



Leysser L. León Hilario<sup>(\*)</sup>

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del **Derecho Privado europeo en América Latina**

“EL MINADO PRESTIGIO DE LA ACADEMIA EN EL ESPACIO LATINOAMERICANO, FRUTO, ENTRE OTROS FACTORES, DE LA PROLIFERACIÓN DE FACULTADES DE DERECHO (Y DE CENTROS DE ENSEÑANZA QUE, CON INDOLENCIA DEL GRUPO EN EL PODER, SE HAN HECHO DEL RÓTULO DE “UNIVERSIDADES”), Y LA REIVINDICACIÓN, POR PARTE DEL SECTOR EMPRESARIAL, DE UN PAPEL DECISIVO EN LA CREACIÓN NORMATIVA EN TODOS LOS NIVELES, HACEN QUE ACTUALMENTE RESULTE IMPOSIBLE PROMOVER UNA RENOVACIÓN O PUESTA AL DÍA DE LAS CODIFICACIONES CIVILES VIGENTES CON LA SOLA HERRAMIENTA DE LOS LIBROS Y DE LA ENSAYÍSTICA, DE LA INVESTIGACIÓN (POR MÁS RIGUROSA QUE ÉSTA SEA) Y DE LA DIVULGACIÓN.”

### 1. Premisa

En otras circunstancias, propias de una época que no es más la presente, el valor de las iniciativas de codificación, uniformización o armonización del Derecho Privado europeo como puntos de referencia de reformas

---

(\*) Doctor en Derecho por la Scuola Superiore S. Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Miembro de la *Associazione Italiana di Diritto Comparato* (AIDC). Miembro del Proyecto de Investigación “Experiencias jurídicas en el derecho privado entre América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX (1901-1945)” del *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* de Frankfurt a. M. (Alemania). Profesor ordinario asociado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Universidad del Pacífico y en la Unidad de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres. Asociado Senior de Estudio Ferrero Abogados.

En este artículo se desarrollan los puntos centrales de la ponencia del Autor sobre los anteproyectos europeos sobre contratos, dictada en la segunda jornada del Quinto Foro Internacional de Derecho Privado “*Unificación y modernización del régimen de las obligaciones y contratos*”, organizado por la Universidad de Los Andes de Colombia, y realizado en la ciudad de Bogotá, el 14 y 15 de octubre de 2010.

Este encuentro universitario le permitió contrastar puntos de vista con apreciados colegas y amigos, expertos en Derecho Privado y comercial, como Marcela Castro Ruiz, Mauricio Rengifo Gardeazábal y Carlos Giraldo Bustamante; en teoría general del derecho y comparación jurídica, como Diego López Medina y André Rodrigues Corrêa; y con magistrados como Germán Valenzuela Norabuena.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

o actualizaciones de los códigos civiles latinoamericanos ni siquiera admitiría ser sometido a discusión o puesto en entredicho.

La ascendencia en nuestros países de los procesos de sistematización de las leyes civiles del viejo continente ha sido notable siempre, en efecto, y se ha manifestado directamente, no solo en el campo de la doctrina, inspirando las reflexiones de los estudiosos, sino en la redacción misma de los códigos actualmente vigentes en América Latina, en los que es imposible ocultar la influencia, mayor o menor, de los modelos jurídicos forjados del otro lado del Atlántico<sup>(1)</sup>.

Bien cabe considerar a la experiencia codificadora latinoamericana, entonces, como uno de esos casos de mutación del derecho, que el comparatista italiano Rodolfo Sacco cataloga como de imitación por prestigio, o sea, la situación en que las innovaciones o cambios en la ley, jurisprudencia o doctrina de un país son determinados, fundamentalmente, por la admiración que suscita la normativa foránea imitada<sup>(2)</sup>.

Esta asimilación -que ya he planteado en ocasiones precedentes<sup>(3)</sup>- es verosímil con relación a las obras decimonónicas de Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sarsfield, las cuales, a despecho de las aportaciones personales de sus artífices, recogen lo esencial de la codificación y doctrina de Francia<sup>(4)</sup>, y de elementos de

“HOY NO BASTA, EN EFECTO, EL DOMINIO DE OTROS IDIOMAS NI INFORMARSE ACABADAMENTE SOBRE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS DE OTRAS PARTES DEL MUNDO PARA FORMULAR, CON LEGITIMIDAD, UN JUICIO COMPARATIVO SOBRE ELLAS. DICHO JUICIO SERÁ IMPRODUCTIVO SI LA ACTITUD DEL CIVILISTA-COMPARATISTA LATINOAMERICANO SE MANTIENE FIEL A LA ANTIGUA TENDENCIA A LA SUBESTIMACIÓN DE LAS SOLUCIONES LOCALES O, PEOR AÚN, A LA RENUNCIA A CONCEBIR SOLUCIONES PARA LOS PROBLEMAS LOCALES.”

otros ordenamientos, traducidos y difundidos alrededor del mundo, igualmente, en lengua

---

A todos ellos les está muy agradecido por su tiempo, generosidad e interés, aunque, como es usual en las palabras preliminares de los trabajos de investigación, sea enteramente atribuible al Autor la responsabilidad de cuanto se expone en estas páginas.

- (1) A este respecto, son exhaustivos los panoramas trazados por KLEINHEISTERKAMP, Jan. *Development of Comparative Law in Latin America*. En: REIMANN, Mathias y Reinhard ZIMMERMANN (editores). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, Oxford-New York, 2006, especialmente, p. 270 y siguientes; y, SCHIPANI, Sandro, voz. *Codici civili nel sistema latinoamericano*. En: *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamento V*, Utet, Turín, 2010, p. 286 y siguientes. De este último autor mantiene actualidad el ensayo *I codici latinoamericani della "transfusión" del diritto romano e dell'indipendenza. Verso i codici della "mezcla" e "codici tipo"*. En: SCHIPANI, Sandro (al cuidado de). *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*. Actas del congreso internacional celebrado en Roma, 17-19 de marzo de 1986, Cedam, Padua, 1991, p. 645 y siguientes.
- (2) SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (2nd Installment)*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen XXXIX, 1991, p. 397 y siguientes; ID., *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Turín, 1992 (reimpresión, 2006), p. 147 y siguientes; ID., *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bolonia, 2007, p. 63 y siguientes; ID., *La comparazione giuridica*. En: GAMBARO, Antonio y Rodolfo SACCO. *Sistemi giuridici comparati*. 3ra. edición, Utet, Turín, 2008, p. 27.
- (3) LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos en el Perú*. Lima: Palestra, 2004.
- (4) GARRO, Alejandro M. *Unification and Harmonization of Private Law in Latin America*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 40, 1992, p. 606, habla de Códigos prácticamente traducidos del francés, como los de Haití



## Leysser L. León Hilario

francesa (por ejemplo, el Derecho Territorial General de los Estados Prusianos, ALR, de 1794; el Código General Austríaco, ABGB, de 1811; y las obras de juristas germanos como Hugo, Savigny y Mackeldey).

No fue distinto lo sucedido en México y Brasil, en cuanto al Código Civil alemán (BGB) de 1896, ni en Bolivia y Perú, respecto del Código Civil italiano de 1942<sup>(5)</sup>. Incluso un intento fallido de codificación bilateral uniforme, el Proyecto Franco-Italiano de Código Único de Obligaciones y Contratos<sup>(6)</sup>, de 1927, informó a los artífices de la reforma, en la primera mitad del siglo pasado, del Código Civil peruano de 1936 y del Código Civil de Venezuela de 1942<sup>(7)</sup>.

Sin perjuicio de estas, seguramente obvias, constataciones, a mí me parece innegable que algo ha cambiado en el panorama de la codificación civil en nuestra parte del mundo.

Hasta hace poco tiempo, no era extraño advertir una consuetudinaria agitación e interés en los juristas de nuestros países por seguir la pista de aquellas iniciativas europeas que, como acabo de anotar, han ofrecido siempre insumos para la mutación, razonada, planificada, automática o incluso abrupta de nuestras leyes (piénsese en la legislación en materia de protección al consumidor, que ahora está presente en toda América Latina, o en la que tutela al individuo frente a la manipulación de información personal, que también va abriéndose paso). Hoy, en cambio -y esto es lo que me propongo destacar en las páginas que siguen-, dicho interés está limitado, más que nunca, a un ámbito doctrinal sin mayor incidencia en la decisión política, y por tal razón, es muy escasa la medida en que aquellas iniciativas pueden ser determinantes, como otrora, de una transformación del derecho latinoamericano legislado.

Me he fijado también, naturalmente, el objetivo de ofrecer una explicación del fenómeno perfilado: el porqué de este apagado

eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina, que resulta hasta contradictorio si se consideran la vastedad y pluralidad de fuentes de información sobre la actualidad del quehacer civilista en el viejo continente.

Lo que propondré dista, por cierto, de ser definitivo, además de constituir una opinión que atiende prioritariamente (e inevitablemente) a la experiencia peruana, donde el Código Civil de 1984, en coincidencia con sus primeros veinticinco años de vigencia, recién ha comenzado a ser estudiado en perspectiva histórica, comparativa y crítica.

El minado prestigio de la academia en el espacio latinoamericano, fruto, entre otros factores, de la proliferación de Facultades de Derecho (y de centros de enseñanza que, con indolencia del grupo en el poder, se han hecho del rótulo de "universidades"), y la reivindicación, por parte del sector empresarial, de un papel decisivo en la creación normativa en todos los niveles, hacen que actualmente resulte imposible promover una renovación o puesta al día de las codificaciones civiles vigentes con la sola herramienta de los libros y de la ensayística, de la investigación (por más rigurosa que ésta sea) y de la divulgación. A esto se debe que el grado de conocimiento acerca de la evolución de los ordenamientos jurídicos extranjeros, que otrora era explotado proficuamente por la doctrina jurídica latinoamericana para llamar la atención de la colectividad (y del poder legislativo) sobre la necesidad (o urgencia, inclusive) de *aggiornamenti* de

---

y República Dominicana, y de códigos de "naturaleza ecléctica", con inspiración y técnica propias. Incluye entre estos últimos, junto con los Códigos Civiles de Chile y Argentina, el muy conocido "esbozo" de Teixeira de Freitas. Véase también: MIROW, Matthew C. *El Código de Napoleón y los Códigos de Bello y Vélez Sarsfield*. En: *Revista de derecho privado*. Universidad de los Andes n.º 33 diciembre 2004 p. 1 y siguientes.

(5) También la reforma del Código Civil argentino, de 1968, es deudora del Código Civil italiano de 1942.

(6) Para referencias sobre este proyecto, véase: ROTONDI, Mario. *The Proposed Franco-Italian Code of Obligations*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 3. 1954. p. 345 y siguientes.

(7) Por ejemplo, el régimen de la resolución contractual, tal como señala MELICH-ORSINI, José. *La resolución del contrato por incumplimiento*. Segunda edición. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003. p. 105-106.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

nuestras normas, para no quedar rezagados frente a los avances europeos, haya dejado de ser crucial en semejante empresa.

Yo tengo la impresión, además, de que, por un lado, los códigos civiles latinoamericanos han seguido el camino que estaba trazado para ellos desde su concepción misma, en la Europa del siglo XIX: se han transformado en símbolos<sup>(8)</sup>, en emblemas, propiamente dichos, de nuestras nacionalidades, lo cual no quiere decir que la cultura de la codificación civil haya arraigado plenamente<sup>(9)</sup>. Al ser tales “nacionalidades”, justamente, muy discutibles en sus orígenes (desde todos los puntos de vista imaginables: histórico, geopolítico, sociológico o antropológico, inclusive)<sup>(10)</sup> enfrentamos el riesgo paradójico de que en América Latina tengan resonancia, quizás con mayor gravedad, los mismos problemas que hoy obstaculizan, y acaso frustran en definitiva, los distintos y sucesivos proyectos de codificación o armonización del derecho privado europeo.

La codificación de nivel comunitario europeo -planteaba Stefano Rodotà a inicios de la década pasada- “confirmaría

y acrecentaría aquella paradoja europea que nos ha dado una moneda sin Estado, que anuncia una Constitución sin Estado y debería conducirnos a un código sin Estado, justamente en el continente donde dicho instrumento jurídico nació, atendiendo también a su identificación con el Estado nacional<sup>(11)</sup>.

Junto con los aspectos negativos que acabo de resaltar, no puedo omitir referirme a la dificultad que enfrentan los actores jurídicos de los países de Europa incluso para hacer suya la legislación comunitaria, y a la consecuente preferencia por las soluciones nacionales, no solo por razones de identidad histórica o costumbre, sino, muchas veces, por verdadera e informada convicción de la superioridad del derecho patrio sobre los modelos “europeos”, o de los valores que inspiran aquellas normativas<sup>(12)</sup>.

