

Departamento: Derecho Privado

Directora: Ana Soler Presas

Área: Derecho Civil

Coordinadora: Ana Soler Presas

Profesor: Alberto Serrano Molina

Revista revisada: Anuario de Derecho civil. Año 2002. Tomo LV, Fascículo III (julio-septiembre)

En busca de un Derecho Privado europeo

Anuario de Derecho Civil. Tomo LV, Fascículo III (julio-septiembre 2002). Págs.941-965

Autor: Mauro Bussani

La imagen de una Europa unida económica y políticamente y a punto de dar un paso más en su consolidación con la aprobación de su Carta Magna, está empujando, cuando no obligando, a quienes estudian y aplican el Derecho civil a no quedarse al margen de esta incipiente realidad social y a emprender un camino que les supondrá un esfuerzo de adaptación de los principios tradicionales en los que aún se encuentran anclados diversos ámbitos de la disciplina que profesan.

No es de hoy la idea de emprender la tarea de elaborar un Código civil europeo. Por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 recomendó la armonización del Derecho privado de los Estados miembros, encargando el comienzo de los trabajos preparatorios indispensables para la elaboración de un *Código europeo común de Derecho privado*. Entre los argumentos que el Parlamento esgrimía ya entonces para el cumplimiento de tal objetivo figuraban el que un Código

civil europeo portador de un Derecho privado común y modernizado constituiría un instrumento idóneo para lograr la ampliación, directa o indirectamente, de los vínculos de la Comunidad con terceros países (particularmente con los de América Latina) y, asimismo, su carácter necesario para el desarrollo del mercado único (es el caso, principalmente, del Derecho de obligaciones) sin que, por supuesto las posibilidades de unificación se agotarán sólo en ello.

Dentro de este contexto, los mayores esfuerzos armonizadores que se están llevando a cabo hasta el momento están recayendo en materia de protección de los consumidores, propiedad intelectual y responsabilidad civil por los daños causados por accidentes con vehículos de motor, lo que no significa que otras materias estén pasando desapercibidas. Así, por ejemplo, a principios de 1992, el Consejo de las Comunidades Europeas dictaba una Recomendación (92/241/CEE) sobre el cuidado de los niños y posteriormente, ese mismo año, el Parlamento Europeo dictaba una Resolución (A.3-0172/92) por la que se elaboraba una Carta Europea de los Derechos del niño, en la que se hacían recomendaciones en materias tan diversas como patria potestad, instituciones de guarda, derecho de visitas en los supuestos de crisis matrimoniales, adopción, acogimiento y protección de sus derechos a la intimidad y frente a la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.

Llegados a este punto, la pregunta que se suscita es obligada ¿cuál es el medio, el instrumento idóneo para alcanzar la pretendida unificación del Derecho civil europeo? Las opiniones propuestas al respecto son diversas.

En el artículo que ahora comentamos su autor, Mauro Bussani, a la vez que defiende su proyecto (iniciado junto al profesor Ugo Mattei) nos da cuenta de la distinta metodología y de los diferentes fines que están persiguiendo las principales iniciativas puestas en marcha en Europa en busca de un Derecho Privado europeo.

Comienza el profesor Bussani haciendo una descripción de su Proyecto doctrinal que bajo el título de *The Common Core of European Private Law* involucra aproximadamente a unos doscientos profesores procedentes en su mayoría de Europa y de Estados Unidos. Su objetivo es hallar el núcleo común del Derecho Privado europeo en las categorías generales de contratos, daños y propiedad, identificando semejanzas y diferencias en los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea. Su meta final, obtener los principales trazos de un mapa geográfico fiable sobre el Derecho europeo y erigirse en herramienta eficaz tanto de cara al proceso de codificación del Derecho privado en el que nos hallamos inmersos como para el que-hacer diario del abogado transnacional.

A nuestro juicio lo más original del proyecto reside en la metodología empleada, pues las tres áreas principales (contratos, daños y propiedad) divididas a su vez en materias, son analizadas mediante cuestionarios (herramientas clave del proyecto en palabras del profesor Bussani) que los participantes han de contestar de forma que queden reflejadas todas las circunstancias que afectan a sus respectivos sistemas jurídicos.

Los resultados obtenidos hasta ahora se plasman principalmente en tres obras: una sobre buena fe (*Good Faith European Contract Law*), otra sobre cumplimiento de obligaciones (*The Enforceability of Promises in European Contract Law*) y, por último, un libro sobre daño puramente económico (*Pure Economic Loss in Europe*), todas ellas publicados en Cambridge University Press.

