

# **TENDIENDO UN PUENTE ENTRE EL *COMMON LAW* Y EL DERECHO CONTINENTAL. ¿CONSTITUYEN LAS DIFERENTES METODOLOGÍAS DE TRABAJO UN OBSTÁCULO CONTRA UNA MAYOR ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO?**

MICHAEL STÜRNER \*

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN; II. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS; 1. Familias legales; 2. El papel del precedente en el *common law*; 3. El derecho continental como sistemático y de orientación normativa del orden legal; 4. La relación con el derecho privado europeo; III. EL ESTADO DE LA CONVERGENCIA; 1. Adiós al viejo orden procesal; 2. Convergencia del estilo y de la metodología legal; A. Cambio en al creación de legislación; B. Aplicación de la Ley; C. Convergencia de métodos legales; IV. ¿UNA METODOLOGÍA EUROPEA?; 1. Ley armonizada; 2. Ley no-armonizada; A. Problemas prácticos: deficiencias comparativas; B. Carencia de un sistema obligatorio de referencia; V. PLAN DE ACCIÓN DE LA COMISIÓN DE LAS CE.

## I. INTRODUCCIÓN

En su bien conocida introducción al sistema legal inglés, titulada «El Espíritu del Derecho Inglés» cuya primera edición se publicó en 1946, el filósofo del derecho alemán Gustav Radbruch nos presentó el siguiente argumento: «La cultura legal de la civilización occidental se divide en dos sistemas legales totalmente distintos: los países que han adop-

---

\* Dr. jur (München), M.Jur. (Oxford), investigador en el Institut für internationale und ausländisches Privatrecht der Universität en Köln, Alemania. El autor quiere expresar su gratitud al Dr Leonardo J Raznovich, D.Phil Oxon, LLM Havard, LLB UBA-Argentina, Director del Programma Estudios Legales y docente de derecho de Canterbury Chirst Church University, no sólo por su traducción sino por sus comentarios que han sido de mucha ayuda.

tado códigos a la imagen del Corpus Iuris de Justiniano; y los países anglosajones con el derecho casuístico»<sup>1</sup>.

Después de más de 50 años, la armonización del derecho privado de la Unión Europea (EU) es aún uno de los temas de discusión más comunes entre los abogados de adentro y de afuera de la UE. Uno de los aspectos cruciales es determinar si el ímpetu de la armonización debe surgir de abajo hacia arriba, esto es, desde los Estados miembros, o de arriba hacia abajo a través de legislación de la UE, por ejemplo a través de un código de contratos de la UE. Aquéllos que abogan por la armonización de abajo hacia arriba ponen énfasis en que las diferencias de culturas legales no deben ser sacrificadas<sup>2</sup>. Sus opositores, sin embargo, precisan que la codificación del derecho privado en varios de los Estados miembros ha producido un rédito económico considerable en esos Estados.

Quisiera en este trabajo probar la hipótesis de Radbruch. Para ello utilizaré como ejemplos la metodología de trabajo disponible en el sistema del *Common Law* y en el derecho continental moderno. Mi argumento persigue demostrar que los dos sistemas no son tan diferentes. Las diferencias entre el sistema del *Common Law* y el del derecho continental se han reducido. Los abogados civilistas han aprendido a utilizar la metodología casuística en sus discusiones; los abogados del *Common Law* interpretan las leyes de una manera menos formal a como lo hacían hace treinta años. ¿Significa esta convergencia que estamos yendo hacia una metodología genuinamente europea? Mi objetivo es demostrar que no es posible continuar promoviendo la armonización de abajo hacia arriba sin la imposición de un marco jurídico obligatorio instalado por el legislador de la UE.

Comenzaré con las diferencias históricas entre el *Common Law* y el derecho continental. Esto proporcionará la base para una evaluación que nos permitirá determinar si ambos sistemas están realmente convergiendo. Finalmente intentaré instalar el marco para una metodología europea.

---

<sup>1</sup> RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 4th ed., 1958, p. 7.

<sup>2</sup> Ver MARKESINIS, 5 *European Review of Private Law* 519 (1997); SCHULZE, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, 442, 473; SANDROCK, *Juristenzeitung* 1996, 1, 6 et seq.; COLLINS, 3 *European Review of Private Law* 353 (1995); BERGER, 9 *European Review of Private Law* 21, 24 et seq. (2001); LUTHER, 45 *Rabels Zeitung* 253 (1981); BUXBAUM/HOPT, *Legal Harmonization and the Business Enterprise*, 1988, p. 111; cf. también (aunque en un contexto distinto) FLUME, *Zeitschrift für Insolvenzrechtspraxis* 2000, 1427, 1429 (Código Civil Alemán [BGB] como «un monumento cultural»). Algunos autores se oponen totalmente a la idea de armonización, ver LEGRAND 60 *Modern Law Review* 1997, 44.

## II. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

### 1. Familias legales

Los sistemas legales en el mundo se agrupan comúnmente en familias legales<sup>3</sup>. Esta clasificación ayuda a hacer una descripción rápida de las semejanzas y diferencias. Son varios los libros de texto que todavía tratan a los países del *Common Law* y a los del derecho continental como pertenecientes a familias legales fundamentalmente distintas; los primeros esencialmente basados en el derecho casuístico y los segundos en el derecho legislativo. La división en familias legales se puede argumentar que es anticuada puesto que acentúa diferencias que ya no existen y descuida las emergentes características comunes de los sistemas legales<sup>4</sup>. Claramente, son sobre todo los opositores a una mayor armonización del derecho privado europeo los que utilizan la división en familias legales para argumentar que no estamos todavía listos para darle un marco común al derecho privado europeo<sup>5</sup>.

Sin embargo, la división en familias legales carece a mi entender de valor alguno cuando nos preguntamos si necesitamos mayor armonización, simplemente porque esta división es descriptiva y no normativa. Más aún, esta clasificación puede variar según los objetivos que se persigan con la comparación; sin duda alguna, tanto el sistema del *Common Law* como el del derecho continental pueden compartir la categoría de «sistema occidental industrializado» para demostrar, por ejemplo, cómo se diferencian éstos de un orden legal post-comunista como es el de China<sup>6</sup>. Desde una perspectiva histórica, sin embargo, el sistema del *Common Law* y el del derecho continental tienen diversas raíces. Esta observación se yergue desde el corazón mismo de la división en dos diversas familias legales<sup>7</sup>. A continuación intentaré esquematizar las diversas cualidades del *Common Law* y del derecho continental.

