

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es aportar una reflexión acerca de si la dinámica actual de producción legislativa en el ámbito del Derecho privado patrimonial por parte de la Unión europea se está realizando conforme a unos principios de sistematización jurídica o si se observa una fragmentación y espontaneidad en la producción de normas que impide de hecho la generación eficiente de principios generales y la solución a los problemas a los que se enfrenta la sociedad de nuestro tiempo.

En segundo lugar, si existe una doctrina influyente en este ámbito, como la otrora pandectística alemana que contribuyó eficazmente a la sistematización jurídica.

Y por último, si las normas europeas pueden ser un referente mundial en este ámbito legislativo de Derecho privado patrimonial, que afronta en los últimos tiempos el reto del impacto tecnológico y sus efectos en las relaciones interpersonales.

Sirva como preludio a las ideas que se expondrán en este trabajo que a lo largo del último año (desde el 9 de mayo de 2021) la ciudadanía europea está participando en la llamada “Conferencia sobre el Futuro de Europa”. Con este nombre no estamos hablando de un evento como tal, sino de un “espacio de debate” en formato de plataforma digital multilingüe a través de la cual se están vertiendo preocupaciones y ambiciones de los ciudadanos de la Unión europea. Los presidentes de las tres instituciones europeas promotoras de la “Conferencia sobre el Futuro de Europa” afirmaron en este sentido que quieren dar voz a lo que los ciudadanos les importa. Firmaron tal Declaración oficial que dio comienzo a la Conferencia el entonces Presidente del Parlamento europeo David Sassoli; Antonio Costa por el Consejo europeo y Ursula von der Leyen

por la Comisión europea². La Declaración oficial afirmó que: “La política europea ha de aportar respuestas inclusivas a las tareas que definirán a esta generación: la consecución de la transición ecológica y digital al tiempo que se refuerza la resiliencia de Europa, su contrato social y la competitividad de la industria europea. Debe procurar corregir las desigualdades y garantizar que la Unión Europea sea una economía equitativa, sostenible, innovadora y competitiva que no deje a nadie atrás”. Inclusividad, apertura y transparencia son, por lo tanto, sus tres principios inspiradores.

Se está desarrollando como un proceso de participación ascendente principalmente, con actos en toda Europa a escala local, nacional, regional y transnacional en modalidad on line y presencial. Esta consulta ciudadana no es sino una reacción política frente a la desafección hacia Bruselas y la acusación de debilidad democrática que esta organización sufre en los últimos tiempos³. La Conferencia ha concluido con sesiones plenarias celebradas los días 8 y 9 de abril de 2022 cuando los presidentes y portavoces de los nueve grupos de trabajo presentaron al Pleno de la Conferencia proyectos de propuestas consolidados agrupados por temas⁴. La sesión plenaria final de la Conferencia tuvo lugar los días 29 y 30 de abril en Estrasburgo.

² Declaración conjunta relativa a la Conferencia sobre el futuro de Europa: “Colaborar con los ciudadanos por la democracia: Construir una Europa más resiliente”.

³ HANS MAGNUS ENZENSBERGER, *El gentil monstruo de Bruselas o Europa bajo tutela*, ed. Anagrama (Colección argumentos), Barcelona, 2012. El autor refleja en este breve ensayo el desencanto ante la política de Bruselas. Afirma que “no faltan manifestaciones de descontento, de sabotaje abierto o encubierto, pero en resumidas cuentas el famoso déficit democrático no conduce a la sublevación, sino más bien a la indiferencia y al cinismo, al desprecio por la clase política o la depresión colectiva”.

⁴ Las propuestas se basaron principalmente en las recomendaciones de los paneles de ciudadanos europeos, así como paneles nacionales a los que se añadieron las ideas de la Plataforma Digital Multilingüe. Estas propuestas fueron debatidas por todos los miembros del Pleno.

