

LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL DERECHO COMUNITARIO

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

Hoy por hoy, en el campo jurídico por encima de los Estados no existe más derecho positivo humano que las costumbres constitutivas del derecho de gentes, o el dimanante de los tratados internacionales, sin perjuicio de las normas no positivas dimanantes del orden de las cosas, comenzando por los principios del derecho de gentes.

Ahora bien, los tratados internacionales pueden generar comunidades de mayor o menor intensidad. Sin duda, en el momento actual la comunidad supraestatal más coherente que existe es la Comunidad Europea, que, de comunidad económica constituida en mercado común, ha pasado a ser, mediante sucesivos tratados, una verdadera comunidad política y jurídica supraestatal, capaz de general normas de derecho positivo, con valor obligatorio, y decisiones administrativas y judiciales que se imponen a los Estados que la componen.

En la cúspide del consiguiente derecho comunitario se hallan los tratados constituyentes y constitucionales de la misma, que instituyen su derecho positivo primario, base de la que deriva el dimanante de los órganos de la comunidad (1).

(1) Cfr. Manuel DIEZ DE VELASCO, *Aspectos institucionales de las comunidades europeas y naturaleza de su ordenamiento jurídico*, I, Semana de cuestiones internacionales, Zaragoza, Cátedra Alfonso V de Aragón, Institución "Fernando el Católico" (C.S.I.C.) s.f. 194.

En su ingreso como miembro honorario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ante el Pleno de numerarios de la misma, Romano Prodi pronunció, una comunicación (2), en la cual evoca poéticamente la matriz cultural de la formación de Europa, separada de Asia hace veinticinco siglos, en una franja en un extremo del mar Mediterráneo, en el antiguo Helesponto. Al concluir su comunicación insiste en «la necesidad de proceder a una profundización de la integración de las instituciones y de las políticas de la Unión Europea», y a la ampliación de las propias fronteras, tarea que, a su entender, se halla «inscrita en el código genético de la Unión Europea». Por lo cual, le parece «perfectamente natural acoger a países que, después de una forzada separación, aspiran a reunirse en un cauce común de culturas, de compromisos políticos y de desarrollo económico». Pero, estima que ese «desplazamiento hacia el Este de las fronteras europeas no debe conllevar una pérdida en el equilibrio, asegurado por un centro de gravedad en el que el componente mediterráneo es desde siempre fundamental. Es preciso, por consiguiente, preservar y aumentar aquellos vínculos históricos, económicos y culturales que nos unen a la orilla del sur» [...]. «La asociación se configura, por tanto, no sólo como una red de acuerdos que, por lo demás, ya han desembocado en los de diversos países en la Unión Europea. Hay que contemplarlo más bien como un escenario en el cual hay que ir preparando los instrumentos para nuevas y más ambiciosas relaciones» (3).

Entre los orígenes míticos de Europa, evocados por Prodi, y la Unión Europea, existen otros antecedentes que por caminos distintos ya buscaron cierta unidad de Europa, unos política y otros jurídica.

El *Imperium romanum* —explica Koschaker— (4) fue un imperio Mediterráneo, por eso, el Mar Mediterráneo es, para

(2) Romano PRODI, *Los países mediterráneos y la Unión Europea*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 25 noviembre 1997, pp. 8 y ss.

(3) *Ibid.*, pp. 17 y ss.

(4) Paul KOSCHAKER, *Europa y el derecho romano*, cap. II; cfr. en castellano, Madrid, Ed. Rev. Dcr. Priv. 1955, pp. 27 y ss.

los escritores romanos de la época más floreciente, *mare internum*, *mare nostrum*, sin que, perdiera este carácter con la conquista de las Galias, de Britania y, después, de Germania hasta las fronteras del Rin y del Danubio. Los hechos concurrentes de que, desde el año 476, no hubiera *imperator* romano occidental y de que amplias zonas del que fue de Occidente se hallara en poder de germanos, tampoco le privaron de este carácter; pues, la tradición, coloreada por el Cristianismo, mantuvo el *substratum* ideológico de este Imperio.

Este —sigue el mismo autor— (5) se mantuvo desde el siglo v al viii. Durante ellos, el imperio mediterráneo, sometido entonces a los emperadores romano-orientales, seguía siendo una realidad; y no cabe menospreciar el poderío cultural del influjo de éstos, que se incrementaría fuertemente a fines del siglo v. El ostrogodo Teodorico, el año 488, conquistó Italia cumpliendo el mandato del emperador Zenón. Y, en tiempo de Justiniano, los bizantinos no sólo aniquilan a los vándalos, en África, y a los ostrogodos, en Italia, sino que ocupan el sudeste de España, considerándola como provincia «recuperada». Por otra parte, los reyes germanos, asentados en territorios de Occidente, eran reyes de sus pueblos, pero, con excepción de los longobardos —últimos conquistadores de Italia y arrianos enemigos del papa— eran *foederati* de Roma o de Bizancio.

Es a partir del año 634 cuando comienza el fin del Imperio romano mediterráneo, cuando el Islam conquista Siria, se apodera sucesivamente de Egipto (639-641), de la costa norte de África (697-711), de Sicilia e Italia meridional, invade España, atraviesa el Pirineo y llega al sur de Francia, donde en Tours y Poitiers (723) es derrotado por el rey de los francos Carlos Martel. Luego Sicilia e Italia meridional serían conquistadas por los normandos.

Las consecuencias de estos sucesos fueron la destrucción del poderío marítimo del Imperio bizantino, del imperio mundial de Roma y de la cultura mediterránea. El desplazamiento de la influencia de Bizancio hacia oriente, hizo comprender al

(5) *Ibid.*, pp. 33 y ss.

Papa que el imperio bizantino ya no estaba en condiciones de protegerle, decidiéndole a desligarse de él y buscar una protección más eficaz en Occidente, en el Imperio de Carlo Magno —aniquilador de los longobardos—.

