

Integración Europea: Derecho Comunitario y Derecho Común.

José Luis de los Mozos
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

CENTRO
DE DOCUMENTACION
EUROPEA
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID
C/ Librería, s/n - 47002 VALLADOLID

INTRODUCCION

La integración europea requiere, seguramente, para progresar sin traumas un "Derecho común" que no es lo mismo que un "Derecho uniforme" o que un "Derecho único", aunque también sean precisas estas modalidades, pues, de no ser así no podría hablarse siquiera de integración, en modo alguno. Es evidente, por otra parte, que el actual Derecho europeo, o, en sentido más estricto, el Derecho comunitario, aunque "común" a los Estados miembros no constituye un verdadero y propio "Derecho común", como lo fuera durante siglos el viejo "Derecho común" europeo, considerado por muchos como auténtico "*ius europaeum*"¹.

Cierto que éste tiene una significación histórica, pero por lo mismo no deja de tener una significación actual, ya que el Derecho común se halla vivo en la "tradición jurídica", especialmente en el ámbito del Derecho privado, sin la cual es imposible ningún tipo de reflexión jurídica en profundidad, puesto que el conocimiento jurídico se nutre, lo mismo que en otras ciencias del espíritu, más que de la teoría o de la técnica, de un "retorno" constante dentro de su propia tradición². Por ello, al tratar de construir el Derecho de la integración europea no se pueden olvidar las reglas de toda construcción jurídica, más aún cuando se trata de recomponer una "unidad" partiendo de una "diversidad", exi-

gencias que satisface plenamente la "idea" de Derecho común.

Por otra parte, actuar de este modo, implica hallar una confluencia entre la construcción jurídica de la integración europea y la idea de Europa, puesto que se trata de dos ideas inseparables.

Efectivamente, como ya he dicho en otro lugar³, Europa es, aparte de todo, una cultura. Una civilización que, entre otros rasgos, expresa, de forma eminente, una manera de entender la vida social como comunidad de hombres libres, es decir, de personas. Lo que, a pesar de las diferencias, conserva una cierta uniformidad a lo largo de la historia, pudiendo reducirse, en cada momento y a lo largo de los siglos, a unos esquemas ideales de racionalidad que, comprenden, por igual, saberes y creencias. Racionalidad en la que, la cultura europea, encuentra su fuerza y su capacidad expansiva.

Mientras que el Derecho común, que surge como consecuencia de la "recepción del Derecho romano", constituye uno de los elementos fundamentales de la cultura europea, desde el comienzo de su identidad, manteniéndose unido a ella desde el siglo XII al XIX, a través de una serie sucesiva de "renacimientos" o retornos que van jalonando, lo mismo que sucede en otros ámbitos, el fluir de su tradición a lo largo de los tiempos. Fenómeno que, por encima de todo, es de índole cultural y escolástica⁴ y que se halla

vinculado a determinados círculos sapienciales, desde la Edad Media hasta la Escuela histórica, por lo que el Derecho viene dotado de una base racional que pertenece, en todo momento, al verdadero núcleo de la cultura europea.

Sin embargo, al presente, la relación entre la idea de Europa y su Derecho, cobra un significado muy distinto del que pudiera tener lugar en otros momentos de su historia. Por eso al plantear la cuestión, no se trata de sumarse, por un lado, a los muchos que a través de los siglos han contribuido a esclarecer la idea de Europa, dejando constancia de la conciencia europea, intentando hacer un ejercicio histórico y literario, para lo cual, tropezaría con la falta de erudición necesaria, requerida en estos casos⁵. Tampoco se trata, por otro, de hacer una exposición de las principales instituciones que, a lo largo de más de treinta años, han ido surgiendo en lo que podría considerarse el "nuevo" Derecho común europeo, desde los tratados de Roma y de París hasta el de Maastricht, pasando por el Acta Unica Europea, ni tampoco de sus contenidos o de los principios que les animan, cuestiones que dejo gustoso al cuidado de los especialistas. Lo que me interesa son únicamente los fundamentos, en cuanto presupuestos, posibles y necesarios, de este "nuevo orden jurídico" que surge de integración, mucho más importantes que sus consecuencias. Es por eso que se me van los ojos a la idea del viejo Derecho común, más que nada por tratarse, nada menos, que del Derecho común europeo que inspira, casi por completo, la mayoría de las tradiciones jurídicas nacionales, no siendo ajeno del todo a las que se sitúan más allá del Canal de la Mancha. Siendo consciente, por otro lado, de que los recursos técnico-jurídicos hasta ahora desplegados, no son suficientes para hacer posible y duradera la integración, sin que suscite constantes reticencias y peligrosas contramarchas, corriendo el riesgo indudable de que una integración, llevada únicamente por el camino que hasta ahora se ha emprendido, puede acarrear perjuicios irreparables para la continuidad de esa tradición jurídica común. Poner ésto de relieve es lo que me preocupa, tratando de avanzar, por otra parte, en la integración europea, utilizando un camino que me parece no ha sido hasta ahora suficientemente

valorado⁶. Para ello, vamos a desarrollar el tema destacando los aspectos contrapuestos.