<sup>3</sup> Los tratados y libros de texto se dividen normalmente de acuerdo a las familias legales, ver DAVID/GRASMAN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 2nd ed. 1988; ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed. 1996; SCHWENZER/MÜLLER-CHEN, *Rechtsvergleichung*, 1996; DAVID/JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes juridiques de droit contemporains*, 11th ed. 2002. Ver también por más detalles RÖSLER, *Juristische Schulung* 1999, 1186, 1187 nota 25.

<sup>4</sup> KÜBLER, *Juristenzeitung* 1977, 113, 118; ZIMMERMANN, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, 4; GORDLEY, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, 498; BRÜGGEMEIER, in: Assmann/Brüggemeier/Sethe (eds.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, 2001, p. 1, 2 et seq.

<sup>5</sup> LEGRAND, 45 *International and Comparative Law Quarterly* 1996, 52, 55; LEGRAND 60 *MLR* 1997, 44, 53 et seq.

<sup>6</sup> Cf. SAWER, en: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Ch. 1 (1973), p. 14 et seq; en forma análoga MERRYMAN, en: *Cappelletti* (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 1978, reimpresso en: *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, 1999, p. 17, 30.

<sup>7</sup> Fue REINHARD ZIMMERMANN quien demostró que ambos sistemas han estado en permanente contacto. Cf. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996. Ver también ZIMMERMANN, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, 4; SAMUEL, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, 375 y SMITS, *The Making of European Private Law*, 2002, p. 95.

## 2. El papel del precedente en el *Common Law*

Una de las hipótesis básicas del sistema del *Common Law* es que la ley no surge de reglas abstractas sino de casos, los denominados precedentes. La ley inglesa ha desarrollado su propio sistema metodológico desde la época normanda en adelante<sup>8</sup>. El número limitado de acciones permitió un desarrollo muy restrictivo de la ley. Si los hechos del caso en disputa no se encuadraban en una acción determinada, ello conllevaba el fracaso directo del reclamo por razones procesales. Nuevas reglas sólo podían ser creadas si el caso traído ante las cortes se aproximaba lo suficiente como para encuadrar dentro de la acción elegida por el demandante<sup>9</sup>. El proceso limitó así la evolución de la ley en Inglaterra; las diversas acciones permanecían sin ninguna conexión sistemática abstracta<sup>10</sup>. El razonamiento legal fue dominado por los hechos del caso y no, como en el continente, por la norma legal abstracta<sup>11</sup>.

La doctrina del *stare decisis* o doctrina del precedente vinculante, exigió el desarrollo de la técnica de distinguir entre casos, en orden a evitar que un caso particular quede sujeto a un precedente desfavorable. Incluso después de la abolición del sistema de las acciones a finales del siglo XIX, el razonamiento legal del abogado del sistema del *Common Law* permaneció y todavía hoy permanece centrado en casos antes que en normas.

A diferencia del sistema del derecho continental, donde la recepción de la ley romana condujo a los procesos de la codificación, el sistema del *Common Law* no tuvo un real y duradero contacto con el derecho romano y aún hoy continúa relativamente aislado<sup>12</sup>. La legislación propia del sistema civilista continental fue mirada desde el otro lado del Canal de la Mancha como un último recurso para remediar obsecadas debilidades del *Common Law*<sup>13</sup>. El estilo legislativo inglés se encuentra influenciado bastante por este papel del «parche legislativo», si se permite la expresión, pues la ley es principalmente un sustituto donde se carece de caso y es sobretodo detallada y descriptiva, imitando así a través de la legislación al precedente judicial<sup>14</sup>. Hay pocos intentos de construir un sistema coherente de leyes y de precedentes judiciales. La idea de un sistema coherente se mira como simple-

<sup>8</sup> Ver SAMUEL, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, 375, 383 et seq.; SCHMITTHOFF, *Juristenzeitung* 1967, 1 et seq.

<sup>9</sup> A los efectos de remediar estos problemas el tribunal de Chancery desarrolló las reglas de equidad, cf. M. STÜRNER, *Die Anfechtung von Zivilurteilen*, 2002, p. 18.

<sup>10</sup> SAMUEL, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, 375, 384.

<sup>11</sup> SAMUEL, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, 375, 395 se refiere a esto como un «sistema lineal» debido a que el razonamiento legal se centra en una acción en particular de la que se deriva directamente el derecho.

<sup>12</sup> Al comienzo del siglo XX se produjo una discusión en el Reino Unido acerca de las ventajas de introducir un código civil a partir del modelo alemán, ver DITTMANN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch aus Sicht des Common Law*, 2001, p. 365 et seq.; ver también NORTH, *Rabels Zeitung* 46 (1982), 490.

<sup>13</sup> WILSON, en: Leipold/Lüke/Shozaburo (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Arens*, 1993, p. 431, 435.

<sup>14</sup> Ejemplo dado por SAMUEL, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, 375, 397; cf. también ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed. 1996, § 18 III.

mente académica; incluso la idea de un derecho privado como contraparte de un derecho público era desconocida hasta hace relativamente poco tiempo<sup>15</sup>.

La tradición legal inglesa ortodoxa parte de la convicción bien firme de que ningún legislador, sin importar cuán cuidadoso y diligente sea, puede anticiparse a todos los problemas legales que puedan ocurrir en el curso del tiempo. Cualquier intento de lograr ello daría como resultado una reducción precisamente de la flexibilidad que el propio *Common Law* aspira conseguir con el sistema casuístico. Es una metodología pragmática y no dogmática. La ley se construye inductivamente: un principio general del derecho se cristaliza luego que un número de casos similares lo consagran<sup>16</sup>.

La aversión a la legislación de los abogados es ilustrada por una declaración hecha por Sir Frederic Pollock, que una vez sostuvo que «...el parlamento generalmente cambia la ley para peor, y que el deber del juez es velar para que esta osada interferencia, de por sí mala, se mantenga dentro de ciertos límites que deben ser lo más estrechos posibles»<sup>17</sup>. No es parte de la tradición legal inglesa codificar una rama entera de la ley<sup>18</sup>. Es verdad que leyes tales como las de Protección al Consumidor o Bancarrota tienen un alcance amplio, pero se asemejan más a un acto de consolidación que a una codificación en un sentido continental<sup>19</sup>.

