

Hacia un derecho común en la Unión Europea

Beatriz Pérez de la Heras

Madrid, Dykinson S.L., 2003

“Guioume desde o primeiro día a idea de crear progresivamente entre os homes de Europa o máis basto interese común xestionado por institucións comúns e democráticas, nas que se delegue soberanía. Esta comunidade estará fundada en institucións que é preciso reforzar pero conscientes de que serán autoridade política. As democracias europeas están hoxe en día por realizar... ¿Expliquei suficientemente que a comunidade que creamos non é un fin en si mesma? As nacións soberanas do pasado deixaron de se-lo marco onde se poden resolver-los problemas do presente. E a propia comunidade non é senón unha etapa cara ás formas de organización do mundo do mañá”.

Jean Monet

Ata o século XVIII os países de Europa central e occidental compartiron unha mesma tradición xurídica, que coñecemos baixo a expresión de dereito común europeo. Foron a súa base o dereito romano e o dereito canónico. Con todo, o desenvolvemento do dereito común en Europa non se construíu tanto sobre a base da recepción do *corpus iuris*, senón da recepción do método científico propio do *ius commune*, é dicir, dos glosadores e, en particular, dos comentaristas, que foron os que incorporaron o estudo dos dereitos locais, os costumes e as prácticas mercantís. O *ius commune*, máis que un sistema normativo de aplicación directa, é un sistema racional, un sistema de conceptos xurídicos. O que sobreviviu do dereito romano “non foron as súas normas, as súas regras, senón

os seus conceptos e as súas institucións¹”, na súa consideración como *ratio scripta*. Neste sentido, Zimmermann sinalou que o *ius commune* lle imprimiu a Europa unha unidade intelectual². O ensino do dereito foi un ensino universal, de conceptos válidos con independencia das fronteiras territoriais. A trasfega de estudantes –pero tamén de profesores– que ían estudar a universidades³ lonxe das súas cidades e dos seus países de orixe só se pode explicar por esta universalidade dos conceptos forxados sobre a base do dereito romano. Coñecido é o caso de Boloña no século XIII, a escola onde acudían estudantes de toda Europa, ó que se lle pode engadi-lo caso das universidades dos Países Baixos no século XVII –especialmente a universidade de Leiden–, a onde concorrían estudantes escoceses e alemáns en número destacado, mentres que os profesores realizaban a súa *peregrinatio académica* de universidade en universidade⁴. Só así se pode comprender que os xuristas foran capaces de desenvolverse en distintos territorios con total naturalidade e sen sentimento de alleamento, que os argumentos de autoridade puideran proceder de calquera nación e que as obras xurídicas foran obxecto de edicións en cidades distintas e afastadas no espacio e no tempo do seu lugar de orixe. Ademais de universal, os conceptos que se elaboraban sobre o dereito romano adquirían un carácter intemporal, como o demostra a publicación de extensas obras sobre institucións sen ningunha significación práctica na época da súa edición. O *ius commune*, deste modo, estableceu os cimentos históricos comúns dos nosos actuais ordenamentos xurídico-civís nacionais⁵.

¹ Luis Díez-Picazo, “El sentido histórico del derecho civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1959, p. 628; Helmut Coing, “Roman law as *ius commune* on the Continent”, *Law Quarterly Review*, 1973, pp. 514-516; O.F. Robinson, T.D. Fergus y W.M. Gordon, *European Legal History*, London-Edinburgh-Dublin, 2000³, pp. 108-109. Por isto, o impacto da recepción do dereito romano en cada país non se manifesta tanto no número de regras en vigor susceptibles de ser reconducidas ós textos romanos, senón na aparición dun sistema xurídico baseado nos conceptos desenvolvidos polos autores do *ius commune* (Alan Watson, *The making of the civil law*, Cambridge, 1981, pp. 9 y 109).

² Reinhard Zimmermann, “Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit”, *Juristenzeitung*, 1992, p. 11.

