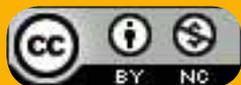


## Artigos

Recebido: 12.05.2019

Aprovado: 13.05.2019

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v7i2.5743>

## La codificación civil europea y el desafío de la unidad jurídica del derecho privado en América Latina

Carlos Antonio Agurto Gonzáles

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0000-0002-6572-9199>

**Resumen:** En la última década del siglo XX ha resurgido la idea de un derecho común europeo, vinculado al proceso más amplio de unificación política y de construcción de una identidad europea. Los Reglamentos y las Directivas encuadrando el campo del Derecho público trascendieran a nivel de Derecho civil y eso impone debatir la centralidad de la persona y el respeto de la justicia social en la codificación a nivel del continente europeo y sudamericano.

**Palabras-clave:** Codificación Civil Europea; Derecho Privado Latinoamericano.

### The European civil law codification and the challenges of private law in Latin America

**Abstract:** In the last decade of the 20th century the idea of a European common law has re-emerged, linked to a broader process of political unification and that focus the construction of a European identity. The rules and directives framing the field of public law transcend the level of civil law stimulating the debate about the centrality of the person and social justice respect present in *civil codes* in European and South American continent.

**Keywords:** European Civil Coding; Latin American Private Law.

### Los planteamientos de unidad jurídica en Europa

Desde el nacimiento de la Comunidad Europea – hoy Unión Europea –, que es fechado, tradicionalmente, a partir del Tratado de Roma, suscrito en 1957, la unidad política, social y económica de la misma ha sido un problema recurrente en los diversos ámbitos en que es planteada. En efecto, los primeros años y décadas de la Europa unida se desarrollaron en plena “guerra fría” y, por ende, quería esta convertirse, primero en una reafirmación de sus identidades, frente a la expansión estadounidense, por un lado, y, soviético, por el otro. En un segundo plano, quiso ser una alternativa frente a estos bloques, no obstante, su preferencia por el primero. No es necesario señalar que la base o pilar de la Europa unida es el aspecto económico, de allí su denominación inicial de

“*Comunidad Económica*”, la cual ha buscado y busca en lo político su legitimación, y el Derecho, que al final de cuentas no es sino, en uno de sus dos aspectos, un campo donde el poder, en base a un juego bastante estratégico, se legitima, sirve también a dicho objetivo.

Después de la caída del muro de Berlín y el derrumbe de la “cortina roja” sobre Europa, ante el surgimiento de un nuevo eje o polo global, o, en otros términos, como decían Hard y Negri, un nuevo “imperio” que se afincó en el panorama, Europa no podía permanecer inerte. Así, con la inclusión de Alemania unificada y de nuevos miembros, se fortalecieron sus áreas comerciales y de empresa. Ello, asimismo, exigió una nueva formulación política, y de su tradición social, que paso a asumir los rasgos y enunciados de formas sociales más abiertas a los cambios del sistema económico, pero con presencia estatal blanda, olvidando, al mismo tiempo, su raíz más atenta a lo social, propia de lo *común europeo*.

Sobre el particular, resulta interesante observar que tanto las directivas de finales de los años noventa de la Comunidad, así como el Tratado de la Unión Europea, tienen un marcado rasgo ordoliberal, bajo la expresión, bastante aceptada en el mundo occidental, y nuestro país no es la excepción, sino véase, si existiese duda, el artículo 58° de nuestra Carta Magna de 1993, donde se hace referencia a la “*economía social de mercado*”, creación adalid de la escuela ordoliberalista.

En efecto, la Unión Europea buscaba asegurar un campo fértil y seguro para el mantenimiento de sus inversiones, para la afirmación y establecimiento de las denominadas “cuatro libertades”: de la circulación de las mercaderías y de las personas, por un lado, y de los servicios y de los capitales, por el otro, los cuales son considerados “*los elementos esenciales de un mercado común, concebido según un modelo de economía liberal*”.

Frente a este panorama, era necesario, ante un “cuadro común de referencia”, en los ámbitos políticos y económicos, una forma jurídica también universal para la Unión. Así, desde un primer punto que interesaba a los actores de este conjunto, el plano contractual, la Comisión Europea, órgano direccional de la Unión, invitó a reflexionar y elaborar “*la adopción de directivas concernientes a contratos específicos o técnicas de comercialización particulares*”. No obstante, ya existían grupos de estudiosos, especialmente conformado por profesores destacados de diversas universidades de Europa, que se habían anticipado, y estaban elaborando “*Principles*” o “*Code*” en materia contractual, sin olvidar el ámbito del *common law*, en el cual se recuerda el famoso *Contract Code* redactado por el profesor Harvey McGregor<sup>1</sup>, por encargo de la *English Law Commission*.