El derecho inglés ha sido tradicionalmente un campo del abogado antes que del académico. Fue sólo en el siglo XIX que se empieza a ofrecer en las universidades de Oxford y de Cambridge, en aquel momento las únicas universidades en las islas británicas, un curso sobre el sistema del *Common Law*<sup>20</sup>. Si dejamos fuera a eruditos como Jeremy Bentham, no han existido esfuerzos académicos duraderos, cuidadosos y sistemáticos de alcanzar una reforma del *Common Law* que hayan exigido cambios estructurales en el sistema legal<sup>21</sup>.

### 3. El derecho continental como sistemático y de orientación normativa del orden legal

El derecho civil continental tiene un punto de partida enteramente distinto. El objetivo de la codificación es instalar reglas de una manera abstracta que prevean así soluciones a toda cuestión legal imaginable. No hay adherencia formal a la doctrina del precedente vin-

<sup>15</sup> BASEDOW, *Juristische Schulung* 2004, 89.

<sup>16</sup> Cf. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p. 22; SCHMITTHOFF, *Juristenzeitung* 1967, 1, 3; ANDREWS, *Principles of Civil Procedure*, 2003, para. 38.69.

<sup>17</sup> POLLOCK, *Essays on Jurisprudence and Ethics*, 1882, p. 85.

<sup>18</sup> Ver SCHMITTHOFF, *Juristenzeitung* 1967, 1 y *Kötz*, 50 *MLR* 1987, 1 et seq.

<sup>19</sup> Cf. SCHMITTHOFF, *Juristenzeitung* 1967, 1.

<sup>20</sup> ZWEIGERT/KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed. 1996, § 14 IV; WILSON, en: Leipold/Lüke/Shozaburo (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Arens*, 1993, p. 433.

<sup>21</sup> Cf. SAMUEL, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, 375, 384.

culante;<sup>22</sup> una sentencia no es normalmente una fuente del derecho. Las leyes se interpretan con la ayuda de principios subyacentes. Los códigos son el resultado de un intenso esfuerzo sistemático- académico; ellos están influenciados fuertemente por el derecho romano. En el centro de la idea de una codificación yace la noción de lo completo, que significa que las cuestiones legales que se presenten se pueden integrar en el sistema a través de la interpretación o la analogía<sup>23</sup>.

#### 4. La relación con el derecho privado europeo

El derecho privado europeo resulta ser un orden legal nuevo, emergente e incompleto cuando se lo compara con el *Common Law* y los órdenes legales continentales. A los efectos de este artículo, trataré las normativas legales comunes de los Estados miembros de la UE como parte del derecho privado europeo (me refiero aquí a las normas que se aplican en todos los Estados miembros, así como también a aquellas normas que tienen sus orígenes en directivas de la Comunidad Europea). Así definidas, pueden ser identificadas tres fuentes distintas del derecho: El derecho privado europeo propiamente dicho, es decir todas las provisiones instaladas por el legislador europeo con un contenido propio del derecho privado, principalmente a través de directivas y regulaciones; el derecho privado contenido en convenciones, como es el caso de la convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales del año 1980 y los instrumentos jurídicos internacionales como es el caso de *Lando Principles* o principios de la ley europea del contrato; por último, las provisiones nacionales que ya han sido armonizadas.

El último ejemplo posee un importante significado. En efecto, si los órdenes legales nacionales que han sido armonizados son parte integral del derecho privado europeo, la convergencia de los sistemas del *Common Law* y del derecho continental tendrá más acotada influencia en la consolidación y crecimiento del sistema de reglas que llamamos derecho privado europeo. Esto se observa con respecto del derecho sustantivo. Sin embargo, de mayor importancia en nuestro contexto es la evaluación del derecho adjetivo, el procesal parlamentario y procesal judicial<sup>24</sup>. Todo progreso en la armonización tiene que considerar que aún cuando haya reglas idénticas, éstas pueden diferir semánticamente según la tradición legal en cada Estado miembro.

---

<sup>22</sup> Hay excepciones. Bajo la ley alemana, las decisiones del Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Alemán) tienen un efecto vinculante, para. 31 BVerfGG (ley sobre la Corte Consttucional) la decisión de un tribunal de revisión es también vinculante respecto de las cortes inferiores cuando el caso es devuelto para que éstas resuelvan de acuerdo y con el alcance dado en el fallo de la alzada, para. 563 sec. 2 ZPO.

<sup>23</sup> Cf. ZIMMERMANN, 3 *European Review of Private Law* 95, 97 (1995); SAMUEL, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1995, 375, 395.

<sup>24</sup> Ver KÖTZ, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, 493, 505.

### III. EL ESTADO DE LA CONVERGENCIA

Los estudios comparativos alcanzan a menudo la conclusión que, a pesar de las diferentes raíces de los órdenes legales, éstos tienden a encontrar soluciones similares para problemas puntuales. Esto es particularmente cierto con respecto a los órdenes legales europeos, debido a la influencia del derecho comunitario.

No me centraré en este artículo a la convergencia del derecho sustantivo, pues está extensamente aceptado que en muchos campos hay una convergencia gradual del *Common Law* y del derecho civil continental<sup>25</sup>. Me permitiré solamente mencionar a modo de ejemplo los cambios recientes en la ley inglesa referentes al efecto de las obligaciones contractuales hacia los terceros: mientras que la doctrina tradicional del derecho contractual inglés torna inoponibles los contratos hechos en beneficio de terceros, el *privity* del contrato, obstaculizando de esta forma la subrogación de las obligaciones contractuales, la ley aprobada en 1999, denominada Ley de Contratos (Derechos de los Terceros) al igual que sentencias importantes en materia de contratos con efectos protectores hacia los terceros, han cambiado totalmente la situación<sup>26</sup>. Intentaré demostrar en este artículo que hay también una convergencia en la ley procesal y, con aquélla, en la metodología.