1. DERECHO COMUN Y DERECHO EUROPEO

La relación entre Derecho común y Derecho europeo, o, si se prefiere en un sentido más estricto entre Derecho común y Derecho comunitario, a pesar de los tratados de integración, hoy por hoy, es prácticamente inexistente. Pero vayamos por partes.

Bien es cierto que a finales del siglo XX, se podría pensar que el Derecho común ha cumplido ya su misión, al integrarse por medio de las codificaciones, desde fines del siglo XVIII hasta los comienzos del presente, en los distintos Derechos nacionales. Pero ese Derecho común, no integra solamente la tradición jurídica particular de los distintos Estados europeos, aparte de otros componentes que proceden del constitucionalismo moderno, sino que el reconocimiento de su presencia, como eslabón inevitable, es absolutamente necesaria para fundar la realidad de nuestra tradición jurídica⁷ y, en particular, de nuestra tradición jurídica común, como una de las razones fundamentales, en virtud de las cuales, somos europeos.

Efectivamente, el Derecho común, no solamente constituye la base fundamental durante siglos del Derecho de la Europa cristiana, sino también de la tradición jurídica que se ha llamado occidental⁸ que se halla en el origen de la común tradición jurídica europea⁹. No únicamente porque sirva de base a las respectivas tradiciones nacionales, sino en cuanto éstas se aproximan recíprocamente entre sí. De manera que, uno de los caminos para llegar a su confluencia y acercamiento viene constituido por su divulgación y enseñanza¹⁰. Tanto por hallarse en el punto de partida del Derecho comparado o en la racionalización posible del Derecho uniforme, en cuanto caminos que conducen al Derecho único, como por la función armonizadora que un Derecho común puede desempeñar, sin necesidad de suprimir los Derechos particulares.

Esta misión armonizadora del Derecho común, a la que más adelante nos referiremos en

concreto, es la que todavía no ha tenido apenas ocasión de aflorar en la integración europea, aunque cabe imaginar que se hallaba implícita, o de alguna manera presente, en las intenciones y en el pensamiento de los fundadores de la nueva Europa (Adenauer, De Gasperi, Monnet, Schumann, etc.) Por otra parte, no puede admitirse que el Derecho común, tanto en la idea como en los contenidos, quede relegado a un predominante significado histórico, incluido el método de la "*Dogmengeschichte*"¹¹, aunque se reconozca que constituye una parte muy importante del acervo jurídico común de Europa, en el que habría de integrarse, igualmente, la tradición iusnaturalista de la teoría del Estado que se halla en el fundamento del constitucionalismo moderno. Pero lo más significativo es que puesto en contraste con lo que se empieza a llamar el "nuevo" Derecho común europeo (Derecho europeo y Derecho comunitario) se llega fácilmente a la conclusión de que éste tiene muy poco que ver con el viejo "*ius commune*". Esto se pone de relieve, sobre todo, con la decadencia del Derecho comparado y con su infrautilización en la construcción de Europa¹², como ya hace algunos años hacía notar R. David¹³. Ahora bien, sin perder la esperanza de que esa decadencia sea momentánea, el desaliento cunde al comprobar que el "*ius commune*" europeo ha quedado relegado con la aparición del "nuevo" Derecho común, no representando aquél otra cosa, según dice H. Coing, que el "patrimonio de una herencia común"¹⁴. Sin embargo, aunque todavía no lo veamos claro, el patrimonio de una herencia común, ha de servir, lo mismo que entre particulares, como un medio con que afrontar el futuro. Un futuro que ha comenzado con la entrada en vigor del Acta Unica y con el Tratado de Maastricht. No faltando manifestaciones, en este sentido, que nos hacen concebir alguna esperanza: bien promoviendo una renovación global de los planes de estudios de las Facultades de Derecho europeas¹⁵, bien planteando la oportunidad de la unificación del Derecho de contratos¹⁶.

