

DEL DERECHO COMUNITARIO AL *MOS EUROPAEUS*

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

A la Escuela Libre de Derecho en su 95
aniversario

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Una aproximación al derecho comunitario*. III. *El Tribunal de Luxemburgo y los "principios generales comunes"*. IV. *Los esfuerzos científicos de unificación del derecho privado*. V. *Hacia una nueva dogmática jurídica*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio, que presento ahora a la consideración de los lectores de nuestra *Revista de Investigaciones Jurídicas*, pretende difundir una serie de cuestiones de las que me he ocupado ya en otras oportunidades, bien que dentro de contextos y con propósitos bastante distintos a los del actual artículo.

En efecto, desde el año 2000 y bajo la sugerente influencia del reconocido "comunitarista" español Ricardo Alonso García, he venido interesándome progresivamente en la "integración jurídica europea" y reflexionando sobre sus principales aportaciones a la "tradición jurídica occidental", con la intención de llegar a madurar las maneras en las que dicha construcción jurisprudencial pudiera enriquecer nuestro derecho, patrio y continental.

Así las cosas y apoyado en la generosa dirección del profesor Emilio Suñé Llinás, me propuse investigar sobre este importante tema, ins-

pirado por el magisterio “histórico” de Jaime del Arenal y “filosófico” de Ángel Sánchez de la Torre, precisamente, desde una triple perspectiva: a) dogmática, b) filosófica y c) histórica.

Mi objetivo era identificar el significado del actual derecho europeo dentro de nuestra tradición jurídica, intentando definir sus perfiles actuales, así como tratando de conjeturar el sentido de su influencia para la conformación de una “nueva dogmática jurídica”, que a mi modo de ver las cosas, ya puede afirmarse como una realidad cierta, a la que bien puede denominarse como nuevo *mos europaeus*.

El resultado del anterior esfuerzo se encuentra vertido en mi libro *Historia, actualidad y futuro de la tradición jurídica occidental*, actualmente en prensa, del cual fue hasta cierto punto una anticipación mi “Discurso de Ingreso a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado”.

Ahora bien, en el primer caso, el libro ha buscado ofrecer un panorama completo de la cuestión, indagando sus orígenes históricos más remotos y proporcionando a su vez una reflexión filosófico-fenomenológica de segundo nivel (filosofía de la historia y de la cultura); en contrapartida, en el segundo caso, el discurso se circunscribió a un tópico bien específico, perteneciente al ámbito del derecho comparado: la importancia de los principios generales comunes en la jurisprudencia europea.

Hacia falta una exposición breve y concreta, que prescindiendo de la exhaustividad histórica y de la profundidad filosófica, pero sin concentrarse tampoco en un aspecto demasiado particular del asunto, pudiera brindarle al lector interesado, una “visión de conjunto” de “la importancia del derecho europeo” de nuestros días.

Precisamente a esta necesidad responde el presente ensayo, en el que pretendo: a) bosquejar la silueta del derecho comunitario, b) subrayar la importancia de la reelaboración jurisprudencial de los principios jurídicos a partir del derecho comparado, c) describir sumariamente los esfuerzos científicos tendientes a la unificación del derecho privado europeo y d) mostrar como los anteriores ingredientes: d.1) derecho supranacional, d.2) derecho jurisprudencial y d.3) derecho de juristas, han propiciado el surgimiento de una nueva dogmática jurídica: el *mos europaeus*.

II. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO

En un primer acercamiento, puede decirse que el derecho comunitario es el “ordenamiento jurídico” de la “integración europea”. En tal virtud, la comprensión del derecho comunitario exige una referencia previa a dicho proceso de integración económica, social y política, que ha venido desenvolviéndose a partir de la segunda mitad del siglo XX.¹

El punto de partida de dicho proceso de integración, que habría de desembocar en la construcción de las Comunidades Europeas y de la propia Unión Europea, fue la significativa declaración del ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, de mayo de 1950, que proponía colocar el conjunto de la producción de carbón y de acero franco-alemana bajo una alta autoridad, dentro de una organización internacional fundada en el derecho y abierta a otros países:

“Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho... El gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una alta autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa. Así

¹ En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: Ricardo Alonso García, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Madrid, Universidad Complutense y Ed. Civitas, 1989; Ricardo Alonso García, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson Civitas, 2007; Klaus-Dieter Borchardt, *El ABC del derecho comunitario*, Luxemburgo, 5a. ed., Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2000; Mar Campins-Eritja, *Proceso de integración en la Unión Europea*, Barcelona, J. M. Bosch, 1996; María Dolores Díaz-Ambrona Bajadí (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, Ed. Colex, 2001; Guy Isaac, *Manual de derecho comunitario general*, 5a. ed., Barcelona, Ariel, 2000; Mar Jimeno Bulnes, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, 1996; Enrique Linde Paniagua y Pilar Mellado Prado, *Iniciación al derecho de la Unión Europea*, Madrid, Ed. Colex, 2003; Diego López Garrido, *La Constitución Europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y declaraciones más relevantes*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2005; Araceli Mangas Martín, *La Constitución Europea*, Madrid, Ed. Iustel, 2005; José Manuel Peláez Marón, *Lecciones de instituciones jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000; Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa y Ed. Civitas, 1993; Antonio Truyol, *La Integración Europea. Idea y realidad*, Madrid, Tecnos, 1992.

se realizará simple y rápidamente la fusión de intereses indispensable para el establecimiento de una comunidad económica. Esta propuesta realizará las primeras bases de una federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz”.

Los méritos evidentes del “Plan Schuman”, que le permitieron convertirse en la “piedra angular” de la construcción europea, fueron: a) partir de la premisa — eminentemente realista y práctica— de que la integración de Europa requería primero de la creación de una solidaridad de hecho, que exigía previamente la convergencia de intereses comunes, renunciando definitivamente a los ambiciosos, pero impracticables proyectos, de federación política; b) proponer que dicha unificación se produjera dentro de una organización supranacional, centrada en el derecho y abierta a terceros Estados; c) no perder de vista el fin último de la federación para el mantenimiento de la paz y el mejoramiento de la calidad de vida de los europeos.

La aceptación del plan Schuman por parte de la República Federal Alemana y la anexión al mismo de Bélgica, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, condujo a la integración de la “Europa de los seis”, cuya carta fundamental fue el Tratado de París de 18 de abril de 1951, que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).²

Por virtud del Tratado de París, los Estados Parte cedieron ciertos “derechos soberanos” en favor de una alta autoridad respecto de la producción comunitaria de carbón y acero, confiando a la misma la gestión de una “política supranacional”, con el objeto de crear un vasto mercado común del carbón y del acero, donde rigiera la libre circulación y la libre competencia.

Posteriormente, los Estados parte de dicha Comunidad reconocieron que había que continuar y profundizar la integración económica europea, aceptando igualmente la conveniencia de llevar a cabo una nueva integración sectorial en el campo de la energía nuclear. Dicha profundización tuvo lugar mediante las negociaciones que concluyeron con los dos tratados firmados en Roma el 25 de marzo de 1957; uno, que constituía la Comunidad Europea de la Energía Atómica

² Los textos citados de los tratados y protocolos comunitarios pueden consultarse siempre con seguridad en la obra de Eduardo García de Enterría, Antonio Tizzano y Ricardo Alonso García, *Código de la Unión Europea*, 2a. ed., Madrid, Ed. Civitas, 2000.

(CEE) y que tendía a la utilización con fines pacíficos de la energía nuclear, y el otro, de mayor alcance, que conformaba una Comunidad Económica Europea (CEE).

El Tratado Constitutivo de la CEE (TCE) planteaba la creación de un “mercado común” con las mismas características de un mercado nacional, esto es, con el establecimiento de una “unión aduanera” con “libre circulación interna” de mercancías y protección externa mediante un “arancel común”, pero también garantizando la “libre circulación” de los demás “factores de la producción”, o sea, de las personas, servicios y capitales, preservando igualmente la “libre competencia”.