Alcuino de York fue quien, en la corte carolingia, percibió que ese *imperium* naciente tenía, con el bizantino, la nota común de la fe cristiana; y, por eso, concibió la idea de un *imperium christianum*.

Es de notar, aún, que Bizancio jamás concedió de buen grado este título y, por eso, Carlomagno lo tomó de manos del papa, representante de la romanidad a la cual era casi conatural el *imperium*. Además, el papa era la única autoridad que podía dar al nuevo emperador la consagración romano-eclésiástica que los tiempos exigían.

Este fue el origen de la *Cristiandad* medieval, que en los siglos anteriores de la Alta Edad Media, tratando de mitigar las luchas feudales, con las *tregua et pace domini* durante ciertos días y en ciertos lugares (iglesias, mercados), y con las asambleas de paz y tregua, mixtas de eclesiásticos y grandes señores feudales.

Hace unos años, con referencia a Cataluña, me ocupé de esas asambleas, órganos de la *pau i treva* desde comienzos del siglo xi (6). Por otra parte, la penetración del espíritu cristiano en los estudios del *trivium* y el *quadrivium*, en las escuelas de artes liberales, dió sus frutos ya en el largo crepúsculo vespertino del Alta Edad Media, y en el no menos largo auroral precursor del nuevo día de la Baja Edad Media. Tales frutos son (7).

a) El sentido de la «universalidad» en aquella Europa desmenuzada. La Europa romano-cristiana altomedieval constituye —explica Calasso— (8) «una gran unidad espiritual, en la cual las

(6) *Reflexiones sobre Cataluña*, 22, Barcelona, Fundación Caja Barcelona, 1989, pp. 52 y s.

(7) Cfr. mi volumen *La ciencia del derecho a lo largo de su historia* 14, Madrid, Fundación Cultural del Notariado 2002, pp. 89-93.

(8) FRANCESCO CALASSO, *Medio-evo del diritto*, Milán, Guiffrè 1954, I, cap. IX, 40, pp. 326 y ss.

diferencias étnicas y políticas se disuelven: la cultura latina, que impera en todos los ángulos de esta Europa, y la fe cristiana, que la transfigura, son las grandes fuerzas animadoras, de las cuales es vano analizar lo que es propiamente romano y lo aportado por el cristianismo, porque la cultura latina no es pensable sin la fe cristiana y viceversa[...]Este universalismo es reflejado nitidamente en la cultura de la Europa romano-cristiana, del mismo modo que su unidad espiritual resulta bien significada con el nombre *Romania*, que bastaba para designarla y la contraponía a todo aquello que no fuese *romanus*, como un bloque sólido, unificado, que era despreciativamente calificado con la designación de *barbaries*.

b) La aportación efectuada a una terminología jurídica común a partir de San Isidoro de Sevilla en sus *Etimologías*.

c) La *suppositio* del derecho a la ética —observable en la propia *Expositio ad Liberum Papiensem* y en otras obras de autores de la misma época— que iba ligada a la idea de la subordinación de la vida terrenal a la celestial, considerada como única *ratio* que gobierna los ordenamientos jurídicos y éticos, resultaría de gran importancia porque excluía entre ellos toda posibilidad de disenso, ante el supremo fin común. Ahí tenemos un anticipo del encaje que después se efectuaría entre las normas del *ius civile* y del *ius canonicum*.

d) La perspectiva de esta *suppositio* facilitaría que, como corrección de las *leyes* positivas, se recurriese a la equidad. Ya San Isidoro de Sevilla equiparaba lo equitativo con lo natural, como nunca injusto (9). Cita Calasso (10) algunos textos de las *Capitulares* del reino franco y otro de un concilio carolingio, que emplean las endiadas *iustitia et aequitas*, *veritas et aequitas*, *aequitas et ratio*, y recoge la noticia que facilita Incmaro de Reims del *iudicium aequitatis*, en virtud del cual se sometía *ad aequitatis tramitem* lo *perverse iudicatae*. Se trataba de un juicio de equidad en el cual, basándose en la *iniustitia* de aquello que se había juzgado inicualemente conforme normas

(9) SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías* X, 4, 2, *in fine*.

(10) CALASSO, *op. y cap. ult. cit.*, 45, pp. 334 y ss.

contenidas en las *leyes mundanae*, se revisaba o bien se moderaba una crueldad judicialmente fallada que no respondiera a la *christiandonitatis rectitudo vel santa auctoritas*. De modo tal que, según concluye Calasso, el supremo tribunal carolingio «rendía la más alta justicia a los pueblos del Imperio, armonizando la *lex saeculi* con la *iustitia Dei*. La *aequitas* era esta armonía».

e) Finalmente, otro anticipo, que no llegaría a fructificar plenamente sino en la escuela de los comentaristas, consistió en recurrir a los textos romanos para la interpretación de los diversos derechos peculiares. Subsidio que ya se había utilizado para explicar y completar varios derechos bárbaros; pero que alcanzó verdadera importancia en la interpretación de las leyes longobardas (11).

En el siglo XII, en Bolonia los glosadores habían asumido la idea de que el *Imperium romanum* no había caducado sino que pervivía en el imperio cristiano de Occidente, por lo cual el derecho de éste no podía ni debía ser otro que el derecho romano. Como explica Koschaker (12): «Sólo había un *Imperium*, y, por tanto, un solo derecho, el romano, debía regir en él. *Unum esse ius, cum unum sit Imperium*, se afirmó en las *Quaestiones de iuris subtilitatis*, obra que, si bien no debemos atribuir a Irnerio, pertenece con toda seguridad a la época de los glosadores. El derecho romano representa de este modo la universalidad del imperio».

Agotada la escuela de los glosadores, las nuevas circunstancias políticas, culturales y jurídicas, originaron el nacimiento de la escuela de los comentaristas.