Estas posibilidades, y otras que pudieran plantearse, todavía no las vemos factibles, porque el Derecho comunitario, por ahora, responde únicamente a sus propios y específicos principios, incluso utilizando una técnica y un len-

guaje nuevos, distintos de los usados tradicionalmente por los juristas. Lo que no constituye al afirmarlo ningún género de crítica, sino un nuevo reto. Pero en cualquier caso, se trata sólo de la aplicación de los tratados de las Comunidades europeas y de su ordenación de implantación y desarrollo, con la finalidad de establecer un "mercado único" mediante la integración económica y monetaria, que en muchos aspectos recuerda al desarrollo de la potestad reglamentaria del Derecho interno¹⁷, puesto que los órganos comunitarios no tendrían porque ser mucho más que los órganos de gestión de los tratados que vinculan a los Estados miembros, aunque algunos sean de tan alto nivel como el Consejo. Sin embargo, hay mucho más desde un principio, no sólo en las intenciones y en los propósitos. Lo que queda más al descubierto desde el Acta Unica, y, sobre todo, desde el tratado de Maastricht, en que la integración económica inicia claramente su marcha hacia la integración política que es la que, actualmente, aparece cuestionada, por las disidencias de Dinamarca y del Reino Unido, aunque no falten tampoco reticencias en todas partes. Pero, no obstante, hay instituciones comunitarias, como la Corte de Justicia de Luxemburgo y el mismo Parlamento Europeo, a pesar de que éste no sea un parlamento, en sentido propio, de la Comunidad, que son algo más que órganos de gestión de los tratados, sobre todo por lo que respecta a la primera como vamos a ver enseguida.

Sea como fuere, ante esta situación, ¿cabe aquí volver a clamar como en la Edad Media, con ocasión de la "*renovatio imperii*", por un Derecho común, respondiendo a la idea del "*unum imperium, unum ius*"¹⁸ y que ahora se podría trasladar a la Comunidad Europea?. La contestación tiene que ser afirmativa, a pesar de que este Derecho común tenga todavía un contenido muy particular. Sin embargo, en relación con el mismo cumple esta misión. Pues no hay que olvidar que es un Derecho que no sólo vincula a los Estados, sino también a los particulares, ciudadanos de los Estados miembros y que, por ello, se puede hacer valer ante los Tribunales de Justicia ordinarios y, en última instancia, ante la Corte de Luxemburgo, celoso guardián de la Comunidad. No obstante es un Derecho de

ámbito particular, en cuanto Derecho económico o Derecho administrativo económico, fundamentalmente. Pero, por ello mismo, es de una gran transcendencia social y está demandando una mayor armonización de amplios sectores de los distintos Derechos nacionales que no quedan armonizados sólomente con la aplicación del Derecho comunitario.

2. ARMONIZACION JURIDICA Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMUNITARIO

Después de más de treinta años de la puesta en marcha de las Comunidades Europeas, la armonización jurídica entre los distintos ordenamientos particulares, no es tan intensa como sería de desear, no sólo para iniciar la marcha hacia la integración política, sino ni siquiera para consolidar la integración económica. En este sentido no existen pautas suficientes en el Derecho comunitario, ni en la normativa de los tratados, ni en los que se han comenzado a llamar principios generales del Derecho comunitario, por obra fundamentalmente de la Corte de Luxemburgo¹⁹. Es más, se podría pensar que existe una intención deliberada de eludir esta cuestión, siempre que no venga impuesta por el propio Derecho comunitario, lo cual es propio de la "lógica" del Derecho internacional que le inspira, al menos en principio.

Sin embargo, es obligado profundizar un poco en la cuestión propuesta, haciendo recuento, aunque sea de una manera superficial, del desarrollo de tales principios, ya que no hay modo de comprender mejor una disciplina jurídica que acudiendo a sus propios principios. Para ello vamos a fijarnos en cada uno de los aspectos siguientes:

Un primer núcleo de principios viene constituido por aquellos que se refieren a la integración económica y a la necesidad de adaptación de las legislaciones nacionales a aquellas exigencias. Son los que se han llamado principios "estructurales", según la fórmula clásica del juez Pescatore²⁰ y que engloban a título principal los principios de libre circulación, de no discriminación, de libre concurrencia, de preferencia comu-

nitaria y de unidad de mercado²¹. "La naturaleza económica de estas normas -como se ha observado- conduce a veces a negarles el carácter de principios de Derecho. Sin embargo, el Tribunal (de las Comunidades) ha sacado de reglas que el mismo califica de *principios fundamentales* o de *disposiciones jurídicas fundamentales de la Comunidad*, reconociéndoles llegado el caso un *carácter absoluto*"²². Estos principios, como veremos, pasan a integrar en la mayor parte de los casos, enriqueciendo su acervo, el caudal de los principios del Derecho interno de los Estados.

