

# Hard Civil Code now!

Notas críticas sobre las propuestas de codificación civil de rango europeo

Ugo Mattei

Este artículo aboga por el principio inmediato de un proceso político genuino, pluralista, que conduzca a una codificación obligatoria del Derecho Privado europeo. Es una crítica de lo que se caracterizó como el “suave” discurso postmodernista del actual Derecho Privado europeo. Esta ideología suave se queda tras las propuestas de una “replanteamiento” de la ley europea; las nociones de códigos europeos “modelo”; las aserciones del desahogo de la ciencia jurídica europea como una alternativa a la codificación; las teorías de la competencia entre sistemas legales nacionales como un patrón eficiente de integración del Derecho Privado; las nociones de facilitación de un “Derecho supletorio” opcional, como una eficiente alternativa al mandato de normas jurídicas obligatorias. Mi reclamo consiste en que tal retórica suave no es más que otro modelo de recepción de las categorías legales americanas, pobremente ajustadas a la presente estructura del escenario europeo legal, y cediendo a una variedad de consecuencias políticas que deberían ser explicadas detalladamente antes que aceptadas tácitamente.

El nuevo Código europeo debería ser duro, mínimo, sin limitarse a contratos y orientado por un proceso. Esto debería apuntar para reflejar la estructura social del capitalismo europeo. El proceso de codificación europeo debería mirar más

allá de las fronteras de Europa y localizarse a sí mismo en la dinámica global de la legislación.

## 1. La condición postmoderna y el debate sobre el código

El postmodernismo es la lógica del capitalismo tardío<sup>(1)</sup>. Es el dominio de lo débil, lo leve, lo suave, lo relativo, lo inescrupuloso, lo arbitrario<sup>(2)</sup>. El discurso legal posmodernista deja los reclamos de universalidad, objetividad y monismo<sup>(3)</sup>. La nación estatal se hace borrosa; la soberanía es descentralizada; y las proposiciones legales no pueden ser legitimadas en términos de bueno o malo. La justicia se hace relativa y la eficiencia se convierte en conveniencia, pragmatismo y estrategia<sup>(4)</sup>.

En un ambiente postmodernista, los juristas *avant garde* han descubierto el pluralismo<sup>(5)</sup>. Ellos se han apegado a las jerarquías y han afirmado que la ley es el dominio del profesionalismo, de la cultura y de la técnica<sup>(6)</sup>. Los juristas finalmente se han deshecho del positivismo, del centralismo estatal y del dogmatismo en el razonamiento legal. El estilo legal se ha hecho un pastiche de diferentes modos de pensar -muchas veces prestados de experiencias de diferentes dominios del conocimiento o de diferentes experiencias legales<sup>(7)</sup>.

(1) JAMESON, F. *Postmodernism; or the Cultural Logia of Late Capitalims*. 1991; HARVEY, D. *The Condition of Postmodernity. An Inquiry into the Origins of Cultural Change*. 1990.

(2) Véase: DELEUZE, G. y F. GUATTARI, *Mille Plateaux*. 1980.

(3) MATTEI, U. y A. DI ROBILANT. *The Art and Science of Critical Scholarship. Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe*. En: *Tulane Law Review*. Número 75. 2001.

(4) MERCURO, N. y S. G. MEDEMA. *Economics and the Law. From Posner to Postmodernism*. 1997; también véase: POSNER, R. *Frontiers of Legal Theory*. 2001.

(5) El pluralismo, en el contexto europeo, ha sido muy bien desarrollado por BUSSANI, M. “Integrative” *Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems*. En: *European Review of Private Law*. Número 8. 2000. p. 85.

(6) TEUBNER, G. *Law as an Authopoietic System*. 1993.

(7) MINDA, G. *Postmodern Legal Movements*. 1995.

La legitimidad política es la última de las preocupaciones. Si el razonamiento legal es una técnica de argumentación, una batalla con armas alquiladas, no hay espacio para el mito de la representación política. La gente ya no cree que la ley sea la voluntad de la comunidad expresada por el proceso político.

Tal modo de pensar ha caracterizado el pensamiento legal americano a partir de la última década del siglo veintiuno<sup>(8)</sup>, y ha sido, poco a poco, recibido en Europa<sup>(9)</sup>.

Una posición fuerte y dominante en los estudios legales, entre las fuentes del Derecho, ha sido el marco en el cual, por lo menos en el continente, el discurso legal posmodernista ha sido acogido<sup>(10)</sup>. El dominio de la ley por mucho tiempo ha sido el dominio de los juristas en Europa, una élite de intelectuales sofisticados tradicionalmente legitimados por el conocimiento y la erudición<sup>(11)</sup>. El grado de complejidad del mercado posmodernista es demasiado alto para ser entendido, y los políticos lo dejan a su sola regulación. Deja a los políticos manteniéndose ocupados en el desmantelamiento del Estado de bienestar, decidiendo políticas de inmigración, y negociando tarifas y cuotas. Los deja tratando con los problemas provenientes de la unificación de la moneda y la cuestión de la defensa europea. Los deja tratando con el crecimiento. Los deja manteniendo sus manos fuera del Derecho Privado. Ellos no pueden hacer algo bueno en esta área<sup>(12)</sup>.

## 2. El si y el cómo en el Derecho Privado europeo

La cuestión del nuevo Derecho Privado europeo ha venido revelándose en tres fases. La primera,

comenzando a principios de los años ochenta, trató sobre el si: ¿existe realmente algo llamado Derecho Privado europeo? La respuesta se encontró en los hechos. Un desarrollo legislativo, judicial y académico, al nivel europeo, ha caracterizado aun las áreas principales del Derecho Privado. La resistencia de abogados más conservadores y domésticos ha sido ineficaz -al menos en el plano teórico. El consentimiento sobre la existencia de una materia llamada Derecho Privado europeo ahora es prácticamente unánime<sup>(13)</sup>.

Los abogados privados europeos también han sido notablemente rápidos en llegar al consentimiento respecto al reclamo por un monopolio profesional para la construcción del marco legal del mercado. La *jihad* académica contra los burócratas de Bruselas, lanzada a principios de los años noventa, también ha sido exitosa. La "europeización" del Derecho Privado tiene que ser vista como un proyecto profesional<sup>(14)</sup>.

Naturalmente, se originan algunas divisiones inevitables cuando llega la pregunta sobre quiénes son los miembros de los grupos profesionales envueltos en el proyecto. La pregunta realmente nunca estuvo sobre la mesa para una discusión abierta, pero fácilmente podemos observar dos tendencias opuestas. Podemos llamar tales tendencias como *la elitista* contra *la demócrata*. Tanto los elitistas como los demócratas comparten el inglés como una especie de *lingua franca*, a pesar de las tentativas, particularmente en el lado alemán, por mantener alguna presencia de la lengua<sup>(15)</sup>. El hecho de que el debate sobre el Derecho Privado europeo se dé mayormente en inglés ha cambiado dramáticamente las jerarquías del prestigio académico.

(8) FELDMAN. *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*. 2000.

(9) HESSELINK, M.W. *The New European Legal Culture*. 2001.

(10) MATTEI y DI ROBILANT. *Supra* nota 4.

(11) GAMBARO, A. *Western Legal Tradition*. En: NEWMAN, P. (editor) *The New Palgrave. A Dictionary of Economics and the Law*. 1998.

(12) ZIMMERMANN, R. *Civil Code and Civil Law. The "Europeanization" of Private Law within the European Community and the Re-Emergency of a European Legal Science*. En: *Columbia Journal of European Law*. Número 1. 1994. p. 63.

(13) Véase, entre otros, los ensayos de: BUSSANI, M. y U. MATTEI. (editores). *Making European Law. Essays on the Common Code Project*. 2001.

(14) *Supra* nota 12. También véase: KOTZ, H. *A Common Private Law for Europe: Perspectives for the Reform of European Legal Education*. En: DE WITTE, B. y C. FORDER (editores). *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*. 1992.