Con el paso del tiempo, la estructura institucional de las tres comunidades (CECA, CEEA y CEE) fue identificándose y perfeccionándose, para conformarse por la Comisión (antes alta autoridad en la CECA) como órgano supranacional comunitario, por el Consejo de Ministros, que representaría a los Estados parte, por la Asamblea —posteriormente el Parlamento Europeo— que representaría a la ciudadanía europea y por el Tribunal de las Comunidades, encargado de garantizar la observancia del derecho y la conformación de las comunidades económicas como comunidades de derecho.

Ahora bien, estructurado y consolidado el aparato institucional de las Comunidades Europeas, la evolución del proceso de integración europea puede ser sintetizada, según la opinión del profesor Isaac: “en función de su conclusión, ampliación y profundización”.³

Por lo que respecta a su “conclusión”, Isaac observa tres aspectos, que previstos desde los tratados originales, fueron objeto de ulterior desarrollo en un momento posterior: 1) el voto por mayoría cualificada en el Consejo de Ministros, 2) los recursos financieros propios como garantía de independencia de las Comunidades, y 3) la integración del Parlamento mediante sufragio universal directo.

La importancia de estos tres aspectos fue absolutamente fundamental para la actualización de la potencialidad supranacional de la arquitectura jurídica europea. En efecto, la sustitución del principio del derecho internacional público clásico de la “intergubernamentalidad” o votación por consenso o unanimidad, por el principio de la

³ Isaac, *Manual...*, op. cit., p. 24.

“supranacionalidad”, consistente en la votación mayoritaria, por virtud de la cual los Estados ceden su soberanía, obligándose a acatar decisiones contrarias a su propia voluntad, supuso la superación definitiva del paradigma de la soberanía dentro de la integración europea. Igualmente, la autonomía financiera de las comunidades, mediante la captación de recursos propios, vino a consolidar la necesaria independencia que su condición supranacional exigía para hacerse efectiva en la práctica. Por último, la vinculación de las comunidades con el concepto de la “ciudadanía europea”, vino a reforzar su carácter supranacional, deslindándose de la exclusiva dependencia, en cuanto a su gobierno, de los Estados parte, para convertirse en mandataria y representante de los habitantes de Europa.

Sobre la “ampliación”, baste tan sólo apuntar, que la “Europa de los seis”, a través de sucesivas ampliaciones mediante las actas de adhesión correspondientes, que establecieron el principio del “acervo comunitario” por virtud del cual, los nuevos Estados se adhieren, íntegramente, tanto al derecho de los tratados, cuanto al derecho creado por la estructura institucional orgánica de las Comunidades, actualmente es una “Europa de veintisiete” países.

Finalmente, por lo que toca a la “profundización”, baste destacar que durante la década de los setenta, el proceso de integración económica europea se desarrolló a través de tres Comunidades distintas, sobre las cuales ejerció su intervención una “estructura unitaria y compartida”, que vio aumentar progresivamente sus competencias mediante la inclusión de nuevos ámbitos y sectores.

Además, a dicha integración económica, vino a sumarse la “cooperación internacional” en materia de “política exterior”, “seguridad común” y “asuntos de justicia”, bien que no mediante una operación supranacional, sino más bien siguiendo la lógica intergubernamental clásica que, sin embargo, fue objeto de un esfuerzo continuo y sostenido, que sentó las bases para su posterior reconocimiento e incorporación dentro de la economía de los tratados comunitarios.

En efecto, hacia la segunda mitad de la década de los ochenta, por medio del Acta Única Europea (AUE), firmada en febrero de 1986, se agruparon formalmente dos tipos de disposiciones distintas: las propiamente comunitarias (económicas y sociales, bajo la lógica supranacional) de un lado, y del otro, las disposiciones de cooperación

en materia de política exterior y seguridad común (ámbito no comunitario, o sea, político y de justicia, bajo la lógica intergubernamental).

Seis años más tarde, el 7 de febrero de 1992, se firmó el Tratado de Maastricht, cuya importancia es tal que no dudó en calificarse a sí mismo como “una nueva etapa en el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”.

A este respecto, la más destacada aportación del Tratado de Maastricht al proceso de unificación europea consistió en la creación de la Unión Europea, integrando dentro de ella a las tres Comunidades Europeas.

Ahora bien, la Unión Europea se caracterizó por estar delineada de una manera vaga y como desdibujada, aunque expresiva de una clara intencionalidad política.

Efectivamente, desde un punto de vista jurídico, la Unión Europea carece de personalidad y de patrimonio propios, pero desde un punto de vista político, su presencia ha venido cobrando un creciente protagonismo.

Lo cierto es que a partir de Maastricht, la construcción de Europa toma la forma de una especie de “tríptico”, donde las Comunidades Europeas, como el fundamento de la Unión Europea, se ven flanqueadas: a) por la Cooperación en materia de Política Exterior y Seguridad Común (PESC), y b) por la Cooperación en los Asuntos de Justicia y Asuntos del Interior (AJAI).

El siguiente paso dentro del proceso de integración europea lo encontramos en el Tratado de Ámsterdam firmado en octubre de 1997 que en general supuso una profundización en los tres pilares de la Unión Europea.

Posteriormente, en febrero de 2001, se firmó el Tratado de Niza, cuya aportación más original fue la firma de la Carta de Derechos Fundamentales, que tuvo el positivo efecto jurídico de vincular jurídicamente a la Comunidad, así como el favorable efecto político de contribuir al reforzamiento de la identidad europea.

Finalmente, en octubre de 2004, se firmó el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, o nuevo Tratado de Roma, signado el 29 de octubre de 2004.

Dentro de dicho Tratado, se establecían de modo más preciso las competencias de la Unión y de los Estados Parte, se incorporaban los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y, sobre todo,

se simplificaba formalmente la “Constitución de Europa”, que hasta entonces se encontraba dispersa en más de veinte tratados, más sus respectivos protocolos y declaraciones, con más de 1 000 artículos, que el Tratado de Roma redujo al número de 448. Adicionalmente, con una intención eminentemente política, se definían ciertos rasgos simbólicos propios de un Estado Confederal, como su misma denominación “constitucional” y su himno.

Sin embargo, el Tratado de Roma, sujeto a su ratificación por los Estados miembros, naufragó con el rechazo de Francia y de Holanda, por lo que el próximo hito dentro de la construcción europea, según parece, será el Tratado de Lisboa, actualmente en preparación y que se pretende firmar en 2008. Tal parece que será –según la expresión misma de los politólogos europeos– un tanto más “descafeinado” que el Tratado de Roma, es decir, menos ambicioso por lo que respecta a la “intencionalidad política” de aquél, de establecer una Constitución, un himno y en definitiva, los símbolos propios de un Estado Confederal para Europa.

Por lo que hace a los órganos comunitarios europeos, que han sido el resultado del anterior proceso de integración, conviene notar que su estructuración y competencias –que han variado significativamente a lo largo de los últimos cincuenta años– se ha caracterizado, como resultado del pragmatismo con el que se ha producido hasta el momento la construcción europea, por su condición ambigua, en ocasiones entrecruzada, y muchas veces inclusive contradictoria.

Así las cosas, del examen de la estructura comunitaria queda la impresión preliminar de tratarse de una organización inacabada, inserta en un proceso de maduración. En las palabras de Linde y Mellado: “No existe todavía un marco institucional cerrado, estable y verdaderamente operativo. La provisionalidad, pues, es la nota predominante en este ámbito”.⁴

Más aún, dentro del ámbito de la estructura institucional europea no existe propiamente una “división de poderes”. En efecto, aunque la función jurisdiccional está depositada en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo (TJCE), lo

⁴ Linde y Mellado, *Iniciación...*, op. cit., p. 36.

cierto es que el Poder Ejecutivo lo comparten la Comisión y el Consejo, y así también el Legislativo se encuentra fragmentado entre la Comisión, con su monopolio de iniciativa, el propio Consejo y el Parlamento.

Pero todavía hay más, los distintos organismos que conforman la estructura supranacional europea, “representan” a su vez “diversos intereses”, en muchas ocasiones “contrapuestos”.

Así, en efecto, el Consejo de Ministros representa ante todo a los gobiernos de los Estados miembros, la Comisión representa por su parte el interés de las Comunidades y de la Unión y consecuentemente promueve la profundización y avance en la integración y, a su vez, el Parlamento representa a la ciudadanía europea.