Un segundo núcleo se extiende hacia una esfera más amplia y general, puesto que la Comunidad Europea, aunque de ámbito limitado y particular, es una "Comunidad de Derecho" (*Rechtsgemeinschaft*), lo que supone que, en la interpretación y aplicación de sus normas, el órgano jurisdiccional hace valer principios que, aún no hallándose en la letra de los tratados, informan el contenido de los mismos por razón del concepto al que pertenecen. En esto hay que ver la verdadera novedad del ordenamiento comunitario, al amparo del art. 164 CEE, según el cual: la Corte de Luxemburgo se halla encargada de asegurar, no el respeto del tratado, sino "el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente tratado". Lo que suministra una base textual firme a la idea de Comunidad en cuanto "Comunidad de Derecho" y, por otra parte, abre la posibilidad de que se ensanchen los principios comunitarios, tomándoles de la cantera inagotable de los principios generales del Derecho. Así sucede con el principio de "seguridad jurídica", o con el principio de "igualdad", en sus variantes de "proporcionalidad" y "transparencia", o con los que derivan de la "tutela judicial" de los derechos surgidos en el espacio comunitario. Ampliándose, en ocasiones, a la protección de otros derechos que al igual que los anteriores, forman parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros²³. Incluso el criterio de valoración podría abrirse hacia puntos de referencia más amplios, a pesar de que la Corte de Justicia de las Comunidades no cuente con una autorización tan amplia, como la contenida en el art. 38.1 c) del Estatuto de la Corte de Justicia Internacional de La Haya que se refiere a "los principios generales de Dere-

cho de las naciones civilizadas”. Tal sucede, cuando por desdoblamiento del principio de “seguridad jurídica”, por ejemplo, en otros sub-principios, se llega a una amplitud parecida, en materia de publicidad, no-retroactividad, necesidad de motivación, exigencia de claridad y de precisión en el derecho, de buena fe y de confianza (“*Vertrauensschutz*”), etc.

Ahora bien, esta integración de los principios generales en una construcción coherente de la “Comunidad de Derecho”, tiene como consecuencia, dado el doble carácter de la Comunidad Europea, que no sólo se imponen a las instituciones comunitarias, sino también a las *autoridades nacionales*, cuando actúen en el terreno comunitario. Así sucede, derivando del principio de igualdad, o también del principio de seguridad jurídica, que se imponga que: “en los ámbitos sometidos al Derecho comunitario, las reglas de Derecho de los Estados miembros deben ser formuladas de manera no equívoca que permita a las personas afectadas conocer sus derechos y obligaciones y las jurisdicciones nacionales competentes para conocer de ellos”²⁴. Por lo mismo que, la obligación de “transparencia”, constitutiva de un principio general de Derecho comunitario “se impone a las autoridades correspondientes en la elaboración del Derecho derivado, descargando sobre las autoridades nacionales, en el ejercicio de su competencia de ejecución, y juega un papel determinante, en particular, en la definición de las exigencias aplicables a la transcripción de las directivas en el orden jurídico nacional”²⁵.

Pero ésto no impide, sin embargo, que algunos de los principios tomados del Derecho internacional o que emanan del Derecho constitucional de los Estados miembros, sean descartados “*ab initio*” cuando constituyan una amenaza potencial para la construcción de un orden jurídico autónomo, o cuando pongan en duda la primacía, dentro de su propio ámbito, del Derecho comunitario²⁶. La misma desconfianza se manifiesta en la manipulación del Derecho comparado, “cuando por esta vía pudieran incorporarse al Derecho comunitario principios procedentes del acervo común de la tradición jurídica, eliminando resueltamente todo automatismo, el juez comunitario opera en efecto una selección

cualitativa, que le conduce a evaluar claramente con plena libertad el grado de “generalidad” de los principios reputados comunes”²⁷. Esto sólo se justifica por la propia “lógica” de imponer y de preservar el “mercado único”, para lo cual, se rechaza todo aquello que sea contrario al orden jurídico comunitario.

Todo ello, produce la sensación de que se ha ido demasiado lejos, sin necesidad, puesto que se está operando una integración jurídica que será siempre limitada, incluso para conseguir una efectiva integración económica, mientras no tenga en cuenta la común tradición europea. Lo que resulta mucho más preocupante, en un momento de profunda crisis económica que puede llegar a frustrar la propia integración en tal sentido, alejando por mucho tiempo los sueños y esperanzas de una unión más amplia y duradera. Probablemente, no hay otro medio de operar, si se quiere proceder con un mínimo de coherencia y es indudable que, por este camino, se han alcanzado resultados muy brillantes, pero es incuestionable que hay que abrir otros caminos si se quiere avanzar en la integración, o, por lo menos, si se quiere consolidar lo conseguido. Efectivamente, este tipo de integración sectorial, rigurosamente efectuada, no siempre facilita las demás formas -posibles y necesarias- de integración, sino que suscita desconfianza, como se ha puesto de relieve con motivo de la ratificación del Tratado de Maastricht.