(15) Un periódico académico, expresamente devoto del Derecho Privado europeo, *Zeup*, es publicado mayormente en alemán. También hay dos periódicos italianos: *Europa e Diritto Privato* y *Cotratatto e Impresa Europa* que son expresamente devotos de la materia principal. Sin embargo, ni *Zeup* ni esas publicaciones italianas superan el ámbito local de lectores o el de círculos especializados.

Los más activos en el movimiento del Derecho Privado europeo tienden a ser una generación más joven de académicos que son influenciados en inglés y que comparativamente no son ni la corriente principal, ni los eruditos principales dentro de los sistemas legales nacionales. Desde luego, hay excepciones, pero esta sacudida sociológica parece ser bastante clara. Dentro de este marco sociológico, sin embargo, hay diferencias mayores. Los "elitistas" tienden a ser pequeños grupos de eruditos bien unidos y conocidos, autoseleccionados, que, como consecuencia, tienden a ser los miembros masculinos de las principales jurisdicciones europeas, basando su prestigio sobre un mayor o menor reclamo por el Derecho como ciencia<sup>(16)</sup>. Los proyectos más democráticos tienden a implicar una generación más joven de académicos, con mayor equidad en el género y en los distritos electorales de procedencia. Los "demócratas" por lo general son más abiertos en cuanto a la naturaleza política de los proyectos en los cuales ellos se encuentran envueltos y, en particular, más abiertos a la idea de que el diálogo con el legislador europeo es inevitable<sup>(17)</sup>.

La segunda fase del proyecto en curso de europeización ha sido mucho más dividida. Permítame llamarla la fase del *cómo*: ¿cómo debería

usar su monopolio la comunidad de abogados privados europeos (como quiera que sean seleccionados)?

Los desacuerdos respecto a la cuestión del *cómo* se han polarizado alrededor de unas cuantas preguntas básicas. ¿Debería codificarse el Derecho Privado europeo?<sup>(18)</sup>, ¿debería ser replanteado?, ¿debería ser dejado a la ciencia legal dentro de un conocido renacimiento conocido como *usus hodiernus pandectarum*?<sup>(19)</sup>, ¿debería ser desarrollado alrededor de algunos estatutos especiales "principales" como aquellos relacionados a garantizar la protección al consumidor?, ¿debería haber tentativas orientadas a acortar la distinción entre el *Common Law* y el Derecho Civil, con esfuerzos de armonización, o debería preservarse esta diferencia "cultural"?<sup>(20)</sup>, ¿tal legislación debería tener la naturaleza de directivas (dejando a las jurisdicciones estatales el dominio para su implementación), o debería tener la naturaleza de una regulación directamente obligatoria?<sup>(21)</sup>, ¿la codificación debería ser amplia o poco sistemática?<sup>(22)</sup> En este artículo no me aproximaré directamente a ninguna de estas preguntas, pero abordaré aquellas que están directamente conectadas con mi materia, por ejemplo, la codificación<sup>(23)</sup>.

- (16) Véase, por ejemplo: KOTZ, H. *Comparative Legal Research and its Function in the Development of Harmonized Law. The European Perspective*. En: *De Lege, Towards Universal Law*. Uppsala, 1995. Una interesante discusión sobre las raíces de tal aproximación, con particular atención al legado de E. Rabel, se encuentra en GERBER, D. *Sculpting the agenda of Comparative Law. Ernst Rabel and the Façade of Language*. En: RILES, A. (editor) *Rethinking the Masters of Comparative Law*. 2001. La denominada Comisión Lando lidera los proyectos elitistas. Véase: LANDO, O. y H. BEALE (editores). *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. 2000. Para una discusión véase: HESSELINK, M. *The Principles of European Contract Law*. Algunas opciones hechas por la Comisión Lando, en: *Global Jurist Frontiers*. 2001 Disponible en: [www.bepress.com](http://www.bepress.com).
- (17) Véase más detalles en: MATTEI, U. *The Issue of European Codification and Legal Scholarship. Biases, Strategies and Perspectives*. En: *Hartings International & Comparative Law Review*. Número 21. 1998. p. 883; también véase: CARUSO, D. *The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration*. En: *European Law Journal*. Número 3. 1997; JOERGES, C. y O. GERNSTENBERG. *Private Go. Democratic Constitutionalism and Supranationalism*. 1998. Un proyecto democrático es, de acuerdo con la intención de sus editores, el núcleo común del Derecho Privado europeo. Véase: BUSSANI, M. y U. MATTEI. *The Common Core Approach to European Private Law*. En: *Columbia Journal of European Law* Número 3. 1997. p. 339.
- (18) BONELL, M.J. *The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law*. *European Review of Public Law*. Número 5. 1997. p. 505; MARKESINIS, B. *Why a Code is Not the Best Way to Advance the Cause of European Unity*. En: *European Review of Private Law*. Número 5. 1997. p. 519.
- (19) ZIMMERMANN, R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. 2001.
- (20) Véase, por ejemplo: COLLINS, H. *European Private Law and the Cultural Identity of States*. En: *European Review of Private Law*. Número 3. 1995. p. 353.
- (21) Véase, para una colección de ensayos recientes, VAN HOECKE, M. y F. OST. *The Harmonization of European Private Law*. 2000; y, HEISKANEN, V. y K. KULOVESI. *Function and Future of European Law*. 1999.
- (22) WILHELMSSON, T. *Private Law in the E.U: Harmonised or Fragmented Europeanisation?* En: *European Review of Private Law*. Número 4. 2002.
- (23) Una variedad de puntos de vista puede ser encontrada en HARTKAMP, A.S. y otros. *Towards a European Civil Code*. 2da. Edición. 1998.

En 1989, tan pronto como el Parlamento de Estrasburgo, la única institución democrática y representativa de la Unión Europea, por primera vez recomendó la acción en el dominio de la codificación civil, la reacción académica fue poco entusiasta. Hoy, tal actitud es compartida por una variedad de estudiosos, que han expresado severas críticas a la reciente discusión detallada de la materia, ofrecida por la Dirección General 24<sup>(24)</sup>. Alguien sospechó una tentativa de los “burócratas de Bruselas” para reclamar un papel aun más grande en la fabricación del Derecho Privado. Otros han desechado las recomendaciones como la acción de un actor político débil, por no tomarlo muy seriamente. Otros todavía han negado que la Unión Europea tenga cualquier jurisdicción sobre un código civil<sup>(25)</sup>.

Ciertamente, algunas propuestas han ido avanzando a través de grupos autoproclamados de estudiosos, y parte de esta actividad (como la de la Comisión Lando) ha sido acertada en la toma de la etapa del Derecho Privado europeo. Sin embargo, quizás debido a un positivismo más arraigado en la intelectualidad legal europea, la cuestión de la legitimidad rápidamente surgió y hasta tales grupos autoproclamados, que carecían de cualquier legitimación política en absoluto, dejaron claro que su producto tenía poco en común con la idea tradicional de codificación<sup>(26)</sup>.

La idea tradicional de codificación, que es producto del magnífico estilo modernista del siglo diecinueve, y que es apoyada por una idea

trascendental de soberanía concedida al Estado, es un cuerpo detallado de normas jurídicas privadas, territorial y sistemático, que pide un estatus cuasi constitucional en la edificación del ordenamiento legal burgués<sup>(27)</sup>. Los códigos deben ser aplicados y dirigidos por otras instituciones subordinadas del ordenamiento legal<sup>(28)</sup>.

Actualmente, las propuestas de codificación son mucho más cautelosas y menos ambiciosas<sup>(29)</sup>. Estas son de alcance limitado, así como hoy nosotros somos reacios a discutir si la ley de los contratos debería ser codificada<sup>(30)</sup>. Estas son presentadas -tomando prestado del estilo estadounidense incluso en un área de especialización tradicionalmente civil- como “códigos modelo” o “replanteamientos”. Nociones como *soft law*, *creeping codification*, *open texture* y *bottom up* son utilizadas<sup>(31)</sup>. Estas propuestas deben ser “interpretadas”, “discutidas”, “consideradas” y “armonizadas” por una variedad de otras fuentes de Derecho<sup>(32)</sup>.

### 3. ¿Rendición ante los actores del mercado globalizado?

¿Qué está detrás de tal cambio de paradigma?