II. LA “CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA” Y EL OBJETIVO DE LIDERAZGO MUNDIAL EN LA PROMOCIÓN DE VALORES Y NORMAS EUROPEAS

Respecto al tema que nos ocupa en el presente trabajo, digamos que los tres presidentes de las instituciones comunitarias, Consejo, Comisión y Parlamento, afirmaban en la Declaración oficial que “para hacer frente a los retos geopolíticos en el entorno mundial posterior a la COVID-19, Europa ha de ser más asertiva y asumir un papel *de liderazgo mundial en la promoción de sus valores y normas en un mundo cada vez más turbulento*”.

Esto es, la Unión europea quiere asumir un liderazgo normativo a escala mundial. Sin duda, un objetivo ambicioso.

Sin embargo, en los ítems participativos respecto a los que ha tenido lugar ese debate ascendente y digital sobre lo que le preocupa al ciudadano europeo, no ha habido referencia explícita a normas y valores. Son necesarias normas y valores para ejercer un liderazgo interno, solo así puede ejercerlo la Unión europea en el mundo.

La vieja declaración del ministro francés de Asuntos Exteriores Robert Schuman, pronunciada el 9 de mayo de 1950, en la que anunció la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA)⁵ y que se considera punto de partida de la Unión Europea⁶, delimitaba la nueva organización a “una fusión de intereses indispensables para la creación de una comunidad económica y el fermento de una comunidad más profunda entre países que durante tanto tiempo se han enfrentado en divisiones sangrientas”.

⁵ Declaración del 9 de mayo de 1950 pronunciada por Robert Schuman. Fondation Schuman. Cuestiones sobre Europa nº204. 10 de mayo de 2011.

⁶ Por este motivo, el 9 de mayo se convirtió, tras una decisión del Consejo europeo de 1985, en el Día de Europa.

Han pasado setenta años de la Declaración Schuman y la Unión europea ha caminado hacia una progresiva cesión de soberanía, pero con relevantes déficits de integración, altas dosis de euroescepticismo y ultranacionalismo que se refleja en varios Estados miembros de la Unión.

Desde la perspectiva jurídico-privada, puede decirse sin ambages que la legislación comunitaria no ha impulsado una armonización jurídica, sino que la sola idea de armonización ha sido fruto (allá donde existe) de una política legislativa muy titubeante. Los “mimbres” para lograr ese futuro liderazgo normativo son endeble y ello dificulta el objetivo, pero no solo el sistema de fuentes es un obstáculo, sino también la complejidad de la sociedad europea cada vez más plural en términos de etnia, raza, religión y lengua, en suma, de culturas jurídicas que conviven en el espacio europeo.

III. LAS NORMAS DE DERECHO PRIVADO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CULTURA JURÍDICA EUROPEA

El Derecho privado europeo (normas civiles y mercantiles) está integrado por Directivas y Reglamentos, más lo primero que lo segundo, y por lo tanto, de necesaria transposición interna. Durante décadas las Directivas aprobadas en este ámbito han sido normas de armonización mínima, no máxima o plena, y por consiguiente, no se ha evitado que haya diferentes niveles domésticos de protección ciudadana en los ordenamientos nacionales.

Una cosa es la voluntad de generar y obtener ventaja económica de un mercado común y otra estar dispuestos a renunciar a los principios jurídicos que algunos Estados han considerado intocables por afectar a lo más profundo de su cultura jurídica. Por ejemplo, en lo que se refiere al modo de transmisión de propiedad, la disparidad afecta profundamen-

te a una armonización auténtica o profunda de los distintos “derechos europeos”⁷. Lo mismo puede decirse en relación con la protección a los consumidores, ámbito en el que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea ha desempeñado, y lo sigue haciendo, un protagonismo acusado en aras a lograr una armonización interpretativa necesaria y ha hecho valer su rol de órgano de decisión supracomunitaria que los tribunales nacionales deben acatar.