Famoso en este último sentido es, por ejemplo, la cerrada oposición de los juristas franceses

- 
- (8) Muchos son los estudiosos que han intentado explicar este aspecto de la codificación civil. Me limitaré, sin embargo, a citar a RODOTÀ, Stefano. *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*. En: *Codici: una riflessione di fine millennio*, actas del encuentro académico realizado en la Universidad de Florencia, del 26 al 28 de octubre de 2000, publicadas al cuidado de Paolo CAPPELLINI y Bernardo SORDI, Giuffrè, Milán, 2002, p. 541, quien, basándose en la historia del *Code* y del BGB, habla del Código como “símbolo fuerte, signo destinado a marcar una época desde su entrada en vigor o, en todo caso, a ser asociado con momentos elevados de la vida de un pueblo, iluminándolos o siendo iluminado por ellos”. Sobre el Código napoleónico puede verse también: CABRILLAC, Rémy. *Le Code civil est-il la véritable constitution de la France?*. En: *Revue Juridique Thémis*. Volumen 39, 2005, p. 253 y siguientes.
- (9) Permítaseme remitir a LEÓN, Leysser. *Universidad y cultura de la codificación civil*. En: *Global Jurist*. n.º1, 2007. p. 6. Disponible en web: <http://www.bepress.com>, ahora también en AA.VV. *Análisis del Código Civil a 25 años de su vigencia*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2010. p. 133 y siguientes; así como a los comentarios y referencias bibliográficas de VAQUER ALOY, Antoni. *El proceso de codificación civil catalana* (2008), § 3, en web: <http://blogs.uab.cat/dretcatala/>
- (10) Recuérdese que la creación del Virreinato de Buenos Aires (al que se incorporó la Audiencia de Charcas), del Virreinato de Nueva Granada (al que se incorporó la Audiencia de Quito) y de la Capitanía General de Chile, con el subsecuente desmembramiento del Virreinato del Perú, fueron determinados por el objetivo borbónico de “ajustar la integración política y económica de las Indias a la metrópoli española”. Véase: COTLER, Julio. *Clases, Estado y Nación en el Perú*. Tercera edición, reimpression. Lima: Instituto de Estudios Peruano (IEP), 2006. p. 72. Tiempo después, como se ha escrito, “al ritmo de las intrigas de los nuevos dueños de América Latina [los dueños de la tierra y los grandes mercaderes], los cuatro virreinos del imperio español saltaron en pedazos y múltiples países nacieron como esquilas de la unidad nacional pulverizada” (las cursivas son añadidas): GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*, Tercera edición (2004). Cuarta reimpression. México: Siglo XXI, 2010, p. 152.
- (11) RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*; p. 542.
- (12) Lo ha puesto en evidencia, en relación con las reglas propuestas en el *Draft Common Frame of Reference* sobre tutela de los consumidores: ZIMMERMANN, Reinhard. *The Present State of European Private Law*. En: *The American Journal of*



## Leysser L. León Hilario

a alterar su tradicional sistema de resolución judicial de los contratos. Inmune a la influencia de modelos vecinos de resolución por la sola autoridad de una de las partes (Alemania, Italia y, por influencia de ambos países, Portugal), el Derecho francés protagoniza aquí una divergencia insuperable, que ha dado ocasión a una autora para sugerir, con lucidez, que “la diversidad cultural y la idea de un Código Civil europeo pueden ser fácilmente contrastantes”<sup>(13)</sup>, y que, por lo tanto, la tesis de que sea realizable un Código Civil continental es seriamente cuestionable, cuando menos, mientras no exista consenso en cuanto a los valores que no son compartidos por todos los países europeos.

Por otro lado, el enfoque económico (utilitarista, más bien) de las instituciones del Derecho Privado, tan privilegiado en los múltiples proyectos europeos que se describirán en el acápite subsiguiente, ha generado opiniones de rechazo en un sector nada desdeñable de la doctrina francesa, convencida de que:

“El derecho europeo de los contratos reposará en valores exclusivamente mercantiles y suprimirá los valores morales y humanistas en los que se fundan la especificidad y la riqueza del modelo contractual francés”<sup>(14)</sup>.

Si mis premisas son correctas, podrá entenderse, sin inconvenientes, por qué considero, en conclusión, que los proyectos de codificación civil europea dejarán (o es inexorable que dejen) de representar

las plantillas imprescindibles a las que solían ceñirse los actores de las gestas recodificadoras en América Latina.

Tal vez dichos proyectos deban ser vistos hoy por hoy, más bien, como meros tubos de ensayo, inmejorables ciertamente, de la vigencia o decadencia de la cultura de la codificación civil en sí misma.

## 2. Historia reciente de la codificación del Derecho Privado europeo

El movimiento codificador contemporáneo del Derecho Privado europeo puede ser analizado centrando la atención en las experiencias individuales de los países continentales o, con mayor amplitud, en las experiencias de nivel comunitario.

Desde la perspectiva nacional, tras la Modernización del Derecho de Obligaciones alemán<sup>(15)</sup>, en el año 2001, el aporte más reciente ha de ser el del Código Civil de Hungría, aprobado por el Parlamento magiar en noviembre de 2009, al cabo de una década de debates políticos que

---

*Comparative Law*. Volumen 57. 2009. p. 486 y siguientes. Las críticas del autor alemán sirven de punto de partida para el análisis, igualmente cuestionador, de ANTONIOLLI DE FLORIAN, Luisa; Francesca FIORENTINI y James GORDLEY. *A Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 58. 2010. p. 343 y siguientes.

- (13) SEFTON-GREEN, Ruth. *Diversità culturale e codice civile europeo*. Traducción de Claudia Amodio. 2006. En: SOMMA, Alessandro (al cuidado de), Giappichelli. *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*. Turín. 2007. p. 225. El *Avant-Projet* de reforma del Código Civil francés (2005), al que haré referencia más adelante, se mantiene fiel a la fórmula tradicional (la resolución sólo puede decidirse judicialmente), lo que ha llevado a una autora a hablar, críticamente, de una “oportunidad perdida” de cambio: FABRE-MAGNAN, Muriel. *La ruptura du contrat: une occasion manquée de réforme*. En: CARTWRIGHT, John; Stefan VOGENAUER y Simon WHITTAKER (directores). *Regards comparatistes sur l’Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription*. Société de Législation Comparée. París. 2010. p. 193 y siguientes.
- (14) Reseña, con estas palabras, la aversión de destacados autores franceses al Derecho europeo de contratos, sin suscribir, necesariamente, tal posición: MAZEAUD, Denis. *Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français*. En: *European Review of Contract Law*. 2010. n.º 1. p. 4.
- (15) Sobre la *Schuldrechtsmodernisierung*, véase: REIMANN, Mathias. *The Good, the Bad and the Ugly: The Reform of the German Law of Obligations*. En: *Tulane Law Review*. Volumen 83. 2009. p. 877 y siguientes. En la bibliografía traducida al castellano: EHMANN, Horst y Holger SUTSCHET. *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones*. Traducción de Claudia López Díaz y Ute Salach. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006; y ZIMMERMANN, Reinhard. *El nuevo derecho alemán de obligaciones: un análisis desde la historia y el derecho comparado*. Traducción de

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

están a punto de concluir con el abandono de una legislación cincuentenaria, originada bajo el régimen comunista<sup>(16)</sup>.

Existen, igualmente, dos proyectos reformadores importantes:

- a) El Anteproyecto (*Avant-Projet*) de Reforma del Derecho de las Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (2005), presentado al Ministerio de Justicia de Francia por una comisión de civilistas presidida por el profesor Pierre Catala<sup>(17)</sup>; y,
- b) El Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) elaborado por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia de España<sup>(18)</sup>.

La dimensión de estos proyectos “nacionales” puede esbozarse anotando que en el *Avant-Projet*, difundido casi contemporáneamente en América Latina<sup>(19)</sup>, se plantea, entre

los cambios más destacados: incluir normas generales (en algunos casos definitivas) sobre los negocios y hechos jurídicos como fuentes de obligaciones, normativizar la regla *venire contra factum proprium non valet*<sup>(20)</sup>, unificar legislativamente los regímenes de obligaciones y la responsabilidad extracontractual, e incorporar, en las disposiciones sobre esta última institución, la figura de los *punitive damages* (*dommages-intérêts punitifs*)<sup>(21)</sup>, hasta hoy asociada exclusivamente (y muchas veces negativamente) con el derecho estadounidense.

En el nivel comunitario europeo, en cambio, los proyectos de unificación o armonización, casi todos de origen académico, son los siguientes:

---

Esther Arroyo i Amayuelas. Barcelona: Bosch, 2008. Permisaseme remitir, de igual manera, a LEÓN, Leysser. *La importancia del derecho comparado en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la Modernización del derecho de obligaciones en Alemania* (Schuldrechtsmodernisierung). 2003, ahora en ID, *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*. Lima: Jurista Editores. 2007. p. 301 y siguientes.

- (16) Al respecto, son ilustrativos los apuntes de VÉKÁS, Lajos. *About Contract Law in the New Hungarian Civil Code*. En: *European Review of Contract Law*. n.º 2010. p. 95 y siguientes.
- (17) Tengo a la vista la edición italiana de este documento, publicada con el auspicio del *Consiglio Nazionale Forense*, al cuidado de Giovanni Battista FERRI y Paolo SPADA, con presentación de Guido ALPA, y editada por Giuffrè de Milán en el año 2008. Un fenómeno del todo particular es la “competencia” interna existente en Francia, entre el *Avant-Projet* de la Comisión presidida por CATALA, y los proyectos de reforma de Derecho de los contratos y de la responsabilidad civil promovidos por la *Académie des Sciences Morales et Politiques*. Los volúmenes que recogen estos últimos trabajos han sido publicados, bajo la dirección de François TERRÉ, por la editorial Dalloz, de París, en 2008 (*Pour une réforme du droit des contrats*) y 2011 (*Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*), respectivamente.
- (18) El texto de esta iniciativa legislativa puede consultarse en web: <http://www.mjusticia.es>. Sobre sus alcances, puede consultarse el trabajo de JEREZ DELGADO, Carmen y Máximo Juan PÉREZ GARCÍA. *La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones*. En: *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. 2009. p. 155 y siguiente.
- (19) Hay traducción al castellano del *Avant-Projet* y de las exposiciones de motivos, al cuidado de Fernando HINESTROSA, publicada por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, 2006).
- (20) La “teoría de los actos propios”, como la llaman sus adherentes en el Perú, más por el tributo a la doctrina estadounidense del *equitable estoppel* o por pereza argumentativa, que por veraces y atendibles fundamentos jurídicos. Por ejemplo: BULLARD GONZÁLES, Alfredo. *Los fantasmas sí existen: la Doctrina de los Actos Propios*. En: *IUS ET VERITAS*. n.º 40, 2010, p. 50 y siguientes. Los defectos de esta nociva doctrina han sido firmemente destacados en el Perú, luego de un deplorable precedente de la Corte Suprema, que libró de responsabilidad civil a una minera en un grave caso de contaminación ambiental, por MORALES HERVIAS, Rómulo. *Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. n.º 116. 2008. p. 43 y siguientes.
- (21) En América Latina, esta institución ha sido expresamente normada en la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina, reformada el año 2008, bajo la traducción literal (acostumbrada e inexacta) de “daños punitivos”. Al respecto, véase:



## Leysser L. León Hilario

- a) Los *Principles of International Commercial Contracts*, del Instituto UNIDROIT (1994-2004) de Roma<sup>(22)</sup>, aunque, como su nombre lo indica, el alcance del proyecto no se limita al ámbito europeo.
- b) Los *Principles of European Contract Law* (PECL), de la *Commission on European Contract Law*, presidida por Ole Lando (2000)<sup>(23)</sup>.
- c) El *Code Européen des Contrats* de la Academia de Iusprivatistas Europeos<sup>(24)</sup>, con sede en Pavía, presidida por Giuseppe Gandolfi.
- d) Los *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)* del *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*<sup>(25)</sup>, liderado por Hans Schulte-Nölke y Gianmaria Ajani.
- e) El *Draft Common Frame of Reference* de los *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law* (DCFR)<sup>(26)</sup>, proyecto auspiciado y financiado por el Parlamento Europeo, que compendia los resultados de los trabajos del Acquis Group y del Study Group on a European Civil Code, presidido Christian von Bar.

---

IRIGOYEN TESTA, Matías. *¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?* En: *Revista de responsabilidad civil y seguros*. Año XI. n.º 10. 2009. p. 16 y siguientes.

Se trata de una "multa civil" que el juez puede aplicar a favor del consumidor, y que se gradúa "en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan".