Retomando de análisis de política del Derecho, necesario para entender el orden adoptado para volver realidad jurídica la necesidad del denominado y proyectado “*Código Civil europeo*”, observamos que se privilegian posiciones dúctiles de tutela de los derechos, en el plano material, frente a la edificación de la economía de la Unión Europea. En efecto, sus repercusiones muestran que también la forma del Estado, como la democracia, común en Europa, es aceptada en la medida en que favorezca tal modelo económico y, al menos, el Estado sea funcional al mismo. De allí que también en Europa se hable “*democracias sutiles*”,

---

<sup>1</sup> MCGREGOR, Harvey. **Contract code**. Proyecto redactado por encargo de la law commission inglesa. Trad. José María de la Cuesta Saénz y Carlos Vattier Fuenzalida. Barcelona: José María Bosch, 1997.

para describir este tipo de Estado “moderno” que se encuentra al servicio de las exigencias de la economía ordoliberal.

En la última década del siglo XX, sin embargo, ha resurgido la idea de un derecho común europeo, vinculado al proceso más amplio de unificación política y de construcción de una identidad europea<sup>2</sup>. El Derecho deja de contemplarse como un fenómeno nacional, y se coloca en una dimensión europea. Existe un legislador europeo. Si inicialmente se consideraba que el alcance tanto de los Reglamentos como de las Directivas iba a enmarcarse solo al campo del Derecho público, con lo que su trascendencia a nivel de Derecho privado, en particular de Derecho civil, no sería ciertamente relevante, y parecía que la Comunidad Europea (como afirma uno de los mayores estudiosos de la codificación del viejo continente, el Prof. Antoni Vaquer Aloy<sup>3</sup> de la Universidad de Lleida, España) se ocupaba tan sólo de subvenciones agrarias y de tasas a la importación, lo auténtico es que los hechos posteriores han venido a desmitificar esta impresión inicial.

No obstante, también un debate sobre la centralidad de la persona y el respeto de la justicia social podría coadyuvar a un mejor proceso de codificación a nivel del continente europeo. Como indica Alessandro Somma, profesor de la Universidad de Ferrara en Italia, tener presente a la justicia social y el principio del respeto de la persona, aseguraría al proceso de codificación europeo ser más representativo y legitimado, que evitaría la imposición de intereses fuertes<sup>4</sup>.

Un modelo solidarista y humanista del proceso de codificación europeo puede ser de utilidad a la codificación civil latinoamericana, pero sin olvidar que este proceso debe preocuparse de su entorno, elaborar en base a las experiencias sociales, premunidas de los valores de sus pueblos, leyes que se adecuen a la realidad que se pretende normar. Ello no obsta de no ser conscientes de que en este devenir existencial no estamos solos. Todos los pueblos y naciones se encuentran en un sólo planeta y, por ende, tienen lazos comunes, rasgos que se equiparan. Pero a pesar de ser iguales, no somos idénticos. En equivalencia, cada ser humano se diferencia de sus pares por ser único e irrepetible, poseer una biografía singular, tener un código genético que no es igual al de sus semejantes. De esta forma, podemos establecer que, si bien los ordenamientos normativos pueden, y de hecho ocurre, parecerse, no obstante, no son idénticos. Cada uno poseen aristas que no se encuentran en sus vecinos, cercanos o lejanos, ello porque cada realidad es rica y los fenómenos sociales son diversos.

### **La construcción de un posible derecho latinoamericano y la realidad europea**

En efecto, los países latinoamericanos, para trasladarnos a esta realidad jurídica, conviven en nuestros días con la dependencia a las grandes matrices económicas, culturales, jurídicas, etc. Lo más retrógrado

---

<sup>2</sup> BUSSANI, Mauro; INFANTINO, Marta. **Diritto europeo dei contratti**: un'introduzione. Turín: Utet Giuridica, 2010. p. 52.

<sup>3</sup> VAQUER ALOY, Antoni. La vocación europea del derecho civil. reflexiones sobre la oportunidad de un código civil europeo. In: **Estudios de derecho privado**. Córdoba: Olejnik, 2016. p. 259.

<sup>4</sup> SOMMA, Alessandro. Scienza giuridica, economía e política nella costruzione del diritto privato comunitario. In: SOMMA, Alessandro (Cur.). **Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti**. Turín: G. Giappichelli, 2007. p. 233.

en este fenómeno es la dependencia interior o el complejo de inferioridad colectivo, que, por ejemplo, en el caso peruano, el historiador Jorge Basadre certeramente ha analizado al estudiar las consecuencias del conflicto bélico entre Perú y Chile a finales del siglo diecinueve.