#### 1. Adiós al viejo orden procesal

La ley procesal, también referida como derecho adjetivo, es parte del derecho público. El cambio fundamental del procedimiento civil inglés, conocido como la reforma Woolf, es quizá el paso más significativo de acercamiento hacia el sistema continental. Al principio, las diferencias no habrían podido ser mayores: el sistema inglés de estilo adversarial basado en una autonomía estricta de las partes trata el litigio como si fuera un asunto privado entre dos partes en pugna<sup>27</sup>. El papel del juez estuvo tradicionalmente limitado al de un

<sup>25</sup> MERRYMAN, en: Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, 1978, reimpresso en: *The Loneliness of the Comparative Lawyer*, 1999, p. 17 et seq.; MARKESINIS, in: Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence*, 1994, p. 1, 2, 20, 30 et seq.; ZIMMERMANN, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, 4 et seq.; REIMANN, en: Reimann (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920*, 1993, p. 7 et seq.; VRANKEN, *Fundamentals of European Civil Law*, 1997, p. 212 et seq.; ver también KÖTZ, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1998, 493, 500 et seq. pero ver LEGRAND, 45 *International and Comparative Law Quarterly* 1996, 52; LEGRAND, 60 *MLR* 1997, 44. Cf. las citas dadas por SMITS, *The Making of European Private Law*, 2002, p. 103. Es interesante observar, sin embargo, que desde una perspectiva estadounidense el sistema inglés se acerca cada vez más al sistema del *Common Law* de los Estados Unidos, ver LEVITSKY, 42 (1994) *Am.J.Comp. L.* 347, 380.

<sup>26</sup> *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*; ver PALMER, 11 *European Review of Private Law* 8, 10 (2003) y W. LORENZ, en: Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence*, 1994, p. 65, 72 et seq. Ver también en relación a contratos con efectos protectivos en favor de terceros *White v. Jones* [1995] 2 *WLR* 187, HL y el comentario del caso por ZIMMERMANN, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1996, 675.

<sup>27</sup> JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, 1987, p. 8.

espectador neutral cuya única tarea era nombrar al ganador después de una lucha entre dos partes, lo que una vez fue irónicamente descrito por Lord Denning, indiscutiblemente uno de los jueces más influyentes del derecho inglés durante la segunda mitad del siglo XX, como: «en el litigio como en la guerra, si un lado incurre en una equivocación, el otro puede aprovecharse de ella. Todo está permitido»<sup>28</sup>. El principio de la oralidad hizo necesario que cada uno de los documentos a los que las partes hicieran referencia durante el litigio fuera leído en voz alta ante el tribunal<sup>29</sup>.

En el continente, sin embargo, un concepto distinto prevaleció. El papel del juez es más que el de un mediador; los abogados son relativamente pasivos. La influencia del juez en este sistema despertó tradicionalmente la desconfianza del abogado anglo-americano, de modo que el estilo del procedimiento continental fue muchas veces etiquetado como «inquisitorial»<sup>30</sup>.

En contraste total con ello, el nuevo procedimiento civil inglés (CPR por sus siglas en inglés Civil Procedure Rules),<sup>31</sup> que entró en vigor en 1999, restringe la autonomía de las partes, y en palabras de Lord Woolf responsable de la reforma, «mueve la responsabilidad principal sobre el control del pleito de la cabeza de los litigantes y sus asesores jurídicos a la cabeza de la corte»<sup>32</sup>. Las negociaciones e intercambios de informaciones preliminares, los hechos que hacen al caso o defensa, el derecho sobre el que se basa el caso o defensa y la carpeta conteniendo el material que ha de ser usado en la audiencia de producción de prueba debe ser todo por escrito. Estos nuevos elementos del proceso civil le han dado a los procedimientos un carácter mucho menos oral.

Más aún, el nuevo CPR es lo que se puede llamar un código de procedimiento civil propiamente dicho<sup>33</sup>. A contrario del rol de las reglas del proceso anterior, el CPR no agrupa la jurisprudencia existente en materia procesal sino que introduce un sistema de reglas coherente. La regla 1.1 (1) del CPR indica explícitamente que «estas Reglas conforman un nuevo código procesal cuyo objetivo fundamental es permitir a la corte ocuparse de los casos de una manera justa».

<sup>28</sup> *Burmah Oil Co. Ltd. v. Governor and Co. of the Bank of England* [1979] 1 WLR 473, 484 (CA).

<sup>29</sup> JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, 1987, p. 19.

<sup>30</sup> Ver KÖTZ, *Festschrift für Zajtay*, 1982, p. 277, 280 et seq. La mayoría de la doctrina concuerda, sin embargo, en que el proceso civil alemán es también adversarial. Ver M. STÜRNER, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 99 (2000), 310, 329.

<sup>31</sup> Cf. SOBICH, *Juristenzeitung* 1999, 775; M. STÜRNER, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 99 (2000), 310; GREGER, *Juristenzeitung* 2002, 1020, 1026 et seq.; ANDREWS, *Principles of Civil Procedure*, 2003, paras. 2.01 et seq.

<sup>32</sup> Access to Justice Final Report, 1996, p. 14. Cf. También la frase del juez LIGHTMAN: «Los jueces están a cargo ahora» en (1998) 17 *Civil Justice Quarterly* 373, 389.

<sup>33</sup> Rule 1.1 (1) CPR; ver M. STÜRNER, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 103 (2004), 349, 352 et seq.



Los principios generales del proceso civil insertados al comienzo mismo del CPR –tales como el de igualdad de oportunidades, celeridad y proporcionalidad– intentan ser una guía para jueces y abogados al momento de aplicar o invocar las reglas y, sobre todo, en caso de lagunas en las mismas. Claramente, la noción de principios generales no es extraña al sistema del *common law*. He mencionado anteriormente que su génesis<sup>34</sup> se produjo a través de un proceso lento de cristalización debido a la repetición constante en la jurisprudencia. Los principios generales del proceso, sin embargo, no son sólo una versión consolidada de algunos casos importantes y conocidos de la jurisprudencia en materia procesal; por el contrario, ellos intentan ser el eje central de un cambio del paradigma de un sistema hasta ahora adversarial por un sistema con activismo judicial. El principio de la proporcionalidad, una de las piedras angulares de la reforma, era desconocido en el procedimiento civil inglés; ahora está asomando sobre cada disposición del CPR e influencia así marcadamente el ejercicio de la discreción judicial<sup>35</sup>.