De esta manera, dada: a) la naturaleza inacabada de las anteriores instituciones, b) la circunstancia de representar intereses distintos y eventualmente contrapuestos y c) la propia ausencia en su conformación del principio clásico de la división de poderes, que ha supuesto d) un “ejercicio colaborativo del poder”, con base en una “separación no orgánica de las funciones”, las Comunidades y la Unión Europea se encuentran vertebradas de una forma enteramente *sui generis*, que ha revolucionado los esquemas tradicionales del derecho internacional público.

En una palabra: el proceso de integración europea ha desembocado, durante los últimos cincuenta años, en la conformación de una “estructura supranacional” novedosa, que se ha conformado de manera “funcional y pragmática”, a partir de una auténtica “cesión de soberanía” por parte de los Estados miembros, que ha confiado a dicha organización, revolucionaria de las pautas del derecho internacional público clásico, el ejercicio de diversas competencias en materia económica, social, cultural y política.

Ahora, el derecho comunitario debe ubicarse tanto dentro del marco de la economía del desenvolvimiento del anterior proceso de integración europea, cuanto del de la peculiar estructuración de sus órganos institucionales.

Así pues, en una primera aproximación, general y externa, podemos decir que el derecho comunitario es un “derecho supranacional”, que ha desbordado también los cauces del derecho internacional público clásico, por virtud de la “cesión de soberanía” por parte de los Estados miembros en favor de una organización supranacional.

En segundo lugar, y como un reflejo de su misma supranacionalidad, el derecho comunitario se estructura, según la jurisprudencia del TJCE, como “un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros”, que ha estructurado a la Unión Europea como una “comunidad de derecho”, envuelta por un “nuevo ordenamiento jurídico”, cuyos sujetos de aplicación “no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales”.

De esta manera, puede afirmarse que el derecho comunitario europeo es un “ordenamiento jurídico supranacional”, “integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros”, de naturaleza “supranacional y colaborativa”, que se ha conformado como un “derecho común”, incorporado dentro de la dinámica jurídica de los “derechos propios” de los Estados Parte, conformado a partir de los mismos, pero de manera autónoma a ellos, influido por ellos, e influyente dentro de ellos.

Respecto de las fuentes del derecho comunitario, se suele distinguir entre el “derecho comunitario primario” y el “derecho comunitario secundario”, según se trate del derecho fundamental establecido por los tratados constitutivos, o de aquel otro de naturaleza derivada, producido por las instituciones creadas por los tratados, en aplicación de los mismos.

Dicho en otras palabras, donde el derecho comunitario originario es relativamente equivalente al derecho constitucional, el derecho comunitario secundario es más bien similar al derecho legislado.

Dentro del derecho primario establecido por los tratados constitutivos –tanto los fundacionales, como los de revisión, de consolidación estructural y acuerdos de ampliación–, un sector mayoritario de la doctrina europea plantea que debe considerarse también a la jurisprudencia del TJCE –particularmente aquélla que ha definido los principios generales del derecho comunitario y muy destacadamente la relativa al ámbito de los derechos humanos– como una especie de “jurisprudencia constitucional”, que por lo mismo, es conformadora también del derecho primario o fundamental.

Por debajo del derecho comunitario originario, se encuentra el así denominado derecho comunitario secundario, que es el establecido por las instituciones creadas por los tratados constitutivos, en ejercicio de sus funciones normativas, de manera derivada y autónoma. De acuerdo con los tratados constitutivos, las normas comunitarias

derivadas pueden asumir la forma de a) reglamentos, b) directivas, c) decisiones, d) recomendaciones y e) dictámenes, según su diversa naturaleza, objeto, contenido y destinatarios.

Finalmente por lo que hace a esta exposición panorámica y brevísima sobre el derecho comunitario en general, vale la pena destacar que el mismo se encuentra orientado por diversos “principios fundamentales”, de entre los cuales pueden destacarse a) los que gobiernan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales (competencia, subsidiariedad, proporcionalidad y colaboración), y b) los propiamente intrínsecos del derecho comunitario (aplicación inmediata, efecto directo, supremacía e interpretación concurrente).

Respecto de los principios que rigen las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, tenemos en primer lugar al principio de competencia, que es el fundamento de todo el ordenamiento jurídico comunitario, y que se encuentra recogido dentro del artículo 5 del TUE que literalmente establece: “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigne”. Respecto de dicho principio, conviene solamente destacar que las competencias comunitarias pueden ser exclusivas o compartidas y que en caso de ser compartidas, se encuentran regidas por el diverso principio de subsidiariedad.

Ahora bien, por lo que hace al principio de subsidiariedad, también contenido dentro del artículo 5 del TUE, dicho eje del derecho comunitario se encuentra formulado en los siguientes términos: “La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigne. En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada a nivel comunitario”.

Conviene destacar que el anterior principio de subsidiariedad es usualmente objeto de atemperación por otro principio complementario del mismo, el de proporcionalidad, que se encuentra igualmente recogido por el mismo artículo 5 del TUE, que establece respecto del

mismo: "Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

Por último, respecto de los principios que gobiernan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, tenemos al principio de cooperación, que supone la acción conjunta entre la Comunidad y los distintos Estados miembros.

En este sentido, es pertinente mencionar que así como las instituciones comunitarias se han reservado el "monopolio de la creación" del derecho comunitario, sin embargo, por cuanto hace a su aplicación, ésta se encuentra confiada frecuentemente, mediante una dispersión de la función ejecutiva, en las autoridades nacionales, que fungen así como una especie de "autoridad comunitaria por delegación".

Expuestos los anteriores ejes, que a manera de bisagra inarticulan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, conviene que en segundo lugar nos detengamos en los principios intrínsecos del derecho comunitario.

Dentro de esta categoría nos encontramos en primer lugar con el principio de aplicabilidad inmediata, que supone ante todo la aptitud de la norma jurídica comunitaria para desplegar sus efectos por sí misma, esto es, sin necesidad de un acto posterior de desarrollo.

Así las cosas, de este principio puede desprenderse: a) que el derecho comunitario está integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados Parte, sin necesitar procedimiento alguno de recepción posterior; b) que las normas comunitarias ocupan inmediatamente su lugar dentro del ordenamiento jurídico nacional, en calidad de derecho comunitario, y c) que los jueces nacionales deben aplicar el derecho comunitario.

Por lo que respecta al principio del efecto directo, su incorporación dentro de la dinámica del derecho comunitario se debe a la célebre sentencia del TJCE dentro del caso *Van Gend en Loos vs. Países Bajos*.⁵ Dicho principio supone que el derecho comunitario crea de-

⁵ Las sentencias del Tribunal de Justicia y las conclusiones de los abogados generales que serán objeto de cita dentro del presente trabajo, pueden consultarse en la página oficial del TJCE: www.curia.eu.int/jursip. Sobre la jurisprudencia del Tribunal puede consultarse con gran provecho a Ricardo Alonso García, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y jurisprudencia*, 3a. ed., Madrid, Thomson Civitas, 2006.

rechos y obligaciones, a favor y a cargo de los ciudadanos europeos, cuyo cumplimiento pueden exigir ante los órganos jurisdiccionales nacionales en la medida en la que éstos colaboran en la protección de la normativa comunitaria. Así pues, el principio de efecto directo consiste en la susceptibilidad de que las disposiciones comunitarias sean invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales estatales.

Ahora bien, dada la aplicabilidad inmediata y el efecto directo del derecho comunitario, la hipótesis de contradicción entre las normas comunitarias y las nacionales, exigía a su vez del establecimiento de un principio capaz de proveer a la prelación en caso de conflicto. Dicho principio fue definido por el TJCE en la célebre sentencia *Flamino Costa vs. Enel* de julio de 1964, donde se estableció que el derecho comunitario, como "ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema de los Estados miembros" "se impone a sus órganos jurisdiccionales" por cuanto "que la transferencia operada por los Estados desde su orden jurídico interno en beneficio del orden jurídico comunitario" "implica, por tanto, una limitación definitiva a sus derechos soberanos contra la cual no podría prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad".