³ Merece tamén ser destacado o papel fundamental das universidades neste proceso, pois é nelas onde por primeira vez en Occidente o dereito se presenta como unha verdadeira ciencia. Coing sinalou que para a difusión do dereito romano tiveron unha importancia decisiva dous feitos. Por unha parte, que Boloña e as outras escolas de dereito italianas e francesas se converteran en centros dunha investigación xurídica internacional. Por outra, que se tomara o *ius utrumque* como obxecto do ensino e da investigación (Helmut Coing, *Dereito privado europeo* (traducción de Antonio Pérez Martín), I, Madrid, 1996, p. 35).

⁴ Coñecido é, por exemplo, que Hugo Donello, tras fuxir da persecución relixiosa en Francia, aceptou unha cátedra en Leiden; que o italiano Andrea Alciato foi o fundador da escola humanista en Bourges; ou que un século máis tarde Pufendorf deu clases en Suecia. Para algunha destas e para outras referencias, Zimmermann, “O dereito romano-holandés e a súa contribución ó dereito europeo”, en id., *Estudios de derecho privado* (traducción de Antoni Vaquer Aloy), Madrid, 2000, p. 100 ss; Watson, *The making of the civil law*, p. 25 ss.

⁵ Eltjo J.H. Schrage, *Utrumque ius. Eine Einführung in das Studium der Quellen des mittelalterlichen gelehrten Rechts*, Berlin, 1992, p. 10.

Esta tradición xurídica común a toda Europa quebrou co triunfo do movemento codificador a finais do século XVIII. A elaboración dun código en cada un dos estados europeos ó longo dos séculos XVIII e XIX supuxo a nacionalización do dereito civil. O Código civil é tamén un elemento de afirmación do Estado moderno centralizado ou unificado, que se cimenta definitivamente a partir do século XVIII⁶. Unha codificación auspiciada pola autoridade central para todo o Estado axudaba a construír un sentido de identidade política, o que rematou por significar a nacionalización do dereito civil, no sentido de estar este circunscrito ó estudio da lei (o código) de cada Estado, esvaeándose o carácter europeo que caracterizara ó *ius commune*⁷.

No último decenio do século XX, sen embargo, rexurdiu a idea dun dereito común europeo, ligado ó proceso máis amplo de unificación política e de construción dunha identidade europea. O dereito deixa de poder contemplarse como un fenómeno nacional e, de novo, debe situarse nunha dimensión europea. Existe un lexislador europeo. E se, nun primeiro momento, se podía pensar que o alcance tanto dos regulamentos coma das directivas se ía circunscribir ó campo do dereito público, co que a súa transcendencia a nivel de dereito privado, en particular de dereito civil, non sería certamente relevante, e “parecía que a Comunidade Europea se ocupaba tan só de subvencións agrarias e de taxas á importación, que regulaba a penas a forma do asento dos tractores e o tamaño dos cogombros, que unicamente lle preocupaba a competencia entre os fabricantes de pasta e de cervexa”⁸; o certo é que os feitos posteriores viñeron desmentir esta impresión inicial.

⁶ A idea do Código civil como signo de identidade nacional é salientada por Eltjo Schrage, “Das System des neuen niederländischen Zivilgesetzbuches”, *Juristische Blätter*, 1994, p. 501. Así, non é unha particularidade española que desde a Constitución de Cádiz se repetira en cada texto fundamental que o Código civil debía se-lo mesmo para toda España. En Francia, a Constitución francesa do 3 de setembro de 1791 prescribía que “[i]l sera fait un Code des lois civiles communes à tout le Royaume”, e igualmente o art. 85 da posterior constitución xacobina do 24 de xuño de 1793 postulaba que “[l]e code des lois civiles et criminelles est uniforme pour toute la République” (estas e outras referencias en Ettore Dezza, *Lezioni di Storia della codificazione civile*, Torino, 2000², p. 10 ss). Xa Voltaire se lamentara que cando se viaxaba por Francia se cambiaba tantas veces de cabalo como de dereito aplicable (citado por J.-L. Halpérin, *Le Code civil*, Paris, 1996, p. 146).

⁷ Reinhard Zimmermann, “Codification: history and present significance of an idea”, *European Review of Private Law (ERPL)*, 1995, pp. 100-101 e nota 14, e “El legado de Savigny. Historia del derecho, Derecho Comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea”, en id., *Estudios de derecho privado europeo*, pp. 19-21.

