecho de obligaciones*, aunque, desde la sistemática externa, parezca que sólo se trata del contrato. Es sobre todo, a partir del título VI (*Efectos del contrato*), donde empiezan a aparecer reglas que, en los códigos tradicionales, se tratan fuera de la teoría general del contrato; así, en ese mismo título, se trata de los *elementos accidentales* que tanto se pueden referir al contrato como a las obligaciones y también de la *representación*, del *contrato por persona a designar* y del *contrato en favor de tercero* que pertenecen al ámbito propiamente contractual. Otros títulos, como el VII (*Cumplimiento del contrato*) y el VIII (*Incumplimiento del contrato*), que se ocupaban del cumplimiento y del incumplimiento del contrato, aunque contienen algunas materias que podrían abordarse desde la perspectiva contractual, como la *resolución del contrato* (arts. 114 a 117), la mayor parte de las reglas son propias de las obligaciones en general. Reproduce la mezcla de normas, de uno y otro orden, muy en particular, en el título XI que trata de *otras anomalías del contrato y de sus posibles remedios*.

2. DE LOS OBJETIVOS Y PROPOSITOS DE UN CODIGO EUROPEO DE CONTRATOS.

Nos encontramos, en la actualidad, con un conjunto de normas dispersas sobre contratos sin posibilidad de acudir a un verdadero sistema que proporcione principios y conceptos generales capaces de dotar de coherencia a todo un edificio jurídico⁴⁸. El derecho contractual europeo necesita de una reorganización, de un sistema de principios que tienen que ver con la integridad y reforma de los derechos contractuales europeos, dado que el sistema de reglamentos de aplicación directa y la mera transcripción de Directivas habían introducido cuerpos extraños en sólidos sistemas nacionales, según SANCHEZ LORENZO⁴⁹.

De los esfuerzos doctrinales ya iniciados en 1989 con los antecedentes del proyecto y principios UNIDROIT, a iniciativa del Parlamento Europeo que propugnaba un Código Civil Europeo, se pasó a elaborar unos PRINCIPIOS DE

⁴⁸ BOSCH CAPDEVILA, E., y otros, *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Madrid 2009. SANCHEZ LORENZO, S., *La Unificación del Derecho Contractual y su problemática*, cap. III, *Derecho Contractual Europeo*, Madrid 2009, p. 85 a 116.

⁴⁹ SANCHEZ LORENZO, S., *Derecho Contractual Europeo: La Unificación del Derecho Contractual y su problemática*, cap. III, Madrid 2009, p. 85 a 116.

DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (PECL o *Principles of the Existing Contract Law*, también denominados *Acquis Principles*), y ya más recientemente al MARCO COMÚN DE REFERENCIA (MCR o *The Common Frame of Reference, CFR*)⁵⁰ que supusiera un embrión de Código Civil Europeo con el objetivo de producir la revisión de los derechos nacionales. En esta idea se inscribe la adaptación del Código alemán (BGB) de 2002. De esta forma, el Derecho contractual europeo se convertía en referencia obligada de cualquier reforma o proyecto de codificación de cualquier Derecho Civil nacional.

Este camino no estaba exento de obstáculos. Así el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) que ha discutido la ausencia de competencias legislativas de los tratados comunitarios que justifiquen la elaboración de un Código Civil Europeo⁵¹.

⁵⁰ VAQUER ALOY, A., *Derecho Contractual Europeo, op. Cit., cap. 9., " El Marco Común de Referencia"*, pp. 239 a 264.

⁵¹ El Tratado de Lisboa que en sus artículos 94 y 95 (TCE) no recoge competencias en materia de armonización de legislaciones, en línea con la sentencia del STJCE de 5 de Octubre de 2000, que establecía un criterio restrictivo. Ni el artículo 65 del Tratado de CE, referido al Derecho Internacional Civil y al Derecho Procesal, entre otras razones por los perjuicios que dicha armonización puede ocasionar a la coherencia e identidad cultural de los sistemas jurídicos nacionales, lo que lleva a la conclusión que las instituciones europeas carecen de competencias legislativas para dictar un Código Civil Europeo.

plazo será el *Futuro Código Europeo de Obligaciones*, entre otras razones porque los productos jurídicos significan a menudo *alta tecnología* y un salto cualitativo en la evolución social. Y como apunta SANCHEZ LORENZO, ningún sistema jurídico se puede hoy permitir darles la espalda⁵⁵.