El hecho político consistió en la reivindicación por los reyes y príncipes de su independencia respecto del emperador germánico, lo que significaba la supremacía del derecho propio sobre el romano considerado como *ius commune* (13).

(11) Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 9, pp. 62-63 y 68 y s.

(12) KOSCHAKER, cap. ult. cit., pp. 119 y ss.

(13) Cfr. mi *Metodología de la determinación del derecho*, I *Perspectiva histórica*, 85, a, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces, 1994, pp. 224 y s.

El hecho cultural fue la recepción del realismo metódico aristotélico, cristianizado por San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, que comportaría una renovación en el estudio del derecho romano, adecuándolo a las nuevas realidades vividas de conformidad a la *rerum natura* y la *natura rei*, captadas con *sensum naturalis*, *naturalis ratio* y *aequitas* realista (14).

Y el hecho jurídico, junto con la reivindicación del *ius proprium* —consuetudinario, municipal y territorial—, consistió en la estimación del derecho romano como *bona ratio*, *buena razón*, *bona ratio* y, como tal, su consideración, junto con el derecho canónico, como *razón escrita*, lo cual no sólo conllevaría su aplicación subsidiaria, sino su función interpretativa, explicativa de los hechos e intelectual del derecho propio escrito (15). Científicamente llevó a la formación, en su crisol, de los dogmas del derecho moderno (16).

No romperían, durante varios siglos, esta unidad jurídica los impactos del voluntarismo y el nominalismo, que facilitarían la rebelión contra el *mos italicus* —practicado por *comentatori* y *consiliatori*— de los seguidores del denominado más tarde *mos gallicus*, ni tampoco la paralela aparición del humanismo, que facilitarían el paso a la formación de la escuela racionalista del denominado derecho natural y de gentes. Tanto menos se rompería esa unidad porque muchos romanistas cultos seguían utilizando el *mos italicus* y otros formarían en las filas de la escuela del derecho natural y de gentes (17). La imprenta, juntamente con el hecho de que el latín era la lengua común de los juristas, facilitó la comunidad de derecho de esos pueblos de Europa continental, sin perjuicio de que se respetaran todas sus peculiaridades.

(14) Cfr. mi *op. últ. cit.*, I) *Parte sistemática*, 21, Madrid, Centro Cultural Ramón Areces-Consejo General del Notariado, 1996, pp. 115-118.

(15) Cfr. *Parte sistemática*, 107-189, pp. 557-577.

(16) Cfr. Emilio Bussì, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritto reali e di obbligazione)*, Padova, Cedam, 1937; así como mi resumen en *La ciencia del derecho a lo largo de...* 27-39, pp. 148-174, y mi contribución, con referencia al derecho de familia y el de sucesiones, 33-37, pp. 174-192.

(17) Cfr. *La ciencia del derecho a lo largo de su historia*, 38, pp. 195-205.

Por eso, ha podido decir Joan Martí Miralles (18) que, en aquella época, «no producía ni podía producir suspicacia alguna que la opinión de un jurisconsulto napolitano, por ejemplo, se invocase como una autoridad ante un tribunal portugués, o que otro jurisconsulto que dictaminaba en alguna región de Francia, recibiese el acatamiento debido a su opinión en algún tribunal de Holanda, pongo por caso, y que se citasen en Cataluña las opiniones de un Covarruvias, o bien en Nápoles las de un Barbosa, y en Venecia las de Fontanella». Sólo el abandono del latín y las codificaciones rompieron esa unidad jurídica del fondo común.

Al lado del mantenimiento no interrumpido hasta el siglo XVIII de esa comunidad jurídica, y, por un camino netamente distinto, desde fines del siglo XV y a lo largo del XVI, se va produciendo otro fenómeno que recuerda A. Truyol (19): «Políticamente, Europa se configura como un conjunto de Estados yuxtapuestos [por afirmar su independencia del Papado y del Imperio, instancias que en la estructura jerárquica piramidal de la Cristiandad, constituían, con vocación de universalidad, el poder supremo en lo espiritual y lo temporal, respectivamente], jurídicamente iguales que no reconocen superior. Pero este conjunto, por la tradición de la doctrina común que conserva, se convierte, después de la paz de Westfalia (1648), en «un sistema de Estados», regulado en lo jurídico por el «derecho público europeo» o «derecho de gentes europeo» (matriz de la que a partir de J. Bentham se llamaría derecho internacional), y, en lo político, por el equilibrio del poder, el *balance of power*. Sin embargo, «el derecho público o derecho de gentes europeo, como más tarde el derecho internacional clásico, hasta la primera guerra mundial, no sólo no prohibía la guerra, sino que, en ausencia de una

(18) JUAN MARTÍ MIRALLES, *El derecho civil de Cataluña y sus relaciones con el llamado derecho común*, La Notaría, LXXXVI, 8, p. 6.

(19) ANTONIO TRUYOL SERRA, *La unión política europea: antecedente y situación actual*, en «España y la Unión Europea. Las consecuencias del Tratado de Maastricht», Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1992, pp. 34 y ss.

instancia superior, la institucionalizaba sometiéndolo a determinados requisitos.

La serie de guerras endémicas, que se suceden desde las que opusieron en los siglos xvi y xvii las Casas de Francia y de Austria hasta la segunda guerra mundial, trajo como reacción crítica que, por parte de autores muy diversos —que Truyol cita— «se formularan diversos proyectos de paz permanente, de “paz perpetua”, que implicaban proyectos de organización de los que uno de ellos llamó la “sociedad europea”». Así surgió una literatura europeísta y otra internacionalista «cuyos representantes son precursores directos, los primeros de la idea de la unidad europea que ha plasmado en la Europa comunitaria, y, los segundos, de la que inspiró la creación de la Sociedad de Naciones y de la Organización de las Naciones Unidas».