- (22) La versión íntegra en castellano puede consultarse en web: <http://www.unidroit.org>.  
Sobre la génesis de este aporte de UNIDROIT, véase: BONELL, Michael Joachim. *The UNIDROIT initiative for the progressive codification of international Trade Law*. En: *The International and Comparative Law Quarterly*. Volumen 27. 1978. p. 413 y siguientes. En la bibliografía posterior del mismo autor: *Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 40. 1992, p. 617 y siguientes.
- (23) La versión original en inglés puede consultarse en web: <http://www.jus.uio.no/lm/>.  
En lengua castellana, disponemos de la traducción publicada en el website de la Universidad de Salamanca: <http://campus.usal.es>.  
Con relación al enfoque de los autores de este proyecto son de útil consulta los apuntes de LANDO, Ole. *European Contract Law*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 31. 1983. p. 653 y siguientes; Idem. *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?* En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 40 1992. p. 573 y siguientes. Idem. *The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law*. En: *Hastings International and Comparative Law Review*. Volumen 21. 1998. p. 809 y siguientes.
- (24) La versión íntegra en francés (original) y en castellano puede consultarse en el portal electrónico de la organización: <http://www.accademiagiuristieuropei.it/>.  
Sobre este proyecto, véase: GANDOLFI, Giuseppe. *Il progetto pavese di un codice europeo dei contratti*. En: *Rivista di diritto civile*. Parte I. 2001. p. 455 y siguientes; Idem. *Per l'unificazione del diritto in Europa Il Codice europeo dei contratti*. En: ADAMA GODDARD, Jorge (coordinador). *Derecho privado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 357 y siguientes. En torno de su divulgación en España: VATTIER FUENZALIDA, Carlos. *El derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía*. En: *Anuario de derecho civil*. 2008. p. 1841 y siguientes.
- (25) La versión original en inglés puede consultarse en el portal electrónico de la organización, auspiciado por la Universidad de Osnabrück: <http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de>.  
Sobre este proyecto es de enorme valor la consulta de los cuestionamientos de JANSEN, Nils y Reinhard ZIMMERMANN. *Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the Principles of the Existing EC Contract Law*. En: *The Modern Law Review*. Volumen 71. 2008. p. 505 y siguientes.
- (26) VON BAR, Christian; ERIC CLIVE y HANS SCHÜLTE-NOLKE (editores). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference*. Sellier European Law Publishers. Múnich. 2009.  
La segunda edición íntegra en inglés (2009), puede consultarse en <http://www.law-net.eu/>. En cuanto a los orígenes del proyecto, véase: EIDENMÜLLER, Horst y otros. *El Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo (Cuestiones valorativas y problemas legislativos)*. Traducción de Bruno Rodríguez Rosado. En: *Anuario de Derecho Civil*. Volumen LXII. 2009. p. 1461 y siguientes.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

Este último documento está ligado directamente a la labor promotora de la Comisión de Comunidades Europeas, que a comienzos del año 2003 se expresaba de esta forma:

“La Comisión considera que un marco común de referencia que establezca principios y una terminología comunes en el ámbito del Derecho contractual europeo constituye un paso importante para mejorar el acervo en materia de Derecho contractual. Este marco común de referencia será un documento accesible al público que ayudará a las instituciones comunitarias a garantizar una mayor coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del derecho contractual europeo. Este marco común de referencia debería responder a las necesidades y las expectativas de los operadores económicos de un mercado interior que aspira a convertirse en la economía más dinámica del mundo”<sup>(27)</sup>.

La suerte de los proyectos que se acaban de enumerar no ha sido idéntica.

Si se puede hablar de “éxito” en este campo, es indiscutible que el trabajo de UNIDROIT ha sido el más próspero. Acaso por haberse concentrado en un campo con verosímil tendencia (y necesidad) a volverse uniforme (el de la contratación comercial internacional), los “principios” de UNIDROIT han logrado difusión como líneas fundamentales y comunes de contratación de alcance global. No son pocas las veces, por otro lado, en que se ha hecho referencia expresa a ellos

en arbitrajes internacionales<sup>(28)</sup>, y hasta han sido utilizados como fuente de consulta en los proyectos uniformadores de la materia contractual de la Organización para la Armonización del Derecho de los Negocios en África (OHADA), integrada, nada más y nada menos, que por 16 países de dicho continente<sup>(29)</sup>.

En oposición, no obstante la esperanza de los redactores de los PECL en que éstos fueran “tomados como ‘código modelo’, capaz de ser seguido incluso por partes de una misma nacionalidad, como alternativa a la ley nacional, o llegaran a ser adoptados por la Unión Europea mediante alguno de los instrumentos de los que ésta puede valerse (reglamentos, directivas, recomendaciones)”<sup>(30)</sup>, se conjeturaba:

“Es poco probable que las partes de un contrato decidan someterlo a los PECL. Un código requiere ser probado, concretado y perfeccionado en la práctica permanentemente y abrirse paso intelectualmente en la ciencia”<sup>(31)</sup>.

El tiempo ha relativizado aquella conjetura, pues -como ha podido comprobar, a la larga, el mismo autor que la formulaba- los PECL

- 
- (27) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Un derecho contractual europeo más coherente - Plan de acción*. Bruselas, 12 de febrero de 2003. COM (2003) 68 final. n.º 59, p. 18 del documento electrónico publicado en: <http://eur-lex.europa.eu>.
- (28) Lo remarcan, entre otros: BERGER, Klaus Peter. *Harmonisation of European Contract Law. The Influence of Comparative Law*. En: *The International and Comparative Law Quarterly*. Volumen 50. 2001. p. 880-881; ZIMMERMANN, Reinhard. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 in Comparative Perspective*. En: *The Tulane European and Civil Law Forum*. Volumen 21. 2006. p. 4; BASEDOW, Jurgen. *Transjurisdictional Codification*. En: *Tulane Law Review*. Volumen 83. 2009. p. 997; y VOGENAUER, Stefan. *Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overskill of Soft Law?* En: *European Review of Contract Law*. 2010. n.º 2, p. 151.
- (29) De esto rinde cuenta VOGENAUER, Stefan. *Presentation de l'Avant-Projet*. En: CARTWRIGHT, John y otros (directores). *Regards comparatistes sur l'Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription*. *Op. cit.*; p. 22.
- (30) ALPA, Guido. *I Principi UNIDROIT 2004 e i Principi di Diritto Europeo dei Contratti*. En: SOMMA (al cuidado de). *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*. *Op. cit.*; p. 40.
- (31) ZIMMERMANN, Reinhard. *Rasgos fundamentales de un derecho contractual europeo*. 1995. Idem. *Estudios de derecho privado europeo*. Traducción de Antoni Vaquer Aloy. Madrid: Civitas. 2000. p. 158.





## Leysser L. León Hilario

han logrado una buena aceptación en el medio jurídico, como inspiradores de trabajos de investigación, iniciativas legislativas e incluso en algunos tribunales de justicia<sup>(32)</sup>.

Del Código Europeo de los Contratos, finalmente, se ha dicho críticamente que la Academia de Iusprivatistas Europeos, a diferencia de la Comisión para el Derecho Europeo de los Contratos, que elaboró los PECL, se limitó a desempeñar una “función consultiva”:

“Dando consejos, comentando bosquejos preliminares y encontrándose de manera ocasional, en sesiones plenarias, así como en subgrupos nacionales. Pero no parece que sus miembros se hayan involucrado en la formulación efectiva de sus normas”<sup>(33)</sup>.

En comparación con el trabajo de UNIDROIT, el impacto de los demás documentos ha sido, pues, bastante diferente. Lo que ha animado a sus autores, además, tiene todos los visos de ser -y lo señalo habiendo seguido de cerca sus resultados en el primer lustro de este siglo- el afán de asumir el liderazgo de la obra codificadora en Europa. Para conseguir dicho propósito, todos los proyectos tuvieron comienzo con un masivo reclutamiento de afamados catedráticos de los distintos países miembros de la Unión, para que trabajaran en uno u otro grupo apuntando, invariablemente, hacia la formulación de la más llamativa propuesta normativa.

Según la crítica descripción de Mauro Bussani:

“La contribución de los académicos de Europa continental en la elaboración de los códigos civiles es un modo consolidado de afirmar el *status* de los primeros y de evitar la parálisis de los segundos. La preparación e implementación de todo código necesita académicos que laboren como simuladores técnicos para una anticipación de los problemas y soluciones, pero esto es, al mismo

tiempo, lo que da a la doctrina prestigio social y carácter indispensable. No causa sorpresa, entonces, que en el terreno de la doctrina, el proceso de codificación (bajo muchas máscaras) del derecho privado europeo se halle en pleno auge”<sup>(34)</sup>.

La labor de los académicos participantes en los proyectos se suma a la desarrollada por la propia Unión Europea mediante las “directivas”, o sea, mediante la normativa comunitaria, que también está orientada hacia la uniformización de los criterios legislativos en los países miembros frente a problemas comunes.

Este propósito es expreso en documentos de la Comisión de las Comunidades Europeas, en los que se resalta, por ejemplo, la necesidad de eliminar los costos de transacción generados por las divergencias normativas:

“La existencia de normas legales nacionales divergentes puede conllevar mayores costos de transacción -especialmente costes de información y posibles litigios- para las empresas en general y las PYME y los consumidores en particular. Las partes contratantes podrían verse obligadas a obtener información y asesoramiento legal sobre la interpretación y aplicación de una ley extranjera poco familiar. Si en el contrato se ha elegido una normativa aplicable, dicha normativa se aplicará también a la parte contratante cuyo Derecho no se haya elegido. También se aplicará, en menor medida, a los contratos en que las partes

(32) Casi tres lustros después, en efecto, es el mismo ZIMMERMANN, en *The Present State of European Private Law*. Op. cit.; p. 482, quien constata la existencia de *a number of encouraging examples of how the PECL have been used as a source of inspiration for legislators, legal writers, and courts of law*.

(33) ZIMMERMANN, Reinhard. *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti: rivisitazione moderna di un'antica idea*. Traducción de Ilaria Amelia Caggiano y Stefania Iannicelli. En: *Contratto e impresa – Europa*. 2009. p. 104.

(34) BUSSANI, Mauro. *A Streetcar Named Desire: The European Civil Code in the Global Legal Order*. En: *Tulane Law Review*. Volumen 83. 2009. p. 1083.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

hayan convenido los términos contractuales habituales y estos no abarquen todos los problemas posibles<sup>(35)</sup>.

Se enfatiza, asimismo, que:

“Los cambios económicos, en particular la progresiva integración de los mercados en un verdadero mercado interior, incitan también a los responsables políticos y a los legisladores nacionales a buscar soluciones a los problemas de los contratos entre partes de Estados miembros diferentes. Estas soluciones podrían constituir una especie de ‘armonización blanda’, producto de los cambios económicos, que no se rige por normas comunitarias vinculantes<sup>(36)</sup>.”

Ante el panorama trazado, no se requieren pruebas ulteriores de la alteración de la forma en que los países de América Latina se posicionan frente a la codificación europea. Los tiempos de las codificaciones nacionales, sólidas, asociadas con la idea del Estado-Nación han quedado atrás, al generalizarse la conciencia -merecedora de mejor análisis- acerca de la necesidad, si no es que la imperiosidad, de propuestas unificadoras.

“El antiguo modelo del monopolio del Estado sobre lo ‘jurídico’ -escribe un destacado cultor del Derecho Civil- ha entrado

en crisis con el proceso de unificación e integración de Europa<sup>(37)</sup>. Por su parte, Sacco dictaminaba, cinco lustros atrás, que la uniformización del derecho “es incompatible con el carácter nacional de la norma jurídica<sup>(38)</sup>. Y si es ello es verdad, ¿podría (o debería) seguir siendo igual la predisposición o apertura a la recepción en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos de las iniciativas discutidas en el viejo continente?

Es realmente paradójico que, a pesar de la *Europeanization* del otrora Derecho Civil de los Estados-Nación, los países de América Latina ya no contemos ni siquiera con un único o mejor modelo a seguir. Ahora existen varias propuestas que, en los hechos, “compiten” entre sí<sup>(39)</sup>, incluso surcando los océanos, como bien lo demuestran las *tournées* académicas de docentes europeos alrededor del mundo, destinadas a la promoción de los proyectos que los tuvieron como colaboradores<sup>(40)</sup>.

Este curioso “activismo” internacional de los civilistas europeos se ha reflejado también en

(35) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre derecho contractual europeo*. Bruselas. 11 de julio de 2001. COM (2001) 398 final. n.º 31, p. 10 del documento electrónico publicado en web: <http://eur-lex.europa.eu>.

(36) *Ibid.* n.º 51. p. 15.

(37) FERRI, Giovanni Battista. *Code Européen des contrats*. 2002. *Idem. Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*. Cedam. Padua. 2008. p. 429.

Esta visión es unánime entre los estudiosos europeos. La han profundizado, entre otros, MOLLERS, Thomas, *The Role of Law in European Integration*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 48. 2000. p. 679 y siguientes; y BERGER, *Op. cit.*; p. 877 y siguientes. Sin embargo, distinguiéndose del común de los autores, FERRI no pierde la ocasión de indicar (*Loc. cit.*) que “la febril y a menudo precipitosa actividad normativa de la Comunidad Europea, en el campo (no solamente) del derecho privado, da la apariencia de querer apuntar a la superación de las barreras entre los pueblos, pero corre el riesgo de terminar sustituyendo la “tiranía” del Estado, que había devenido el único monopolista de la dimensión de lo jurídico, por la de organismos formados, las más de las veces, no por juristas, sino por eurócratas serviciales, cuya tarea es formalizar, en normas, los compromisos que los Estados alcanzan en materia de política económica, usualmente guiados por oportunismos nacionalistas y contingentes” (las cursivas son añadidas).

(38) SACCO, Rodolfo. *La circolazione del modello giuridico francese*. En: *Rivista di diritto civile*, 1995, parte 1, p. 523.

(39) ZIMMERMANN. *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti*. *Op. cit.*; p. 107, anota que “en el nivel internacional, los Principios de Derecho Europeo de los Contratos están en competencia con los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT”.