⁸ Reinhard Zimmermann, “Civil Code and Civil Law – The «europeanization» of private law within the European Community and the reemergence of a European legal science”, *Columbia Journal of European Law*, 1994/1995, nº 1, p. 68. Coadxuvou a isto, probablemente, o feito de que os tratados constitutivos non lle atribuíran á comunidade de forma explícita ningunha competencia en materia de dereito privado. En efecto, só algúns poucos preceptos do TCE contemplan aspectos iusprivatistas: así, os arts. 44.2.g (que se refire ó cometido da comisión de coordina-las garantías esixidas nos estados membros ás sociedades para protexer tanto os intereses dos socios coma de terceiros), 48.2 (que enumera diversos tipos de

O primeiro feito que rompe co monopolio do lexislador estatal sobre o dereito civil é a promulgación dunha serie de directivas co obxectivo da protección do consumidor e que obrigaron ó lexislador español a promulgar leis para harmoniza-la lexislación española coa normativa comunitaria⁹. A nivel simplemente exemplificativo, pode citarse a Lei 16/1993, do 23 de decembro, de incorporación ó dereito español da Directiva 91/250/CEE, do 14 de maio de 1991, sobre protección xurídica de programas de ordenador, e a Lei 5/1998, do 6 de marzo, de incorporación ó dereito español da Directiva 96/9/CE, do 11 de marzo, de protección xurídica das bases de datos.

Europa atópase nun proceso de construción política que, coas súas enormes dificultades, parece xa irreversible. Non se trata agora de crear un mercado único, soamente. Parece que só é posible acadar unha verdadeira unificación do mercado en Europa –como paso previo á unión política– se as regras xurídicas ás que se deben somete-los operadores non son tamén as mesmas, superando a diversidade de lexislacións internas. Certamente, pode alegarse en contra que os Estados Unidos ou Canadá –ou, nesta nova Europa, Gran Bretaña e España– son estados cun mercado único e, á vez, cunha pluralidade de ordenamentos xurídico-privados no seu interior, pero entón faise necesario crear un sistema unificado de normas de conflito¹⁰. Entre ámbalas opcións, parece preferible a primeira. En efecto, non se comprendería que as grandes decisións políticas foran tomadas por unha instancia supraestatal e que, en cambio, o dereito que hai que aplicarlle á compravenda dun electrodoméstico fora distinto en cada Estado membro, pese á liberdade de circulación de persoas e bens que permite efectuar esa compra naquel país que ó adquirente lle parece máis beneficioso e, pese a que na maioría de estados membros a compra se pagará na mesma moeda. Incluso se afirmou que o dereito dos contratos é un elemento constitutivo para a implantación dun mercado único, pois as partes só se avenen a contratar pola confianza na forza obrigatoria dos contratos e pola posibilidade de obte-

persoas xurídicas), 153 (protección dos consumidores), 222 (o TCE non prexulga o sistema de propiedade de cada estado membro), ou as tarefas máis xenéricas que o art. 95 lle impón ó consello en materia de aproximación dos ordenamentos xurídicos dos estados membros e o art. 95.1 en canto ó funcionamento do mercado interior, e o 293 en relación con estes estados membros.

⁹ Véxase, en xeral, Peter Christian Müller-Graff, “EC Directives as a means of Private law unification”, en Arthur Hartkamp *et al.* (eds.), *Towards a european civil code*, 2ª ed, The Hague/Boston/London, 1998, p. 71 ss; Hans-Werner Eckert, “Europäisierung des Privatrechts. Die Bedeutung der Richtlinien der Europäischen Union für die Schaffung einer einheitlichen Rechtsordnung”, en *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends. Festschrift für Alfred Söllner*, München, 2000, p. 239 ss. Pola súa parte, Jürgen Basedow, “EC Regulation in European Private Law”, in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, detívose en analiza-los regulamentos comunitarios con influencia sobre o dereito privado.