Finalmente, el principio de interpretación concurrente, establecido por el TJCE apenas hasta la década de los noventa, exige que el juez nacional, para interpretar su derecho estatal, haga todo lo posible para encontrar una interpretación del mismo conforme con el derecho comunitario. Más aún, con el propósito de que el diálogo entre el derecho comunitario y los derechos nacionales sea fluido y exento de contradicciones, dicho principio supone a su vez que el derecho comunitario debe ser aplicado *pro constitutione*, flexibilizándolo así para adaptarlo al ordenamiento jurídico estatal y estirándolo hasta donde su ductilidad se lo permita.

Resumiendo lo expuesto, puede decirse que *el derecho comunitario europeo es: a) un "derecho supranacional", b) que ha desbordado los cauces del derecho internacional público clásico; c) siendo el resultado de una auténtica "cesión de soberanía" por parte de los Estados miembros en favor de una organización supranacional; d) que se ha convertido en "un ordenamiento jurídico propio integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados socios"; e) de "naturaleza autónoma y colaborativa"; f) y recorrido por los*

principios de competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, colaboración, primacía, aplicabilidad inmediata, efecto directo e interpretación concurrente; g) configurándose así como un auténtico “derecho común” incorporado dentro de la dinámica jurídica de los “derechos propios” de los Estados Parte, conformado a partir de los mismos, pero de manera autónoma a ellos, influido por ellos, e influyente dentro de ellos.

III. EL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO Y LOS “PRINCIPIOS GENERALES COMUNES”

Pues bien, habiendo bosquejado panorámica y sumariamente el estado actual del derecho comunitario, a la luz del proceso de integración europea hasta nuestros días, intentaré perfilar —de manera igualmente sucinta— la naturaleza e importancia de los “principios generales comunes”, creados vía pretoriana por el Tribunal de Luxemburgo.⁶

Para ello, es necesaria una breve referencia a la “misión”, “integración”, “competencia” y “métodos” del propio TJCE.

Por lo que respecta a la misión del Tribunal de Luxemburgo, puede decirse que su finalidad es doble. En primer lugar, garantizar la consistencia en la interpretación y aplicación del derecho comunitario. Pero también, en segundo lugar, el TJCE cumple con la función de servir como un *Integrationsorgan*, es decir, como un órgano que tiene confiado el “equilibrio institucional” entre la estructura comu-

⁶ Sobre el Tribunal y la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, además de la literatura general anteriormente recomendada, pueden consultarse con provecho las obras de Mar Jimeno Bulnes, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, 1996; Rébecca-Emmanuëla Papadopoulou, *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*, Bruselas, Etablissements Emile Bruylant, 1996; Jorge Nieva Fenoll; *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona, Bosch, 1998; Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, “La función del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, y de Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Fernando Castillo de la Torre, “El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, ambos en Carlos Jiménez Piernas (ed.), *Iniciación a la práctica en derecho internacional y derecho comunitario europeo*, Madrid, Universidad de Alcalá y Marcial Pons, 2003.

nitaria, equilibrio tanto más necesario dadas las peculiaridades propias de su organización, estructurada según una separación funcional, que no orgánica de las funciones, donde el principio de división de poderes ha sido desplazado por el de la “colaboración para el ejercicio de las funciones”.

Ahora bien, por lo que toca a su integración y funcionamiento, el TJCE se compone por 15 jueces y ocho abogados generales, estando estos últimos encargados de presentar públicamente sus “conclusiones”, sobre los asuntos del conocimiento del Tribunal.

Tanto los jueces como los abogados generales son designados por los gobiernos de los Estados miembros entre personalidades que ofrezcan absoluta garantía de independencia y que estén cualificadas para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales en sus países.

Una característica particularmente notable del funcionamiento del TJCE es que dada la gravedad de las decisiones que toma y la magnitud de los intereses que pueden verse afectados por las mismas, se protegen sus deliberaciones con el secreto pero, en contrapartida, se les priva también a sus jueces del derecho, propio de cualquier órgano jurisdiccional colegiado, de expresar y justificar su opinión disidente mediante el voto particular.

Afortunadamente y con el propósito de compensar esta significativa limitación, así como también para asegurar la profundidad de las decisiones del Tribunal, se estableció precisamente la magistratura del abogado general, quien ha sido el verdadero autor intelectual de la jurisprudencia comunitaria.

Para ello, los abogados generales presentan al TJCE sus conclusiones, cuya estructura formal se caracteriza por contener un análisis y exposición profundos de los antecedentes de hecho del asunto y de los argumentos de las partes, examinando a su vez la jurisprudencia precedente del Tribunal y acudiendo frecuentemente a la doctrina científica para apoyar sus pretensiones.

Respecto de su funcionamiento, vale la pena apuntar que el TJCE trabaja en salas. Además, con el propósito de atender el aumento progresivo de los asuntos, por Decisión del Consejo de octubre de 1988 fue creado el Tribunal de Primera Instancia, como agregado al TJCE, o sea que está integrado dentro del mismo, por lo que puede decirse que el Tribunal de Justicia es una única institución con dos jurisdicciones distintas, las del TJCE y las del TPI.

Así las cosas, para el mejor cumplimiento de su misión y con base en su propia integración y funcionamiento, el TJCE tiene atribuidas determinadas competencias, que usualmente son clasificadas por la doctrina en: recursos directos, recursos de casación y jurisdicción prejudicial.

Entre los recursos directos se encuentran principalmente el control de las infracciones del derecho comunitario por los Estados miembros, a través del recurso por incumplimiento, el control de la legalidad por la actividad o inactividad de los órganos comunitarios, que se efectúa mediante los recursos de anulación y de omisión, la constatación de la responsabilidad extracontractual de las Comunidades y finalmente los litigios entre las Comunidades y su personal. Los recursos de casación son aquéllos promovidos contra las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia (TPI) y limitados a cuestiones de estricto derecho.

Por último, dentro de las competencias del TJCE, tenemos la cuestión prejudicial, que puede tener como objetivo tanto la interpretación del derecho comunitario a título prejudicial, cuanto el examen de validez de los actos de las instituciones comunitarias.

Ahora bien respecto a la "cuestión prejudicial" conviene recordar aquí que una de las principales características del derecho comunitario es su naturaleza colaborativa. Y precisamente, como parte del principio de colaboración, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros son también "tribunales comunitarios", pues la función de garantía del respeto en su interpretación también les está atribuida a ellos como administradores de una justicia comunitaria descentralizada en su ámbito de competencia.

Dentro del anterior contexto, resulta fundamental destacar el juego que se produce en materia de administración de justicia comunitaria, entre la "descentralización mediante la colaboración" de los jueces nacionales, de un lado, y el "monopolio de la interpretación auténtica" del derecho comunitario, reservado al TJCE mediante la cuestión prejudicial por el otro. Esta dinámica ha propiciado un riquísimo diálogo jurídico, cuyo desenvolvimiento ha sido fundamental en la construcción de la jurisprudencia comunitaria.

De aquí deriva precisamente la importancia capital de la institución del "reenvío prejudicial" como mecanismo de cooperación pro-

cesal: servir de escenario privilegiado para la sinfonía coral entre los derechos nacionales y el derecho comunitario.

Ahora bien, en tercer lugar, siguiendo con el itinerario trazado desde el comienzo del presente apartado, conviene detenernos en los métodos hermenéuticos seguidos por el TJCE para la conformación de su jurisprudencia.

A este respecto debe señalarse que el TJCE ha seguido, en cierta medida —aunque superándolos—, los métodos establecidos por el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, especialmente en cuanto a la interpretación de los Tratados Comunitarios, conforme al "sentido ordinario" de sus términos, de acuerdo con su "contexto" y en relación con su propio "objeto y fin".

Pero, a mayor abundamiento, entre los criterios específicos de interpretación que usa el TJCE, se encuentra en primer lugar el lingüístico, tanto más importante dada la existencia de distintas versiones oficiales de las normas objeto de la cuestión. En efecto, siendo la pluralidad idiomática una de las peculiares características del derecho comunitario, este principio tiene dentro de su economía un especial relieve.