(40) Por ejemplo, en cuanto al grupo de Pavía: DE LOS MOZOS, José Luis. *Nuevas reflexiones críticas sobre la causa de los contratos*. En: AA.VV. *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*. Volumen II. Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 237 y siguientes.



## Leysser L. León Hilario

el campo editorial, con la prácticamente simultánea traducción al castellano de los diversos proyectos y con el rebrote de una idea antigua, que cada cierto tiempo vuelve a concentrar el debate: la conveniencia de contar con una codificación civil latinoamericana unitaria.

Esta cuestión no puede analizarse con el rigor necesario, a menos que se consideren todos los aspectos del fenómeno que se vive en Europa.

Un punto importante a destacar, en esta línea de análisis, es que la unificación o armonización del derecho privado europeo es percibida como imperiosa, según el punto de vista -soterrado o exteriorizado- de algunos de los actores de este singular movimiento, como respuesta continental a la *Americanization* de los ordenamientos jurídicos del mundo.

“Probablemente -apuntan Michaels y Jansen- la globalización hace más fuertes a los países poderosos como los Estados Unidos (y la Unión Europea), a la vez que debilita a los países medianos. Adoptando esta perspectiva, algunos aprecian la globalización como un incremento de la *Americanization* del derecho en el mundo, incluyendo el derecho privado. Algunos proyectos de derecho privado en Europa pueden ser vistos como una reacción: persiguen, implícitamente o explícitamente, proteger el derecho privado europeo y sus aspectos sociales frente a dicha *Americanization*, a la vez que promueven el derecho privado europeo (y alemán) como modelo para otros países. Si la globalización debilita el poder de los países intermedios, entonces el refuerzo de la Unión Europea y la *Europeanization* del derecho privado pueden ser vistos como reacciones frente a la globalización. La tensión entre el derecho privado estadounidense y el alemán es también, por lo tanto, una tensión sobre el papel de específicos Estados en el derecho privado, y no del Estado en abstracto”<sup>(41)</sup>.

La labor emprendida por los distintos grupos de académicos involucrados en la codificación o armonización del derecho privado europeo tiene entre sus metas, pues, la de contrarrestar la influencia de los modelos jurídicos estadounidenses que circulan por el mundo -sin excluir a Europa- por la fuerza de

la actividad empresarial, del comercio y de la imposición de recetas económicas, lo cual los hace, en muchos aspectos, incontenibles.

Toda esta problemática, como es fácil de entender, escapa a las limitaciones de mi exposición. Me limitaré a reproducir, en lo que concierne al trasfondo de la hegemonía alcanzada por los modelos jurídicos estadounidenses, lo que tienen escrito Ugo Mattei y Laura Nader:

“El estado de derecho imperialista subordina la legalidad local alrededor del mundo, y así se reproduce en escala global el mismo fenómeno dualista que hasta ahora ha caracterizado al derecho de los países en desarrollo. Los Estados, por lo tanto, están privados de discrecionalidad en materia jurídica, al estar ligados a los requerimientos del estado de derecho imperialista. Lo que suele quedar en la provincia estatal es un degradado nivel de creación jurídica, que únicamente puede llenar los cada vez más reducidos espacios no ocupados por el estado de derecho imperialista, junto con el saqueo empresarial. El derecho local se expresa, entonces, en lenguas locales e interesa a una profesión jurídica local, a la vez que sirve como mero representante ejecutivo de los requerimientos jurídicos imperialistas. No hay suficiente fuerza en las instituciones jurídicas locales como para detectar y rechazar el saqueo, porque el estado de derecho imperialista lo naturaliza y legaliza, al ser ejecutado por actores empresariales poderosos, asistidos por mega-estudios de abogados. El saqueo es el vehículo y simultáneamente el beneficiario del estado de derecho imperialista”<sup>(42)</sup>.

(41) MICHAELS, Ralf y Nils JANSEN. *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen 54. 2006. p. 867-868.

(42) MATTEI, Ugo y Laura NADER. *Plunder-When the Rule of Law is Illegal*. Massachusetts: Blackwell Publishing, 2008. p. 141.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

Es con relación a este último punto, nuevamente, que la posición de los países de América Latina se vuelve particular, porque al margen de la mayor facilidad con que la *Americanization* se difunde en nuestro continente (entre otras cosas, por la debilidad de los sistemas jurídicos y la precariedad de la cultura de la codificación civil)<sup>(43)</sup>, no hay cómo saber si la “lectura” de los actuales proyectos de codificación europea mantendrá tal espíritu de oposición o de balance, y el convencimiento acerca de la necesidad de lograr ambos objetivos.

Incluso si consiguiera llegar a nosotros aquel ánimo de preservar un espacio en el orbe jurídico mundial para la tradición del Derecho Civil codificado, no dejaría de ser incierto su futuro en un área geográfica ampliamente dependiente de la inversión extranjera y, por lo tanto, dominada por capitales que controlan, en los hechos, el sentido de buena parte de las iniciativas legislativas.

### 3. El Soft Law como pauta de los proyectos de armonización del Derecho Privado europeo

Como he anotado, ahora no existe un único proyecto de codificación o armonización del Derecho Privado europeo al que se pueda o deba prestar atención prioritaria para pensar en actualizar o reformar los Códigos Civiles de América Latina. La pregunta que cabría formular, ante la inédita pluralidad de puntos de referencia, es tal vez cuál de ellos merecería ser el elegido si se tuviese que reincidir en la vieja costumbre -igualmente destacada líneas atrás- de fomentar o decidir los cambios de nuestras leyes a la luz de los avances logrados en el exterior.

Yo me aventuro a responder que ninguno de los proyectos citados tiene capacidad de ejercer influencia decisiva en nuestros ordenamientos, por lo menos no con la ascendencia que tuvieron, en su momento, las grandes codificaciones nacionales europeas (francesa, alemana, suiza, italiana, portuguesa, etcétera).

Un aspecto decisivo para comprender la razón de este escepticismo está ligado con el carácter de las disposiciones contenidas en las iniciativas europeas, cuyo trazado permite reconocerlas como formas de *soft law*.

Entre los muchos significados que ha venido atribuyéndose a la expresión *soft law*, el que me interesa destacar, en particular, es el referido a aquellos preceptos que, aun poseyendo la apariencia y estructura de las normas jurídicas, no cuentan con las características esenciales de éstas, a saber: la obligatoriedad e inderogabilidad<sup>(44)</sup>.

La identificación de los Principios UNIDROIT, los PECL y el Código Europeo de los Contratos como formas de *soft law* es indiscutida, y no lo es menos la del DCFR. Sólo que en este último caso, más allá de la finalidad expresa de sus autores de contribuir como fuente de inspiración de futuras recodificaciones europeas<sup>(45)</sup>, se ha juzgado -no sin justificación-

(43) Este rasgo no escapa de la visión crítica de MATTEI. *Il modello di common law. Op. cit.*; p. 250: “En América Latina, no solamente más de cien años de ‘doctrina Monroe’ (la teoría política que desde fines del siglo XIX reivindica el monopolio de la influencia de los USA en las cuestiones políticas sudamericanas), sino un estructurado programa de intervención cultural y propagandista, conocido como movimiento de ‘*law and development*’ constituyen factores políticos decisivos que explican la circulación del modelo. La penetración y la influencia del modelo estadounidense que, a causa de la ‘doctrina Monroe’, ha podido realizarse en América Latina durante los largos años de la Guerra Fría ha sido imposible en muchos otros países conocidos entonces como del tercer mundo (el primer mundo era el bloque industrializado occidental y el segundo era el bloque comunista)”.

(44) A este tema está dedicado el instructivo ensayo de DI ROBILANT, Anna. *Genealogies of Soft Law*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen. 54. 2006. p. 499 y siguientes.

(45) La segunda edición del DCFR (p. 7-8) contiene, en efecto, un autoreconocimiento como *legal text*, y la declarada “esperanza” de sus autores en promover el conocimiento del Derecho Privado en los países de la Unión e inspirar, incluso más allá del mundo académico, soluciones plausibles para los problemas de esta rama del Derecho. No ha rastro, pues, de alguna pretensión de vincular a la colectividad del viejo continente, de forma inmediata, a los preceptos propuestos.



## Leysser L. León Hilario

que el carácter *nonbinding* descarta que el DCFR pueda jugar un papel importante, ni siquiera en el terreno de la educación jurídica<sup>(46)</sup>.

El *soft law* -precisan Pier Giuseppe Monateri y Alessandro Somma- “es una fuente no vinculante según los cánones tradicionales, pero se trata, de todas maneras, de una fuente jurídicamente relevante, que es parte de un complejo y variado sistema flexible de reglas dotadas de variada intensidad prescriptiva, cuya normatividad es graduada o relativizada. Un sistema que, como la gobernanza, se puede describir como un red, que evidentemente tiene nudos fuertes, pero que se enriquece, cada vez más, con elementos blandos, funcionales para permitir el allanamiento en el territorio alguna vez regido por la soberanía nacional”<sup>(47)</sup>.

En ordenamientos como los de América Latina, por el contrario, estamos familiarizados, desde las aulas universitarias, con la visión de la norma jurídica como mandato. Las normas flexibles no son comunes, mucho menos en los Códigos Civiles. Es bien sabido, además, que el recurso legislativo a las cláusulas normativas generales (abundantes en el DCFR, en no menor medida que las definiciones<sup>(48)</sup>) es desaconsejable en países no desarrollados, donde el poder judicial no goza del reconocimiento colectivo (ni jerárquico) ni de la preparación que permitirían abrigar la esperanza en un desarrollo jurisprudencial de dicha técnica legislativa<sup>(49)</sup>.

También los Códigos Civiles vigentes contienen cláusulas normativas generales, lo cual -como bien se ha precisado- no significa que la realidad jurídica esté caracterizada por la vaguedad. Lo decisivo es dirimir si los tribunales están o no capacitados para transformar dichas cláusulas “en instrucciones precisas de comportamiento”<sup>(50)</sup>.

Incluso apartándonos de esta arraigada visión de las normas, no hay cómo ocultar que el *soft law* es el tipo de Derecho que prefieren los inversionistas extranjeros, urgidos de procurarse un ambiente jurídico propicio para la retribución de sus desplazamientos patrimoniales. De esa necesidad se hacen portavoces, principalmente, los estudios de abogados, cuya tribuna en las reformas legales -aunque sea inútil recordarlo- no es nada irrelevante.

En palabras de Ugo Mattei:

“Conflictos sociales como los que tienen lugar en la distribución de los excedentes de producción o en la decisión sobre las cuotas de participación en los recursos

---

Estos objetivos son ratificados por el propio *chairman* del Study Group on a European Civil Code: VON BAR, Christian. *A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities*. En: *Electronic Journal of Comparative Law*. Volumen 12. 2008. p. 1. Disponible en web: <http://www.ejcl.org>.

(46) BASEDOW. *Op. cit.*; p. 995. En contra: HESSELINK, Martin. *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*. En: *Tulane Law Review*. Volumen 83. 2009. p. 971 y siguientes.

(47) MONATERI, Pier Giuseppe y ALESSANDRO SOMMA. *Il modello di civil law*. Tercera edición. Giappichelli, Turín. 2009. p. 194.

(48) EIDENMÜLLER, Horst. *Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR*. En: *European Review of Contract Law*. 2009. n.º 2, p. 112, recuerda, a la luz de la definición de contrato del DCFR, la regla de prudencia que aconseja evitar definir las categorías doctrinales.

(49) SACCO, Rodolfo. *Il sistema del diritto privato europeo: le premesse per un codice europeo*. En: MOCCIA, Luigi (al cuidado de). *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, actas del congreso internacional celebrado en Macerata, 8 al 10 de junio de 1989. Giuffrè. Milán, 1993, p. 98, recomienda al “legislador uniforme” ampliar al máximo “el ámbito de la autonomía contractual y negocial”, pero a la vez, reducir al mínimo “el juego de las normas elásticas, capaces de evocar aplicaciones diversas en los distintos países”.

(50) SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. *The Economic Analysis of Civil Law*. Traducción de Mathew Braham, Edward Elgar, Cheltenham-Massachusetts. 2004. p. 102.

Mi posición cuestionadora de la técnica de las cláusulas normativas generales en países que, como Perú, no cuentan con una administración de justicia que pueda sacar provecho de ellas, en el sentido señalado por SCHÄFER y OTT, está expuesta en mi trabajo *La reforma del código civil vista en serio* (2003), ahora en LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil*. *Op. cit.*; p. 295 y siguientes.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

comunes, son mediados y resueltos por instituciones. Tales instituciones pueden presentarse como derecho formal o informal, encaminándose a crear normas para el mercado (por ejemplo, normas de promoción para prácticas de mercado justas) o simplemente como un mercado en el que se compran las normas. Lo que el derecho no cubre y determina es cubierto y determinado por las fuerzas del mercado que, por definición, se regulan a sí mismas (aquí, naturalmente, estamos hablando de la regulación del derecho privado) o son menos severas. En consecuencia, los actores fuertes del mercado prefieren el *soft law* porque, como es obvio, en ausencia de toda fuerza regulatoria del sistema jurídico, son capaces de hacer las reglas del mismo juego en el que toman parte<sup>(51)</sup>.