Nos queda como *quaestio* la Formación del *Futuro jurista Europeo*, la recomendación del *Consejo Europeo* que desde 1970 ha venido fijando unas pautas comunes a la enseñanza y a la formación jurídicas de los estudiantes europeos, y la adaptación de nuestras Universidades al Espacio Europeo de Enseñanza Superior, con la finalidad de la búsqueda de la armonización de los diferentes sistemas universitarios europeos.

Esta pauta debe de ser la búsqueda de un derecho de juristas bajo la perspectiva de un *Derecho Europeo*, como lo fue el *Derecho Romano*. Es la idea del pragmatismo romano nacido bajo el auspicio de ser un derecho que tuviese *una solución para todo tipo de problemas*. Ante la aparición de un caso que no estuviera previsto en los *mores* o en la *lex*, el magistrado competente elaboraba su *Edictum* o el jurisconsulto emitía su *responsa* aconsejando siempre la solución jurídica más

⁵⁵ SANCHEZ LORENZO, S., La Unificación del Derecho Contractual y su problemática, cap. III, op. Cit., p. 85 a 116. Vid. BOSCH CAPDEVILA, E., y otros, Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas, Madrid 2009.

adecuada. Y cuando fue preciso celebrar contratos con extranjeros con vistas a la expansión del mercado internacional, los propios juristas romanos crearon el *Ius Gentium*⁵⁶.

En todo caso, como decía KOSCHAKER: "*La recepción de un sistema jurídico no es un problema de calidad sino de poder. La convicción de que la superior autoridad espiritual y cultural del Derecho que va a ser adoptado, está entroncada con el poder político o con la cultura que se representa como algo vivo. La Recepción es ante todo un problema de vigencia práctica, no solo de existencia histórica*"⁵⁷.

BIBLIOGRAFIA.-

- BOSCH CAPDEVILA, E., y otros, *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Madrid 2009.

-DE LOS MOZOS. "*El SISTEMA DE COMMON LAW*" desde la perspectiva jurídica española, RDP, abril 1983.

-DE GROOT, «*European private law between Utopia and early reality*», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997), pp. 159-62.

⁵⁶TABOSA PINTO, "*A recepção do Direito Romano e seus aspectos sociológicos*", ponenc. I Congr. Iberoamericano de Derecho Romano, Granada 1995.

⁵⁷KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid 1955, p. 114-115 Y 212-213.

- FERNÁNDEZ BUJAN, F., Retorno a Roma en la elaboración del Futuro Código Europeo de Contratos, *Bol. Fac. Dcho UNED*, nº 15, ann. 2000, pp. 109 a 128.

- GARCIA CANTERO, La traducción española a la parte General del Código Europeo de Contratos, *LA LEY*, nº 5629, 2002.

-JAMES MANUS MC.CAFFERY. NEW ORLEÁNS (LOUISIANA), "La influencia de las leyes mas lejanas en los ordenamiento mas dispares" *RDP*, ABRIL 1987.

- MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, Iustel, Madrid 2005.

- LANDO O., *The Principles of European Contract Law and the Law Maercatoria*, La Haya 2000; *Unidroit principles for international commercial contracts* (1994-5).

- SANCHEZ LORENZO, S., *La Unificación del Derecho Contractual y su problemática*, cap. III, *Derecho Contractual Europeo*, Madrid 2009.

-VAN CAENEGEM, R.C., "PASADO Y FUTURO DEL DERECHO EUROPEO. Dos milenios de unidad y diversidad", Ed. Thomson, Civitas, Madrid 2003. P. 13 y ss.

-ZIMMERMANN: «*Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1993), 4-51.

- ZIMMERMANN, *Derecho romano y unidad jurídica y europea; Civil code y civil law; La Europeización del Derecho privado en la Comunidad Europea y la reemergencia de la ciencia*

juradica europea, en diversos artículos publicados en la revista *Columbia Journal of European Law* (entre los años 1994/5), p.63-105.