Recordemos además que hace ahora diez años la Comisión europea renunció explícitamente a aceptar un proceso de codificación de derecho privado. Tampoco siquiera, de armonización, ni mínima siquiera. Lo hizo tras el rechazo al conocido Borrador de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) que le fue presentado a la Comisión en el año 2011 y que había sido el resultado de un ingente trabajo académico de más de 200 profesores y profesionales del Derecho⁸. No sólo se resistió a la noción de un Código civil europeo; sino que tampoco se aceptaron unos principios de referencia armonizados, ni la aplicación subsidiaria mediante un “*blue-botton*”, ni una terminología común en la que se había trabajado durante más de una década para integrar a las distintas culturas jurídicas europeas, en lo que hasta ahora ha sido el esfuerzo de mayor calado realizado con tal fin⁹. El rechazo fue en cierto

⁷ María del Pilar PÉREZ ÁLVAREZ, “La compraventa y la transmisión de la propiedad. un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2016, pp.201-248.

⁸ Tras una edición preliminar, la edición completa integrada por seis volúmenes fue publicada por la editorial Sellier (Munich, 2009) bajo el título completo: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law y Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Edición conjunta de Christian Von Bar, Eric Clive y Hans Schulte-Nölke, con la colaboración de otros, como Hugh Beale. Ver texto abierto: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

⁹ Para una visión crítica y sistematizada de este trabajo académico europeo, véase por todos: DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El

sentido contradictorio cuando había sido el resultado del cumplimiento del “plan de acción”, propuesto por la propia Comisión Europea entre febrero de 2003 y octubre de 2004, en dos textos comunitarios dictados con el propósito de reflexionar sobre un instrumento facultativo de Derecho contractual europeo¹⁰.

Mismo olvido sufrieron otros procesos que corrían en paralelo, aunque en estos casos menos integradores de las distintas culturas europeas¹¹. A lo único que se ha llegado en los años noventa con cierto éxito ha sido a la aceptación de principios europeos de cuño académico, como los PECL (*Principles of European Contract law*), siglas que responden a los llamados Principios Europeos de Derecho de contratos, *soft law* redactado a iniciativa del Prof. Ole Lando, considerado “padre” de esta construcción de principios de Derecho privado y fallecido en 2019 a la edad de 98 años. En esta misma línea cabe citar los Principios de Derecho europeo de la Responsabilidad civil elaborados por el *European Group of Tort Law*¹² y los también conocidos como *Acquis principles*¹³. Unos y otros han ido sirviendo de inspiración a algunos Estados en fase de reforma de sus propios ordenamientos, como es el caso de los países bálticos que transitaban des-

Marco Común de Referencia Breve descripción y modesta valoración”, *Boletín JADO*. Bilbao. Año XIII. N° 26. Enero-Diciembre 2014, pp. 7-61.

¹⁰ COM (2003) 68 final, párrafo 98 y COM (2004) 651 final.

¹¹ El conocido como Código de Pavía está publicado en su traducción española: Código europeo de contratos de la Academia de Pavía. De los contratos en general. De la compraventa, ed. Rius, Madrid, 2009.

¹² Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil. Texto y comentario. Traducción a cargo de la Red Española de Derecho Privado europeo y comparado RED-PEC, coordinada por Miquel Martín-Casals), Thomson, 2008. Sobre el tema M. MARTÍN-CASALS, “La “modernización” del Derecho de la responsabilidad extracontractual” Girona, 17.03.2011.

¹³ Publicados en primer término bajo el título: *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, *Contract 1*, Munich, Sellier, 2007.

de una cultura soviética hacia estándares occidentales. También han sido y siguen siendo utilizados como fuente interpretativa en los Tribunales Supremo de muchos Estados miembros, como el español, a falta de una verdadera reforma completa del Código civil español, que es más que necesaria¹⁴. Otra línea académica, en este caso comparatista, que sigue viva es el *Common core of European Private Law*, animado por el llamado “grupo de Trento”, que sigue generando estudios de Derecho comparado basados sobre casos, pero sin ánimo de hacer incidencia normativa directa¹⁵.

Así las cosas, en 2011 las instituciones europeas se colocaron en “la casilla de salida”, por así decirlo, esto es, legislar con Directivas y Reglamentos. Es cierto, que en la última década han prevalecido las Directivas de armonización plena y los Reglamentos, que por su naturaleza no requieren transposición en ordenamientos internos¹⁶.