Llama la atención, en no menor medida que la flexibilidad de las normas y el acaso exagerado empleo de cláusulas normativas generales, la definición de la autonomía de los particulares (*party autonomy*) en el DCFR:

“(i) Las partes son libres de celebrar un contrato u otro negocio jurídico (*judicial act*) y de determinar su contenido, con sujeción a las normas imperativas aplicables.

(ii) Las partes pueden excluir la aplicación de cualquiera de las reglas siguientes en sus contratos o en otros negocios jurídicos, o los derechos y obligaciones nacidos de ellos, o derogar o modificar sus efectos, a menos que se disponga lo contrario.

(iii) Una disposición cuyo efecto sea que las partes no puedan descartar la aplicación de una norma o derogar o modificar los efectos de ésta no impide a las partes renunciar a los derechos que hubieren ya surgido o que fueren ya de su titularidad”.

Como se advierte, para los artífices del DCFR la libertad de los contratantes debe ser, en principio, irrestricta. Aunque la rigidez de la definición es atenuada, más adelante, con una serie de prescripciones<sup>(52)</sup>, la máxima es que la *Privatautonomie* tolera

únicamente el límite de lo dispuesto en las normas imperativas aplicables, si bien éstas no pueden impedir la renuncia de las partes a los derechos ya surgidos o que ya fueran de titularidad de alguna de ellas.

En el Perú, tenemos muchísimos ejemplos de ataduras contractuales que a menudo, sobre la base de una interpretación deformada de la *Privatautonomie*, terminan siendo sacramentadas en instancias judiciales, arbitrales y administrativas, por más indudable que sea su oposición a intereses generales y a criterios mínimos de proporcionalidad.

La noción que se tiene de *Privatautonomie* -no solo en el Perú- es una que responde a la idea de que “lo no prohibido está permitido”. Las escasas normas “imperativas” de nuestro Código Civil no sirven, pues, para frenar las arbitrariedades en el mundo de la contratación. No es raro, por ejemplo, hallar contratos en los que una sola de las partes -la más fuerte- se reserva, ella sola, el derecho de desistirse de la relación con la otra a su sola voluntad, sin necesidad de expresar una causa de justificación, y aun cuando no se trate de vínculos a tiempo indefinido, sino más bien sujetos a un plazo determinado. Da la impresión de que no hubiese echado raíces en el Derecho peruano un axioma no menos simple que congruente: “porque la autonomía de los particulares o autodeterminación es crucial para el derecho privado, este último debe proveer remedios para aquellos contratos que son el producto de un sometimiento fáctico de la parte débil<sup>(53)</sup>”.

A lo anotado puede añadirse el persuasivo dictamen de quien con magistral dominio de la temática de las nulidades contractuales, y analizando lo propuesto en el DCFR, advierte:

(51) MATTEI, Ugo. *The European Codification Process – Cut and Paste*. Kluwer Law International. La Haya, 2003. p. 117.

(52) Lo destaca EIDENMÜLLER. *Op. cit.*; p. 116 y siguientes.

(53) COLOMBI CIACCHI, Aurelia. *Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union*. En: *European Review of Contract Law*. 2010. n.º 2. p. 303.



## Leysser L. León Hilario

“Es de descartar que toda transgresión de una norma imperativa que interfiera con un contrato, aunque lo haga de modo vago e indirecto, justifique por sí misma el remedio de la nulidad, incluso en ausencia de una previsión expresa de la ley en dicho sentido”.

Importante, por el contrario, es sólo aquella transgresión que, con respecto al fundamento de la disposición y a su incidencia en la totalidad del contrato o en el contenido de éste, justifique por sí misma el remedio de la nulidad, incluso en ausencia de una disposición.

Es oportuno aclarar aquí, sin embargo, que el sentido racional y el fin de la norma imperativa, así como la valoración de la contrariedad de su transgresión en relación con el contrato, no son perfectamente independientes de las transformaciones del ordenamiento y de la interpretación de todas aquellas hipótesis en las cuales la consecuencia de la nulidad haya sido singularmente y expresamente establecida<sup>(54)</sup>.

No es casual -hay que apuntarlo, llegados a este punto- que el Derecho de los contratos sea el que concentra el interés en todos los proyectos europeos. Ya se ha hecho notar, al respecto, que otra de las razones por las cuales los intentos de unificación o armonización del derecho privado europeo se apartan de la tradición codificadora decimonónica, es la común decisión de sus impulsores para limitar el alcance de sus propuestas al sector de la contratación privada y de los intercambios comerciales:

El Derecho Contractual -escribe Maria Rosaria Ferrarese- expresa de la mejor forma: “la adhesión a una *ratio* de

tipo económico, y se presenta, es más, como la institución jurídica más adecuada para confrontar las necesidades del mundo económico globalizado: la llamada *lex mercatoria*, compuesta, en gran parte, por esquemas contractuales y la *litigation* en torno de éstos, constituyen el esqueleto jurídico del mundo económico actual, especialmente, de la vida de las *transnational corporations*<sup>(55)</sup>.

Pero, si se ha escogido el derecho de los contratos, es claro que no estamos ante propuestas verdaderas de codificación civil. Para ser tal, un Código Civil:

“Debe ser un texto nuevo, redactado especialmente para la ocasión, que contenga una exposición completa y sistemática de las normas sobre un sector importante del derecho, que sea promulgado como ley y que sustituya todas las leyes anteriores, costumbres y opiniones autorizadas<sup>(56)</sup>.”

Además, los proyectos enumerados en el acápite precedente contienen únicamente -como enuncian sus denominaciones- “principios”. Su concepción y elaboración es más cercana a la de los *Restatements* estadounidenses<sup>(57)</sup> que a la de los Códigos Civiles del siglo XIX. Solo los autores del Código Europeo de los Contratos han preferido mantenerse fieles, cuando menos

(54) BRECCIA, Umberto. *Contratto e Comune Quadro Europeo - Note introduttive*. En: D'ANGELO, Andrea y Vincenzo ROPPO (directores). *Annuario del contratto 2009*. Giappichelli, Turín. 2010. p. 53.

(55) FERRARESE, Maria Rosaria. *Il diritto al presente – Globalizzazione e tempo delle istituzioni*. Il Mulino. Bologna. 2002, p. 83.

(56) VAN CAENEGEM, Raoul C. *I signori del diritto*. Traducción de Laura Ascheri Mazzari, Giuffrè, Milán. 1991. p. 41.

(57) Tal como lo admite el propio VON BAR. *Op. cit.*; p. 4.

Amargamente, MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. Segunda edición con la colaboración de Luisa ANTONIOLLI DEFLORIAN. Giappichelli, Turín. 2004. p. 252, comenta: “hoy se habla cada vez más de *Restatement*, en lugar de código; de derecho ‘facilitador’, en lugar de coercitivo; de competencia entre órdenes jurídicos, en lugar de jerarquía de las fuentes; de sociedad comercial como nexo de contratos, y no como estructura orgánica; de *soft law*, en lugar de preceptos jurídicos directamente vinculantes. Todas estas son ideas importadas, devenidas dominantes luego del fin de la Guerra Fría”.

También formulan críticas a la opción por los *Restatements*, JANSEN Nils y Reinhard ZIMMERMANN, *A European Civil Code in all but Name”: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference*. En: *Cambridge Law Journal*. Volumen 69. 2010. p. 102 y siguientes.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

de palabra, a la actividad de “codificación”, aunque haya sido, como bien se aprecia al revisar la versión final, más por motivos de diseño y estructura de la propuesta (al haberse adoptado como modelos el libro de las obligaciones en general del Código Civil italiano y un proyecto de *contract code* inglés, del catedrático de Oxford, Harvey McGregor)<sup>(58)</sup>, que por el planteamiento de una obra “codificadora”, en todo el sentido de la palabra.

La ausencia de carácter imperativo de los proyectos europeos de armonización en materia civil debería bastar para poner en duda su valor como modelos a seguir en América Latina.

En efecto, dado que nuestros países tienen décadas experimentando la circulación de los modelos estadounidenses y la retórica del desarrollo económico-jurídico, los Códigos Civiles deben representar bastiones de un marco legal que es indispensable preservar, atendiendo, por ejemplo, al loable objetivo de “socializar” las relaciones jurídicas, del que se ha hecho vocero otro compacto conjunto de juristas europeos<sup>(59)</sup>.

Con esta última óptica, el muy activo Grupo de Estudio sobre la Justicia Social en el Derecho Privado Europeo, conformado por académicos de todos los países de la Unión, ha difundido un *Manifiesto sobre la justicia social en el derecho europeo de los contratos*, en el que señala:

“Dado que el mercado juega un papel cada vez más importante en la garantía de la justicia distributiva a los ciudadanos europeos, es vital que su marco normativo de base -el Derecho Privado de los contratos- abrace un modelo de justicia social que sea capaz de lograr amplia aceptación. Los elementos de este modelo de justicia social pueden ser identificados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aunque deba aclararse que la concretización de dichos principios abstractos en reglas capaces de guiar a

los participantes al mercado genera muchas cuestiones difíciles en relación con el equilibrio a realizar entre derechos concurrentes.

La creación de dicho cuadro normativo requiere, por lo tanto, un procedimiento que no sea un mero intento tecnocrático de garantizar armonización y uniformidad. Este procedimiento debería devenir, más bien, un diálogo político, mediante el cual las conclusiones alcanzadas acerca de cómo conciliar los valores fundamentales sean aceptadas gracias a mecanismos de legitimación democrática<sup>(60)</sup>.

Un documento con Derecho “blando”, muy por el contrario, resultaría fácil de desconocer, con la sola decisión de las partes de no tomarlo en cuenta. La experiencia demuestra que a las partes, más bien, se les debe señalar algunas pautas de comportamiento fundamentales, por encima de los intereses que las conducen a vincularse entre sí.

### 4. El DCFR ante la crítica

El DCFR, en el que se centrará mi atención de aquí en adelante, ha sido objeto de críticas con respecto al contenido de sus propuestas y a su propia concepción.

Hasta se ha llegado a sostener que la promoción de este tipo de proyectos se debe, no solo a un interés en la uniformización del Derecho Privado europeo, sino a veladas

(58) Las fuentes son consignadas por RUFFINI GANDOLFI, Maria Letizia. *Problèmes d'unification du droit en Europe et Code européen des contrats*. En: *Revue internationale de droit comparé*. Volumen 54. 2002. p. 1077. ZIMMERMANN. *Lo ius commune e i Principi di diritto europeo dei contratti*. *Op. cit.*; p. 105 precisa que el *contract code* de MCGREGOR ni siquiera se publicó jamás en Inglaterra.

(59) Por ejemplo: MATTEI, Ugo y Fernanda NICOLA. *A “Social Dimension” in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda*. En: *New England Law Review*. Volumen 41. p. 1 y siguientes; y los ensayos reunidos en el citado volumen al cuidado de SOMMA, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, especialmente: BARCELLONA, Mario. *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*. *Ivi*. p. 67 y siguientes.

(60) En SOMMA (al cuidado de). *Op. cit.*; p. 31.





## Leysser L. León Hilario

ambiciones de confirmación de jerarquías científicas. Ese propósito habría terminado desdibujando el papel de la academia, siempre en comparación con las experiencias codificadoras originarias, pues ahora se coloca al servicio de pretensiones canalizadas por intermedio de los estudios de abogados que, en este plano, son los más influyentes portavoces de los actores del mercado.

Monateri y Somma revelan que:

La comisión de los estudiosos y la comisión de los representantes de los Estados nacionales han sido privadas de un papel efectivo en la definición de las líneas de política del derecho en que se inspira la redacción del texto. Los estudiosos han compuesto, materialmente, el Marco Común de Referencia, pero en el fondo han ejecutado las indicaciones de carácter general provenientes de las instituciones comunitarias y las de carácter particular provistas, eventualmente, por la comisión de los portadores de intereses; indicaciones, todas, destinadas a promover la libertad contractual, conformada sólo en la medida necesaria para evitar fallas del mercado, y a promover la confianza de los consumidores<sup>(61)</sup>.

Desde otro punto de vista, el DCFR recibe también el impacto de la crítica de un importante sector de la doctrina comparativa europea que se muestra reaccionario frente a los proyectos de codificación europea.

En España, Tomás Rubio Garrido denuncia que entre los “beneficiarios” verdaderos de una eventual concretización de los proyectos de armonización del derecho privado europeo, junto con las sociedades mercantiles y la “burocracia bruseliense” se encontrarían “los grupos de intereses transnacionales de todo tipo (*lobbies*)”, y comenta:

“De hecho, creo que son estos protagonistas los que en verdad representan el factor más importante de la existencia de un subgrupo doctrinal curioso en la corriente que comentamos. A saber, el de aquellos que, a cambio de fondos públicos generosamente invertidos (en grupos de estudios, desplazamientos pagados, subvenciones a fondo perdido

para temas de una u otra forma conexos con la codificación europea, etcétera), hoy se dedican a la divulgación de la idea y la predicación de la semilla unificadora. Esto es, un fenómeno propio del marketing que nos ha alumbrado un nuevo género de jurista *de pane lucrando*: el “europeísta”<sup>(62)</sup>.

El DCFR contiene, además, preceptos que resultan muy discutibles desde una perspectiva estrictamente técnica.

El régimen que se propone para la simulación contractual es representativo de lo que se acaba de apuntar.