Sin embargo, conviene destacar que los métodos de *hermeneusis* jurídica fundamentales que el TJCE ha seguido son el sistemático y el teleológico. Respecto del primero, procurando ante todo comprender las disposiciones de los tratados atendiendo a sus relaciones entre sí, a su lugar de ubicación dentro del cuerpo de los mismos, a su diversa función, a su contexto, conexión entre sí y a su misma estructura, mientras que, por su parte, se ha servido del método teleológico, sobre todo para buscar su aplicación de la manera más consecuente posible con el cumplimiento de su objeto y con la consecución de sus fines.

Debe observarse, además, que como apunta Isaac: "la utilización conjunta de los dos métodos es en la actualidad la más frecuente", dando por resultado, según el propio Isaac, una especie como de interpretación "constructiva", que yo diría que es simultáneamente estructural y funcional, entresacando así de los tratados diversos principios fundamentales.⁷

⁷ Isaac, *Manual...*, *op. cit.*, p. 222.

Más aún, dicha *hermeneusis* constructiva, estructural y funcional, en tanto que tendiente a la integración del ordenamiento jurídico comunitario dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, es también una interpretación concurrente, que supone la incorporación del derecho comunitario dentro de los derechos estatales, no como una yuxtaposición forzada o como una intrusión violenta, sino más bien como un acoplamiento armónico, que tiende a la flexibilización del mismo mediante una *hermeneusis pro constitutione* de los Estados parte, flexibilización a su vez maleada con los mismos derechos nacionales, que deben aplicarse siempre siguiendo el principio inverso, es decir el *pro communitate*.

Ahora bien, desde dicho “constructivismo concurrente”, el TJCE ha superado los métodos tradicionales de interpretación internacional, estableciendo a su vez principios contrastantes con los mismos, entre los que pueden destacarse: el principio liberal, el supranacional, el orgánico, el autónomo, el progresivo y el evolutivo.

Pues bien, así las cosas y precisamente dentro del anterior contexto de la misión, integración, funcionamiento y metodología del Tribunal de Luxemburgo, se puede entender mejor la importancia y alcance que reviste la reelaboración jurisprudencial que realiza a través de los principios generales comunes del derecho comunitario.

De por sí, conviene destacar, que como ha sido puesto de relieve por diversos sectores de la jurisprudencia contemporánea, los “principios jurídicos”, genéricamente considerados, suponen uno de los ámbitos más significativos del derecho actual y del porvenir ante el hundimiento de la dogmática del positivismo legalista formalista.⁸

⁸ Sobre el tema de los principios jurídicos y su importancia jurídica y filosófica para la construcción de una nueva dogmática, puede consultarse en general mi libro, Juan Pablo Pampillo Baliño, *Filosofía del derecho. Teoría global del derecho*, México, Porrúa, 2005. Más en extenso sobre este importante tema puede consultarse a Ronald Dworkin, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en *La filosofía del derecho*, R. M. Dworkin (comp.), México, Fondo de Cultura Económica, 1980; Josef Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961; Ángel Sánchez de la Torre, *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Unión Editorial, 1975; Ángel Sánchez de la Torre, “Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica”, en *Los principios generales del derecho*, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, Ed. Actas, 1993.

En efecto, dada su pluralidad significativa, su ambigüedad creativa y hermenéutica, su obligatoriedad matizada y su diversa “revisabilidad”, los principios jurídicos constituyen una forma jurídica particularmente flexible, dinámica y proteica, además de que dada su posición intermedia entre una “visión tópica” y una “visión sistemática” del derecho, sirven de puente entre el “pensar abierto” y el “pensar cerrado” y de lugar de encuentro de las tradiciones del *common law* y del *civil law*.⁹

Pues bien, así las cosas, en primer lugar, la importancia de los principios generales comunes dentro del ámbito de la jurisprudencia comunitaria debe ubicarse precisamente dentro del contexto general de la crisis de la dogmática positivista legalista formalista y de su correlativa superación por parte de una nueva dogmática jurisprudencial más valorativa, flexible, dinámica y contenutística.¹⁰

Ahora bien, por lo que hace específicamente a los principios generales comunes, conviene observar que constituyen una auténtica fuente formal del derecho europeo, cuyo rango, según la autorizada opinión de un importante sector de la doctrina, es fundamental, esto es, originaria o constitucional.

De hecho, ha sido precisamente dentro del ámbito de los principios generales del derecho, que el TJCE ha podido asegurar su independencia y supremacía, así como la autonomía del derecho comunitario.

Más aún, gracias a la circunstancia de que dichos principios sean comunes, se ha buscado garantizar el aprovechamiento de la “tradicción jurídica común” a los Estados parte, convirtiéndose así estos principios generales comunes, en una especie de bisagra que dinamiza al derecho comunitario, permitiéndole a su vez una evolución progresiva.

Ahora bien, este desarrollo dialéctico de los principios generales comunes del derecho comunitario, a partir de la contrastación entre los diversos principios jurídicos de los Estados parte, que no obstante, comparten una misma tradición jurídica, ha dado lugar, a un im-

⁹ Cfr. Pampillo, *Filosofía...*, op. cit., pp. 118 y ss.

¹⁰ A este respecto y en general puede verse la interesante obra de Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.

portante auge del método de la comparación jurídica, que, como ha observado con razón Ricardo Alonso, ha propiciado: “un efecto que podemos llamar *boomerang*, concretado en una diversidad de derechos nacionales que estaría aportando una serie de elementos a la construcción de un principio, categoría técnica a nivel europeo, produciéndose ulteriormente una nueva vuelta de esa síntesis europea a los propios ordenamientos nacionales, que de alguna forma está llamada a incidir en los elementos internos que sirvieron de base para su construcción”.¹¹

Lo relevante es que la metodología seguida por el Tribunal de Luxemburgo ha venido permeando durante los últimos años, tanto a los operadores jurídicos prácticos europeos cuanto a los nacionales, pues la discusión y adjudicación del Tribunal va, lógicamente, precedida de las argumentaciones hechas por las partes en sus escritos, así como de las mismas conclusiones elaboradas por los abogados generales.

Es igualmente importante destacar que para el análisis del derecho comparado que realiza el TJCE, este órgano debe acudir a la integridad del orden jurídico interno de los Estados miembros, incluyéndose, por ende, no sólo sus legislaciones, sino su jurisprudencia y su propia doctrina.

Así pues, el papel que han jugado estos principios según Papadopoulou es realmente extraordinario: a) promoviendo la unidad interna del orden jurídico comunitario y su cohesión interna; b) dotando a su vez el derecho comunitario de un dinamismo indispensable para su adaptación a la evolución europea; c) colmando las inmensas lagunas del derecho comunitario.¹²

Debe destacarse dentro del anterior contexto que los principios generales comunes del derecho comunitario, desarrollados mediante un ejercicio comparatístico por parte del Tribunal de Luxemburgo, suponen en el fondo una “reelaboración jurisprudencial” sobre ideas, métodos y conceptos jurídicos, que en muchos casos se encuentran ya presentes de manera previa y como latente dentro de la “tradicción

jurídica occidental”, conformando un sustrato cultural común, que es como la levadura de dichos principios jurídicos.

Así las cosas, como ha afirmado con toda lucidez Ricardo Alonso: “la cultura jurídica común al Occidente europeo es un hecho y el TJCE actúa como factor de síntesis”.¹³

Tratando de esquematizar los pasos seguidos por el Tribunal de Luxemburgo en la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, auténtico nuevo derecho común de los Estados miembros, pueden citarse, por ejemplo, las conclusiones presentadas por el abogado general L. A. Geelhoed, el 18 de septiembre de 2001, dentro del caso *Comisión vs. República Francesa*, donde se habla de la conveniencia de “recurrir a reglas generales del derecho privado, como *ius commune*”. Más aún, en las diversas conclusiones de la abogada general Christine Stix-Hackl, presentadas el 26 de septiembre de 2002 dentro del caso *Thyssen Stahl AG vs. Comisión*, que: “debe examinarse si de las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros cabe eventualmente deducir una forma uniforme”. Incluso en dicho sentido se había pronunciado ya desde finales de los sesenta el propio TJCE en la sentencia *Klomp* de 25 de febrero de 1969, donde apeló precisamente a “un principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad, cuyos orígenes pueden remontarse al derecho romano”.