A este respecto son muchas las voces que se han alzado, en todas partes, para expresar esta desconfianza. A algunos les preocupa lo que se ha llamado el “déficit democrático”. Otros se muestran celosos con la “reserva de soberanía” o con la “dimensión social” de la integración. Personalmente, a mi lo que más me preocupa, sin dejar de reconocer toda la importancia de los anteriores puntos de vista, no es tanto que la Comunidad Europea sea verdaderamente una “Comunidad de Derecho” (o una “Comunidad justa”) que ya lo es dentro de su ámbito, como hemos visto, sino la “calidad misma” de ese Derecho, cuya rigurosa entidad no pongo en duda, por otra parte, desde un punto de vista racional, referido a la “lógica” de los tratados. Pero me parece que hace falta, también, menos “eurocracia”, menos “judicialismo” y más Dere-

cho comparado. En una palabra, menos integración unilateral, desde la lógica mencionada y más integración horizontal, en conexión con el resto del ordenamiento jurídico de los Estados miembros, especialmente por lo que se refiere al Derecho privado.

3. BALANCE DE RESULTADOS Y APERTURA DE NUEVOS CAMINOS: LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMPARADO

El déficit de la Comunidad Europea, no sólo es un déficit democrático que provoca deficiencias normativas, en muy diversos sentidos, sobre todo si se quiere avanzar en la integración. Lo que tiene lugar, no sólo por una falta de "auctoritas", sino por carencia de "veritas", al producirse en un ámbito limitado pero con evidente detrimento del conjunto. Lo que determina que la "lógica" del mercado contribuye a erosionar los sistemas del Derecho privado patrimonial y el acervo de su patrimonio común. Por lo que, no se entiende cómo se puede avanzar por este camino hacia la integración europea.

Antes me he referido al exceso de "judicialismo". Pero naturalmente uno no puede quedarse indiferente, cuando la Corte de Luxemburgo proclama paladinamente que el principio de reciprocidad en la ejecución de las obligaciones convencionales, es incompatible con la lógica propia del orden jurídico comunitario²⁸. No parece sino que el quehacer jurídico se ha sumido en la confusión de la Torre de Babel, en un momento en que los objetivos y propósitos de las diferentes disciplinas jurídicas parecen desconocerse recíprocamente, dando la sensación que donde termina el conocimiento de la especialidad, comienza la "aequitas cerebrina" o la "lógica matemática", en el mejor de los casos. ¿Dónde queda el canon hermeneútico de la totalidad en un ordenamiento de integración, cuando éste excluye los criterios pre-existentes para esa integración?²⁹. Bien es cierto que se dirá que se trata de una integración particular, cierto. Pero lo uno, no tiene porqué cerrar el camino a lo otro. Lo que llevaría a adquirir conciencia de la limitación del propio argumento, no a la abso-

lutización del mismo. Pero esta manera de proceder es propia del "judicialismo" denunciado que es, por lo demás, una manera evidente de "primitivismo jurídico", propio del llamado "sistema judicial" angloamericano que, en este caso, ha influido en el Derecho comunitario, a través de la tradición anglosajona del Derecho internacional, universalmente predominante a partir del siglo XIX. Por ello, curiosamente, la solución material que prevalece se halla bastante de acuerdo con el sistema del "Common Law" que todavía se halla en trance de descubrir el "contrato" como categoría jurídica³⁰. Algo parecido sucede, en otro orden de cosas, con la llamada "justicia constitucional" en el Derecho interno de los Estados, que aunque ha servido eficazmente para la consolidación de los "derechos fundamentales" en la vida jurídica de sus pueblos, en ocasiones, provoca lamentables destrozos en derechos y categorías jurídicas que se hallan igualmente reconocidos y amparados por el Estado de Derecho³¹, todo ello, como consecuencia del maximalismo en la aplicación de los principios constitucionales, como se ha denunciado autorizadamente³².

Pero volviendo a nuestro tema, para denunciar un defecto que podemos llamar estructural del Derecho comunitario, vamos a fijarnos en dos ejemplos importantes que ponen claramente de relieve la necesidad de una "armonización" posible y deseable para consolidar la integración económica y para proyectarla hacia otras metas más ambiciosas.