Algunos autores han planteado la tesis de la “*latin resistance*”<sup>5</sup>, como escudo o protección ante las influencias negativas del modelo estadounidense. Creemos que la solución no se encuentra en negar lo exterior o foráneo. Como hemos visto, el ser humano está en íntima interacción con sus pares, sean estos europeos, norteamericanos o asiáticos. Ello exige tener los ojos sin fronteras al mundo, pero como complemento a la creación, en base a nuestro espíritu y a nuestra tierra, de una estructura genuina en materia económica, política y jurídica.

Pero regresando a Europa, en el debate sobre su integración jurídica, la cultura, la identidad cultural pugnan por cobrar el centro de la reflexión sobre el futuro. El Derecho privado podría erigirse, como ya lo han planteado ilustres maestros del viejo continente, en una nueva señal de identidad de una Unión Europea que trata de renovar sus originarias características económicas<sup>6</sup>. La riqueza que supone la diversidad cultural y, por ende, la jurídica, las ventajas de la competición entre ordenamientos legales, las declamaciones sobre la esencia de Europa como ente pluricultural, conduce al debate jurídico algo más que los ecos del conflicto de la globalización *versus* la diversidad. Debe pensarse, por ejemplo, en la experiencia del proyecto de Código Civil para Inglaterra y Escocia elaborado por el Prof. McGregor<sup>7</sup>, que ya hemos mencionado, en una realidad jurídica donde predomina la jurisprudencia, como expresión de su diversidad cultural<sup>8</sup>.

Sobre la armonización o no-armonización del Derecho privado europeo existen múltiples intereses, predominantemente económicos, que se disfrazan muchas veces de argumentación técnico-jurídica<sup>9</sup>. Los intereses por el poder (económico, jurídico o político) son legítimos, en abstracto<sup>10</sup>, pero es menester tener presente sus objetivos en el momento de examinar la armonización a gran escala del Derecho privado europeo<sup>11</sup>. El argumento económico mediatiza la cuestión sobre la unificación o armonización del Derecho privado europeo. El continente europeo de los ciudadanos aún no ha tomado el relevo a la Europa de los mercaderes<sup>12</sup>. En consecuencia, la controversia sobre un posible Código civil europeo no sólo debería

---

<sup>5</sup> MATTEI, Ugo. *Quale codice civile per l'europa?* *Rivista Critica del Diritto Privato*, Nápoles, a. XX, n. 1, 2002. p. 6.

<sup>6</sup> SOMMA, Alessandro. *Actores y estrategias en la construcción del derecho europeo de los contratos*. In: **Introducción crítica al derecho europeo de los contratos**. Trad. Pablo Andrés Moreno Cruz y Javier Mauricio Rodríguez Olmos. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 21.

<sup>7</sup> VAGNI, Laura. **La promessa in Scozia**. Per un percorso di diritto contrattuale europeo. Milán: Giuffrè, 2008. p. 1-300.

<sup>8</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **Europa y el Derecho romano**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 119.

<sup>9</sup> MONATERI, Pier Giuseppe; GIARO, Tomasz; SOMMA, Alessandro. **Le radici comuni del diritto europeo**. Roma: Carocci, 2005. p. 103.

<sup>10</sup> PATTI, Salvatore. **Diritto privato e codificazioni europee**. 2. ed. Milán: Giuffrè, 2007. p. 27.

<sup>11</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **El nuevo derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la historia y el derecho comparado**. Trad. Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona: Bosch, 2008. p. 37.

<sup>12</sup> MOCCIA, Luigi. **Comparación jurídica y perspectivas de estudio del derecho**; Trad. Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani. Lima: Motivensa, 2015. p. 60.

circular por los caminos de la necesidad económica, sino que las vías culturales y de justicia social deberían construir un camino más sólido hacia el futuro Derecho privado de Europa.

El problema también concierne a la dedicación futura de la ciencia jurídica europea hacia los tópicos del Derecho privado europeo<sup>13</sup>. Como indica el maestro alemán Reinhard Zimmermann<sup>14</sup>, es prematuro pensar en un código civil europeo en buenas condiciones técnicas, incluso para enaltecer un solo cuerpo de principios como paradigma, ley modelo o esbozo o proyecto de dicho Código<sup>15</sup>. Es sumamente vital una potenciación del Derecho comparado, que se presenta actualmente como la conciencia crítica de la juridicidad, para esclarecer las convergencias y divergencias reales de las soluciones normativas y jurisprudenciales existentes en los diversos ordenamientos jurídicos que conforman la Unión Europea<sup>16</sup>. En comparación con la antigua polémica entre Anton Friedrich Justus Thibaut y Friedrich Car von Savigny<sup>17</sup> del siglo XIX sobre la codificación<sup>18</sup>, el camino lento del estudio propuesto en su momento para elaborar el código civil alemán parece abrirse paso firme, al margen de los que aprueban o rechazan un futurible código civil europeo<sup>19</sup>.