## 2. Convergencia del estilo y de la metodología legal

Aquí el cambio parece ser más profundo que el que se operó en la teoría de los contratos con el beneficio a terceros. En los últimos treinta años, el parlamento inglés ha asumido el papel del legislador, tomando así el papel protagonista que compartió durante siglos con los jueces. Ahora los jueces tienen que aplicar el CPR, un código procesal que contiene principios generales, por lo que se ven obligados a imitar el método legal deductivo del estilo continental.

La pregunta sería cuál es el impacto que ello tiene en la europeización del derecho privado. En efecto, ello puede ser visto como un paso adelante en el proceso de armonización de abajo hacia arriba en el campo del derecho procesal parlamentario y procesal judicial.

### A. Cambio en la creación de legislación

Hemos identificado anteriormente como una de las características principales del sistema del derecho continental la regulación exhaustiva de un área del derecho de una manera abstracta y sistemática. En los últimos treinta años, hemos presenciado un desarrollo que se ha denominado decodificación<sup>36</sup>. Los códigos han perdido su papel protagonista como

---

<sup>34</sup> Ver nota 16.

<sup>35</sup> Ver M. STÜRNER, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 103 (2004), 349, 352 et seq.

<sup>36</sup> Este concepto fue acuñado por NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione*, 3rd ed. 1989. En relación al añejamiento de la codificación WIEACKER, en: *Festschrift Boehmer*, 1954, p. 34, 47 et seq.; cf. también KÖTZ, 50 *MLR* 1987, 1 et seq.; K. SCHMIDT, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, 1988, p. 47 et seq.; MANSEL, *Juristenzeitung* 1991, 529, 532 f.

pieza central de la legislación en el campo del derecho privado. Especialmente las leyes de protección al consumidor que surgieron de las directivas del CE fueron implementadas dentro de los derechos nacionales fuera de los códigos –esto es verdad por lo menos para el Código Civil Alemán–.

En Alemania la reforma de la ley de obligaciones en el 2002 puso fin a este esquema al integrar la legislación en el Código Civil Alemán. En Holanda el *Nieuw Burgerlijk Wetboek* que entró en vigor en 1992 marcó un renacimiento de la idea de códigos. Aún así uno no debe olvidar que más allá de todo, la herramienta legal de la codificación es en muchas ocasiones demasiado lenta e inflexible para responder a los cambios constantes en una economía moderna. Por otra parte, la necesidad de incorporar al derecho nacional las directivas del CE en un período de tiempo relativamente corto, ha forzado al legislador nacional a dejar de lado el marco bastante complejo de un código. Por razones similares, un fenómeno distinto se puede percibir en el sistema del *Common Law* en relación al proceso legislativo. El sistema casuístico del *Common Law* en el que los jueces cumplen un rol de legisladores ha sido incapaz de alcanzar la certeza legal necesaria para las cuestiones legales nuevas que se presentaban. El crecimiento del rol del parlamento en la creación de la ley resultó la consecuencia inevitable de ello. Este fenómeno ha sido referido por Guido Calabresi como la parlamentarización del *Common Law*<sup>37</sup>.

### B. Aplicación de la ley

El cambio más llamativo de la metodología del *Common Law* en las últimas décadas ha sido la flexibilización de las reglas referentes a la interpretación de las leyes<sup>38</sup>. El formalismo rígido que dominó durante mucho tiempo tiene sus raíces en el principio de la soberanía parlamentaria. En el siglo XIX, Albert Venn Dicey estableció la teoría fundacional del dogma constitucional, por la cual no hay límites para el poder legislativo del parlamento<sup>39</sup>. Una vez que un área del derecho ha sido regulada por una ley del parlamento, ninguna corte puede fallar contrariamente a la ley. Solamente la interpretación literal de la ley es

<sup>37</sup> CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, 1982, p. 1. (Nota del traductor: Guido Calabresi usa la palabra «statutorification» pues en el *Common Law* se denomina «statute» a las leyes que aprueba el parlamento mientras que «law» o «case law» al derecho que se deriva de la jurisprudencia. En castellano, se llamaría ley al primero y derecho al segundo –del latín *lex* y *ius* –. Sin embargo, me he tomado la licencia de crear la palabra parlamentarización pues creo que da una mejor idea de lo que Calabresi quiso significar con «statutorification,» es decir no sólo el producto de la actividad parlamentaria, id est la ley, sino el proceso en sí para el cual no he podido encontrar una palabra en la lengua española y el vocablo leificación no creo que hubiera tenido el mismo significado semántico para el lector.).

<sup>38</sup> Ver VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, p. 665 et seq.

<sup>39</sup> DICEY, *Law of the Constitution*, 1st ed. 1885, p. 39 explica lo siguiente: «El principio de la soberanía del parlamento implica precisamente que el Parlamento [...] tiene facultades, bajo la constitución inglesa, para sancionar y abolir cualquier ley; y además, que ninguna persona o cuerpo tiene el poder bajo la ley inglesa para abolir o dejar de aplicar las leyes aprobadas por el Parlamento».

permitida<sup>40</sup>. Cualquier interpretación laxa es mirada como «legislación»<sup>41</sup> lo cuál significa una usurpación del poder del parlamento<sup>42</sup>.

Fue Lord Denning quien promovió mayor flexibilidad y sugirió considerar los objetivos de la ley al interpretar sus provisiones<sup>43</sup>. La adhesión a la CEE con la correlativa necesidad sobreviniente de conformarse a las obligaciones emergentes del tratado de la CE hizo su parte en acelerar este proceso: Las directivas del CE, así como las leyes nacionales que las ponen en práctica, deben interpretarse en todo de acuerdo con la doctrina de la eficacia del derecho comunitario<sup>44</sup> «a la luz del texto y el propósito perseguido por la directiva a los efectos de alcanzar el resultado buscado»<sup>45</sup>. Lord Denning, un gran escéptico de la adhesión a la CEE, comentó respecto a esto con gran pragmatismo: «Así como en Roma, uno debe hacer como los romanos hacen. En la Comunidad Europea, uno debe hacer como la corte europea hace»<sup>46</sup>.

En 1992 finalmente el último retazo del formalismo rígido, la llamada regla de exclusión (exclusionary rule) fue abolida por la Cámara de los Lores en el famoso caso de *Pepper v. Hart*<sup>47</sup>. Por primera vez en la historia del *Common Law* los diarios de sesiones del parlamento, llamados Hansards, fueron admitidos como herramienta para interpretar las leyes. Decisiones anteriores habían demostrado ya que el formalismo tradicional no se podría mantener en casos referentes a la interpretación de las leyes que implementaban las directivas de la UE, puesto que en estos casos resultaba vital tener en cuenta la historia de la directiva pertinente<sup>48</sup>.