En los dos países de donde provienen los Códigos Civiles de mayor influencia en el mundo, Francia y Alemania, la simulación o no está regulada (el *Code Napoléon* ni siquiera hace mención de ella al normar los contratos) o lo está muy escuetamente (el BGB se conforma con establecer, en el § 117 que “si una declaración de voluntad que se tenga que dar frente a otro sujeto fuere efectuada, con el consentimiento de éste, sólo para crear una apariencia, tal declaración es nula”; y que “si mediante un negocio simulado se oculta otro negocio jurídico, se aplican las normas dispuestas para el negocio disimulado”). En cambio, el DCFR contiene un tratamiento específico de la figura, en el sentido siguiente:

“II.- 9:201: Efecto de la simulación

(i) Si las partes celebran un contrato o un contrato aparente, y lo hacen deliberadamente, para que tenga un efecto aparente y distinto del efecto querido por ellas, prevalece la verdadera intención de las partes.

(61) MONATERI y SOMMA. *Op. cit.*; p. 201.

(62) RUBIO GARRIDO, Tomás. *Interrogantes y sombras sobre el código europeo de derecho privado y los juristas europeístas*. En: *Revista de derecho privado*. 2005. n.º 11, § VI. Disponible en web: <http://vlex.com/vid/289854>.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

(ii) Sin embargo, el efecto aparente prevalece respecto de quien, no siendo parte del contrato o del contrato aparente o no teniendo por ley mejores derechos que aquella parte, hubiere confiado razonablemente y de buena fe en el efecto aparente”.

La propuesta del DCFR consiste, entonces, en hacer prevalecer siempre la voluntad real de los contratantes, aunque ella se mantenga oculta, a menos que el contrato simulado suscite confianza en terceros de buena fe, en cuanto a su eficacia. En la apreciación de los autores del DCFR, entonces, la relevancia de la simulación está circunscrita a los casos de concurrencia de un negocio aparente con otro oculto, o sea a las hipótesis de simulación “relativa”.

Hay quien se apresura a saludar -confirmando la asimilación del *statu quo* del Derecho Privado europeo a una competición entre soluciones nacionales- la adopción, en el DCFR, del régimen en materia de simulación del Código Civil italiano<sup>(63)</sup>. Se expresa satisfacción por el acierto de haber tenido en cuenta al que constituiría el verdadero ámbito de relevancia de la simulación, es decir, al de los efectos contra terceros, a la vez que se enfatizan las deficiencias que en este punto presentan los códigos civiles de Francia y Alemania, e incluso el precepto respectivo de los PECL<sup>(64)</sup>. No se tiene el cuidado de advertir que, por el contrario, la simulación demanda ser sometida a sanciones que sean coherentes con el lugar de la voluntad como elemento esencial de los negocios jurídicos; lugar reconocido, por lo demás, en el propio DCFR:

“II.- I:101: Significado de ‘contrato’ y ‘negocio jurídico’

(i) Un contrato es un acuerdo destinado a dar nacimiento a una relación jurídica vinculante o a tener otro efecto jurídico. Es un negocio bilateral o plurilateral.

(ii) Un negocio jurídico es toda declaración o acuerdo que de modo expreso o por una conducta implícita está destinado a tener un efecto jurídico como tal. Puede ser unilateral, bilateral o plurilateral”.

Tampoco se repara en que el Derecho alemán, con otros mecanismos, tiene a buen reparo los derechos de los terceros, a tal punto que se ha llegado a sostener que, bien vistas las cosas, las normativas de los Códigos Civiles de Alemania e Italia en lo que atañe a la simulación no son diferentes en el fondo<sup>(65)</sup>.

También en Alemania, en virtud de disposiciones específicas del BGB, se salvaguardan las “adquisiciones” de terceros de buena fe, sin que ello relativice o desmienta la postura de los civilistas germanos en el sentido de que a los negocios simulados les es aplicable un régimen de nulidad absoluta con

(63) BENEDETTI, Alberto Maria. *La simulazione nel Draft CFR*. En: ALPA, Guido, Giovanni IUDICA, Ubaldo PERFETTI y Paolo ZATTI (al cuidado de). *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*. Cedam. Padua. 2009. p. 37 y siguientes.

(64) Se equivoca BENEDETTI cuando identifica en la tutela de los terceros frente a la simulación, justamente, una ventaja comparativa del derecho civil italiano (*Op. cit.*; p. 40 y también en otros pasajes). Las precisiones sobre los efectos de la simulación en el Derecho alemán no son nada nuevas. Aparecen ya en la obra de SALEILLES, Raymond. *De la déclaration de volonté - Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* (1901). Reimpresión. *Librairie générale de droit et de jurisprudence*. Paris. 1929, p. 9; y, con informada perspectiva crítica, en la de BETTI, Emilio. *Système du Code civil allemand*, curso universitario dictado en la Facultad d'Ain Chams de El Cairo (1962-1963). Giuffrè, Milán. 1965. p. 44 y siguientes. En la bibliografía comparativa más reciente: PÉDAMON, Michel. *Le contrat en droit allemand*. Segunda. edición. *Librairie générale de droit et de jurisprudence*. Paris. 2004. p. 79-80.

(65) Lo afirma, categóricamente, SONNENBERGER, Hans Jürgen. *La conclusione del contratto secondo il diritto tedesco*. Cedam. Padua. 1991. p. 146, nota (2). La diferencia radicaría, según el autor citado, en la acogida del principio consensualista en el Código Civil italiano. El BGB, en cambio, es ajeno a dicho principio.



## Leysser L. León Hilario

alcances generales (o sea, que se impone aun a despecho de la buena fe de los terceros)<sup>(66)</sup>. No existe, por lo tanto, ninguna ventaja comparativa del Derecho Civil italiano de la cual preciarse en este campo.

La definición de “negocio jurídico” incluida en el DCFR recoge el postulado voluntarista, al ligar dicha figura con la declaración voluntariamente dirigida (“destinada”) a los efectos jurídicos. Y es el caso que en la doctrina italiana misma, se ha considerado que el apartamiento de la tesis individualista clásica sobre el negocio<sup>(67)</sup> conllevó a que el legislador de 1942 no dispusiera la nulidad de los negocios simulados, lo cual no ha impedido, por cierto, que hasta la fecha la magistratura italiana de más alta jerarquía continúe pronunciándose en el sentido que dichos negocios son nulos<sup>(68)</sup>.

Si se ha tomado la decisión de incluir una disposición de tenor voluntarista acerca del negocio jurídico ¿es coherente que se omita la inevitable conclusión de la posición adoptada en cuanto al régimen de la simulación? No lo creo.

¿Sería coherente la solución del DCFR, por otro lado, si sus alcances se ampliaran -atendiendo a las críticas recibidas- a todo el campo del Derecho Privado? ¿Será igual de importante, en el caso del matrimonio<sup>(69)</sup>, por ejemplo, el plano de los efectos frente a terceros?

Si se examinan estos aspectos en América Latina y, más precisamente, en Perú, la propuesta del DCFR genera perplejidades. En el Código Civil peruano, el negocio jurídico (denominado por una mala traducción, como en muchos otros países latinoamericanos, “acto jurídico”) es definido como “la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas” (artículo 140, párrafo 1). La sanción a la simulación, fuera de la decisiva influencia del pensamiento de un jurista cuya obra fue elaborada bajo el Código Civil italiano de 1865<sup>(70)</sup>, es coherente con dicho

- 
- (66) FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Tomo II. *Das Rechtsgeschäft*. Cuarta edición. Springer, Berlín-Heidelberg-New York, 1992, § 20, p. 410. Más recientemente: BROX, Hans y Wolf-Dietrich WALKER. *Allgemeiner Teil des BGB*, Trigésimo cuarta. Edición. Franz Vahlen, Múnich. 2010. p. 170: *Die Nichtigkeit der Scheinerklärung wirkt auch gegenüber einem getäuschten Dritten*.
- (67) O sea, la concepción de la voluntad “negocial” como generadora de los efectos jurídicos. Véase, sobre esta explicación de por qué en el Código Civil italiano no se dispone la nulidad de los negocios simulados: GENTILI, Aurelio. *Simulazione*. En: *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*. Volumen XIII. *Il contratto in generale*, t. V, al cuidado de Aldo Checchini y otros, Giappichelli, Turín. 2002. p. 584 y siguientes.
- (68) En la jurisprudencia italiana reciente: *Corte di Cassazione, Sezione III Civile*, sentencia n.° 10490, del 8 de mayo de 2006. Este fallo resuelve negativamente la pretensión dineraria de un consultor que alegaba haber brindado servicios personales a una empresa que, a su vez, tenía un contrato de consultoría previo, celebrado con una entidad de la cual el demandante era administrador. En realidad, el consultor solo había prestado un único servicio, a pesar de la apariencia (generada intencionalmente, para evitar implicancias tributarias) de dos vínculos contractuales: uno con él, a título individual, y otro con la empresa que administraba y que estaba compuesta por miembros de su familia. Para los jueces italianos, los negocios simulados (en el caso concreto, el contrato de servicios personales, que se celebró cuando ya estaba vigente el contrato entre empresas) son nulos por ausencia de “causa”.
- (69) En el Derecho italiano, el matrimonio simulado, en el que los contrayentes, por ejemplo, se liberan recíprocamente del cumplimiento de los deberes nacidos del enlace está sujeto a un régimen de anulabilidad. Por lo tanto, la impugnación puede ser formulada únicamente por los cónyuges. Así lo explica, por todos: BONILINI, Giovanni. *L’invalidità del matrimonio*. En: LÍPARI, Nicolò y Pietro RESCIGNO (directores) y Andrea ZOPPINI (coordinador). *Diritto civile*. Volumen I, Tomo II. *La famiglia*. Giuffrè, Milán. 2009. p. 142 y siguientes.
- (70) Me refiero a FERRARA Sr. Francesco. *Della simulazione dei negozi giuridici*. Quinta edición revisada, Athenaeum, Roma, 1922, n.° 53. p. 243: “El negocio absolutamente simulado es nulo: eliminada la apariencia falaz que lo mostraba serio, no queda nada de él, el encantamiento se rompe, la ilusión desaparece”. Del mismo autor: *Teoria dei contratti*. Jovene, Nápoles, 1940 p. 79.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

punto de vista. Dado que “por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo” (artículo 190), la sanción no puede ser otra que la nulidad (artículo 219, N.º 5: “El acto jurídico es nulo (...) cuando adolezca de simulación absoluta”).

El problema es que, no obstante establecer la nulidad de los negocios simulados, el Código Civil peruano, imitando fragmentariamente al Código Civil italiano de 1942, en cuya redacción se declinó de adoptar la tesis de la nulidad<sup>(71)</sup>, dispone que “la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente” (artículo 194).

Con un marco normativo como el descrito: ¿qué aporte podría representar el seguimiento de la propuesta del DCFR?

El deber de quienes ocupamos, nos guste o no nos guste, la posición de países “imitadores”, es prestar atención a estos

debates, a fin de preservar una aproximación juiciosa al contenido de los documentos a importar. “Juiciosa” porque no solamente se trata de concordar o no con el sentido de las reglas formuladas, sino, ante todo, de conocer el trasfondo de cada una de ellas, a la luz de la contribución dogmática y de la evolución jurisprudencial en los ordenamientos de proveniencia de los preceptos que se proponen.

Otra enseñanza que nos dan los proyectos de armonización de la legislación civil en Europa tiene que ver con los aspectos positivos y negativos de la ya señalada “competencia” entre ordenamientos jurídicos y, más aun, entre cenáculos de académicos. En el DCFR se echa de ver, claramente, la predominancia del Derecho Civil alemán. Y aun sin incurrir en la exageración de quien ha profetizado que algún

---

También se expresa favorable a la sanción de nulidad: MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*, 3ra edición (1948). Reimpresión, Giuffrè, Milán, 1952, p. 310: “el contrato *simulado* es nulo *entre las partes* (y sus respectivos sucesores a título universal); ello, atendiendo al hecho de que se trata de una mera apariencia. Dicho efecto, meramente negativo, en cuanto al contrato simulado resulta de la fórmula de la ley (1414, primer párrafo), la cual, si bien no habla de nulidad (sino de contrato que ‘no produce efectos’) tiene, sin embargo, ese significado, como resulta de otros textos en los cuales, con significado fuera de duda aparece la misma expresión, dudosa en sí misma” (las cursivas son del autor).

(71) Las obras de FERRARA Sr., sobre la simulación, y de MESSINEO, citadas en la nota anterior, fueron traducidas al castellano, en España y en Argentina, respectivamente, y son bastante conocidas (y seguidas) en América Latina, aun en nuestros días, pese a los años transcurridos. No se llegó a difundir en nuestros países, en cambio, la posición de Giuseppe MESSINA (1877-1946), miembro de la comisión redactora del Código Civil italiano de 1942, en cuyo texto final, como narra MESSINEO en el fragmento reproducido, no se estatuye una nulidad, sino un régimen de “ineficacia” *inter partes*, cuyo sentido es justificado hoy por autores como BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Segunda edición. 2000. Reimpresión Giuffrè. Milán. 2002, p. 696 y siguientes.