En este artículo sostengo que somos testigos de un verdadero cambio en la relación entre el Derecho y el mercado. La actitud cultural suave, típica del postmodernismo escéptico, irónico y desesperanzado, es funcional a un nuevo orden legal y económico en el cual el mercado gobierna

(24) Entre las críticas más articuladas uno debe recordar la expresada por H. Collins en la Conferencia de Leuven del 30 de noviembre de 2001, organizada por la *Society for European Contract Law*. De este autor vale leer, por lo menos, COLLINS, H. *Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Contract Law*. En: *European Review of Private Law*. 2000. p. 211.

(25) Para una discusión referida a literatura de distintos países, véase: REMIEN, O. *Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? Legislative Und gerichtliche Wege*. En: *Zeitschrift für RechtsVéasegleichung*. Número 35. 1995. p. 119.

(26) Véase, por ejemplo, LANDO, O. y BEALE. *Principles of European Contract Law*. Supra nota 16. Véase también, para los puntos de vista de otros miembros de tales grupos: GANDOLFI, G. *Pour un Code Européen des contrats*. En: *Review Trimestral du Droit Civil*. 1991. p. 707. Los primeros resultados significativos del Grupo Pavia se encuentran en: GANDOLFI, G. (editor) *Code Européen des Contrats - Avant Project*. 2001.

(27) HALPERIN, J.L. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. 1996.

(28) GAMBARO, A. *Codice Civile in Digesto IV Discipline Privatistiche*. 1988.

(29) ZENO-ZENCOVICH, V. *The European Civil Code, European Legal Traditions and Neo Positivism*. En: ALPA G. y N. BUCICCO (editores) *Il codice civile europeo*. Materiali dei seminari. 2001. p. 375.

(30) Véase: VAN GERVEN, W. *L'harmonization du droit des contrats en Europe: Rapport introductif*. En: JAMIN C. y D. MAZEAUD (editores) *L'harmonization du droit des contrats en Europe*. 2001.

(31) Véase: SCHMID, C.U. *Bottom Up harmonization of European Private Law: Ius Commune and Restatement*. En: *Function and Future of European Law*.

(32) Por ejemplo, véase: BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. 1997; CHAMBOREDON, A. *The Debate on A European Civil Code, For an Open Texture in The Harmonization of European Private Law*.

el derecho más que otra posibilidad alrededor<sup>(33)</sup>. Los abogados privados europeos, en ánimo de rebelión contra la actitud positivista del Estado centralista del siglo veinte, botaron al bebé con el agua de baño". Ellos fracasaron en aprovechar la enorme oportunidad de renovación y crítica que contiene la codificación del Derecho Privado en el nivel europeo<sup>(34)</sup>.

Lo que está sucediendo es el homólogo europeo de lo que la antropóloga Laura Nader, el lingüista Noam Chomsky y otros pensadores críticos han retratado considerablemente como un movimiento antiderecho que se revela en el Derecho americano actual<sup>(35)</sup>. Es el asalto final del imperio sobre todas las instituciones de la nación estatal que no encajan en el perfil de hegemonía económica y gobierno corporativo global<sup>(36)</sup>. Los estudiosos han detectado este fenómeno en una variedad de áreas del Derecho estadounidense, como la supuestamente llamada reforma del Derecho de Daños, por la cual poderosas corporaciones acusadas intentan debilitar al banquillo de los demandantes a través del miedo a *class actions* y daños y perjuicios punitivos. El movimiento hacia un ADR obligatorio y la presión enorme por colocar la mira en callar a las víctimas de abuso en el centro de trabajo o en la familia. Un episodio de opresión bajo los términos "armonía ideológica" que ofrece otro importante ejemplo<sup>(37)</sup>. Una tendencia similar más general es visible en la creación de una fuerte y prestigiosa escuela conservadora, crítica de la legitimidad política de las fuentes de Derecho dentro de la academia legal estadounidense. Tal crítica, para mostrar la eficacia del proceso del Derecho consuetudinario, ha

acusado a las legislaturas de ser capturadas por *lobbies* de dinero<sup>(38)</sup>. Esta idea es ortodoxa en aquellos círculos estadounidenses de Derecho y Economía que han sido capaces de ganar una influencia principal en la elaboración de los proyectos para el desarrollo de las instituciones financieras internacionales para el tercer mundo. En Europa, la noción conservadora de que el Derecho europeo de los contratos debería servir a la eficiencia debido a su valor neutral y contenido técnico, y de que el código, en esta perspectiva, solo debería ser orientador antes que vinculante, está ganando aceptación<sup>(39)</sup>. Tal actitud que considera "la ciencia legal" como neutra y aislada de cualquier captura, es similar a la actitud clásica del Derecho y la Economía que considera "el proceso del Derecho consuetudinario", de modo similar, aislado. Pero tal idea no es más robusta (o menos arbitraria) en el viejo continente que en Estados Unidos. El alto grado de aislamiento de los tribunales de justicia estadounidenses, que debería protegerlos de cualquier riesgo de captura, solo es aceptado como un artículo de fe por la corriente cultural y legal americana (el prestigio del artículo 3 de la constitución de Estados Unidos es enorme). No hay ninguna experiencia empírica más allá de la eficacia de los dispositivos de aislamiento proporcionados por el artículo 3 de la constitución de Estados Unidos para los miembros de la judicatura Federal (goce de un sueldo de oficina garantizado). Además, algunos estudiosos, que ciertamente no pueden ser considerados radicales, están comenzando a cuestionar la neutralidad y la tecnocracia de las legislaturas privadas y las autoridades independientes. El día

(33) STEPHANSON, A. *Manifest Destiny. American Expansionism and the Empire of Right*. 1995; SASSEN, S. *Losing Control? Sovereignty in the Age of Globalization*. 1996.

(34) Para la crítica más directa a la codificación arraigada en el modo postmodernista, véase: LEGRAND, P. *Against a European Civil Code*. En: *Modern Law Review*. Número 60. 1997. p. 44.

(35) Véase: NADER, L. *Law in Motion. Anthropological Projects*. 2002; CHOMSKY, N. *Rough States*. 2001.

(36) La idea de globalización como imperio ha sido desarrollada por HARDT, M. y A. NEGRI. *Empire*. 2000. La que compete pero se complementa con aquella, referida a la globalización como americanización, es interesantemente discutida en STRANGE, S. *The Retreat of the State*. 1996.

(37) NADER, L. *Law in Motion. Anthropological Projects*. 2002. Sobre la noción de Ideología armónica como un proceso controlado, véase NADER, L. *Harmony Ideology*. 1990.

(38) Véase, para una discusión crítica del marco político conservador del Derecho y la Economía: KENNEDY, D. *Law and Economics from the Perspective of Critical Legal Studies*. En: NEWMAN, P. (editor) *The New Palgrave. A Dictionary of Economics and the Law*. 1998.

(39) Esa posición es adoptada por una variedad de intelectuales. En la Conferencia de Leuven, la tomó C. Kirkhner, R. Van Den Bergh y H. Collins. Pero tal uso normativo de una versión parcial del Derecho y la Economía es más peligrosa en el paisaje legal europeo que en los Estados Unidos. Véase: KENNEDY, D. *The Political Stakes en "Merely Technical" Issues of Contract Law*. En: *European Review of Private Law*. 2002.

en el cual nos damos cuenta de que la corrupción no es el único peligro en el complejo ajuste político presente, terminaremos por cuestionar la tendencia en favor del proceso de Derecho Consuetudinario desarrollado en la escuela americana<sup>(40)</sup>. Asimismo, la “neutralidad” de los nuevos estudiosos del Derecho Privado europeo como los constructores de propuestas de codificación (suaves y técnicas) debería, al menos, ser cuestionada antes que ser dada por sentada, reflejándose frente a los tradicionalmente más prestigiosos civilistas como “oráculos de la ley”, con la misma idolatría que en Estados Unidos se concede a la judicatura<sup>(41)</sup>.