<sup>40</sup> Interpretación literal, ver ZWEIFERT/KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed. 1996, § 18 III; FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Vol. II, 1975, p. 111 et seq.; *Bankowski/MacCormick*, en: MacCormick/Summers, *Interpreting Statutes*, 1991, p. 359, 365 et seq. En relación a otras reglas de interpretación denominadas «regla de oro» y «regla del remedio legal» ver VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, p. 676 et seq., 863 et seq.

<sup>41</sup> Ver *James Buchanan & Co. Ltd. v. Babco Forwarding and Shipping (UK) Ltd.* [1978] AC 141, 156 (Viscount Dilhorne): «No conozco ninguna autoridad que argumente que una de las consecuencias para este país de ingresar a la Comunidad Económica Europea es que los tribunales de este país deberán abandonar principios tales como el de la interpretación de leyes de tan larga data en nuestro derecho. Los tribunales se han negado correctamente a usurpar facultades del Parlamento y se han negado a convertirse en legisladores.» [El énfasis me pertenece.]

<sup>42</sup> Ver EVERLING, *Rabels Zeitung* 50 (1986), 193, 209; LEVITSKY, 42 (1994) *Am.J.Comp.L.* 347, 349 et seq.

<sup>43</sup> *Metodología del propósito legal*, cf. *Carter v. Bradbeer* [1975] 1 WLR 1204, 1206, HL (Lord Diplock); *James Buchanan & Co. Ltd. v. Babco Forwarding and Shipping (UK) Ltd.* [1977] QB 208, 213, CA (Lord Denning).

<sup>44</sup> Ver ECJ No. C-6/90 y No. C-9/90, Reports 1991, I-5357, paras. 41 et seq. (*Francovich*); ECJ No. C-224/01, Reports 2003, I-10239 para. 58 (*Köbler*).

<sup>45</sup> ECJ No. C-106/89, Reports 1990, I-4135 (*Marleasing*).

<sup>46</sup> *James Buchanan & Co. Ltd. v. Babco Forwarding and Shipping (UK) Ltd.* [1977] QB 208, 214 (CA).

<sup>47</sup> *Pepper (Inspector of Taxes) v. Hart* [1993] AC 593; [1992] 3 WLR 1032. Ver VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, p. 969 et seq. Para casos mas recientes ver VOGENAUER, *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (2005) 629.

<sup>48</sup> *Pickstone v. Freemans plc* [1989] 1 AC 66, 122 et seq. In *Pepper v. Hart*, esta decisión fue descrita como «una importante vuelta de hoja en relación a la regla de exclusión», [1992] 3 WLR 1032, 1052 (Lord Browne-Wilkinson).

### C. *Convergencia de métodos legales*

Es interesante observar que ambos sistemas se acostumbran a utilizar el método legal del otro: el juez del *common law* con el método deductivo, el juez del derecho continental con el método inductivo.

El número creciente de leyes así como el hecho que las directivas del derecho comunitario estén redactadas en el estilo de la tradición continental en forma abstracta –a modo de ejemplo sólo se necesita citar el artículo 3 de la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>49</sup>– ha forzado al juez del *Common Law* a acostumbrarse a utilizar el estilo continental. Por otra parte, la reforma de la ley procesal civil en Inglaterra demuestra que una construcción sistemática y el uso de principios generales no son extraños, incluso, al sistema legal inglés.

Sin embargo, tomará tiempo hasta que este cambio de paradigmas sea aceptado. Al fallar sobre cuestiones procesales que surgen de la puesta en práctica del nuevo CPR, el juez inglés en general elabora nuevas reglas en gran profundidad, recordando así que una nueva era ha comenzado<sup>50</sup>.

En el continente, por el contrario, estamos presenciando la importancia creciente del papel del juez como cuasi-legislador<sup>51</sup>. Incluso aunque la doctrina de la jurisprudencia vinculante no es parte de la herencia continental, el inmenso número de normas ampliamente interpretadas exige prestarle más importancia a los fallos de los tribunales en la práctica legal. Este hecho es reflejado a diario en la forma en que los jueces y abogados conducen cotidianamente sus labores. La existencia de bases de datos facilita la búsqueda sistemática de precedentes a través de palabras claves. Para el abogado el conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o aún de las cortes de apelación es vital a los efectos de evitar demandas por negligencia profesional<sup>52</sup>. Esta claro que este método pone al precedente antes que a la norma en el centro de la búsqueda de la justicia.

De la misma forma, los tribunales respetan sus propios precedentes así como las decisiones de tribunales superiores sin que exista una obligación legal formal de hacerlo. El tribunal civil más alto de Alemania, el Bundesgerichtshof, ha sostenido que «cualquier disgregación de la práctica constante sólo ha de ser tolerada cuando haya razones imperativas

<sup>49</sup> «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»

<sup>50</sup> Cf. M. STÜRNER, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 103 (2004), 349, 356 et seq.

<sup>51</sup> Cf. KRAMER, in: Assmann/Brüggeheimer/Sethe (eds.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, 2001, p. 31, 36 et seq.

<sup>52</sup> Ver Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, 1665; Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport* 1993, 243, 245; Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, 675, 678.

que así lo exijan»<sup>53</sup>. Los tribunales inferiores respetan en general los precedentes; si así no lo hicieran están obligados a conceder apelación de tal decisión al tribunal superior<sup>54</sup>.

El derecho continental denomina a esta característica de los fallos judiciales autoridad persuasiva de los tribunales de apelación<sup>55</sup>. Solamente un cambio fundamental en la práctica legal o social justificaría una alteración del precedente judicial<sup>56</sup>. Así, los jueces y abogados utilizan la técnica bien conocida en el *Common Law* de distinguir para evitar un efecto obligatorio e incómodo de un precedente<sup>57</sup>. Es por lo tanto al menos dudoso, que en la realidad legal, el método inductivo sea absolutamente extraño al derecho civil continental.

La convergencia de ambos sistemas se aprecia desde esta óptica también en sus metodologías<sup>58</sup>. La pregunta que resta es, si este desarrollo puede abrir el camino a una metodología propiamente europea.