El primero se refiere a una cuestión concreta de la política comunitaria, a la política agraria comunitaria (P.A.C.) y a la evolución del Derecho agrario europeo. Un ámbito donde los principios del Derecho comunitario pasan a informar, necesariamente y casi en su totalidad, por razón de la materia, los principios del Derecho agrario de los distintos Estados miembros, aunque éste tenga matices diferenciales que ahora no son del caso³³. Pero, antes de nada, hagamos un poco de historia. El Derecho agrario surge como disciplina autónoma, en cuanto "ius proprium" de la agricultura, en los años veinte y treinta del presente siglo, aunque no haya alcanzado más que en Italia "autonomía didáctica", pero no por ello deja de reconocérsele autono-

mía científica en todas partes. En este sentido, a partir de entonces, viene a reconocérsele como un “nuevo” Derecho común europeo, muy influido en su origen por el llamado “Derecho social”, aunque orientándose a partir de los años cincuenta y sesenta definitivamente hacia el “Derecho económico”³⁴, proceso que acentúa el Derecho comunitario.

Pero lo interesante es ver cómo se ha producido esta relación, entre Derecho agrario y Derecho comunitario, en la línea que especialmente nos preocupa. A punto de iniciarse, no deja de ser interesante dejar constancia de cómo se la imaginaba G. Bolla, uno de los eminentes fundadores del Derecho agrario moderno. Para el maestro, en un memorable trabajo de 1958 que constituyó su relación general al “V Congreso de Derecho comparado”, celebrado en Bruselas³⁵: “el problema de la aproximación de las legislaciones agrarias está destinado a crear un sistema regulador de los asuntos agrícolas en el marco de una Comunidad orgánica de Estados que, teniendo en cuenta las experiencias históricas, se proyecte hacia el porvenir...”³⁶. Pero, como sabemos, no se ha seguido el cauce que cabía imaginar, es decir, no se ha ido por el camino del Derecho comparado, a pesar de los arts. 3 h³⁷) y 100³⁸ del Tratado de Roma, predominando única y exclusivamente la lógica de la “unidad de mercado”, en esta materia, los arts. 38 y siguientes del mismo³⁹. Lo que se ha acentuado con el cambio de orientación de la P.A.C. a partir de 1985⁴⁰.

El cambio ha sido tan profundo, tanto en la política de precios y mercados, como en la reforma de estructuras, o en la reordenación del sector que la relación entre Derecho agrario, como derecho especial y Derecho civil, como Derecho común, ha cambiado radicalmente. Pensemos en las jubilaciones anticipadas de los agricultores, en la “retirada de tierras” del cultivo, o en la asignación de “cuotas” de producción, como consecuencia de su racionalización, que han alterado por completo el esquema de los contratos agrarios⁴¹ o de la estructura de la explotación agrícola. Pero curiosamente, en estas materias, en que el desarrollo de la política comunitaria y de su normativa, reglamentos y directivas, es francamente positiva y del todo coherente con los objetivos que persigue, en

cambio, sus normas de aplicación de desarrollo, por parte de los Estados miembros, aparte de que son divergentes entre sí, llegando a soluciones contradictorias (p.ej., en materia de “cuotas”, unas legislaciones dan preferencia al propietario, mientras que otras se la conceden al arrendatario, o las retiene la Administración agraria, cuando, en todo caso, corresponden en principio a la explotación); mientras que, en otros supuestos tratan de alterar, aunque no siempre consiguiéndolo, nada menos que las condiciones de aplicación del Derecho comunitario. Con lo que se producen los efectos contrarios a los queridos por los tratados de integración, dando lugar en ámbitos muy extensos de la aplicación de esta legislación, dada la superioridad del Derecho comunitario, a una verdadera deslegalización de la materia, acentuando por otra parte las diferencias regionales, como pasa en Italia con los contratos agrarios, y un poco también en España y en otras partes.

Sin embargo, en estos casos en que el Derecho comunitario impone una solución de derecho comparado, tampoco se utiliza: No hay que olvidar que la derogación o reforma de una legislación obsoleta, en varios Estados, tendría por igual su apoyo en el método del Derecho comparado. Pero, en este caso, no podemos hablar por igual de “déficit democrático” de la Comunidad Europea, sino de falta de seriedad, por no calificarlo de otro modo, de los Estados miembros. Lo que demuestra que hay algo que no funciona bien.