Después de la primera gran guerra —sigue explicando Truyol— era evidente que la situación de Europa en el mundo había cambiado «con el derrumbamiento de los imperios ruso, austro-húngaro y otomano, con la participación, por vez primera, de un Estado no europeo —en este caso los Estados Unidos de América— en la resolución de los asuntos europeos, con el papel de Japón en los asuntos mundiales. Una voz profética, la del conde Coudenhove Kalergi, autor del libro *Pan-europa* (1923) y fundador del movimiento así llamado, lo proclamó lúcidamente. Su llamamiento en favor de una unión que compensase el debilitamiento del poder de los estados europeos, individualmente considerados, frente a las nuevas potencias mundiales, inspiró incluso un proyecto de “federación europea” del ministro de asuntos exteriores francés Aristide Briand (1929). Pero el repliegue de los Estados Unidos después de la guerra [de 1914-1917] y la marginación de la Unión Soviética hasta los años 30 motivaron que no se percibiera la realidad y que la advertencia no fuera escuchada».

Pero —sigue Truyol— (20) la segunda postguerra «no dejaba ya lugar a dudas sobre la nueva relación de fuerzas, que se

(20) *Ibid.*, pp. 36 y s.

puso de manifiesto en las conferencias interaliadas de Yalta y Postdam, dominadas por el protagonismo de las que se llamaron "superpotencias", los Estados Unidos y la Unión Soviética. Alguna forma de unidad europea resultaba necesaria para mitigar lo que ahora equivalía a una marginación de Europa, de la que su división entre los dos bloques, enfrentados en la "guerra fría", era la expresión palpable.

Desde el principio, esta aspiración mostró dos tendencias dirigidas hacia sendas concepciones diferentes de esa deseada unión europea: «La primera la entiende como una cooperación interestatal de corte tradicional, con un mínimo de instancias comunes y de cesiones de soberanía», y «la otra propugna la inserción en una entidad supraestatal con órganos comunes propios a las que se ceden necesarias competencias estatales». Caben entre ambas «posturas más o menos decididas en uno y otro sentido».

El primer paso dado fue la creación del *Consejo de Europa*, firmándose en Londres el 5 de mayo de 1949 su estatuto, en el que no se le concedió otro modo de actuar sino por medio de *recomendaciones*. Así se ha convertido en un órgano de discusión, cooperación y promoción de los derechos humanos. Para ser miembro se exige al solicitante la aceptación práctica de la democracia pluralista, el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

La no atribución al Consejo de Europa de poder decisorio, aconsejó un cambio de estrategia para avanzar hacia la aspirada unidad, dándole un enfoque que «se ha calificado de sectorial o también de funcionalista, encaminado a una integración por sectores de la vida pública que crease solidaridades crecientes, y finalmente, a un plazo más o menos largo, condujese a una integración política como coronación del proceso». Así se procedió sucesivamente (21).

Ciertamente en la declaración de 9 de mayo de 1950, redactada por Jean Monnet, Robert Schuman y otros próximos

(21) Cfr. con detalle lo expuesto al respecto por TRUYOL, *loc. cit.*, pp. 37-50.

colaboradores, se advertía: «La construcción europea no se hará de golpe, ni en una construcción de conjunto, sino mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho». Esta frase —dice Marcelino Oreja— (22) «contenía la clave de lo que habría de ser el método comunitario de integración»; y se hallaba, «muy cerca de lo sostenido entonces por la escuela funcionalista, cuyo maestro principal fue David Mitrany», que «proponía el establecimiento de redes de actividades y agencias a través de las cuales los intereses y la vida de las naciones se fueran integrando gradualmente». Así se crearían:

– La *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* (CECA), por iniciativa de Monet secundado por Schuman, en el Tratado de París de 1951, e integrada por Francia, Alemania y el Benelux; y dotada de una alta autoridad con poder de decisión efectiva aplicable directamente a los Estados miembros; una asamblea común, regida por el principio de ponderación según la población de los Estados miembros; un consejo especial de ministros, y un tribunal de justicia.

– La *Comunidad Europea de Defensa* (CED), a iniciativa de René Pleven, en el Tratado de París de 27 de mayo de 1952, firmado por los seis miembros de la CECA.

– La *Comunidad Económica Europea* (CEE) y la *Comunidad Europea de Energía Atómica* (CEEa) o *Euratom* por los Tratados de Roma de 25 de marzo de 1957.

Con el tiempo los cuatro órganos principales —asamblea, consejo, comisión y tribunal de justicia se han hecho comunes de las tres comunidades. La asamblea ha cambiado su nombre por el de *Parlamento Europeo* y sus miembros o eurodiputados son elegidos por sufragio universal directo a partir de las elecciones que tuvieron lugar en junio de 1979.

– La afirmación del mercado interior en la Comunidad, que implica «un espacio sin fronteras interiores, en el que hay libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales».

(22) Marcelino OREJA AGUIRRE, *La convención en busca de una constitución para Europa*, I, A.R.A.C.M.y P., 2002.

constituyó el principal logro, rubricado en Luxemburgo en diciembre de 1985, por el Acta Única Europea, que fortaleció asimismo los cuatro órganos principales de la Comunidad.

— La *Unión Europea* (UE) —que sustituyó la denominación *Comunidad Económica Europea* (CEE)—, constituida en febrero de 1992 en el Tratado que firmaron los doce en Maastrich, creándose la ciudadanía europea con los objetivos de promover —según dice el título I de este tratado— «un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única» —el euro, ya existente y ya en curso en los países que reúnan las condiciones para entrar en su régimen—; «la realización de una política exterior y de seguridad común» y la «creación de una ciudadanía común». Esta ciudadanía de la Unión se establece en el art. 8, n.º 1: «Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un estado miembro»; y, según el art. 8 B, n.º 1 y 2, «todo ciudadano de la Unión que resida en un estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible», en las elecciones municipales y en las elecciones al parlamento europeo y en el del Estado miembro en que resida, «en las mismas condiciones que lo sea nacionales de dicho estado».