#### IV. ¿UNA METODOLOGÍA EUROPEA?

##### 1. Ley armonizada

Se puede afirmar que ya existe una metodología europea en esas áreas del derecho que se han armonizado. En *Marleasing*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha indicado con claridad que al interpretar el derecho nacional que implementa una directiva de la CE, los tribunales nacionales tienen que hacer el esfuerzo de asegurarse de que el resultado perseguido por la directiva pueda ser alcanzado<sup>59</sup>. Así, en relación a las directivas, existe entonces una manera genuinamente europea de interpretar el derecho nacional con la directiva siendo el punto común de referencia<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> Bundesgerichtshof, BGHZ 85, 64, 66. En relación a la capacidad de los jueces continentales para generar legislación a través de sus fallos ver LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, 1996, p. 106 et seq, 126 et seq. y KREBS, *Archiv für civilistische Praxis* 195 (1995), 171, 182 et seq.

<sup>54</sup> Para. 511 sec. 2 No. 2, sec. 4 No. 2 ZPO (Berufung) and para. 543 sec. 1 No. 2, sec. 2 No. 2 ZPO (Revision).

<sup>55</sup> Staudinger/*Coing*, BGB, 13th ed. 1995, Einleitung paras. 228, 229; VOLLKOMMER/HEINEMANN, *Anwaltshafungsrecht*, 2nd ed. 2003, para. 222.

<sup>56</sup> STAUDINGER/COING, BGB, 13th ed. 1995, Einleitung para. 229; KREBS, *Archiv für civilistische Praxis* 195 (1995), 171, 182 et seq.; BERGER, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, 1999, p. 99.

<sup>57</sup> Ver RAZ, *The Authority of Law*, 1979, p. 180, 183 et seq.

<sup>58</sup> Cf. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, 2001, p. 1295 et seq.; SMITS, *The Making of European Private Law*, 2002, p. 94 ff.; TAUPITZ, *Europäische Rechtsvereinheitlichung heute und morgen*, 1993, para. 6.

<sup>59</sup> ECJ No. C-106/89 Reports 1990, I-4135 para. 8. Ver W.-H. ROTH, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Vol. II, 2000, p. 847, 874 et seq.

<sup>60</sup> Cf. EHRICKE, *Rabels Zeitung* 59 (1995), 597, 602; BACH, *Juristenzeitung* 1990, 1108, 1112.

## 2. Ley no-armonizada

Se ha argumentado también, en base a lo que ocurre con el derecho armonizado, que incluso el derecho nacional, aún cuando no implemente directamente derecho comunitario, tiene que ser interpretado de una manera «europea»<sup>61</sup> para promover la armonización del derecho privado dentro de la UE<sup>62</sup>. Esta técnica se basa en la metodología del derecho comparado y se usa como herramienta para interpretar normas legales<sup>63</sup>. El objetivo final es establecer un sistema transnacional de precedentes<sup>64</sup>.

### A. Problemas prácticos: Deficiencias comparativas

Esta metodología, aún cuando sea fascinante, seguirá siendo teoría por lo menos en el futuro mediato. La utilización de una metodología comparativa para interpretar leyes no es muy común en ningún lado del canal de la Mancha. Aún así, los jueces ingleses parecen estar más abiertos hacia discusiones comparativas que sus pares en el continente. Esto es por lo menos cierto en relación a discusiones originadas en otros países del *Common Law*. Más aún, algunos jueces ingleses de notoria importancia toman en cuenta el estado de la ley en el sistema continental. Por ejemplo, el juez Lord Goff se ha referido con frecuencia a la jurisprudencia alemana y francesa, como en el caso bien conocido de *White v. Jones*<sup>65</sup>.

En Alemania, el derecho comparado no posee un completo reconocimiento como fuente de interpretación de normas legales<sup>66</sup>. Son impedimentos importantes las limitaciones prácticas, tales como la carencia de información en relación a otros sistemas legales y, quizás más importante, la carencia de tiempo y recursos para establecer una base sólida

<sup>61</sup> SCHULZE, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1997, 183, 192 et seq.; BERGER, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2001, 4, 12 et seq.; FLESSNER, *Juristenzeitung* 2002, 14, 16 et seq.; HAHN, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 2003, 163; BRÜGGEMEIER, en: Assmann/Brüggemeier/Sethe (eds.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, 2001, p. 1, 7.

<sup>62</sup> BERGER, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2001, 4, 6.

<sup>63</sup> VON BAR, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1994, 221, 230; BERGER, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2001, 12 et seq.; ver también GRUBER, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 101 (2002), 38, 40 et seq.

<sup>64</sup> BERGER, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2001, 4, 24 et seq.

<sup>65</sup> [1995] 2 WLR 187, 194, 201 et seq. Cf. también *Woolwich Building Society v. Inland Revenue Service* [1993] AC 70, 174; *McFarlane v. Tayside Health Board* [1999] 4 All ER 961, 975 f., HL; *Greatorex v. Greatorex* [2000] 1 WLR 1970 y *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd.* [2002] 3 WLR 89. Para otras citas ver von BAR, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1994, 221, 231.

<sup>66</sup> Cf. KÖTZ, en: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Vol. II, 2000, p. 825 et seq., GRUBER, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 101 (2002), 38 et seq.; DROBNIG, en: Drobniig/van Erp (ed.), *The Use of Comparative Law by the Courts*, 1999, p. 127; DROBNIG, *Rabels Zeitung* 50 (1986), 610, 612 et seq. Para bibliografía en relación al uso del método comparativo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ver EVERLING, *RabelsZ* 50 (1986), 193, 211; RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, 1, 6 et seq.

sobre la cual afectar la comparación<sup>67</sup>. El uso superficial del método comparativo puede ser incluso perjudicial, pues un juez ordinario no tendrá el conocimiento necesario del sistema legal del cual se hace el trasplante que utiliza para decidir el caso<sup>68</sup>.

Hay excepciones. Según la ley alemana, los jueces están obligados a considerar la jurisprudencia de otros Estados miembros de la comunidad al aplicar la convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales del año 1980 cuando el derecho nacional reenvía al juez a la Convención. Esto es una forma de asegurar una interpretación uniforme de la ley en un área donde no hay un tribunal superior competente que cumpla con dicha tarea<sup>69</sup>. Fuera de los casos de ley armonizada o uniforme, el alcance de la interpretación comparativa de normas legales es reducido.