Lo más reseñable de lo que pasó en 2011, no fue tanto el rechazo a un proceso de codificación de Derecho privado europeo, que era de esperar porque la misma idea de código es ajena a varias culturas europeas, sino

¹⁴ Encarnación ROCA I TRIAS, “The Modernisation of the Law of Obligations Using the Principles of European Contract Law”, en *Uniform Rules for European Contract Law: A critical assessment*, ed. Hart Publishing, Oxford, 2018, pp. 83-90.

¹⁵ Sitio web: <https://common-core.org/>. Son promotores del mismo: Ugo Mattei y Mauro Bussani (General Editor); Rudolph B. Schlesinger (Late Honorary Editor) y Rodolfo Sacco (Honorary Editor).

¹⁶ Tuvieron que pasar muchos años hasta que se adoptase una propuesta de Reglamento sobre compraventa europea, que se frustró, y que tras varios años de deliberación se ha aprobado una regulación muy limitada: Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, sobre determinados aspectos contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE). Asimismo la Directiva 2019/2161 UE, de 27 de noviembre, de modificación de la Directiva 93/13/CEE y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión.

el rechazo a un marco común europeo de mínima armonización. Políticamente había que elegir entre varias opciones, entre varias culturas jurídicas, arraigadas en tradiciones seculares, de más de dos mil años. No se apostó por poner en valor un catálogo de principios generales europeos o un glosario de terminología consensuada que sirviera de interpretación e integración jurídica a escala europea.

Con aquel rechazo la Unión europea mandó un mensaje claro. Europa había dejado de ser lo que fue, “una partida” entre dos culturas jurídicas bien diferenciadas: *common law* y *civil law*¹⁷, para pasar a ser un tablero en la que habían entrado en juego, y con cierto peso político, otras culturas muy diferentes, como la escandinava y la de Europa del Este, con aquellos países que estaban en espera de entrar en el “mercado común”¹⁸. Además, aunque no se diga abiertamente, eran ya muy visibles las otras subfamilias o culturas jurídicas, cuya influencia no se puede soslayar, con normas de base religiosa. Esto es, núcleos importantes de población migrante que vive y convive en algunos Estados, como Alemania o Francia, especialmente, y que están cambiando el paisaje jurídico europeo dejando su impronta en normas civiles nacionales de ámbito privado (derecho de familia y sucesiones, derecho de seguros, normas transfronterizas...). La

¹⁷ Common law y civil law no son tradiciones radicalmente separadas. Recientemente THOMAS RÜFNER, “Continental Jurists and English Common Law”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 626-635, afirma que en la segunda mitad del siglo XVIII, la actitud de los juristas continentales hacia el Derecho inglés cambió radicalmente. Especialmente los juristas alemanes desarrollaron un interés muy intenso sobre este Derecho y su historia. Empezaron a verlo como un modelo del sistema legal germánico que se había desarrollado independiente de toda influencia del Derecho romano. Había no obstante, muchos juristas totalmente ignorantes de la existencia del Derecho inglés. Llevó mucho tiempo hasta que unos y otros juristas se “aceptasen” como iguales.

¹⁸ DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 17, considera comprensible la dificultad de lograr un Código civil europeo por la divergencia de culturas jurídicas, especialmente en el ámbito de Derecho de familia y Derecho de sucesiones.

política se impuso a la pretensión de armonización de derecho privado europeo. Si entonces se vio poco oportuno, diez años después se ve aún mucho más lejos.

Decock, Masferrer y Obarrio¹⁹ dicen con razón que para el jurista de nuestro tiempo el Derecho europeo es en realidad la suma de los ordenamientos jurídicos nacionales (o plurinacionales, allí donde existan). Cada Estado tiene su propio Derecho, el Derecho (privado, están queriendo decir) está vinculado a cada Estado. Incluso la ciencia jurídica tiene una orientación predominantemente nacionalista: su principal objetivo es interpretar el ordenamiento jurídico vigente en su respectivo Estado, eso sí, con el respeto a la prevalencia comunitaria, normativa y jurisprudencial, donde proceda.

El Derecho concebido como *ratio scripta*, que estuvo vigente desde finales del siglo XI hasta principios del siglo XIX en los países de Europa Central y Occidental, la llamada “vieja Europa”, donde existía un Derecho romano germánico y una ciencia jurídica europea común, solo representa hoy a una de las muchas culturas jurídicas que conviven en una Europa cada vez más diversa²⁰, y no necesariamente la más influyente.