Como presupuestos básicos de la Unión Europea o Comunidad Europea se determina que «la Unión respetará la identidad nacional de sus estados miembros, cuyos sistemas de gobierno se basarán en los principios democráticos» (art. B, apr. 1.º, 2.º y 3.º) y que «respetará los derechos fundamentales tal como se garantizan en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma al 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros, como principios generales del derecho comunitario» (art. F, n.º 1 y 2).

En el artículo art. 3B se recoge el *principio de subsidiariedad* como pauta de la actuación de la comunidad frente a los

estados miembros, en los siguientes términos: «En los ámbitos que no sean de su competencia, la Comunidad intervendrá, conforme el 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»; y «ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente tratado».

Este principio tiene sus raíces en una doctrina clásica, que arranca desde Aristóteles y Santo Tomás de Aquino, formulada en las enseñanzas pontificias a finales del siglo XIX, desde León XIII, definido por Pío XI, que ya empleó la expresión principio de subsidiariedad, y aplicada al actual fenómeno de la globalización por Juan Pablo II, diciendo que «las unidades sociales más pequeñas —naciones, comunidades, grupos religiosos o étnicos, familias, personas— no deben ser absorbidos anónimamente por una comunidad mayor, de modo que pierdan su identidad y se usurpen sus prerrogativas. Por el contrario, hay que defender y apoyar la autonomía propia de cada clase y organización social, cada una en su esfera propia».

Francesco Gentile (23) señala la distancia que separa la concepción del tratado de Maastricht de la concepción clásica recogida en las enseñanzas pontificias. De hecho, en aquélla, se concretan —como reparto de soberanía— las instancias de la C.E. y de los Estados miembros, a los que se exige el régimen de la moderna democracia pluralista, partitocrática, basada en el sufragio universal, la libertad de mercado y el respeto a los denominados derechos humanos determinados en un sistema judicialista. Mientras en la doctrina pontificia se recoge la concepción clásica del orden natural en una perspectiva plural orgánica —y no ideológicamente pluralista— que tiene por pauta el bien común para modelar la justicia general o legal, en un régimen no sólo representativo sino participativo, y con un

(23) Francesco GENTILE, *Sul principio de subsidiarità (postilla)*, en «Nuovi Studi politici», 4, octubre-diciembre 1994, pp. 29 y s.

equilibrio de derechos y deberes de cada uno, inseparables de los derechos y deberes de los demás, que busca la justicia no sólo en el contenido puesto en uno de los platillos de la balanza sino en el fiel de la balanza.

Es evidentemente así. Pero, no podemos ignorar cuáles son los elementos normativos del mismo, las relaciones que comprende, las instituciones que conforman su estructura y sus elementos dinámicos funcionales.

a) Sus *elementos normativos* —que he sobrevolado en la *Metodología de la determinación del derecho*— (24) son los constituyentes de su denominado derecho primario, es decir, los *tratados constitucionales*, y los constitutivos del denominado derecho secundario o derivado del primario: *reglamentos, directivas y actos comunitarios con valor obligatorio*, que se complementan con la denominada *decisión* y con la *jurisprudencia* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

b) Las *relaciones* que se atienden por el derecho comunitario, incluyen: las relaciones constitutivas de la Comunidad; las de ésta con sus Estados miembros sean de pleno derecho o aún no integrados en la unión monetaria; con sus órganos antes referidos, con los ciudadanos de la comunidad europea, los residentes en ella, los extranjeros y los emigrantes aún sin ciudadanía; con las empresas que tienen actividades en el ámbito de la comunidad; con el territorio terrestre, marítimo y aéreo de la misma, incluidas las comunicaciones; las relaciones de toda clase de la comunidad con los Estados extranjeros, de los Estados integrantes entre sí y con ciudadanos y residentes en la Comunidad.

c) Las *Instituciones orgánicas* de la Comunidad se hallan constituídas (25) por el *Parlamento Europeo*, con funciones: de deliberación y control, de dictamen para la adopción de tratados internacionales, de codecisión, conjuntamente con el Consejo, en determinados ámbitos; de decisión acerca de las cuestiones que le confie cualquier ciudadano de la Unión, o

(24) II *Parte sistemática*, 267, párrafos que llevan las notas 53 y 54, pp. 1408 y ss.

(25) Cfr. A. TRUVOL, *loc. cit.*, pp. 50-53.

cualquier persona física o jurídica, que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro sea individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, relativas a la mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, excepto el Tribunal de Justicia y el Tribunal de primera instancia en el ejercicio de sus funciones. A partir de la elección de los miembros del Parlamento Europeo por sufragio universal, los partidos políticos a escala europea constituyen un importante factor para la integración de la Unión; pues contribuyen a la formación de la conciencia europea y a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión (art. 157, 1 y 2 de los Estatutos).

- El *Consejo*, compuesto por un representante de cada estado miembro de rango ministerial, facultado para comprometer al gobierno de dicho estado miembro, ejerciéndose su presidencia por rotación de cada estado miembro durante un periodo de seis meses (art. 146).

- La *Comisión*, compuesta por un número de miembros que el Consejo puede modificar por unanimidad, elegidos por razón de su competencia general y por ofrecer garantías plenas de su independencia. Se determinan sus incompatibilidades y se excluye todo mandato imperativo (art. 157, 1 y 2).

- El *Tribunal de Cuentas*, compuesto por doce miembros, con la función de fiscalización o control de cambios (art. 188).

- El *Comité Económico y social* con carácter de órgano consultivo (art. 4, 2).