En este contexto cultural, uno podría preguntarse si el fuerte énfasis de las reglas supletorias del Derecho Privado siendo eficientes como los poderes de los que los partidos habrían convenido, no es de por sí, propuesto por estudiosos conservadores del Derecho y de la Economía, como otra estrategia para justificar y conceder legitimación al comportamiento corporativo rapaz y egoísta<sup>(42)</sup>. Ciertamente, la idea de Derecho supletorio, conocida en la tradición del Derecho Civil como *ius dispositivum*, está en la raíz misma de la noción reciente, pero ya bien establecida en Europa, de que la codificación civil, de un modo u otro, tiene que ser suave. Sin embargo, es importante acentuar que a los partidos se les debería dejar libertad para elaborar sus opciones solo una vez que el sistema legal haya sido capaz de establecer, a través de leyes eficaces y obligatorias, su control contra el comportamiento oportunista<sup>(43)</sup>. El Derecho suave no encaja en absoluto en este objetivo. Como el postmodernismo y el relativismo extremo, solo encaja en la lógica del Imperio.

En otras palabras, el estudioso legal que se resiste a abandonar su función crítica, ante cualquier oferta de Derecho suave, debería hacerse una pregunta fundamental. ¿Suave para quién? Si el Derecho es suave, los actores agresivos y oportunistas del mercado, bajo el escudo de la legalidad suave, tendrán éxito en transferir sus costos a la sociedad en vez de enfrentar el verdadero costo social de su actividad en el mercado. Es mucho mejor tener un Derecho duro.

#### 4. Retórica suave para prácticas duras

El derecho suave a menudo es anunciado como más eficiente porque respeta las diferencias en las preferencias de los actores del mercado. Argumentos similares son expresados por muchos de los estudiosos que usan las ideas inspiradas en América sobre la competencia entre sistemas legales como argumentos contra la codificación del Derecho Privado en el nivel europeo<sup>(44)</sup>. En verdad, el relativismo cultural promueve esta ideología porque el Derecho supletorio incorrecto todavía puede ser cambiado vía tratos; mientras que el Derecho duro incorrecto introduce incentivos negativos e incurables<sup>(45)</sup>. Si es imposible hacer cualquier predicción en términos de bueno y malo, entonces es mejor continuar provisionalmente, dejando terreno para correcciones. Preocupaciones semejantes están detrás del favorecimiento de normas estandarizadas, del favorecimiento de directivas sobre regulación y del favorecimiento de replanteamientos antes que de codificación, porque el lenguaje normativo de hasta un código modelo es más duro que las sugerencias “meramente descriptivas” contenidas en un replanteamiento<sup>(46)</sup>. Eruditos, desde una variedad de perspectivas, han

(40) Véase, por ejemplo: SCHWARTZ, Alan y Robert E. SCOTT. *The Political Economy of Private Legislatures*. En: *University of Pennsylvania Law Review*. Número 143. 1995. p. 595.

(41) Esta esperanza en el valor de un código “científico” está detrás del proyecto Von Bar, rumoreado como reflejado en la última y reciente posición del Parlamento Europeo sobre esta cuestión. Véase: VON BAR. *Paving the Way Forward with Principles of European Private Law*. Ponencia presentada en la conferencia Secola en Leuven.

(42) He trabajado el tema del Derecho supletorio en MATTEI, U. *Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law. Mandatory, Default and Enforcement Rules*. En: *Virginia Journal of International Law*. Número 39. 1999. p. 537.

(43) Véase: COOTER, R. y T. ULEN. *Law & Economics*. 3ra edición. 2000. Desarrollo esta cuestión en MATTEI, U. *Efficiency and Equal Protection*.

(44) En la conferencia de Leuven, esta aproximación ha sido largamente defendida por el Presidente de *The European Law and Economics Association*: También véase: VAN DEN BERGH, R. *Forced Harmonization of Contract Law in Europe*.

(45) Véase: COOTER, R. y T. ULEN. *Supra* nota 43.

(46) Véase el clásico: ROSETT, A. *Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and reform in International Commercial Law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Número 40. 1992. p. 683.

demostrado que el replanteamiento nunca es un ejercicio simplemente descriptivo (aun asumiendo la posibilidad de una distinción entre hechos y valores en el Derecho<sup>(47)</sup>). Por consiguiente, es inaceptable que tal reclamo por neutralidad sea mantenido en Europa frente a un escenario legal en el cual nosotros simplemente todavía no sabemos cómo contestar la pregunta fundamental: ¿existe un Derecho Privado europeo que restablecer?<sup>(48)</sup>

Asimismo, hablar acerca de *creeping codification* es también una estrategia suave, porque comunica una idea sobre la condición de hecho del ser (una especie de necesidad evolutiva), y no de una rotunda opción, como en el caso de un proyecto de codificación<sup>(49)</sup>. Es como si el estado actual del paisaje legal europeo en el campo del Derecho Privado, no fuera el agregado de un número de opciones políticas determinadas por una clara hegemonía de la comunidad legal alemana con el proceso político de Bruselas. Más bien, la relación de poder que determina la revelación de la ley es “neutralizada” y el resultado solo puede ser, naturalmente, el *status quo* del suave derecho de los contratos de hoy. Tal naturalización del proceso político tiene que ser denunciada como una estrategia conservadora ya que oculta la relación de poder que está detrás<sup>(50)</sup>. Asimismo, hablar sobre la “armonización” del Derecho transmite una señal de tolerancia a la diversidad que se abstiene respecto a la noción de “unificación”. Sin embargo, prácticamente es demasiado fácil mostrar que la armonía es una ideología muy suave, como una simple fachada<sup>(51)</sup>. Ciertamente, es muy dura con el lado débil de la relación de poder (en este caso los sistemas legales europeos menos prestigiosos) y no encara abiertamente la responsabilidad derivada de las opciones.

Lo cierto es que, de cualquier modo, los

---

“El nuevo Código europeo debería ser duro, mínimo, sin limitarse a contratos y orientado por un proceso (...) debería mirar más allá de las fronteras de Europa y localizarse a sí mismo en la dinámica global de la legislación”

---

conflictos sociales, como aquellos que versan sobre la distribución del exceso cooperativo o la decisión de cómo compartir los recursos comunes, son mediados y solucionados por instituciones<sup>(52)</sup>. Tales instituciones podrían tomar la forma del Derecho formal o informal intentando crear reglas para el mercado (por ejemplo, reglas que promuevan las buenas prácticas en el mercado), o simplemente podrían tomar la forma del mercado, comprando fuera del Derecho. Lo que no está cubierto y regulado por el Derecho está cubierto y regulado por las fuerzas del mercado que, por definición, o son reguladas (desde luego hablamos aquí de regulación por el Derecho Privado) o son dejadas tempestuosamente. Por consiguiente, los actores fuertes del mercado naturalmente prefieren el Derecho suave porque ante la ausencia de cualquier fuerza reguladora del sistema legal, ellos son capaces de crear las reglas del mismo juego en el cual ellos juegan<sup>(53)</sup>.

El observador crítico no debería ser engañado por la naturaleza delicada y atractiva de los argumentos suaves: respeto de las diferencias, conciencia de las especificidades culturales, preocupación por la ganancia de eficiencia a costa de la flexibilidad, y rechazo de la arrogancia de la toma de decisiones en nombre del relativismo cultural<sup>(54)</sup>. Esta es exactamente la lógica

(47) Dedico algunos pensamientos a esta cuestión en MATTEI, U. *Fatto e valore. Il paradosso ermeneutico dell'analisi economica del diritto*. En: DERIDA J. y G. VATTIMO (editores) *Diritto, giustizia e interpretazione*. 1998.

(48) Esta en duda si tal pregunta debería ser planteada aun cuando hayan importantes esfuerzos como el de Trento.

(49) Véase: BERGER. *The Creeping Codification*.

(50) Véase: NADER, L. *Law in Motion*.

(51) Véase: NADER, L. *Harmony Ideology*.

(52) Véase: NORTH, D. *Institutions Institutional Change and Economic Performance*. 1991.

(53) Tal análisis se desprende de la teoría de la elección pública básica. Véase una discusión crítica y asequible en: MERCURO y MEDEMA. *Economics and the Law*.

(54) Véase una colección de esas actitudes: LEGRAND, P. *Fragments of Law as Cultura*. 1999.