¿En qué se diferencia su proyecto de otros como el *Study Group on a European Civil Code* (grupo de profesores europeos constituido tras la conferencia de Scheveningen de 1997 “*Towards a European Civil Code*” y que trabajan sobre aspectos tan variados como garantías, seguros, obligaciones no contractuales y derecho de contratos), los realizados por la Comisión “Lando”, por el “American Restatement” o los importantísimos Principios de UNIDROIT? El autor intenta demostrar cómo todas estas iniciativas o proyectos si bien utilizan, como el suyo, métodos comparativos, en tanto que sirven para propósitos divergentes llevan también a resultados diferentes.

En efecto, mientras que su proyecto *Common Core* pretende conseguir un retrato lo más fiable y exacto posible del Derecho vigente en los sistemas europeos (respecto de determinadas materias), independientemente de cual sea la posterior aplicación práctica que se de a la información obtenida, las demás iniciativas se centran en la búsqueda de “ideales de racionalidad, armonía y reforma” que les obliga a seleccionar, nunca desde un punto de vista totalmente neutral, los materiales y las reglas jurídicas que mejor se acomoden a ello y, por lo tanto, a descartar el resto con lo que, en consecuencia, transmiten una visión incompleta de la realidad jurídica y, lo que es más importante, ignorando la posibilidad de que las divergencias existentes estén justificadas por razones varias. A juicio de Bussani, todas estas iniciativas “comparten la idea básica de crear un nuevo Derecho (sin importar lo innovador que sea con relación a la situación jurídica preexistente), más que simplemente analizar el que ya existe.”

Tras describir los objetivos inmediatos y a largo plazo de las principales iniciativas de Derecho comparado europeo e indicar las principales diferencias entre unas y otras, el autor aborda la cuestión relativa a si es factible y deseable o no la creación de un Código civil europeo; un debate que, en cierta manera, nos recuerda a la disputa que durante el siglo XIX enfrentará a Savigny y a Thibaut acerca de la codificación alemana.

La discrepancia como se puede adivinar está servida entre los que apuestan por la necesidad de un Código civil en el marco de un Derecho europeo común fiable y aquellos otros que opinan que elaborar un código es tarea irrealizable porque las divergencias existentes en los diferentes sistemas jurídicos son todavía demasiado acusadas y porque la armonización puede o debe ser conseguida por medios diferentes a un código.

Sobre esta cuestión el autor llama la atención acerca de los riesgos que existen provenientes de lo que él denomina fundamentalismos metodológicos defendidos por cierta élite profesional (abogados y jueces europeos, profesores continentales, etc.) interesada en mantener su liderazgo sobre los asuntos jurídicos nacionales y transna-

cionales y sobre los que tienen su origen en los problemas que la estructura interna del Derecho Privado europeo puede generar en cualquier esfuerzo integrador dados los diferentes niveles de elaboración, promulgación, desarrollo y aplicación de las normas comunitarias e incluso dentro de cada sistema jurídico nacional.

A modo de conclusión podemos afirmar que Bussani sostiene que la compleja y diversa estructura interna de los sistemas jurídicos hace más que aconsejable el empleo de una metodología de pregunta-respuesta a partir de la cual puedan obtenerse todos los elementos relevantes que afectan a las soluciones jurídicas de un determinado caso. Su conocimiento será fundamental en el camino hacia una integración jurídica europea que si pretende aspirar a superar las agendas personales y las nacionalidades de los órganos decisorios implicados, también habrá de ser consciente sobre qué derecho sería y podría ser efectivamente integrado o codificado, y que esta elección sea hecha en consecuencia.

A nuestro juicio, si hasta el momento el Derecho comunitario apenas si ha empezado a afectar a cuestiones de Derecho civil ha sido sencillamente porque es pequeña la repercusión del mismo en la construcción de la unidad europea tal y como se había contemplado hasta el Tratado de la Unión europea, es decir, tomando como único trampolín el objetivo de la consecución del mercado interior. En la actualidad, sin embargo, a los civilistas nos corresponde ir adaptando nuestro Derecho civil a los principios políticos sobre los que se asienta la nueva Europa, sin perder de vista su misión de garante de los fines individuales (personales, familiares y patrimoniales) frente a las injerencias del Estado y al mismo tiempo siendo conscientes de que al igual que en nuestro propio país el Derecho civil no brilla precisamente por su unidad, difícil tarea se nos hace el que la haya en una Unión europea integrada por cada vez más Estados soberanos con realidades jurídicas diversas.