## Bibliografía

ARROYO I AMAYUELAS, Esther. La contribución al Marco común de referencia de los Principios de Derecho contractual Comunitario. In: **El contrato**. Lima: Motivensa, t. 1, 2010.

BUSSANI, Mauro; INFANTINO, Marta. **Diritto europeo dei contratti: un'introduzione**. Turín: Utet Giuridica, 2010.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio. Un derecho privado o un código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace. In: **Derecho internacional privado**. Lima: Motivensa, 2011, t. 9.

MATTEI, Ugo. Quale codice civile per l'europa? *Rivista Critica del Diritto Privato*, Nápoles, a. XX, n. 1, 2002.

MCGREGOR, Harvey. **Contract code**. Proyecto redactado por encargo de la law commission inglesa. Trad. José María de la Cuesta Saénz y Carlos Vattier Fuenzalida. Barcelona: José María Bosch, 1997.

MOCCIA, Luigi. **Comparación jurídica y perspectivas de estudio del derecho**; Trad. Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani. Lima: Motivensa, 2015.

---

<sup>13</sup> VAQUER ALOY, Antoni. El marco común de referencia de derecho privado europeo. In: **La armonización del Derecho de obligaciones y de sucesiones en el siglo XXI**. Lima: Jurista, 2011. p. 23.

<sup>14</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo**: la tradición del derecho civil en la actualidad. Trad. Javier Mauricio Rodríguez Olmos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 137.

<sup>15</sup> CÁMARA LAPUENTE, Sergio. Un derecho privado o un código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace. In: **Derecho internacional privado**. Lima: Motivensa, 2011, t. 9. p. 109.

<sup>16</sup> MOCCIA, Luigi. **Comparazione giuridica e diritto europeo**. Milán: Giuffrè, 2005. p. 1018.

<sup>17</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. **Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo**: la tradición del derecho civil en la actualidad. Trad. Javier Mauricio Rodríguez Olmos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010. p. 35.

<sup>18</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. El código civil alemán y el desarrollo del Derecho privado en Alemania. In: AA.VV. **Comparación jurídica y teoría del derecho**. Córdoba: Olejnik, 2015. p. 144.

<sup>19</sup> ARROYO I AMAYUELAS, Esther. La contribución al Marco común de referencia de los Principios de Derecho contractual Comunitario. In: **El contrato**. Lima: Motivensa, t. 1, 2010. p. 175.

- MOCCIA, Luigi. **Comparazione giuridica e diritto europeo**. Milán: Giuffrè, 2005.
- MONATERI, Pier Giuseppe; GIARO, Tomasz; SOMMA, Alessandro. **Le radici comuni del diritto europeo**. Roma: Carocci, 2005.
- PATTI, Salvatore. **Diritto privato e codificazioni europee**. 2. ed. Milán: Giuffrè, 2007.
- SOMMA, Alessandro. Actores y estrategias en la construcción del derecho europeo de los contratos. In: **Introducción crítica al derecho europeo de los contratos**. Trad. Pablo Andrés Moreno Cruz y Javier Mauricio Rodríguez Olmos. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- SOMMA, Alessandro. Scienza giuridica, economía e política nella costruzione del diritto privato comunitario. In: SOMMA, Alessandro (Cur.). **Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti**. Turín: G. Giappichelli, 2007.
- VAGNI, Laura. **La promessa in Scozia**. Per un percorso di diritto contrattuale europeo. Milán: Giuffrè, 2008.
- VAQUER ALOY, Antoni. El marco común de referencia de derecho privado europeo. In: **La armonización del derecho de obligaciones y de sucesiones en el siglo XXI**. Lima: Jurista, 2011.
- VAQUER ALOY, Antoni. La vocación europea del derecho civil. reflexiones sobre la oportunidad de un código civil europeo. In: **Estudios de derecho privado**. Córdoba: Olejnik, 2016.
- ZIMMERMANN, Reinhard. **Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo**: la tradición del derecho civil en la actualidad. Trad. Javier Mauricio Rodríguez Olmos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ZIMMERMANN, Reinhard. El código civil alemán y el desarrollo del Derecho privado en Alemania. In: AA.VV. **Comparación jurídica y teoría del derecho**. Córdoba: Olejnik, 2015. p. 144.
- ZIMMERMANN, Reinhard. **El nuevo derecho alemán de obligaciones**: un análisis desde la historia y el derecho comparado. Trad. Esther Arroyo i Amayuelas, Barcelona: Bosch, 2008.
- ZIMMERMANN, Reinhard. **Europa y el derecho romano**. Madrid: Marcial Pons, 2009.