(55) Véase: HARDT, M. y A. NEGRI. *Empire*; NADER, L. *Law in Motion*.

posmoderna que sirve a la rapacidad corporativa<sup>(55)</sup>.

Es fácil observar el cambio en la retórica del discurso político estadounidense en los días presentes, que es el *humus* intelectual en el cual se originan los modelos culturales para los debates europeos. “¡No fumar!” se convierte en “gracias por no fumar”; “¡por favor no molestar!” se convierte en “¡privacidad por favor!”; “¡váyase!” se convierte en “usted está amablemente invitado a marcharse”; y etcétera. Las órdenes se vuelven invitaciones. La clara toma de liderazgo y responsabilidad, con un contenido activo y pasivo, toma la fachada de un juego cooperativo. No hay nada suave en este cambio de retórica excepto la retórica en sí misma. Los fumadores no pueden rehusarse a ser bastante amables y no fumar en los edificios públicos. Las multas ásperas todavía se cumplen. Los trabajadores con salarios mínimos de las grandes cadenas de hoteles cinco estrellas todavía son despedidos si un cliente se queja de haber sido perturbado en su intimidad. Si se le pide que se marche de una instalación pública o privada porque su comportamiento no es acorde con las reglas puestas por la administración, y usted se rehúsa a hacerlo, seguirán llamando a la policía, que no tiene esposas suaves.

El Derecho, así como la lengua, puede presentarse con una gran variedad de vestimentas semánticas. No hay mucha suavidad en su naturaleza, sin embargo, ya que no hay mucho en ella, sí hay suavidad en las transacciones económicas y en la relación de poder que conecta a los individuos entre sí en el mercado. En una suerte de juego suma cero, al menos un ajuste institucional debe ser difícil. O el Derecho difícilmente mantiene las transacciones económicas bajo control (y potencialmente las hace suaves), o la relación económica es dura y mantiene al Derecho suave bajo su pulgar, determinado tanto su forma como su sustancia<sup>(56)</sup>. Adaptando la intuición de Althusser, o el Derecho es un aparato coercitivo del Estado, que algunas veces hasta podría servir a los intereses del débil,

o (vistiéndose de ropa suave) es un aparato coercitivo del mercado global más fuerte y más áspero que el *Leviathan*. En este caso, sin embargo, el único interés al que puede servir es, con seguridad, el del más fuerte<sup>(57)</sup>.

Si esta es la situación, cualquier discusión sobre el “cómo” hacer el Derecho Privado europeo tiene que guardarla en mente. Las metáforas suaves esconden ásperas relaciones de poder. Los intereses tienen que ser claros; las cartas tienen que estar sobre la mesa. La ironía posmodernista no debería ocultar la verdad. Como el historiador social Barrington Moore una vez dijo, “En cualquier sociedad los grupos dominantes son los que tienen más que ocultar sobre cómo funciona la sociedad. Muy a menudo, por lo tanto, los análisis verídicos son forzados a tener un toque crítico, para parecer exposiciones en vez de declaraciones objetivas (...) Para todos los estudiantes de la compasión de la sociedad humana por las víctimas de los procesos históricos y el escepticismo sobre los reclamos del vencedor proporciona salvaguardas esenciales contra el ser recogidos por la mitología del dominante. Un estudioso que trata de ser objetivo necesita de estos sentimientos como la parte de su equipamiento de trabajo”<sup>(58)</sup>.

##### 5. En defensa del Derecho duro como una necesidad europea

Para ser exitosas, las instituciones legales que compiten con los grandes actores económicos necesitan ser fuertes y altamente efectivas. Mientras más fuertes sean los actores, más fuertes tienen que ser las instituciones, si es que el egoísmo e interés individual deben ser canalizados para el bienestar de todos<sup>(59)</sup>. La retórica sobre la eficiencia del Derecho suave tiene que ser expuesta con el propósito de llevar a cabo cálculos informados sobre lo que el impacto de la europeización del Derecho Privado trae consigo mediante significados alternativos<sup>(60)</sup>. Enfatizo en que la suavidad en la creación del Derecho Privado

(56) Véase, con énfasis en la ideología: NORTH, D. *Structure and Change in Economic History*. 1982.

(57) Véase: ALTHUSSER, L. *Sur la reproduction*. 1995.

(58) MOORE, B. *Social Origins of Dictatorship and Democracy: Lord and Peasant in the Making of the Modern World*. 1966.

(59) Véase: SCHULTZEM, C.L. *The Public Use of Private Interest*. 1977.

(60) Tal función predecible es crucial para el análisis legal comparativo y económico. Véase MATTEI, U. y A. MONTI. *Comparative Law and Economics. Borrowing and Resistance*. En: *Global Jurist Frontiers*. 2da. edición. 2001. Véase: [www.bepress.com](http://www.bepress.com).

europeo significa un desorden legal y un libre campo de batalla para la explotación de los intereses negociales.

Alguien sugirió en uno de los pocos artículos minuciosamente perspicaces sobre la codificación europea, que el modelo estadounidense debía ser mantenido<sup>(61)</sup>. Para estar seguro, debido a que el Derecho suave es una metáfora americana, necesitamos ubicarlo en un contexto. Los estudiosos nos han entrenado para entender que los trasplantes de las instituciones legales, formales o informales, no son como las exportaciones de productos<sup>(62)</sup>. Ambos, el contexto de recepción y el de origen, son altamente relevantes para hacer una predicción acerca de qué puede pasar. El contexto europeo presente no puede ser más distinto que el contexto del Derecho americano, donde replanteamientos y códigos modelo fueron sugeridos y desarrollados como alternativas de Derecho suave al Derecho duro desde los años treinta del siglo pasado<sup>(63)</sup>. Estados Unidos, en el siglo veinte, verdaderamente era el sistema institucional con la más fuerte administración de justicia que ha sido producida en la historia de la humanidad –la más fuerte no solo en términos de poder sino también de prestigio. Los replanteamientos fueron reglas sugeridas para esta clase de administración de justicia -un grupo profesional de personas al que se le dio supuestos poderes inherentes para perseguir las políticas públicas en la solución de conflictos individuales. Las decisiones de la administración de justicia estadounidense reforzadas por *stare decisis*, nunca han sido percibidas como suaves<sup>(64)</sup>. El rol de la administración de justicia americana en el proceso

de creación de las reglas generales del juego ha demostrado siempre más fuerza que el rol de los legisladores. De hecho, el Derecho reglamentario nunca pudo hacer mucho más que sugerir cambios graduales<sup>(65)</sup>. Como en los códigos modelo, solo hubo un diálogo aparente con las legislaturas del Estado, que eran libres de mantenerlos o transformarlos. Verdaderamente, el diálogo seguía con las cortes, sean estatales o federales, dando la sustancial uniformidad cultural del Derecho americano. Los actores institucionales fuertes y los estudiosos estuvieron tratando de “persuadir” usando un nivel semántico normativo como el de UCC o el del Código Penal modelo<sup>(66)</sup>. No es sorprendente que tales ejemplos famosos de legislación suave están profundamente conectados con dos estudiosos, los profesores Llewellyn y Wechsler, respectivamente. En otras palabras, el Derecho suave en Estados Unidos nunca concibió, ni retórica ni sustancialmente, los verdaderos actores fuertes del sistema legal, que son las fuerzas legitimadoras del control de la esfera pública en el comportamiento económico de los actores del mercado<sup>(67)</sup>. Ni pudo el Derecho supletorio, como una opción libre de las reglas contractuales, afectando peligrosamente el principio de que las cortes aun están a cargo. Cuando quieren hacer eso, las cortes tienen todo el poder inherente para controlar, enmendar y modificar hasta la más clara elección expresada por las partes. Tienen el poder de hacer eso tanto con el interés de una de las partes del contrato o de terceras personas<sup>(68)</sup>.

En Europa, un escenario con tales antecedentes de fuerte legitimación de los actores institucionales con poderes inherentes para

(61) REIMANN, M. *Towards an European Civil Code: Why Continental Jurists Should Consult their Transatlantic Colleagues*. En: *Tulane Law Review*. Número 73. 1999. p. 1337.