El fenómeno contrario tiene lugar a la inversa, cuando se piensa en la necesidad y en la conveniencia de unificar el Derecho de contratos que contrariamente a lo que sucede con el primero, este segundo, es totalmente ajeno a la política comunitaria, aunque incide sobre el mismo, mucho más que lo que fuera de desear. Mientras que, por otra parte, la unificación del Derecho de contratos suministraría una base muy sólida a la integración. Efectivamente, como sabemos, el Acta Unica europea de 1986, establece la creación de un “mercado interior” lo que supone “un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de este Tratado”.

Ante este planteamiento, y sin tener en cuenta que ésto ha pasado a ser objeto de un amplio desarrollo en los títulos I y II del Tratado de Maastricht, la cuestión a resolver es si ¿puede haber un mercado interior único sin que por lo menos se haya unificado el Derecho de contratos?. Mi contestación, ya formulada anteriormente en la reunión de Pavía en 1990, y coincidente con la de otros juristas europeos⁴², es que me parece que no será posible, añadiendo ahora, que para lograrlo, no hay más remedio que acudir al Derecho comparado. Es más, diría que hay que tratar de hacerlo, única y exclusivamente, desde esta perspectiva ya que, de lo contrario, llegaremos a un grado de integración que dejaría de ser europea, en su espíritu y en su tradición: una simple integración *por transformación*. Algo que probablemente no es querido por nadie, aunque si no se tiene una clara conciencia de ello, y, si no se pone remedio, oportunamente, va a llegar, en mayor o menor grado, con independencia de la suerte que corra el Tratado de Maastricht, a través de los principios del Derecho comunitario y, con olvido, como hasta ahora, de los principios de la "tradición jurídica" que constituyen el verdadero punto de apoyo de la técnica del Derecho comparado.

Pero no nos engañemos al respecto, los tratados de la integración europea, desde el Tratado de Roma (CEE), hasta el de Maastricht, pasando por el Acta Unica, se han desentendido del Derecho comparado, incluso la fórmula utilizada en los arts. 3 h) y 100 del primero de ellos, de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, mantenida en el segundo de los preceptos citados a través de las respectivas redacciones ulteriores, aunque con algunas variaciones sin importancia, se refiere únicamente a todo lo relativo al "establecimiento y funcionamiento del mercado interior" (Acta Unica y Tratado de Maastricht). Por ello, mientras los publicistas disputan sobre si se ha ido demasiado lejos con el Tratado de Maastricht, o sobre si la Comunidad Europea responde o no, en este último, a una estructura federal, u otras cuestiones por el estilo⁴³, todas ellas muy dignas de tener en cuenta, los privatistas, debemos de empeñarnos en introducir, como sea, el Derecho comparado europeo, en el Derecho comunitario.

4. LA UNIFICACION DEL DERECHO DE CONTRATOS COMO PARADIGMA DEL RECURSO AL DERECHO COMPARADO

El profesor G. Gandolfi, promotor de un interesante programa para la unificación del Derecho de contratos, en el que me encuentro personalmente comprometido, y que está teniendo un importante eco en la civilística europea⁴⁴, pone de relieve que si hemos de llegar a esta unificación, hay que hacerlo de la mejor manera posible, marcando las pautas a seguir, aunque sean otras sus palabras⁴⁵, para no perjudicar con ello de alguna manera las relaciones entre los países comunitarios y para evitar que se trastoque, añadiría por mi cuenta, de modo innecesario, la tradición jurídica común. Idea que no creo sea extraña a su propio pensamiento, sino todo lo contrario.

Como dice el ilustre comparatista citado, "es cierto que las autoridades comunitarias y nacionales parecen convencidas de que la persistencia de una pluralidad de disposiciones nacionales sería un obstáculo a la libre circulación en el seno del *mercado interior*. En esto la doctrina se ha desentendido de la intensificación progresiva de la actividad *euronormativa* y, sobre todo, de lo que se llama la "*nouvelle approche*" destinada a hacer posible la concreción de los objetivos fijados en el *Acta Unica*"⁴⁶.

No obstante, la Comunidad ya se había anticipado a garantizar la uniformidad normativa en una serie de figuras contractuales que se hallan estrechamente ligadas al funcionamiento del mercado interior, como es el caso de los contratos de transporte, seguros, agencia y representación comercial. Pero lo ocurrido a propósito de este último es muy sintomático⁴⁷. Por otra parte, "a la luz del esfuerzo global que la comunidad ha realizado y que continúa realizando -sigue diciendo G. Gandolfi- con la "*nouvelle approche*", se constata que entre directivas y reglamentos se han promulgado más de veinte mil actos. A este respecto no se duda en hablar de *gigantismo* normativo (expresión utilizada por B. Oppetit en uno de sus recientes ensayos polémicos)⁴⁸, lo que no hace más que traer problemas al hombre de leyes. Sobre todo, entre otras razones, por el

carácter que asumen las más recientes intervenciones a causa de la adopción de nociones que proceden más del mundo de los tecnócratas que del mundo de los juristas. Para estos últimos, una pluralidad de soluciones, insuficientemente coordinadas, no descansando en un único substrato jurídico-conceptual, puede ser origen de graves confusiones, por lo menos en los países continentales⁴⁹.