En un fallo bastante reciente del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Estado de Guárico (Venezuela), emitida el 15 de enero de 2011, se lee, con un estilo que hace recordar al de muchos jueces peruanos devotos de una extraña e impertinente modalidad del *argumentum ab auctoritate*: “para esta Alzada, hay simulación cuando existe el acuerdo concertado entre todos los intervinientes en el contrato con el objeto de emitir declaraciones de voluntad divergentes de la intención real de los contratantes. En efecto, para que pudiera hablarse de simulación, se requeriría que las declaraciones aparentes hubieran sido fraguadas con la intención de engañar. Todo lo anterior nos permite caracterizar la simulación como un acuerdo secreto entre dos o más personas, tendiente a producir una declaración de voluntad discordante con la verdadera voluntad del declarante, con el fin de crear una apariencia engañosa para los terceros. *Esta definición coincide sustancialmente con la que predomina en la doctrina, encabezada por el Maestro Ferrara, quien expresa: “Simulación es la declaración de un contenido de voluntad real emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio que no existe o es distinto de aquél que realmente se ha llevado a cabo”* (las cursivas son añadidas).

El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en web: <http://guarico.tsj.gov.ve>.



## Leysser L. León Hilario

día el DCFR pasará a ser conocido como “el BGB traducido al inglés”<sup>(72)</sup>, no es improbable que a tal circunstancia se deba que los estudiosos franceses hayan vuelto su mirada hacia su propio ordenamiento, para elaborar el referido *Avant-Projet* de 2005.

Hay quien afirma, no sin razón, que el propio *Avant-Projet* ha sido concebido como propuesta a ser seguida por los demás países de Europa, posiblemente por la conciencia de los juristas franceses acerca de la pérdida de su otrora indiscutido primado:

“Los franceses, ciertamente, no han renunciado a su antigua ambición de exportar su cultura jurídica, lo cual se hizo bien claro durante la celebración del Bicentenario, en el 2004. Este aniversario nos dio la oportunidad, no sólo de mirar al pasado, sino también al futuro, con la ambición de restaurar nuestra tradicional influencia en el exterior. Al cabo de las discusiones, la idea que prevaleció fue que la modernización del *Code Civil* era un prerrequisito para dicha reviviscencia, porque podría reanimar el remoto sueño de un modelo francés, y a la vez justificar nuestra demanda de jugar un papel en el proceso actual de armonización del derecho en el nivel supranacional. Un código fuera de moda nos dejó relegados en décadas pasadas: un código

nuevo y rejuvenecido podría colocarnos en una posición favorable nuevamente”<sup>(73)</sup>.

Nada de lo expuesto, con todo, sirve para poner en discusión el valor de todos los proyectos mencionados como alternativas al derecho “globalizado” de matriz estadounidense. Desde este punto de vista, todos los documentos preparatorios de la futura codificación civil europea ostentan el mismo mérito de ser opciones a soluciones forjadas en la pragmática de los tribunales estadounidenses, pero que hacen presa de sectores enteros de nuestra normativa, sobre la sola base del poder económico, que convence, al mismo tiempo, de la inutilidad o atraso de las soluciones locales, y de la imperiosidad de “mejorar” nuestros ordenamientos con la asunción de modelos autodeclarados como “eficientes”, que convertirán a nuestros países en mercados de “derecho amigable”<sup>(74)</sup> y que los harán más atractivos a los ojos de los inversionistas extranjeros<sup>(75)</sup>.

(72) ERNST, Wolfgang. *Zur Struktur des CFR*. En: SCHMIDT-KESSEL, Martin (editor), *Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Sellier. En: European Law Publishers, Múnich, 2009, p. 70, citado por JANSEN y ZIMMERMANN, *A European Civil Code in all but name*. *Op. cit.*; p. 110, nota (68).

(73) BLANC-JOUVAN, Xavier. *Towards the Reform of the Law of Obligations in France: The Reasons for the Reform*. En: *Tulane Law Review*. Volumen 83, 2009, p. 871-872. Estas expresiones son coincidentes con las formuladas, en otras sedes, y siempre para los lectores anglófonos, por CANIVET, Guy. *French Civil Law Between Past and Revival*. En: *Loyola Law Review*. Volumen 51. 2005, p. 55; y SEFTON-GREEN, Ruth. *The DCFR, the Avant-projet Catala and French Legal Scholars: A Story of Cat and Mouse?* En: *The Edinburgh Law Review*. Volumen 12. 2008, p. 355.

Esta actitud es sugerida por las palabras mismas del profesor CATALA, en su presentación del *Avant-Projet*: “Nuestra esperanza es que el *Avant-Projet* sirva a la empresa que dará a Francia un Derecho Civil adaptado a su época y una voz en el concierto europeo” (el subrayado es añadido): CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE. *L’Avant-Projet Catala*, texto, exposición de motivos y traducción italiana al cuidado de Giovanni B. FERRI y Paolo SPADA, con presentación de Guido ALPA. Giuffrè. Milán. 2007, p. 41.

(74) Como nos previene MATTEI. *L’età del cinismo*. *Op. cit.*; p. 627: “en la edad del cinismo, el derecho debe seguir las exigencias de la economía (neoliberal). La norma jurídica es el rédito de las inversiones que los grupos de interés incluyen en el proceso político, que de tal forma se hace capaz de producir “*market friendly law*”, derecho amigo (de los actores fuertes) del mercado. Dicha ideología eficientista se adapta como un guante a las exigencias de autopromoción de los grandes abogados de negocios, porque la lógica del rédito de las inversiones y costos-oportunidad se expande incluso en la producción jurisprudencial y contractual del Derecho”.

(75) GARRO. *Op. cit.*; p. 616, indica que la uniformización del Derecho Privado latinoamericano es un cometido a promocionar en *a región actively seeking capital investments*, con miras a hacerla *more reliable and attractive to potential foreign investors*.

## 5. Renovando (prudentemente) la fe en la codificación del Derecho Privado en América Latina

Los países de América Latina han abrazado comúnmente la bicentenaria tradición del Derecho Civil codificado. Sin embargo, he señalado ya que la existencia y vigencia de los códigos civiles latinoamericanos no implica que la cultura de la codificación civil europea se manifieste con la misma vitalidad entre nosotros.

Ante el panorama difuso de los proyectos de armonización que pugnan por imponerse como modelos de codificación en Europa, es natural que se genere confusión en los ordenamientos acostumbrados a la imitación de las soluciones elaboradas en el viejo continente. Hoy -como se anotó líneas atrás- no se cuenta ni siquiera con un único modelo a considerar.

En América Latina, es notorio que las aguas están calmadas. Jamás se ha concebido, con la seriedad que merece la cuestión, un proyecto de codificación civil para todo el continente. Lo frustrarían, con toda seguridad, los nacionalismos (y chovinismos) que, a pesar de la no tan antigua vida republicana de nuestros países, son de innegable (y destructiva) influencia entre nosotros. Y aunque las posiciones extremas fueran conjuradas, yo no veo posible que algún ordenamiento jurídico latinoamericano esté dispuesto a aceptar el liderazgo académico ajeno, a pesar de que dicha admisión permitiría que el proyecto tenga, por lo menos, un conductor de consenso.

Hace unos meses, en noviembre de 2010, se realizó en Lima una "Convención Latinoamericana de Derecho Civil", cuya publicidad portaba el llamativo (y pretencioso) subtítulo de "Bases para un Código Latinoamericano de

Contratos". Esta reunión de abogados y algunos docentes universitarios, destinada por sus organizadores peruanos a rendir homenaje al académico y magistrado argentino Ricardo Luis Lorenzetti, nos ha regalado, por un lado, una magnífica demostración del error consistente en hacer propio lo negativo, o cuando menos cuestionable, de los proyectos de armonización del Derecho Privado europeo: específicamente, la reducción de la tarea codificadora al ámbito de la contratación privada.

En ninguna de las decenas ponencias presentadas, por otro lado, se abordó el tema de la conveniencia o justificación de la uniformización del Derecho Civil (ni en Europa ni en América Latina), no obstante la "ruptura dramática"<sup>(76)</sup> que comportaría la sustitución de una variedad de Códigos Civiles (y de experiencias no codificadas) por un solo Código Civil europeo. Reinó el silencio, asimismo, sobre el desafío, insuperable a juicio de muchos, de lograr un balance satisfactorio entre los muchas veces contrastantes modelos de *civil law* y *common law*<sup>(77)</sup>, con vistas a dicha uniformización. Peor aún: ni siquiera los catedráticos europeos invitados a la cita se interesaron en exponer frente a nuestro auditorio alguna reflexión significativa sobre la improductividad de los proyectos de codificación y armonización del Derecho Privado del viejo continente.

Semejantes omisiones fueron imperdonables, si se tiene en cuenta el estruendoso

(76) La expresión es de MATTEI, Ugo y Anna DI ROBILANT. *Les longs adieux: la codification italienne et le Code Napoléon dans le déclin du positivisme étatique*. En: *Revue internationale de droit comparé*. Volumen 56. 2004, p. 861. Según JOERGES, Christian. *Europeanization as Process: Thoughts on the Europeanization of Private Law*. En: *European Public Law*. Volumen 11. 2005. p. 64, la "Europeanization" del Derecho Privado debería ser vista como "un proceso que genera desintegración al interior de los sistemas de derecho privado nacionales, y que afecta la consistencia sistemática de éstos".

(77) Tema en el que son de imprescindible consulta las investigaciones de LEGRAND, Pierre. *Sens et non-sens d'un code civil européen*. En: *Revue internationale de droit comparé*. Volumen 48, 1996, p. 779 y siguientes; Idem. *European Legal Systems are not Converging*. En: *The International and Comparative Law Quarterly*. Volumen 45. 1996. p. 52 y siguientes; y, especialmente, Idem. *Against a European Civil Code*. En: *The Modern Law Review*. Volumen. 60, 1997, p. 44 y siguientes.



## Leysser L. León Hilario

fracaso político, prácticamente contemporáneo, del Tratado Constitucional Europeo (2004)<sup>(78)</sup> que, a juicio de un perspicaz comparatista holandés, habría removido desde sus cimientos las premisas de todos los trabajos académicos conexos, sin excluir a los que tenían que ver con la codificación del derecho civil europeo<sup>(79)</sup>. Es hasta irresponsable que estos hechos históricos, a los que se debe la más grave crisis institucional de la Unión Europea, hayan sido pasados por alto por quienes se presentan como estudiosos sensatos del Derecho Privado y, más todavía, por parte de aquellos que secundan (o coadyuvan a difundir por el mundo) discursos favorables a la uniformización de los Códigos Civiles nacionales.

Meditando sobre lo acaecido en Europa, ¿qué consideraciones se pueden formular a la luz de la experiencia jurídica en América Latina? Creo, ante todo, que las pugnas de competencia entre modelos nacionales europeos se podrían repetir en el medio latinoamericano, teniendo en cuenta que un número relevante de nuestros ordenamientos se inspira en el Derecho francés (Chile, Ecuador, Colombia, Argentina, etcétera) y otros en el derecho italiano (Venezuela, Bolivia, Perú), mientras que el Derecho alemán tiene en Brasil uno de sus sitios de recepción<sup>(80)</sup> más destacados en el mundo.

Esta sospecha también puede expresarse en otro sentido: no creo posible que algunos países, como Chile, Argentina o Brasil acepten ser desplazados de la dirección que les correspondería tener, ya por la antigüedad y vigencia de sus Códigos Civiles, en los dos primeros casos, ya por lo reciente de sus reformas, en el tercero.

Haciendo a un lado, con todo, las razones que se opondrían o frustrarían una emulación de la empresa codificadora europea en América Latina, las iniciativas del viejo continente en este campo podrían ser observadas con un nuevo enfoque: no ya como plantillas a adoptar para la mejora o para la actualización de nuestras disposiciones vigentes, sino como una ocasión para discutir el mantenimiento de soluciones que, al margen de su obsolescencia, hayan generado inconvenientes en la práctica o se hallen en desuso.

Es atendible la invitación de quien, desde la tribuna romanista, y con antigua cercanía a la realidad latinoamericana, nos insta al reforzamiento de la cultura de la codificación civil:

“La identidad del sistema ha encontrado en los códigos un instrumento de afirmación. Tengo la impresión de que en el siglo XX dichos códigos constituyen también un instrumento de ‘resistencia’. Frente a la presión ligada con fuerzas económicas que tienden a afirmar de manera exclusiva sus propias reglas e intereses, y que presionan para el desmantelamiento del derecho del sistema romanista, de su método de identificación previa y discusión

(78) El Tratado Constitucional Europeo fue rechazado mediante referéndum, precisamente, en Holanda, y también en Francia. Le sucedió el Tratado de Lisboa (2007), en su momento ratificado casi unánimemente por los Parlamentos de todos los países de la Unión, y que, tras un inicial rechazo en Irlanda, ha entrado en vigor desde el año 2009. A las implicancias de estos eventos en el derecho privado europeo moderno le han dedicado valiosas páginas: MONATERI y SOMMA. *Il modello di civil law*. *Op. cit.*; p. 182 y siguientes.