Más recientemente, el abogado general Philippe Léger ha hecho una exposición del itinerario seguido por el TJCE en sus conclusiones presentadas el 17 de septiembre de 2002 dentro del caso *Comisión vs. CCRE*, afirmando: “el método empleado para deducir la existencia de un principio general de derecho comunitario es constante. El Tribunal de Justicia efectúa un análisis de derecho comparado. Compara el derecho de los diferentes Estados miembros y comprueba si existe un grado razonable de convergencia”; más aún el Tribunal de Justicia “puede hacer referencia a la evolución histórica del principio para subrayar que ‘[sus] orígenes se remontan al derecho romano’,” si bien igualmente, “por regla general, adopta una solución progresista y se inspira en la evolución que se esboza en los Estados miembros”.

¹¹ Alonso, *Derecho comunitario...*, op. cit., p. 261.

¹² Papadopoulou, *Principes...*, op. cit., p. 288.

¹³ Alonso, *Derecho comunitario...*, op. cit., p. 238.

De esta manera y sintetizando lo expuesto, puede afirmarse que *el Tribunal de Luxemburgo, en razón de su misión (interpretación e integración), integración (jueces y abogados generales), competencia (cuestión prejudicial) y métodos hermenéuticos (constructivos y colaborativos) ha desarrollado una importante actividad de reelaboración jurisprudencial de principios jurídicos, a partir de la tradición jurídica europea, como patrimonio común, sin demérito de las peculiaridades propias de los derechos y sistemas jurídicos que integra (civil law y common law), a través de un análisis dogmático, comparativo, histórico y progresivo, desarrollado a través de un itinerario que bien puede considerarse como "tradicional-actual-proyectivo"*.

IV. LOS ESFUERZOS CIENTÍFICOS DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Pues bien, habiéndonos referido muy brevemente al derecho comunitario –*ius communitatis*– y a su peculiar diálogo con los derechos nacionales europeos –*iura propria*–, falta todavía, para terminar de perfilar el nuevo *mos europaeus*, referirnos al “nuevo derecho privado europeo” que actualmente se encuentra en proceso de gestación y desarrollo.

Este último ámbito de la actual dogmática jurídica europea, supone uno de los más interesantes desenvolvimientos del derecho en nuestro tiempo; como han observado con razón los profesores Schulze y Zimmermann: “La construcción paulatina de un derecho privado europeo constituye uno de los aspectos más destacados del desarrollo jurídico actual”.¹⁴

En efecto, tanto a través de los Tratados Constitutivos y de sus subsecuentes Protocolos adicionales, cuanto sobre todo por medio del derecho derivado –especialmente de los Reglamentos y las Di-

¹⁴ Reiner Schulze y Reinhard Zimmermann, *Textos básicos de derecho privado europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 7. En relación con este tema, además de la anterior obra, pueden consultarse en general los textos de Sergio Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Ed. Colex, 2003; Helmut Coiné, *Derecho privado europeo*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996; María Dolores Díaz-Ambrona Bajadri (dir.), *Derecho civil comunitario*, Madrid, Ed. Colex, 2001.

rectivas sobre la materia–, pero también mediante los principios generales comunes desarrollados por el TJCE y, más recientemente, gracias a los propios esfuerzos realizados por la doctrina jurídica, a partir de estudios histórico-jurídicos y de derecho comparado, se ha venido perfilando, especialmente durante los últimos veinte años, un nuevo derecho privado europeo.

Sin embargo, la “integración del derecho privado europeo” es de suyo un tema ampliamente debatido, donde nos encontramos argumentos a favor de la misma y argumentos en contra de ella.

Entre los principales argumentos a favor de la unificación del derecho privado europeo, tenemos las propias ventajas de un derecho uniforme para el buen funcionamiento del mercado común. Además, se ha observado que históricamente la unidad de mercado y la unidad monetaria, son los antecedentes normales de la unidad jurídica. Más aún, desde la perspectiva de la evolución de la tradición jurídica occidental, la unificación del derecho privado supondría a su vez una nueva vida del derecho común europeo. Todavía más, el derecho privado resulta ser, lo mismo que el derecho internacional privado, insuficiente dentro del ámbito regional de la CE, por lo que parece indispensable, para quienes están a favor de la integración del derecho europeo, una unificación legislativa del mismo.

Sin embargo, pueden destacarse también, como argumentos en contra de dicha codificación, en primer lugar, la ausencia de conceptos y técnicas comunes, así como la enorme diversidad de mentalidades jurídicas y culturales, sobre todo en los ámbitos de los países continentales del *civil law* e Inglaterra con su tradición del *common law*, así como también respecto de la familia jurídica nórdica o escandinava. Además se encuentra la conveniencia de respetar el pluralismo jurídico, siendo éste un argumento cultural que subraya precisamente que lo esencial en la “idea de Europa” es su propia diversidad, razonamiento cuya fuerza es especialmente persuasiva respecto de los Estados cuyas divisiones internas –como en el caso de la propia España–, tienen competencia en materia civil. Adicionalmente, dicha unificación supondría la pérdida de las ventajas que ofrece la “competencia entre ordenamientos jurídicos”, pues la evolución de los mismos permite que vayan recibiendo e incorporando las diversas soluciones jurídicas que se van conformando en otras latitudes. Más aún, la codificación del derecho privado europeo po-

dría significar la “petrificación legislativa” del derecho común. Pero hay todavía más, finalmente se aduce usualmente por los adversarios de la codificación, que le falta a la UE competencia expresa para legislar en la materia.

Pero la discusión en torno a una posible codificación del derecho privado europeo no se acaba aquí. Se discute sobre la morfología de dicho código; ¿debería integrarse mediante disposiciones normativas articuladas, principios jurídicos o reglas de *soft law*? Más aún, sobre sus trabajos preparatorios, ¿de dónde partirían? ¿De los diversos códigos civiles nacionales considerados como modelos (*imitatio*), o más bien de los diversos principios generales comunes considerados como datos de convergencia del derecho privado existente (*inductio*) o, en fin, de la creación de nuevos principios cuyo punto de partida sea la comparación y la ponderación a partir de los principios europeos ya existentes (*inventio*)?

Pero hay todavía más: habría que considerar y resolver no sólo el qué y el cómo sino el quién; esto es, quién o quiénes deberían elaborar las reglas, principios, o disposiciones, por *imitatio*, *inductio* o *inventio*: ¿los institutos académicos ya existentes? ¿Debería crearse una comisión *ad hoc* para tales efectos?

En fin, que el gran tema de la armonización integradora del derecho privado, jalonado por las fuerzas antagónicas del uniformismo eurocrático de un lado, y de la diversificación nacionalista y regionalista por el otro, han ofrecido, como se puede apreciar, una serie de discusiones que han girado en torno a su conveniencia, viabilidad, contenido y forma, que plantean una serie de dificultades extraordinarias.

Lo cierto es que en el momento actual el avance realizado en materia de unificación del derecho europeo se ha desarrollado en diversos ámbitos, principalmente: a) a través del propio derecho comunitario, y b) merced a diversos impulsos extraoficiales de naturaleza académica.

Por lo que respecta en primer lugar a los avances en materia del propio derecho comunitario, éstos se han producido mediante distintas directivas, que han proporcionado diversos criterios de armonización sobre algunas materias comprendidas dentro del ámbito del derecho privado.