- El *Comité de las Regiones*, compuesto por representantes de los órganos regionales y locales, nombrados —así como un número igual de suplentes— por el Consejo por unanimidad, sobre la base del principio de la representación ponderada, sin que estén vinculados por ningún mandato imperativo y debiendo ejercer sus funciones con absoluta independencia en interés general de la Comunidad (art. 198 A.a C).

- El *Banco Europeo de Inversiones*, con la misión de contribuir al desarrollo equilibrado y estable del mercado común en interés de la Comunidad, recurriendo a los mercados de capitales y a sus propios recursos (art. 198 A y C).

– El *Banco Central Europeo* que dirige al sistema europeo de Bancos centrales (art. 4 A).

– El *Tribunal de primera instancia*, el *Tribunal de las Comunidades Europeas* y las *Salas especiales*, con su triple jurisdicción contenciosa, consultiva y prejudicial.

d) Las *instituciones* o *institutos* emanados de los convenios, normas y jurisprudencia comunitarias, que la ciencia del derecho comunitario debe tipificar, y se refieren al orden político comunitario, al orden económico y monetario (26), a la política social (27), a la agricultura, la pesca, la industria y el comercio, a la ecología.

e) Los *elementos funcionales dinámicos* corresponden a la forma y al modo de actuar de los diversos órganos comunitarios, con las siguientes funciones:

– La función *consultiva*, permite ejercer una misión de control sobre otros órganos de las Comunidades, o bien vigila la interpretación y aplicación de los tratados abarcándolas hasta extremos tan amplios como es la que se realiza para la llamada revisión del tratado C.E.C.A. (28).

– Y la función *prejudicial* constituye «una de las piezas fundamentales que garantiza un alto grado de efectividad al derecho comunitario» dentro de los Estados miembros de la Comunidad. Crea un vínculo de comunicación orgánica entre el Tribunal comunitario y las jurisdicciones nacionales de todo orden y grado. Descansa en la concepción de que el derecho comunitario «se ha convertido en parte integrante del derecho nacional o, mejor, del derecho aplicable en el territorio de los Estados miembros». Por ello, «se ha reservado a la jurisdicción comunitaria interpretar el derecho comunitario y apreciar la validez de los actos institucionales; y corresponde al juez inter-

(26) Cfr. Luis Angel ROJO, *La unión monetaria en los acuerdos de Maastricht*, vol. ult. cit., pp. 91-109.

(27) Cfr. Manuel ALONSO OLEA, *La Unión europea y la política social*, vol. ult. cit., pp. 59-89.

(28) Cfr. Manuel DIEZ DE VELASCO, *El Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas*, IV, B, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia, 1984 (curso de ingreso), pp. 80-95; y *El poder judicial de la Unión Europea y el tratado de Niza*, A.R.A.J. y L., 2002.

no hacer aplicación de este derecho así interpretado, y apreciado, en la solución de los procesos que se le planteen» (29).

Ha llegado a decir Eduardo García de Enterría (30) que este juicio de prejudicialidad constituye una «pieza técnica completamente nueva, a la que inicialmente se prestó escasa atención», pero que «se ha manifestado como la fundamental» de las tareas del Tribunal de Justicia de las comunidades Europeas y es «la pieza clave del formidable rol» que a éste corresponde.

Manuel Díez de Velasco (31) explica que en el procedimiento de las cuestiones prejudiciales, «corresponde al Tribunal la interpretación del derecho comunitario (o la apreciación de la validez de los actos comunitarios) en tanto que su aplicación no puede sustraerla al juez interno».

La aparición del derecho europeo comunitario no ha dejado de preocupar a algunos representantes de la ciencia civilística alemana. Una muestra de esa preocupación podemos observarla en las siguientes advertencias del catedrático de la Universidad de Ratisbona, Reinhard Zimmermann (32):

«La situación actual en que vivimos se caracteriza por un significativo cambio de paradigma: el progresivo surgimiento de un derecho privado europeo (en contraposición al meramente nacional). Mas simultáneamente, nuestra conciencia jurídica sigue modelada por el ordenamiento jurídico nacional. Esta desafortunada discrepancia sólo ha sido reconocida en tiempos relativamente recientes» [...] «Desde que en la Edad moderna inició su ascenso la ciencia del derecho público hemos asistido a la aparición de diversas nuevas y especializadas disciplinas, y en la línea divisoria entre estas distintas

(29) *Id.*, *El Tribunal de justicia*, en ..., C, pp. 95 y ss.

(30) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Contestación* al cit. discurso de ingreso Manuel Díez de Velasco, IV, B, p. 127.

(31) M. Díez de Velasco, loc. ult., cit., g, pp. 106 y ss.

(32) Reinhard ZIMMERMANN, *El legado de Savigny. Historia del derecho, derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea*, III; conferencia desarrollada en inglés en 1995, publicada en versión ampliada en *Law Quarterly Review*, 112, y, en alemán, en *juristische Blätter* 1998/5, pp. 273, recogida, con otros trabajos del mismo autor, en *Estudios de derecho privado europeo*, Madrid, Civitas, 2000, cfr. pp. 30-33.

disciplinas jurídicas ha arraigado fuertemente en nuestra conciencia, contribuyendo decisivamente a esta disgregación. Cada nueva materia se ha convertido en un microcosmos, sin una clara y reconocible conexión con los restantes microcosmos ni con el ordenamiento jurídico general. El propio derecho comunitario europeo ha sido considerado durante largo tiempo como una materia especial dentro del derecho público. Además las directivas emanadas de Bruselas han reforzado las fuerzas centrífugas que han caracterizado el desarrollo del derecho privado en los últimos decenios, a pesar de que, puesto que en teoría deben contribuir al funcionamiento del mercado común, la legislación comunitaria es reflejo de una determinada tendencia política. Sin embargo, las instituciones de derecho privado no se agotan en una contribución a la creación y mantenimiento del libre mercado; el derecho de sociedades y el derecho contractual son mucho más que simples apéndices a la libre circulación de bienes, personas, servicios y capital proclamado por el Tratado de la UE. De ahí el peligro de que ni la unidad sistemática de nuestros ordenamientos jurídicos ni los valores fundamentales que los informan sean tenidos suficientemente en consideración.