¹⁰ Véxanse as reflexións ó respecto de Hans Jürgen Sonnenberger, “Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts”, *Juristenzeitung*, 1998, pp. 984-985.

la súa execución forzosa¹¹. Engádesse, tamén, que a unificación xurídica en Europa é desexable porque provoca un aumento da seguridade xurídica¹² e unha redución dos custos de transacción¹³. O dereito privado, pois, adquire un carácter esencialmente instrumental¹⁴, en tanto que mecanismo que coaduxa ó proceso de unificación económico e mesmo político. Por conseguinte, razóns económicas e políticas avogan pola elaboración dun Código civil europeo.

O modelo xurídico común que xorde en Europa a partir da segunda metade do século XX é novo porque a unificación ou aproximación á que aboca non é o resultado dunha subordinación imposta a un sistema dominante, senón o froito da convivencia e da coordinación consentidas de tódolos ordenamentos xurídicos en torno a uns principios e tradicións xurídicas comúns.

A orixe deste fenómeno normativo é política, xa que arrinca da cesión parcial e progresiva de soberanía a prol dunha Comunidade de estados, todos situados en pé de igualdade e unidos polo obxectivo último dunha unión política.


O achegamento xurídico que propicia o desenvolvemento da construción europea constitúe un proceso evolutivo aberto, parello ás novas competencias que os estados membros lles van transferindo ás institucións supranacionais. Sen embargo, trátase dun proceso limitado e dosificado, xa que os principios de atribución expresa e de subsidiariedade constitúen precisamente os limiares infranqueables da súa expansión.

¹¹ Jürgen Basedow, "Un droit commun des contrats pour le marché commun", *Revue Internationale de Droit Comparé (RIDC)*, 1998, p. 17. Véxase, ademais, Guido Alpa, "European Community resolutions and the codification of private law", *ERPL*, 2000, p. 327. Tamén destacan a existencia dun argumento económico para a codificación do dereito de obrigas en Europa Ulrich Drobnig, "Europäisches Gesetzbuch – Grunde und Grundgedanken", en Dieter Martiny e Normann Witzleb (ed.), *Auf dem Wege zu einem europäischen Gesetzbuch*, Berlin, 1999, p. 116 ss; Jan Smits, "A European private law as a mixed legal system", *Maastricht Journal of Comparative Law*, 1998, p. 335 ss; Reiner Schulze, "A century of the *Bürgerliches Gesetzbuch*: German legal uniformity and European private law", *Columbia Journal of European Law*, 1999, p. 467.

¹² Danny Busch e Ewoud Hondius, "Ein neues Vertragsrecht für Europa: Die Principles of European Contract Law aus niederländischer Sicht", *ZEuP*, 2001, p. 231 ss.

¹³ Jesús Alfaró Águila-Real, "La unificación del derecho privado en la Unión Europea", *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 1999, nº 5, p. 6.

¹⁴ En concreto, Peter-Christian Müller-Graff, «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 13, sinala que o papel do dereito privado na integración europea é triple: primeiro, como base ou fundamento da integración («Integrationsgrundlagen»); despois, como medio ou instrumento da integración («Integrationsmittel»); para acabar sendo o mesmo obxecto da integración («Integrationsgegenstand»). Este carácter instrumental foi igualmente destacado por Christoph E. Hauschka, «Grundprobleme der Privatrechtfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft», *Juristenzeitung*, 1990, p. 522, por Oliver Remien, «Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts», *Juristenzeitung*, 1992, p. 283. Tamén sinala Guido Alpa, "I principi generali e la realizzazione di una «Comunità Giuridica Europea»: le sperienze italiana e spagnola a confronto", *Rivista di Diritto Civile*, 1996, p. 456, que o dereito se converteu nun instrumento impulsor da integración europea.

En definitiva, a autora conclúe que de forma moi evidente se asiste desde hai uns cantos decenios á emerxencia e á configuración progresiva dun novo dereito común en Europa, de especial intensidade e relevancia no marco da UE. Un novo *ius commune*, coa mesma forza integradora que exerceron no medievo os códigos de Xustiniano e o dereito romano, pero con distinta orixe e significación. 

Juan González Hiltner

Bolseiro de investigación da EGAP