Entre las materias que han sido objeto de regulación comunitaria en el ámbito del derecho privado, encontramos principalmente: 1) el

derecho del consumo y de las obligaciones y contratos (directivas de publicidad engañosa de 1984, contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles de 1985, crédito al consumo de 1987, 1990 y 1998, viajes combinados de 1990, cláusulas abusivas de 1993, multipropiedad de 1994, contratos a distancia de 1997, acciones de cesación de 1998, garantías en la compraventa de bienes de consumo de 1999, comercio electrónico de 2000, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores de 2002), 2) la contratación mercantil (reglas sobre agentes comerciales independientes de 1986, lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales entre empresas o entre empresas y entes públicos de 2000, los seguros que han sido objeto de diversas directivas, o la responsabilidad civil derivada de la circulación de automóviles), 3) el derecho de la persona y sociedades (tratamiento de datos personales y su circulación de 1995, protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas de 1997 y 2002, el derecho de las personas jurídicas que ha sido uno de los ámbitos más abundantes del derecho privado comunitario, donde inclusive hay importantes reglamentos como el de las agrupaciones europeas de interés económico de 1985 y el de la sociedad anónima europea de 2001), 4) la responsabilidad civil extracontractual (directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 1985 y 1999 y el reglamento sobre responsabilidad de la compañías aéreas en caso de accidente de 1997), 5) la propiedad intelectual e industrial que es uno de los sectores del derecho privado más intensamente regulados (directiva sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores de 1987, programas de ordenador de 1991, derechos de autor y afines en la radiodifusión vía satélite y distribución por cable de 1993, bases de datos de 1996, derechos de autor y afines en la sociedad de la información de 2001, derecho del autor en una obra de arte de 2001, invenciones biotecnológicas de 1998, dibujos y modelos industriales de 1998, la marca comunitaria de 1993), 6) el derecho internacional privado, en tanto que se han convertido en reglamentos intercomunitarios diversos tratados internacionales en la materia, por ejemplo, dentro del ámbito de la competencia judicial internacional, 7) el derecho de la competencia (control de concentraciones de empresas de 1989, 1990, 1997, cláusulas contractuales contrarias a la libre competencia y competencia desleal),

8) el derecho bancario y bursátil (en materia de cuenta corriente, deber de confidencialidad, etc.), y 9) el derecho laboral (libre circulación de trabajadores, protección social, plasmaciones de la igualdad, etcétera).

En segundo lugar tenemos que en el ámbito académico y antes de la actual efervescencia que ha despertado el tema de la unificación o armonización del derecho privado europeo, se ha observado con razón que la mejor vía para alcanzar dicha integración, no es precisamente la legislativa.

En efecto, se han notado, entre otros inconvenientes, la falta de competencia expresa por parte de la UE para una acción de esta naturaleza y alcance, así como la posible petrificación normativa que podría seguirse de la misma, junto con otras muchas razones, considerando la mayor conveniencia de elaborar, en el momento actual, más que un proyecto de código, un amplio trabajo jurisprudencial de historia del derecho y de derecho comparado, para ubicar las principales coincidencias y divergencias que presentan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales europeos, lo que supone casi, hasta cierto punto, como una reedición de la polémica Thibaut-Savigny.

Este impulso académico se advierte inclusive dentro de los actuales planes de estudio jurídicos, que destacan ya un cierto como "perfil europeo", que se ha traducido en la creación de institutos, cátedras y centros de investigación del derecho privado europeo y su historia, creciendo el interés, incluso a nivel mundial, por la armonización jurídica.

Además, al nivel de la ciencia jurídica europea, debe resaltarse el creciente interés de la doctrina europea por la historia de la tradición común y los estudios de derecho comparado a través de la búsqueda de soluciones similares para problemas igualmente comunes, propiciándose tanto desde el ámbito propiamente europeo, cuanto desde los ámbitos nacionales de los Estados parte, propiciándose así una mayor europeización de los estudios jurídicos.

De esta manera, puede decirse que hoy por hoy se está buscando la formación jurídica de los estudiantes de derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos europeos, a través del aprendizaje de los diferentes idiomas y de la investigación de los principios comunes, a efectos de que el desarrollo de una ciencia jurídica auténticamente europea propicie el nacimiento de un verdadero *mos europaeus*, capaz de servir como punto de partida para la codificación, en un es-

fuerzo de cooperación entre historiadores, romanistas, comparatistas y iusprivatistas.

Así las cosas, puede afirmarse que el derecho privado europeo, se encuentra actualmente en una fase de elaboración académica-jurisprudencial, en la medida en la que la ciencia jurídica se encuentra actualmente apuntalando el entramado dogmático que ya permite anunciar, en el horizonte cercano, un auténtico derecho privado común europeo.

Lo cierto es que dentro de este ámbito científico se han ya elaborado distintos proyectos, que con diversa finalidad y metodología, han buscado el conocimiento y la formulación de los principios del derecho privado europeo, como acervos doctrinales para el estudio universitario, así como para orientar la *praxis* académica y jurídica de profesores, abogados, jueces y legisladores, que han buscado destacar las convergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

Estas recopilaciones de principios y soluciones, similares a los *Restatements* del derecho estadounidense, han buscado pues dicha orientación práctica, pudiendo ser a su vez designados por las partes contratantes como derecho supletorio a sus acuerdos de voluntades.

Entre las iniciativas más importantes que se inscriben dentro del anterior esfuerzo académico pueden citarse: los *Principles of European Contract Law (Comisión Lando)*, el *Study Group on a European Civil Code (Proyecto von Bar)*, el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)*, los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol)* y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros.¹⁵

En definitiva y recapitulando lo anteriormente expuesto: *la conformación de un derecho privado europeo, común a los Estados parte de la Comunidad, es un acontecimiento que ha venido gestándose a lo largo de los últimos años, cuyos perfiles todavía no se encuen-*

¹⁵ En extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse la obra colectiva de Cámara (coord.), *Derecho privado europeo...*, op. cit.

tran enteramente delineados, y que ha venido fraguándose tanto en el ámbito político institucional comunitario, cuanto en el jurídico del derecho derivado, así como también en el académico-científico, que a través de la historia y la comparación jurídicas, está concentrado en la reelaboración dogmática de una nueva ciencia jurídica europea, con la pretensión de integrar un derecho privado común, siguiendo para ello novedosas técnicas, claramente superadoras de la estrecha concepción codificadora propia del siglo XIX.

V. HACIA UNA NUEVA DOGMÁTICA JURÍDICA

Llegados a este punto, ya puede entreverse hasta donde la actual conformación del derecho comunitario y los recientes desarrollos de la ciencia jurídica europea, constituyen desenvolvimientos particularmente sintomáticos y significativos respecto de las presentes y hasta de las futuras evoluciones de la tradición jurídica occidental.

El proceso de integración europea al que me he referido primero, la estructuración del derecho comunitario, los principios que lo recorren, la actividad jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo y los más recientes esfuerzos de la ciencia jurídica europea para la integración armonizadora de un derecho privado europeo, constituyen en mi concepto fenómenos de una extraordinaria importancia, que nos permiten afirmar la existencia de un “nuevo derecho común europeo”, que es el producto de la colaboración entre diversas instancias, entre las que cabe destacar muy especialmente a la judicatura y a la doctrina.

Nos encontramos pues ante una especie como de “segunda vida del *ius commune* europeo”, tercera o cuarta vida –según se quiera ver– del derecho romano, a partir de una revitalización de su perfil formal tradicional, donde nuevamente, desde la perspectiva comprensiva de la historia y de la comparación, parece conformarse una jurisprudencia tradicional-actualizadora-proyectiva, como aquella que caracterizó el quehacer de los consiliatores.

En efecto, y a pesar de las necesarias matizaciones y diferencias entre la ciencia jurídica bajomedieval del *ius commune* y los actuales desarrollos jurídicos europeos, que deben movernos a circunspección prudente en todas nuestras analogías, podemos encontrar, sin embargo, notables similitudes entre ambos, que nos ayudan a comprender

mejor los actuales perfiles de una nueva dogmática jurídica, cuyos contornos ya se nos presentan con cierta nitidez, permitiéndonos a su vez conjeturar, fundadamente, sobre sus próximos desarrollos.

Así las cosas, retomando las anteriores reflexiones, podemos concluir anticipadamente que el proceso de integración europea ha puesto en entredicho: a) la primacía de lo político sobre lo jurídico, con la formalización del segundo al servicio del primero; b) la viabilidad del Estado contemporáneo; c) la teoría clásica de la división de poderes, ofreciéndonos 1) una nueva forma de asociación constitucionalmente jurídica, en sentido material y contenutístico; 2) estructurada de manera funcional e instrumental, a partir de una dinámica colaborativa y atemperada; caracterizadas todas ellas: a) por la centralidad del derecho; b) por la poliarquía política y el policentrismo jurídico; c) por la preponderancia de las funciones sobre las estructuras, con la consecuente complejidad de sus entrecruzamientos; d) por el desconocimiento del principio estructural de la división de poderes.