La necesidad, pues, de reglas claras parece evidente⁵⁰, huyendo por otra parte de un acelerado proceso de "vulgarización" en el más propio de los sentidos. Por ello, me he pronunciado, desde el primer momento, en favor de la unificación, siendo deseable no sólo del Derecho de contratos, sino también del Derecho de obligaciones y contratos y de los derechos reales, por tratar de volver, de este modo, al "*ius rerum*" de las Institutas. Pero naturalmente no hago de ello una cuestión de gabinete y me conformaría, muy mucho, con la unificación del Derecho de contratos, como punto de partida. Este modo de pensar cuenta, ya inicialmente, con bastantes partidarios en la civilística europea⁵¹ y cabe esperar que el número vaya creciendo progresivamente.

Por otra parte, no cabe duda que aún existiendo procedimientos indirectos de unificación que vienen propiciados por el comercio internacional, y de derivan de los contratos y no de las leyes o reglamentos, dando lugar a una prevención de efectos, como en la llamada "jurisprudencia cautelar" ("*Kautelarjurisprudenz*"), o como la sumisión al arbitraje, o como las reglas uniformes de grupos de empresas que dan lugar a los "contratos-tipo"; todos ellos son insuficientes. Lo mismo sucede con el "*Restatement*" americano⁵² que tiene sentido dentro de un sistema de "*Common Law*", como pone de relieve O. Lando⁵³. Por lo que se refiere a esa creatividad que surge espontáneamente en el "*droit des affaires*", sin intervención legal, hay que observar que tales reglamentaciones convencionales adolecen de un defecto común: el estar fuertemente influenciadas por los sistemas jurídicos donde han sido elaboradas, no sirviendo, como ha observado A. Tunc, a propósito de los "contratos-tipo", en una perspectiva de unificación del Derecho: siendo ilusorio pensar instaurar por

esta vía una reglamentación común, ni siquiera a nivel de cada sector económico⁵⁴. Por eso, no tenemos inconveniente en concluir esta apresurada referencia a las diversas opiniones doctrinales, expuestas en la reunión de Pavía, remitiéndonos a la terminante apreciación de A. Trabucchi que afirma que, un mercado único requiere un *sistema único* que le discipline⁵⁵.

Para conseguirlo, aunque el medio concreto de llevarlo a cabo corresponde a los especialistas, no me parece que haya que modificar ningún tratado, pues, la Comunidad tiene medios suficientes para hacerlo, dentro del marco de sus competencias, bastará con que sus órganos responsables abandonen la mentalidad de los tecnócratas y adquieran la mentalidad de los juristas. Estando atentos al parecer de la doctrina que, sin duda, tiene muchas cosas que decir en un tema como éste y donde la solución tiene que venir, como ya preconizaba E. Rabel, por la vía del Derecho comparado⁵⁶. Un Derecho comparado que no se puede construir horizontalmente, sino tomando como punto de referencia la tradición jurídica común.

De esta manera el "nuevo" Derecho común de Europa, sin necesidad de perder rigor para alcanzar y preservar la "unidad de mercado", adquirirá nuevos horizontes, mucho más amplios, al hacer suyo el caudal de la experiencia jurídica que forma parte de la Europa de la cultura. Incluso de esta manera las posibilidades de llegar a un acuerdo son mucho mayores, infinitamente mayores, despejando además muchas de las reticencias y de las desconfianzas que suscita avanzar en la integración europea. Querida y deseada, a pesar de todo, mayoritariamente, pero no a cualquier precio. Es más, en la reunión de Pavía, se propuso con éxito una fórmula que entra de lleno en esta línea: tomar como punto de referencia un Código civil europeo que representará la expresión más acabada, rigurosamente hablando, de esa tradición europea en materia de obligaciones y contratos y que no puede ser otro que el "*Codice civile italiano*" de 1942. Tanto por ser un Código general de Derecho privado, como por situarse en la línea del *Code civil* francés, habiendo acogido el Pandectismo que le aproxima al "*Bürgerliches Gesetzbuch*" alemán y alcanzando en el plano de la dogmática un