(79) HESSELINK. *Op. cit.*; p. 920: *it became clear that the idea of a European civil code, even an optional one, was not going to be high, if at all, on the European political agenda, especially after the debacle with the Constitution Treaty.*

(80) Gráfica expresión acuñada por LÓPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del derecho - La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (2004), 4ta reimpression. Legis, Bogotá, 2008, p. 22 y también en otros pasajes; Idem. *¿Por qué hablar de una “Teoría impura del derecho” para América Latina?* En: BONILLA MALDONADO, Daniel (editor). *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009, p. 66 y siguientes; y ahora también utilizada en el lenguaje comparativo-jurídico internacional. Véase: MATTEI y DI ROBILANT. *Op. cit.*; p. 858; MATTEI. *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*. En: *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Volumen 10. 2003, p. 408; Idem. *Il modello di common law*. *Op. cit.*; p. 247; e Idem. *L'età del cinismo*. En: Autores Varios. *Temì e problemi della civilistica contemporanea*. Actas del congreso por los 25 años de la *Rassegna di diritto civile*, celebrado en Telesse Terme, 16 al 18 diciembre de 2004, publicadas al cuidado de Pietro PERLINGIERI, ESI, Nápoles, 2005. p. 621.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

de las hipótesis, sosteniendo, a veces, que este derecho constituye un 'obstáculo para el desarrollo', parece ser que los códigos, en los cuales converge la obra del legislador y de los juristas, los cuales la mejoran cotidianamente, además, sean una forma que, sin impedir el necesario y constante crecimiento del sistema puede todavía ofrecer sus coherencias para la tutela de los seres humanos<sup>(81)</sup>.

También contribuye al fortalecimiento y desarrollo de la cultura de la codificación civil, en otras palabras, el resguardo de la concordancia entre el derecho legislado y la praxis, pero no la europea, sino la nuestra<sup>(82)</sup>. De los europeos podemos tomar sugerencias sobre cómo hacerlo, pero el material de trabajo lo debemos suministrar nosotros mismos. En el laboratorio -si es válida esta metáfora- hay espacios que deben estar reservados para el material de investigación latinoamericano.

Para ilustrar mi posición referiré una experiencia personal. Hace unos días, como abogado, he participado en la redacción de un contrato de transacción. Las partes son dos empresas, ecuatoriana y peruana, que han discutido durante varios meses sobre la forma de resolver una controversia por una deuda impaga (de la segunda frente a la primera, que está representada por el bufete en el que presto servicios). Finalmente, tras llegar a un acuerdo, los apoderados de la empresa ecuatoriana solicitaron a un estudio jurídico de su país la preparación del documento que recogerá sus compromisos transaccionales.

Los colegas ecuatorianos prepararon el borrador y nos lo enviaron, para proponerlo a ambas partes reunidas en Lima. Llegado el momento, el gerente de la empresa peruana no podía entenderlo: se habla de "resciliación" y de "finiquito", que son expresiones corrientes en el Código Civil de Andrés Bello, adoptado en Colombia y en Ecuador, pero ajenas al Derecho peruano, que no conoce ninguna de tales instituciones.

Yo pude reconocer en la resciliación, de todos modos, la adaptación al Derecho ecuatoriano de la *résiliation*, esa institución del Derecho Civil francés que permite la terminación anticipada de un contrato<sup>(83)</sup>. Lo que no queda claro, desde la visión peruana, es que dicha terminación obedezca -como en el caso analizado- a un incumplimiento por causa imputable al obligado, apto para activar la tutela resarcitoria. En el Perú, los contratos se "resuelven", judicialmente o extrajudicialmente, siguiendo el modelo italiano, "por incumplimiento".

Como el domicilio del deudor está en Perú, aconsejamos prescindir del Derecho ecuatoriano, y sujetar el acuerdo al régimen del Código Civil local: incluir en la transacción un reconocimiento de deuda, un compromiso de cumplimiento, un cronograma de pago con intereses y la entrega de letras de cambio como garantía de la ejecución puntual de las cuotas pactadas. Todo ello, además, con sujeción expresa de las partes a la competencia de los Tribunales de Lima, ante los cuales se tramitará la ejecución del deudor si persiste en el incumplimiento.

Fuera de lo elemental de la solución propuesta, cuestiones como la antes descrita son las que mueven a pensar en si sería favorable contar con un lenguaje jurídico común entre países vecinos; empero, y tal como anoté antes, la reflexión debe partir del problema en sí, antes que de la inspiración pasajera que podría generar el conocimiento de lo avanzado o no, al respecto, en el Derecho europeo.

(81) SCHIPANI. *Op. cit.*; p. 319.

(82) Representativa, en el sentido que propongo, es la acabada investigación de RODRIGUES CORRÊA, André. *Solidariedade e responsabilidade: O tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil*. Saraiva. São Paulo. 2009. En esta obra se trata un tema tradicional del derecho de obligaciones (el caso fortuito) a propósito de una problemática lamentablemente, pero a la vez realísticamente, sudamericana: los asaltos a pasajeros en los medios de transporte.

(83) En el Derecho Civil francés, que no desconoce la *résolution* (pero que restringe su ejercicio a la vía judicial) la *résiliation* solamente "puede ser una sanción frente a la inejecución del contrato por alguna de las partes": FABRE-MAGNAN, Muriel. *Les obligations*. Presses Universitaires de France. París. 2004. p. 514 (las cursivas son añadidas).





## Leysser L. León Hilario

Es oportuno recordar, en este último sentido, a quien, desistiendo de insistir en la dicotomía entre el *civil law* y el *common law*, hace notar la existencia de diversidades al interior de los propios sistemas de *civil law*:

“Las diferencias entre el derecho francés y el alemán pueden ser tan grandes, o más grandes, inclusive, que las existentes entre el derecho francés y el inglés, o entre el derecho alemán y el inglés, tanto en el nivel del derecho sustancial cuanto en el del estilo jurídico. Pese a que el derecho francés y el derecho alemán están basados en el derecho romano, las soluciones adoptadas por el *Code Civil* y el BGB pueden ser muy diferentes. Ello es atribuible a la naturaleza específica de las fuentes romanas: no es inusual que ellas contengan dos series diferentes de reglas que se refieren a un único problema, una para la estipulación, otra para los contratos consensuales, y ambas se han abierto camino en nuestras codificaciones modernas”<sup>(84)</sup>.

He aquí, entonces, otro escollo a superar en toda tentativa de uniformización del Derecho Privado latinoamericano: la existencia de soluciones jurídicas distintas (y bien asentadas) para problemas idénticos, en un mismo continente y no obstante el idioma común y la igualmente común afiliación a la tradición del *civil law*.

### 6. Conclusión

Frente a la situación descrita de los proyectos de armonización o uniformización del Derecho Privado europeo ¿qué tarea toca cumplir a los civilistas latinoamericanos?

En primer lugar, convendrá al civilista capacitarse en comparación jurídica crítica. Él no se limitará, entonces, a conocer (y divulgar su conocimiento de) los modelos jurídicos foráneos, sino que estará preparado para identificar las

razones de las eventuales divergencias entre tales modelos y las soluciones nacionales: para “entender” el Derecho extranjero -según la aleccionadora propuesta de William Ewald- descubriendo “las justificaciones que subyacen a las normas jurídicas”<sup>(85)</sup>.

Hoy no basta, en efecto, el dominio de otros idiomas ni informarse acabadamente sobre las instituciones jurídicas de otras partes del mundo para formular, con legitimidad, un juicio comparativo sobre ellas. Dicho juicio será improductivo si la actitud del civilista-comparatista latinoamericano se mantiene fiel a la antigua tendencia a la subestimación de las soluciones locales o, peor aún, a la renuncia a concebir soluciones para los problemas locales. Frases destempladas como las de Richard A. Posner, según la cual “*a poor country may not be able to afford a good legal system, but without a good legal system it may never become rich enough to afford such a system*”<sup>(86)</sup> deben ser interpretadas como desafíos para nuestra (en modo alguno escasa) creatividad, y no leídas como condenas irrevocables, o frente a las cuales no haya otra salida que ceder, apaciblemente, a los designios de los agentes de la globalización del Derecho. Ahora los estudiosos de nuestro continente pueden (y deben) dialogar con (no solamente escuchar a) los antiguos proveedores del Derecho Civil, para forjar alternativas *non-global* a recetas legales concebidas para diseñar los ordenamientos del mundo a conveniencia exclusiva de unos pocos.

(84) ZIMMERMANN, Reinhard. *Diritto romano, diritto contemporáneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*. Traducción de Silvia Massironi. En: *Rivista di diritto civile*. 2001. Parte 1. p. 710-711.

(85) EWALD, William, “*Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like To Try a Rat?*”. En *University of Pennsylvania Law Review*. Volumen 143. 1995. p. 1948. Más recientemente: EBERLE, Edward J., “*The Method and Role of Comparative Law*” (2009). En: *Washington University Global Studies Law Review*. Volumen 8. 2009. p. 471: *Decoding is an essential part of the work of comparative law: discovering and translating the invisible powers in a legal culture leads to uncovering the patterns of order that actually operate within a society and yield content*.

(86) POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Octava edición. Aspen Publishers. New York, 2011. p. 334.

## De la admiración a la recepción crítica: el apagado eco de la codificación del Derecho Privado europeo en América Latina

Es así como el comparatista cumple la tarea de informar a la colectividad, frustrada, dudosa, desanimada, impaciente, que los Códigos Civiles nacionales no han fracasado ni se hallan en una fase crepuscular. Su regencia sobre las relaciones entre particulares está intacta. Ocurre simplemente, como predicaba un Maestro del Derecho Civil, que mientras las fuerzas políticas, económicas y sociales no concuerden en la identificación de los intereses esenciales a tutelar, los tiempos no serán propicios para una codificación<sup>(87)</sup>.

Solo con esta actitud el civilista contribuye también a perfeccionar la técnica legislativa. Ni ayer ni hoy una solución de Francia, Alemania (o Estados Unidos) ha sido digna de ser seguida en América Latina por el solo hecho de ser francesa, alemana (o estadounidense). En todas las sociedades, después de todo, se enfrenta el problema de “crear un orden bueno y justo”<sup>(88)</sup>. Es menester, pues, que la solución examinada sea cernida en el tamiz analítico-crítico de los comparatistas que, desde el fuero académico o en la posición de colaboradores en la creación del Derecho, pueden brindar una contribución esencial para poner en evidencia los riesgos y peligros de la adopción de un modelo foráneo, por más “exitoso” o “eficiente” que éste sea en su lugar de origen.

Este valor de la comparación jurídica es nitidamente destacado por Hans Stoll:

“La comparación para fines legislativos, que es utilizada para preparar y mejorar las leyes nacionales, así como para uniformizar el derecho, confronta las normativas que reglamentan problemas de vida análogos y sus soluciones mediante el derecho. La comparación para fines legislativos parte, entonces, de problemas a menudo análogos, y no de problemas jurídicos que surjan únicamente en el ámbito de un determinado ordenamiento, para confrontar los planteamientos jurídicos primarios que tienen, todos, la misma función de satisfacer una determinada exigencia de vida. La comparación para fines legislativos es, en efecto, ‘antidogmática’, pues prescinde, en principio, de nociones, dogmas o construcciones del derecho nacional, y se basa en nociones ‘más amplias’ que están por encima del derecho nacional”<sup>(89)</sup>.

En segundo lugar, el civilista-comparatista latinoamericano debe, cuando fuere el caso, actuar como defensor respetuoso de la diversidad cultural (incluyendo el plano jurídico). Es también, entonces, el llamado a denunciar concluyentemente la esterilidad de los proyectos de uniformización del Derecho Privado que se planteen para América Latina, principalmente, la de aquellos que no pasan de ser imitaciones (serviles) de los intentos europeos. Su profundizado conocimiento de lo polémico y fragmentario de tales proyectos (limitados a la contratación privada), de su trasfondo histórico-político y de las críticas técnicas a las soluciones propuestas le asignan el importante (y seguramente incomprendido) papel de invocar la cordura de quienes, desde el foro, la academia o desde el grupo en el poder, casi siempre con nula o poca preparación o influenciados por las demandas de grupos económicos, persiguen utópicamente reducir a unidad lo que tal vez está destinado a mantenerse distinto.

- (87) SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Note conclusive: Il codice e il mantenimento dei valori essenziali*. En: *Rivista di diritto civile*. Año XXVI. 1980. Parte 1. p. 90: “en realidad, no es el modelo del código como ley orgánica de un conjunto de relaciones, y especialmente el código como ley general de las relaciones entre particulares el que se halla en crepúsculo, el que está en declive. Hoy falta en Italia, de parte de las fuerzas políticas, económicas y sociales esa concorde valoración de los intereses esenciales a tutelar, que es el fundamento necesario para la construcción de un código, e incluso para las grandes leyes orgánicas. En tal sentido no estamos maduros para un nuevo código civil”.
- (88) FRANKENBERG, Günter. *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*. En: *Harvard International Law Journal*. Volumen 26. p. 454, dice, justamente, que la comparación debe informar *about the experience of other societies dealing with the problem of how to create a good and just order*.
- (89) STOLL, Hans. *La rilevanza normativa della comparazione in un sistema privatistico codificato*. Traducción de Sabine Buchberger. En: *Annuario di diritto tedesco 2004*. Giuffrè. Milán. 2006, p. 28.