(62) GRANDE, E. *Imitazione e diritto. Ipotesi sulla circolazione dei modelli*. 2001. Véase también, en nuestro contexto: WATSON, Alan. *Legal Transplants and European Private Law*. En: *Electronic Journal Of Comparative Law*. Volumen 4.4. 2000. Véase <http://law.kub.nl/ejcl/44/44-2.html>.

(63) Véase, para una clásica discusión: GILMORE, G. *The Ages of American Law*. 1977.

(64) Véase, para una clásica discusión: HART, H. M. y A.M. SAKS. *The Legal Process*. 1994.

(65) Véase desde los primeros años: POMEROY, J.N. *The True Method of Interpreting the Civil Code*. En: *West Coast Report*. Número 4. 1884. p. 585. Véase también, para una cuenta más reciente: CALABRESI, G. *A Common Law for the Age of Statutes*. 1982.

(66) Al principio, W. Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement. 1973; al final, GRANDE, E. *Comparazione dinamica e sistema giuridico statunitense: analisi di una circolazione incrociata di modelli*. En: *Quaderni Fiorentini*. Número 29. 2001. pp. 173 y siguientes.

(67) Para una discusión sobre el uso de tal poder por parte de las cortes estadounidenses: KENNEDY, D. *A Critique of Adjudication*. 1997.

(68) Véase: TREBILCOCK, M. *The Limits of Freedom of Contract*. 1993.

canalizar los intereses económicos individuales en direcciones compatibles con el bienestar público está simplemente ausente<sup>(69)</sup>. Las Cortes nacionales de Derecho nunca han ejercido esa función en el continente civil. Cierto es que Europa no es solo el continente civil, pero la sensibilidad de las cortes británicas con las políticas públicas emitidas ha sido siempre mucho más débil que en Estados Unidos. Además, la cuestión de la uniformidad hace el escenario institucional europeo aun más débil y potencialmente despreocupado por grandes negocios transnacionales interesados que la manera en que Estados Unidos lo hace. En Europa falta una administración de justicia, tanto formalmente (no hay cortes europeas con jurisdicción general) como culturalmente (las judicaturas nacionales no son uniformes ni sociológicamente ni culturalmente), pues simplemente no hay ningún actor institucional capaz de monitorear el abusivo comportamiento económico del pan con mantequilla de todos los días. Una suave europeización del Derecho Privado reduce la responsabilidad de los sistemas legales nacionales, persuadidos de la existencia de otro nivel de sistema legal “mejor ubicado”, de acuerdo con el discurso subsidiario para monitorear las transacciones globales<sup>(70)</sup>. La suavidad del discurso al nivel europeo debilita el prestigio de los códigos civiles nacionales que consideró obsoletos y pasados de moda, exactamente por ser fuertes<sup>(71)</sup>. Sin embargo, tales Códigos Civiles nacionales son la única fuente de la legitimidad del poder judicial en la actualidad europea. De este modo, su debilitamiento es un cheque en blanco para la rapacidad corporativa.

Simplemente, dada la antecedente disponibilidad institucional, un Código Civil europeo duro parece un prerrequisito para el desarrollo de un efectivo conjunto de reglas del juego capaz de mantener la actividad económica bajo control. Un sistema de Derecho Privado “balcanizado” permite la clase de compras que hacen a los grandes

actores del mercado global irresponsables por el costo social que producen. No estoy diciendo que un “Código duro” sería todo lo que se necesita para un sistema europeo de Derecho Privado efectivo. De otra parte, yo argumenté en artículos referidos al Derecho Contractual y Fiduciario, respectivamente<sup>(72)</sup>, que un sistema de cortes europeas de jurisdicción general es además una necesidad a estas alturas. No obstante, creo que dado el sendero legal europeo, un código sería una necesidad, si no una suficiente condición para hacer a Europa un sistema legal genuino capaz de controlar el comportamiento del capital corporativo internacional. Tal efectividad institucional es necesaria para que Europa pueda competir eficientemente con los Estados Unidos en el área legal internacional<sup>(73)</sup>.

¿Es esta una nostálgica y retrógrada idea? ¿es el retorno al antiguo positivismo? Creo que ni una ni la otra, sino que es solo el darse cuenta que Europa y Estados Unidos han viajado por diferentes senderos en lo que se refiere al Derecho. Si es que existe el anhelo de fusionar los caminos, trasladando las instituciones europeas a la sombra americana, este cambio ajeno a la estructura europea de legitimación debería ser parte de una decisión política conciente. No debería suceder como algún pavoroso fenómeno, presentado como un paso técnicamente más avanzado en el desarrollo del Derecho Privado.

## 6. La cuestión de los contenidos. ¿Qué hay dentro del Código?

El capitalismo europeo se ha caracterizado por un mayor sentir social que el de su homólogo estadounidense<sup>(74)</sup>. Si el Código europeo duro será una vieja réplica maquillada de las codificaciones previas dependerá del contenido del Código: la tercera fase -la del qué hay dentro- del Derecho Privado europeo. Yo afirmo que el nuevo Código europeo debería ser capaz de capturar y reflejar

(69) JACOB-E, H. *Blankenburg-H.Kritzer-D.M.Provine-J.Sanders, Courts Law and Politics in Comparative Perspective*. 1996.

(70) ANTONIOLLI-DEFLORIAN, L. *La struttura istituzionale del nuovo diritto privato europeo*. 1996.

(71) Véase ejemplos en los trabajos de SAMUEL y CHAMBOREDON. *The Harmonisation of European Private Law*.

(72) MATTEI, U. *Efficiency and Equal Protection in the New European Contract Law*; véase también: MATTEI, U. *Basic Issues of Private Law codification in Europe*. Disponible en: [www.bepress.com](http://www.bepress.com).

(73) BORDIEAU, P. *Conterfeux 2, pour un mouvement social europeen*. 2001.

(74) ALBERT, M. *Capitalismo e Controcapialismo*. 1990. Véase también: GROS PIETRO-E, G. *Reviglio-A.Torrisi, Assetti proprietari e mercati finanziari europei*. 2001.

en las reglas del juego que regula, algunos valores del modelo de capitalismo social europeo. Si es capaz de hacer eso, podría imponerse como un modelo capaz de competir con la hegemonía estadounidense. Para ayudar a lograrlo, los estudiosos europeos deberían interrumpir la tendencia de Europa a ser reducida a otra provincia del imperio corporativo de Estados Unidos<sup>(75)</sup>.

En cuanto a este último punto, plantearé aquí algunas preguntas para la discusión, algunas de las cuestiones preliminares que los estudiosos deberían esclarecer para hacer las opciones políticas posibles. Las instituciones, y en consecuencia los Códigos como las instituciones, deberían servir a un propósito. Las reformas y los cambios propuestos deberían crear ventajas y beneficios para la comunidad que sirven. La primera pregunta que planteo es, consecuentemente, ¿a qué intereses debe servir el sistema de Derecho Privado europeo? ¿El Código Civil europeo solo debe servir a los intereses de los europeos? Alternativamente, ¿es Europa una potencia mundial suficientemente fuerte (en términos de economía y cultura) como para que su sistema legal influya en el desarrollo global, en un momento de tanta incertidumbre respecto al camino a seguir en el futuro del capitalismo mundial?<sup>(76)</sup> Yo afirmo que los abogados privados europeos deberían tomar ventaja de la perspectiva cosmopolita que se desprende de su marco de Derecho comparado, (que ha sido probada como una necesidad antes que una opción en los días presentes de Europa), para pensar mundialmente, por ejemplo, al concebir la estructura legal del mercado europeo capaz de trabajar como un modelo y consecuentemente servir a la comunidad global, y no meramente a los intereses europeos.