«Esta desintegración puede conducir fácilmente a un generalizado cinismo jurídico» [...] «si no se reconoce su coherencia interna [al derecho], y no se capta que cada época “produce su propia existencia de forma libre y voluntaria (...) desde su sentido y fuerza”, aparece como un artefacto completamente arbitrario debilitándose la creencia en el derecho como una disciplina autónoma. Esto es lo que, de hecho, ha sucedido en muchas de las universidades de primera línea norteamericana, en las que se ha arrinconado el derecho comparado, la historia del derecho, y la dogmática tradicional del derecho se contempla con un poco disimulado desdén» [...] «surge el peligro de que la ciencia jurídica se convierta en un mero juego intelectual, mientras que la práctica jurídica se hunda en el nivel de un simple oficio».

Observados panorámicamente los logros organizativos de la C.E., conviene echar una mirada valorativa a lo conseguido y

a las carencias que en ella se adviertan. Así lo ha hecho Marcelino Oreja Aguirre (33) que observa:

A lo largo de cincuenta años «el proceso de construcción europea ha avanzado paso a paso, unas veces con decisión y entusiasmo, otras con oposición y escepticismo, pero siempre bajo la idea de la progresividad.

«Las discusiones entre los partidarios de una Europa federal, con unas instituciones fuertes y supranacionales, y los partidarios de una Europa basada en la mera cooperación entre los gobiernos han sido relegadas a un segundo plano. Generalmente, la búsqueda del consenso y de soluciones políticas y técnicas adecuadas ha primado sobre el debate ideológico y la reflexión constitucional. Incluso, en ocasiones, se ha evitado deliberadamente el desarrollo de un debate constitucional profundo, con el fin de que las diferentes posiciones políticas de los Estados miembros y las querellas terminológicas no paralizasen el proceso ni entorpeciesen la toma de decisiones.

«Este método funcional ha tenido un éxito indiscutible. En cincuenta años los europeos hemos construido una entidad política sin precedentes, que sin llegar a ser un Estado federal, se halla ya muy lejos de una organización internacional clásica; una "forma política postmoderna" (Curtin) que conjuga con éxito supranacionalismo y soberanía nacional, logrando un delicado equilibrio en el que la Unión es un contrapeso capaz de limitar los excesos de poder del Estado nación, y éste, a su vez, actúa como límite al poder de la Unión».

{...} Europa se ha alejado de sus ciudadanos. El método comunitario, excesivamente técnico y elitista, ha producido una imagen tecnocrática de Europa, y las élites políticas no han logrado que los ciudadanos hagan suya la construcción europea, que participen, y desarrollen progresivamente un sentimiento de pertenencia. Hoy, la lealtad y la identidad de los europeos están sólo con el Estado, no con la Unión.

(33) Marcelino OREJA AGUIRRE, *loc. cit.*, I.

Además, la situación no parece mejorar: en 1999 el índice de abstención en las elecciones europeas superó, por vez primera, el 50%.

«El método funcional fue un hallazgo incuestionable, una muestra extraordinaria de pragmatismo y de talento político, pero su potencialidad se ha agotado».

«En estos momentos, en los que la inminencia de una ampliación sin precedentes exige reformar las instituciones y reforzar la integración política para que la nueva Unión, más amplia y más diversa, no se diluya ni pierda eficacia, es preciso abandonar el camino funcional y volver a la política. Hablar de valores y de principios, discutir, con los ciudadanos y sus representantes más directos (parlamentarios nacionales y europeos) sobre la Europa que queremos, para, al término de este nuevo debate, más abierto y más profundo, aprobar un texto fundamental con el que se identifiquen los europeos. Una Constitución».

Sin embargo, advierte que el término constitución se halla «cargado de connotaciones políticas. Para muchos, entre los que no me cuento, identificar los tratados con una constitución significa, de hecho, equiparar a la Unión con un Estado. Por ello, durante años, el término Constitución ha estado excluido por completo de la arena comunitaria.

Pero, al fin, ha caído otro tabú. El 15 de diciembre de 2001 el Consejo Europeo reunido en Laeken aprobó una «Declaración sobre el futuro de la Unión», que introduce todo un apartado sobre «El camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos». Los jefes de Estado y de gobierno se planteaban al fin si la simplificación y redistribución de los tratados no deberían conducir a plazo a la adopción de un texto constitucional, y se preguntaban cuáles deberían ser los elementos básicos de esa constitución, cuáles los valores que la Unión profesa, cuáles los derechos fundamentales y los deberes de los ciudadanos, cuáles las relaciones entre los Estados miembros dentro de la Unión».

Por otra parte, advierte que «en el ámbito europeo hace años que los tratados constitutivos de las Comunidades cumplen, en cierta medida, una función constitucional. Aunque desde el punto de vista jurídico son tratados internacionales, actos realizados por los Estados, con sus protocolos y anexos, sujetos al derecho internacional y a sus reglas en materia de tratados, lo cierto es que revisten también una dimensión constitucional, pues son la norma suprema del ordenamiento jurídico comunitario, su parámetro de validez y de interpretación».

Sin embargo, observa: «Hoy por hoy los tratados no son una constitución. Faltan elementos formales y elementos materiales, falta una carta de derechos fundamentales que constituya su parte dogmática. Falta la claridad de una norma básica comprensible para los ciudadanos. Y falta sobre todo un *sentido constitucional*: que los ciudadanos perciban esa norma básica como tal constitución, y se identifiquen con los principios y los valores básicos que en ella se recogen».