Ahora bien, todavía hay mucho más; por lo que respecta al derecho comunitario europeo, resultado del proceso de integración a que nos hemos referido, se trata de un derecho supranacional que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte de la Comunidad, cuyas notas esenciales son su autonomía, la colaboración entre las instancias comunitarias y las estatales por lo que respecta a su aplicación, así como su primacía, su aplicabilidad inmediata y su efecto directo, notas de las que a su vez se desprende que se trata de un derecho común incorporado dentro de la dinámica de los derechos propios, influido por los mismos, e influyente dentro de ellos.

De esta manera y retomando las anteriores reflexiones sobre el derecho comunitario genéricamente designado, podemos decir que: a) su naturaleza supranacional ha desbordado las limitaciones de una dogmática positivista y legalista, así como las rígidas clasificaciones de una jurisprudencia racionalista y sistemática; b) ha conformado un nuevo policentrismo y pluralismo jurídico que promueve, respecto de los operadores jurídicos, un mayor conocimiento de la diversidad de ordenamientos jurídicos, así como un criterio más desarrollado para la selección del derecho aplicable; c) ha propiciado una relación de recíproca influencia respecto de los derechos nacionales mediante la aproximación concurrente con los mismos; d) se ha estructurado

mediante un sistema de fuentes variado, con una enorme diversidad de fuentes legales y extralegales que han contribuido a la integración jurídica mediante la armonización y la unificación, pudiéndose destacar dentro del ámbito de los principios jurídicos, la centralidad de la jurisdicción ejercida por el TJCE; e) cuyos principios han contribuido a la conformación de una nueva dogmática, caracterizada por las intensas "relaciones genético-reproductivas" que se han desarrollado entre los derechos nacionales y el derecho comunitario europeo.

Pero hay todavía más, la consideración de los principios generales comunes desarrollados por el Tribunal de Luxemburgo nos permite concluir también que dicha reelaboración deriva su importancia de: a) ser el resultado de una jurisprudencia científica, condicionada por la integración, competencias y métodos del TJCE; b) donde la actividad desplegada por los abogados generales dentro de sus conclusiones, además de asemejarse a la emprendida por los juristas romanos clásicos y bajomedievales, asegura una hermenéusis-interpretativa caracterizada por el recurso a una pluralidad de fuentes de conocimiento jurídico; c) cuya inarticulación a partir del monopolio hermenéutico confiado al Tribunal de Luxemburgo, de un lado, y la descentralización de la justicia confiada a los jueces nacionales, por el otro, ha contribuido en gran medida a la contextura eminentemente dialogal y común de la misma, de una manera tal que evoca el *modus procedendi* del Tribunal Cameral del Imperio Alemán; d) que en su desarrollo se ha servido de un método constructivista estructural-sistemático, funcional-teleológico y concurrente que ha derivado en la naturaleza eminentemente liberal, supranacional, orgánica, autónoma, progresiva y evolutiva de la misma, que recuerda los métodos hermenéutico-interpretativos de la jurisprudencia romana y de los consiliatores; e) que ha colmado las lagunas oceánicas del derecho comunitario; f) propiciando un ejercicio multidisciplinario que ha reivindicado la importancia del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, como disciplinas de un extraordinario valor dogmático para la elaboración de un derecho común, anclado en la tradición cultural jurídica de los países miembros, con miras a su actualización presente y proyección futura.

Finalmente, por lo que respecta a los últimos desarrollos reseñados respecto de la conformación de un nuevo derecho privado europeo y más allá de los indudables progresos que se han alcanzado a

través de la legislación europea y de las propias reelaboraciones científicas de una comunidad académica, que desde los ámbitos del derecho privado, del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, ha desarrollado una serie de trabajos tendientes a la creación de una auténtica ciencia jurídica privada europea, punto de partida para la unificación jurídica del derecho privado, conviene en esta oportunidad hacer notar que dichos avances vienen a sumarse precisamente a la construcción de un nuevo derecho europeo, actualmente en ciernes.

Me explico, el derecho europeo se integra actualmente de los derechos nacionales y regionales de los países miembros de la Unión, del propio derecho comunitario europeo y de un nuevo derecho privado que actualmente es objeto de gestación y maduración progresiva.

De esta forma, el punto que quiero evidenciar es que la coralidad sinfónica —por retomar la metáfora grossiana sobre el derecho medieval¹⁶ del nuevo ordenamiento jurídico común europeo, no se identifica con el diálogo al que hemos venido refiriéndonos entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, sino que empieza a resonar, con una vibración cada vez más definida y entonada, una nueva voz: la del derecho privado europeo, o sin más, la de un eventual derecho europeo del porvenir.

Así las cosas, la polifonía europea de nuestro tiempo supone, *grosso modo*, el acompañamiento de tres instrumentos fundamentales: a) los derechos nacionales —y más ampliamente los derechos regionales y particulares en general— o *iura propria*; b) el derecho comunitario, incluyendo a los principios generales comunes, o *ius communitatis*; c) el nuevo derecho común privado —o en general derecho común— europeo, o *ius commune*, producto de las reelaboraciones que actualmente comprometen los mejores trabajos de una renaciente ciencia jurídica europea.

Evidentemente que a los anteriores ordenamientos jurídicos debieran sumarse otros tantos que se les entrecruzan, como el derecho internacional público, privado, el derecho canónico y un muy largo etcétera, claro que dichos ordenamientos rebasan las pretensiones más modestas del presente trabajo.

¹⁶ Cfr. Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

De esta manera, como ha observado José Luis de los Mozos, hoy por hoy resulta enteramente factible la creación de un "sistema europeo de derecho", con tal de que se le construya "como un sistema abierto, tal y como era en la época del derecho común, utilizando el auxilio de la doctrina y de las demás fuentes y autoridades".¹⁷ En las palabras, igualmente sugestivas, de Núñez Paz: "Si los artífices fundamentales del viejo *ius commune* fueron la elaboración de jurisprudencia y la doctrina de los doctores, el actual es también el momento de la doctrina y la jurisprudencia".¹⁸

En definitiva, con esto concluyo: el nuevo ordenamiento jurídico común europeo, que constituye un auténtico *mos europaeus*, parece estar conformando un sistema de derecho europeo abierto, producto de la doctrina y la jurisprudencia, cuyas principales características son, a mi entender: a) la primacía de lo jurídico, b) la superación de la teoría clásica de la división de poderes y su sustitución por la separación de funciones con base en la colaboración, la representatividad y el equilibrio institucional, c) la poliarquía política, el policentrismo jurídico y la pluralidad de fuentes, d) la coexistencia armónica con base en la influencia recíproca entre ordenamientos jurídicos regionales, nacionales y supranacionales, e) la mayor complejidad material y procesal en la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos prácticos, f) el empleo de la legislación como una fuente del derecho más entre muchas otras, con el consecuente auge de la costumbre, pero sobre todo, de la doctrina y de la jurisprudencia, g) el recurso a una argumentación jurídica prudencial hermenéutico-interpretativa, con un fuerte matiz tópico, que viene atemperar los excesos de sistematicidad de la dogmática contemporánea, h) el desarrollo de métodos de hermenéusis jurídica más depurados y sofisticados, i) el aprovechamiento multidisciplinario de la ciencia del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, j) la creciente importancia de los principios jurídicos y k) la

¹⁷ José Luis de los Mozos, "Integración europea: derecho comunitario y derecho común", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, marzo de 1993, p. 224.

¹⁸ María Isabel Núñez Paz, *Derecho romano, derecho común y contratación en el marco de la Unión Europea*, Oviedo, Universidad de Oviedo, 2000, p. 134.

actualización-proyectiva de la tradición jurídica occidental, con sus diversos nutrientes germánicos, romanos, canónicos, medievales y modernos.