Argumentar a favor de un Código duro no significa adoptar una actitud legalista o desestimar los potenciales beneficios del mercado, como una institución de asignación de recursos y producción de riqueza. Efectivamente, el desatender tales

potenciales del mercado y la incapacidad para manejar las herramientas del análisis interdisciplinario ha impuesto un alto precio al debate sobre el Derecho Privado europeo<sup>(77)</sup>. En términos simples: los abogados europeos, en paralelo con sus colegas estadounidenses, han sido buenos comparadores pero pobres economistas y científicos sociales. La carencia de conocimiento de otras ciencias sociales ha encerrado a los abogados europeos (tanto del *Common Law* como del Derecho Civil), por un largo periodo de tiempo, en el estilo oscuro e inútil del análisis positivista que los ha hecho desatender completamente el impacto social y económico de sus construcciones legales<sup>(78)</sup>. Una vez que el costo del legalismo ha sido entendido, por lo menos por algunos vanguardistas (mayormente comparativistas) en un pasado relativamente reciente, la pobre comprensión del fondo no ha dejado de jugar un rol negativo<sup>(79)</sup>. En los esfuerzos de su *kempf* contra el positivismo y en el descubrimiento tardío y precipitado de la existencia y las virtudes del mercado, los abogados europeos (así como un gran número de hacedores de política *-policy makers-* a través del espectro político) han confiado en las virtudes de un mercado no regulado mucho más que en lo que está en orden. En lugar de una regulación limitadora y de recorte en los gastos, la cultura legal europea ha participado en la entrega del proceso político y su legitimidad en la producción de reglas de comportamiento obligatorias, a las prácticas sin restricción de un mercado regulado tan solo suavemente, cuando estaba regulado por completo. Esta tendencia se basa en una mala economía y en peores leyes<sup>(80)</sup>.

El mercado es saludable cuando está en abierta competencia con otras instituciones, más significativamente, el sistema legal y el proceso político<sup>(81)</sup>. El mercado no debería ser ignorado ni convertido en un objeto de idolatría. Debería ser regulado al grado necesario para que todos los actores paguen por sus costos sociales. Tal

(75) ARRIGHI, G. y SIL, B.J. *Chaos and Go*. En: *The Modern World System*. 1999.

(76) HARVEY, D. *The Limits to Capital*. Nueva edición. 1999.

(77) MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*. 1997.

(78) HESSELINK, M. *The New European Legal Culture*.

(79) Véase, para una clásica crítica al positivismo oscuro: SACCO, R. *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*. En: *American Journal of Comparative Law*. Número 39. 1991.

(80) Puede encontrarse una crítica sobre la recepción poco crítica de la ley y la economía en Europa en: MATTEI, U. *Comparative Law and Economics*.

(81) NORTH, D. *Institutions*.

regulación, corta para venir solo del Derecho Público y de la autorización *ex ante* del gobierno, se debe arraigar en el Derecho Privado sustantivo<sup>(82)</sup>.

Sugiero que el Código europeo duro sea mínimo, en el sentido de que solo contenga los principios fundamentales que puedan ser usados fácilmente por los tribunales para forzar a los actores del mercado a interiorizar los costos sociales<sup>(83)</sup>. No obstante, un Código Civil duro de ningún modo debe estar limitado al Derecho de los Contratos<sup>(84)</sup>. Visto desde la perspectiva de las ciencias sociales, y de la Economía en particular, el Derecho Privado es un cuerpo integrado de las reglas fundamentales del juego<sup>(85)</sup>. Los Derechos de los Contratos, Daños, Propiedad, Restituciones y Corporaciones, en esta perspectiva, juegan un rol similar. Se integran y completan entre sí como las reglas del Derecho Privado introducen incentivos para un mercado justo y abierto. Las variaciones en las formas podrían ser sustanciales. Son, de cualquier modo, el resultado de accidentes históricos (algunas veces referidos a la cultura legal) que no cambian la sustancia fundamental. Lo cierto es que la taxonomía en el Derecho solamente debe servir al propósito de organizar el conocimiento y nunca debería ser vista como algo que determina la solución sustantiva a los problemas sociales. Por muchos años, los abogados europeos (nuevamente en el continente como en el *Common Law*) han sido víctimas de la ilusión de deducir, o inducir, reglas de una taxonomía, como si se tratase de un ejercicio científico. Tal ejercicio formalista solo ha sido una pérdida de tiempo y muchas veces guió a

decisiones que son consideradas perjudiciales<sup>(86)</sup>. Ahora, durante algunos años he estado ocupado coordinando los cuidadosos esfuerzos de muchos colegas para tratar de comprender lo mejor posible cómo son verdaderamente las cosas en el Derecho Privado europeo<sup>(87)</sup>. Nuestros esfuerzos han sido conscientes de las muchas dificultades y objeciones epistemológicas que estábamos afrontando. Sin embargo, nuestra experiencia ha mostrado que tal taxonomía está obligada a convertirse en una jaula si cualquier intento es realizado para usarse más allá de su mínima tarea (pero a la vez muy importante) de organizar los materiales.

Mientras el Código duro contenga un régimen suficientemente comprensivo para forzar la interiorización de costos, cualquier taxonomía funcionará. Una buena sugerencia, sobre la base de reducción racional de los costos de información, sería dada para usar la que al momento sea la más extendida<sup>(88)</sup>. El Derecho de los Contratos está pobremente equipado para tener cuidado con las externalidades impuestas a los terceros. El Derecho de Daños está pobremente equipado para permitir las preferencias idiosincrásicas que se revelan. El Derecho de Propiedad tiende a ser menos flexible que los dos anteriores, y su profunda conexión con las leyes de tierras coloca una gran parte de su discusión fuera de la jurisdicción europea<sup>(89)</sup>. En el Derecho Corporativo, la necesidad de dejar claro cuáles son las reglas supletorias y cuáles son las obligatorias es quizá el problema más crucial<sup>(90)</sup>. El Derecho de Restitución podría hacer positivos algunos defectos

(82) COOTER, R. y T. ULEN. *Supra* nota 45.

(83) Intentar regular los detalles es fútil. Véase: STEPHAN, P. B. *The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law*. En: *Virginia Journal of International Law*. Número 39. 1999. p. 743. Argumentos a favor de un Código muy detallado fueron expuestos por G. De Geest en la conferencia de Secola.

(84) Un número de distinguidos eruditos ahora están apuntando al Derecho Contractual como el único blanco de código. Recientemente, véase: BASEDOW, J. *A Common Contract Law for the Common Market*. En: *Common Market Law Review*. Número 33. 1996. p. 1169. El mismo autor ha expresado los mismos puntos de vista en la conferencia de Secola.

(85) Véase: COOTER, R. *Unity in Tort, Contract and Property: The Model of Precaution*. En: *California Law Review*. Número 73. 1985. p. 1.

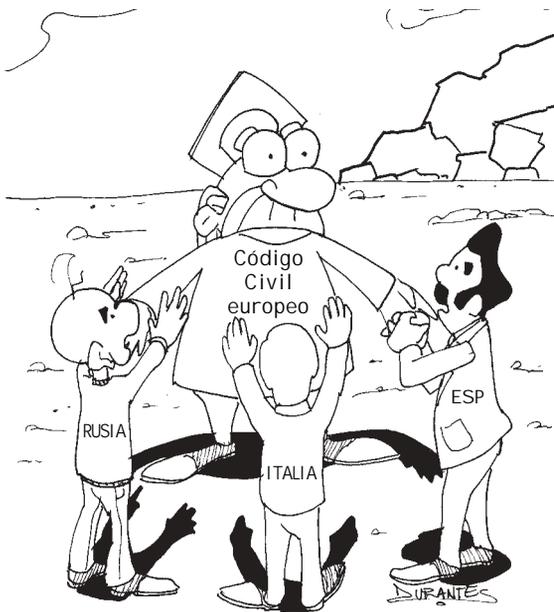
(86) GROSSI, P. *Historical Models and Present Plans in the Formation of a Future European Law*. En: GAMBARO A. y A.M. RABELLO (editores). *Hacia un nuevo Derecho Común europeo*. 1999.

(87) BUSSANI, M. y U. MATTEI. *The Common Core Approach to European Private Law*.

(88) Véase: MATTEI, U. *A Transaction Costs Approach to the European Civil Code*. En: *European Review of Private Law*. 1997. p. 537; y COLLINS, H. *Transaction Costs and Subsidiarity in European Contract Law*. Este trabajo fue presentado en la conferencia de Secola.