### *B. Carencia de un sistema obligatorio de referencia*

Es difícil armonizar cuando uno no tiene bien en claro los principios comunes dentro de la UE. Los principios de la ley europea del contrato son una fuente muy valiosa. Pero lo que necesitamos es un instrumento que posea autoridad, sea democrático y legítimo a los efectos de proveer el marco necesario para una europeización de las leyes nacionales<sup>70</sup>.

El principio de la igualdad en el derecho comunitario se aplica solamente a las áreas armonizadas de la ley<sup>71</sup>. Una interpretación armónica de las leyes por lo tanto se limita a esa parte de las normas nacionales. El artículo 10 del Tratado de la CE, que obliga a los Estados miembros a facilitar el cumplimiento de la misión de la comunidad, no exige ninguna otra obligación<sup>72</sup>. Esto alcanza también a las disposiciones del derecho nacional que fueron implementadas a los efectos de poner en práctica directivas de la CE pero que van más allá de las obligaciones que emanan del artículo 249 del Tratado de la CE. El efecto obligatorio de una directiva no se extiende a la parte no-regulada<sup>73</sup>. Así, la jurisprudencia extranjera

---

<sup>67</sup> ZWEIGERT, *Rabels Zeitung* 15 (1949/50), 5, 18; BEHRENS, *Rabels Zeitung* 50 (1986), 19, 27; en concordancia con VON BAR, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1994, 221, 231; SCHULZE, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1997, 183, 196; BERGER, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2001, 4, 13.

<sup>68</sup> Cf. RÖSLER, *Juristische Schulung* 1999, 1186, 1189.

<sup>69</sup> Ver KÖTZ, in: *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Vol. II, 2000, p. 825, 828; MANSSEL, *Juristenzeitung* 1991, 529, 531. En relación a cambios recientes ver DUTTA/VOLDERS, *Zeitschrift für Europäisches Wirtschaftsrecht* 2004, 556.

<sup>70</sup> Cf. RIESENHUBER, *Europäisches Vertragsrecht*, 2003, para. 57; SCHULZE, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1997, 183, 197; VAN GERVEN, en: Harding/Örücü (ed.), *Comparative Law in the 21st Century*, 2002, p. 155, 170 et seq.

<sup>71</sup> En concordancia BERGER, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2001, 4, 24.

<sup>72</sup> «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.»

<sup>73</sup> Ver HABERSACK/MAYER, *Juristenzeitung* 1999, 913, 914 et seq; HOMMELHOFF, en: *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Vol. II, 2000, p. 889, 913 et seq.

carece de autoridad persuasiva en otro Estado miembro. Sin embargo, no hay impedimento para tomar en cuenta el desarrollo de la ley en otros Estados si el derecho nacional no tiene una solución decente a una cuestión legal en particular<sup>74</sup>.

## V. EL PLAN DE ACCIÓN DE LA COMISIÓN DE LAS CE

Hemos demostrado que las herramientas metodológicas del *common law* y del derecho continental están convergiendo. También hemos demostrado que sin un marco jurídico, una interpretación armónica de las leyes nacionales, con excepción de aquéllas que implementan directivas de la CE, no podrá ser alcanzada. Instrumentos internacionales, como los Principios de la ley europea de contratos –Principios de Lando–, carecen de autoridad suficiente y es improbable que puedan servir como pautas para una interpretación de leyes nacionales<sup>75</sup>.

El plan de acción sobre «un derecho europeo contractual más coherente» publicado en el 2003 promueve una mayor armonización. La Comisión ha considerado instalar un marco de referencia común, estableciendo principios y terminología comunes en el área del derecho europeo contractual. Este documento, que ha de ser trabajado por una red de excelentes profesionales fundada hace muy poco tiempo, estará basado en el *aquis communautaire* existente y servirá como modelo tanto para el legislador nacional, como para el legislador de la UE. Sin embargo, debe destacarse que el mismo tiene un carácter informal y, por lo tanto, no es vinculante para las instituciones nacionales<sup>76</sup>.

Por el contrario, el denominado «instrumento opcional»,<sup>77</sup> mencionado en el plan de acción, es posible que posea una autoridad mucho mayor. Este instrumento deberá funcionar con términos interpretados en forma amplia y tratará problemas de una manera muy abstracta. Referencia se ha hecho a los digestos anotados de leyes, que son una fuente del derecho extensamente aceptada en los Estados Unidos de América, el *restatements of law*<sup>78</sup>. Los abogados del derecho común podrán sin duda trabajar cómodamente con estos instrumentos y fomentar así la meta de la armonización.

<sup>74</sup> Cf. ODESKY, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1994, 1, 2; W.-H. ROTH, en: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Vol. II, 2000, p. 847, 887. Esto es de aplicación también en aquellos casos donde la implementación excede la obligación impuesta por la directiva. cf. NETTESHEIM, en: Grabitz/Hilf (ed.), *Das Recht der Europäischen Union*, 21st ed. 2003, Art. 249 para. 151; MAYER/SCHÜRNBAND, *Juristenzeitung* 2004, 545, 550.

<sup>75</sup> Cf. SCHMID, en: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1999, 2000, p. 33, 52. Ver también MICHAELS, *Rabels Zeitung* 62 (1998), 580, 605 et seq., 624 y VAN GERVEN, en: Harding/Örücü (ed.), *Comparative Law in the 21st Century*, 2002, p. 155, 175 et seq.

<sup>76</sup> COM(2003) 68 final, p. 16 et seq.

<sup>77</sup> COM(2003) 68 final, p. 23 et seq.

<sup>78</sup> Cf. SCHMID, en: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1999, 2000, p. 33, 54 et seq.



Probablemente, Gustav Radbruch hoy en día no repetiría su argumento en relación a que el sistema del *Common Law* y el del derecho continental son dos mundos aparte. La convergencia de ambos sistemas ha estado progresando rápidamente. La importancia creciente del derecho comunitario ha conducido a una adopción de técnicas similares en la legislación y la interpretación de leyes en ambos lados del canal de la Mancha. Al pensar en mayor armonización, sin embargo, no debemos dejar de lado las tradiciones históricas de ambos sistemas en la medida en que ellas continúan influenciando el pensamiento legal en los diversos Estados miembros.