Este es el verdadero desafío. Si la Convención recién constituída a raíz de la cumbre de Laeken llega a buen fin, la Unión tendrá una constitución. Ésta no será semejante a las constituciones de los Estados miembros, pues aunque se accentúen sus aspectos constitucionales (reforzando su enunciado programático, incorporando una carta de derechos fundamentales, y unas normas más claras sobre reparto de competencias), y aunque surja de un debate abierto con los ciudadanos, en último término seguirá siendo formalmente un tratado internacional y seguirá presentando ciertos aspectos interestatales. No será una constitución como las otras, pero sí tendrá, al fin, la capacidad de dotar a esta Europa de un sentido constitucional y, así, reconciliar a la Unión y a sus ciudadanos en un espacio político común».

También advierte: «Una importante corriente doctrinal considera imposible avanzar en la constitucionalización de la Unión, al no existir en Europa una realidad social estatal, un

pueblo (o *demos*) europeo ¿Dónde residiría entonces el poder constituyente)?

•En efecto, resulta difícil hablar de *un* pueblo europeo. De hecho, el propio tratado de la Comunidad Europea se refiere en su preámbulo al objetivo de sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre *los* pueblos europeos. Europa carece de una lengua común y, también, por fortuna, de una homogeneidad étnica y cultural. A pesar de sustentarse en una civilización común, una base cultural fruto de largos años de historia compartida, Europa contiene una gran variedad, que es además una de sus grandes riquezas.

•En mi opinión, esta diversidad no es un obstáculo para avanzar en el proceso de constitucionalización, ya que la construcción de la *polis* europea no debe basarse en una identidad etno-cultural. No queremos un nuevo Estado nación, un super-Estado europeo que traslade, a un nivel superior, las limitaciones de este viejo modelo. La *polis* europea debe construirse en términos cívicos: en unos mismos valores democráticos, en unos principios y unos objetivos comunes, en unos derechos y unos deberes compartidos.

A la vista de lo expuesto y como conclusión de lo observado, no creo ocioso efectuar una brevísima contraposición

(34) Acerca del cotejo de la Cristiandad medieval con las tendencias actuales, trabajó la X Reunión de amigos de la Ciudad Católica el año 1971, que tuvo por tema *Cristiandad y sociedad pluralista laica*. Tema al que introdujo Rafael GAMBRA, con su comunicación «Comunidad y coexistencia» (*VERBO* 101-102 enero-febrero 1971, pp. 51-59), a la que siguieron: «La Cristiandad» por Henrique BARRILARO RUAS (*VERBO* cit. pp. 61-69), «La Cristiandad medieval y la crisis de sus instituciones», por Francisco ELÍAS DE TEJADA (*VERBO* 103, pp. 243-280), y las de Michele Federico SCACCA, «Desde el sansimonismo a la tecnocracia» (*VERBO* 103, pp. 281-294), Francisco PUY MUÑOZ, «El nominalismo primera crisis de la Cristiandad» (*VERBO* 104, pp. 347-368; Manuel FERNÁNDEZ ESCALANTE, «De Maquiavelo a Hobbes, una nueva configuración de la vida social», *VERBO* 109-110, pp. 979-993; José Antonio G. DE CORTAZAR, «La Revolución francesa, antinomia de sus ideas: libertad e igualdad», (*VERBO* ult. cit., pp. 997-1028); la mía «El derecho romano como derecho común de la Cristiandad», (*VERBO* 111-112, pp. 93-137), y José Pedro GALVÃO DE SOUSA, «Comunidad hispánica y Cristiandad», (*VERBO* ult. cit., pp. 139-152).

entre la concepción de Europa que tuvo de la Cristiandad medieval (34) y la que actualmente desarrolla la Unión o Comunidad Europea. Contrasta enseguida que la perspectiva de la Cristiandad se basa en el orden natural de las cosas y en su aplicación a las circunstancias del lugar y del tiempo en las cuales floreció. En cambio, la concepción de la C.E. es laicista, basada éticamente en los derechos humanos en su configuración moderna, en torno de la cual se debaten diversas y dispares orientaciones; políticamente acepta como única opción la idea democrática moderna, básicamente pluralista y partidocrática como hemos visto, y económicamente se basa en la libertad de mercado.

Juan Pablo II ha observado panorámicamente: la identidad cristiana de Europa y su actual crisis (35); las trágicas vicisitudes de Europa como consecuencia de las corrientes filosófico-culturales y los movimientos de liberación cerrados a la trascendencia; el actual escepticismo, relativismo, incluso nihilismo en su angustia existencial; el ateísmo, la rebeldía e infidelidad hacia Dios y voluntad de poder de poseer (36). Por eso, ha clamado (37) a Europa: «*Vuelve a encontrarte. Sé tu misma. Descubre tus orígenes. Aviva tus raíces. Revive aquellos valores auténticos que hicieron gloriosa tu historia y beatifica tu presencia en los demás continentes. Reconstruye tu unidad espiritual en un clima de pleno respeto a las otras religiones y a las genuínas libertades. Da al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios. No te enorgullezcas de tus conquistas hasta olvidar sus posibles consecuencias negativas. No te deprimas por la pérdida cuantitativa de tu grandeza en el mundo o por las crisis sociales y culturales que te afectan*

(35) Cfr. los textos recogidos en *VERBO* 211-212, enero-febrero 1983, pp. 3-22.

(36) JUAN PABLO II, *Discurso a los participantes en el V Simposio del Consejo de las Conferencias Episcopales Europeas* de 5 octubre 1982, *L'Osservatore Romano*, 726, de 28 de noviembre de 1982.

(37) *Id.*, «Discurso en el acto europeísta celebrado en Santiago de Compostela» el 9 de noviembre de 1982, *L'O.R.* 725 de 21 de noviembre de 1982.

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

ahora. Tú puedes ser todavía faro de civilización y estímulo de progreso para el mundo. Los demás continentes te miran y esperan también de tí la misma respuesta que Santiago dió a Cristo "lo puedo".