(89) GAMBARO, A. *Towards a Codification of the European Law of Property*. En: GAMBARO A. y M. RABELLO (editores). *Towards a New European *Ius Commune**. *Op. cit.*; p. 89.

(90) En la misma línea sobre los grandes debates provocados por EASTERBROOK, F. y D. FISHEL. *The Economic Structure*



del tradicionalmente pobre proceso de daños europeo. Lo que es obligatorio en todas estas áreas debería puesto en claro en el Código duro europeo.

Este no es el artículo para intentar discutir mayores detalles. Ante todo, sería arrogante. Permítaseme, sin embargo, explicar un punto final que considero altamente relevante en esta discusión preliminar. Yo creo que la opción política de crear un Código duro sería valerosa ya que esto recibirá muchas críticas de los sectores más conservadores e influyentes de abogados. No creo, sin embargo, que esta opción les deba corresponder a los abogados, ni que el esfuerzo demostraría ser vano. En verdad, hoy las mayores opciones simbólicas de Europa (y el Código Civil probablemente calificaría como una)<sup>(91)</sup> son llevadas a cabo por tecnócratas e impuestas sobre la gente. Posiblemente el euro es la más importante de aquellas. No obstante, el déficit de la democracia que está plagando Europa no debería ser

aprovechado por influyentes gremios profesionales que reclaman privilegios y poderes que claramente no les corresponden. El euro no debería haber sido la decisión de los banqueros. El Código no debería ser la decisión de los abogados.

Los políticos europeos, a cargo de decidir esta cuestión, no deberían subestimar el posible impacto principal de tan importante legislación en el actual mercado corporativo global, sin regulación<sup>(92)</sup>. Muchas personas en el mundo (incluyendo los muchos descontentos en Estados Unidos con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional como legisladores globales) darían bienvenida a una pieza de legislación económica verdaderamente responsable, algo que Europa le debe a la humanidad para mejorar su poco menos que respetable pasado explotador<sup>(93)</sup>. Un Código Civil europeo, prestigioso debido a las fuerzas que todavía disfrutaban las culturas detrás del mismo, podría convertirse, en el mundo globalizado, en una verdadera pieza de legislación ejemplar<sup>(94)</sup>. Si una jurisdicción principal, como Europa, comienza a cambiar su actitud hacia el capital globalizado y sin regulación, en favor de un modelo más social de desarrollo económico, podría ser un primer movimiento contra la tendencia dominante, alejándose de la hegemonía global y la explotación<sup>(95)</sup>.

¿Cómo lograr eso? En este artículo solo deseo ofrecer algunas ideas sobre las cuestiones básicas que deberán ser discutidas a fondo por los estudiosos y políticos que decidan el marco legal para un mercado europeo eficiente. Una importante lección que podemos aprender de las ciencias sociales y de la mayoría de los acercamientos más avanzados de los estudiosos legales, es la importancia del proceso dinámico en la producción de instituciones así como de tecnología y productos. Los procesos, no solo los resultados, deberían atraer la atención de los estudiosos tanto como la de los legisladores<sup>(96)</sup>.

*of Corporate Law*. 1991; MARCHETTI C. *La nexus of contracts theory*. 2000.

- (91) Dada la importancia de esa dimensión estética en el éxito competitivo de una fuente del derecho. Véase ROBILANT, A. *The Aesthetics of Law*. En: *Global Jurist Advances*. Disponible en: [www.bepress.com](http://www.bepress.com).
- (92) SASSEN, S. *Globalization and its Discontents*. 1998.
- (93) LOOMBA, A. *Colonialism/Postcolonialism*. 1998; SAID, E. *Culture and Imperialism*. 1994.
- (94) BUSSANI, M. *The Contract Law Codification Project in Europe: Policies, Targets and Time Dimensions*. Trabajo entregado en la conferencia de Secola.
- (95) GILL, S. R. y D. LAW, *Global Hegemony and the Structural Power of Capital*. En: *International Studies Quarterly*. Número 33. 1989. p. 475.
- (96) GERBER, D. *System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?* En: *American Journal of Comparative Law*. Número 33. 1998. p. 719. Entre antropólogos legales, NADER, L. *Law in Motion*.

La mayoría de las externalidades, la mayor parte de los costos sociales vertidos en el patio trasero de nuestros vecinos más débiles del sur del mundo, son creados durante el proceso de producción de las materias primas que son infinitamente consumidas por las más de 200 millones de personas que componen el mercado europeo<sup>(97)</sup>. Tal proceso de producción es tradicionalmente ignorado por el Derecho Privado, preocupado solo por los resultados finales. En términos económicos, esto simplemente introduce una alternativa. O los consumidores europeos pagan poco por sus productos porque sus precios no reflejan los verdaderos costos sociales de producción (medio ambiente, explotación laboral, etcétera) y el capitalismo europeo es nuevamente subsidiado por antiguas colonias<sup>(98)</sup>, o las corporaciones multinacionales señoras de la imagen (mayormente europeas, japonesas o norteamericanas) alcanzan injustas ganancias llevándose al bolsillo el valor de tales costos sociales<sup>(99)</sup>. En ambos casos, tal realidad económica debería ser una preocupación del político europeo que diseña las reglas del juego. Hoy día sabemos que un gran número de competidores en el mercado europeo ofrecen un alto e ineficiente número de productos a un precio artificialmente bajo. Tales competidores multinacionales empujan hacia fuera a los pequeños actores del mercado. Los actores pequeños del mercado no externalizan los costos de producción en las personas del sur del mundo. Usualmente, al actuar localmente, tales actores más débiles tienen que cumplir con los estándares europeos de condiciones laborales y protección ambiental y, en consecuencia, no pueden abastecer tales productos a tan bajos precios.

La responsabilidad del productor, uno de los avances fronterizos en la ley privada, solo cubre los costos sociales impuestos por el resultado del proceso productivo en el mercado del consumidor. Ciertamente, esta es una pequeña fracción de los problemas de externalidades, que un sistema de Derecho Privado debería abordar en aproximación a los problemas de escala mundial.

Este básico cambio de perspectiva -del resultado al proceso- está obligado a conducir a ideas importantes, que atraviesan significativas secciones de las reglas sustantivas de juego. Esta perspectiva, más que cualquier otra, podría llenar el hueco que actualmente existe entre reglas sustanciales, los remedios y los procedimientos: una plaga que la actitud civilista dogmática no debería transmitir al proceso europeo legal. Focalizarse más en los procesos que en los resultados es como permitirle a los estudiosos, políticos, (y quizá a la gente) percibir la importancia de los intereses sobre la mesa. Codificar el Derecho Privado en este sentido es el verdadero proceso de creación de una Constitución económica para Europa. Ya que la economía no está desconectada de la cultura, la ideología y la sociedad, este es un momento constitucional que debería ser percibido y evaluado como tal<sup>(100)</sup>. Es una tarea desalentadora y una tremenda oportunidad que no puede ser desperdiciada<sup>(101)</sup>. Aproximándonos a la cuestión de una codificación europea como un ejercicio técnico, envolviendo solo una pequeña *nomenklatura* de estudiosos legales bien conocidos, pospone excesivamente el momento de las alternativas. Sugerir soluciones suaves solo confirma a Europa como una periferia en el imperio económico. *AB*

(97) Véase una discusión fascinante sobre tal proceso de externalización. KLEIN, N. *No Logo*. 2000.

(98) LOOMBA, A. *Supra* nota 93.

(99) Esta es la tesis fundamental de KLEIN, N. *No Logo*; y de muchas otras críticas de la globalización corporativa. Véase, por ejemplo: ARRIGHI y SILVER; HARDT y NEGRI.

(100) ACKERMAN, B.A. *We The People*. 1991. En el contexto institucional europeo véase: WEILER, J. *The Transformation of Europe*. En: *Yale Law Journal*. Número 100. 1991. p. 2043.

(101) Sobre el escepticismo de las posibilidades de la cultura legal para aprovechar esta oportunidad, véase: NEGRI, A. *Postmodern Global Governance and the Critical Legal Project*. En: *Global Jurist Advances*. 2001. Disponible en: [www.bepress.com](http://www.bepress.com).