¹⁹ Wim DECOCK; Aniceto MASFERRER y A. OBARRIO, “Ius Commune e Historia del Derecho”, *GLOSSAE. European Journal of Global History* 13 (2016).

²⁰ Alain WIFFELS, “Le droit européen a-t-il une histoire ? En a-t-il besoin?”, en Lección inaugural en el Collège de France, *Chaire Européenne 2016-2017*, Paris, Fayard, 2017, considera esa diversidad que cuestiona la existencia de “un” derecho europeo.

IV. ATOMIZACIÓN LEGISLATIVA Y AUSENCIA DE UNA “CULTURA JURÍDICA EUROPEA”

El resultado de la dificultad de lograr consensos y de la propia técnica legislativa utilizada (especialmente, las Directivas de armonización mínima), ha sido una elevada “atomización” legislativa.

Átomo es, según la RAE, “una partícula material de pequeñez extrínseca” y atomizar es lo que resulta cuando se legisla sobre trozos de realidad jurídica sin visión de conjunto. Normas que las más de las veces no se integran en los viejos Códigos civiles y mercantiles. Conviven con ellos y los desbordan. El esfuerzo de interpretación sistemática requiere de la jurisprudencia y la doctrina. Diciéndolo en pocas palabras, hay más fuera que dentro²¹.

²¹ Muchos países europeos han ido modernizando sus legislaciones nacionales en distintos ámbitos del Derecho privado, con mayor o menor éxito, a mayor o menor ritmo, en algunos casos siguiendo principios europeos de armonización. España no está a la cabeza en ese proceso, llevamos más de una década de retraso en la reforma de derecho privado patrimonial propiamente dicha que es la que más afecta directamente al funcionamiento del mercado; ello a pesar de que la doctrina elevó a la Comisión general de codificación material prelegislativo en materia contractual para que se acometiese con agilidad la reforma que es especialmente urgente: Comisión General de Condificación, *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, BOE, 2009. Comentarios a la misma en Luis Díez-PICAZO, “La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, LXV, núm. 2130. Abril 2011; J. Antonio XIOL RÍOS, Criterios de imputación en la responsabilidad contractual, *Boletín Mº Justicia*, Año LXV, Junio 2011; M. Paz GARCÍA RUBIO, “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos”, *Boletín Mº Justicia*, Año LXV, núm. 2130, Abril 2011; Sobre la dinámica del incumplimiento contractual, especialmente: Encarnación ROCA I TRÍAS, “El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y contratos”, *Boletín Mº Justicia*, Año LXV, núm. 2132, Junio 2011; Nieves FENOY PICÓN, “La modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIII, 2010, fasc. 1, pp. 47-136; *Idem*, Parte segunda: los remedios

Si hace diez años se obvió el proceso de armonización básica a escala europea, hoy estamos aún más lejos de lo que estábamos entonces. El antiguo *ius commune* que se mencionaba anteriormente englobaba un mismo Derecho y una misma cultura jurídica común europea (entonces reducida al Centro y Occidente europeo).

Hoy, todo intento de crear un nuevo *ius commune* en el que se enmarquen los derechos propios de los distintos territorios, la creación de un Derecho común europeo, se torna casi imposible.

La idea de una cultura jurídica europea sobre la base de la tradición histórica romano-germánica, fue puesta en valor en el siglo XX por autores cuyas obras maestras son bien conocidas: Francesco Calasso, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune* (1938)²² e *Introduzione al diritto comune* (1951)²³; Paul Koschaker con su libro *Europa y el Derecho romano* (1947)²⁴

del incumplimiento”, tomo LXIV, 2011, fasc. IV; pp. 1481-1684. La doctrina venía desde más de una década atrás realizando numerosos estudios tendentes a la actualización necesaria de esta materia. A modo de ejemplo: Antonio M. MORALES MORENO, “Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa”, *Anuario de derecho civil*, ISSN 0210-301X, vol. 56, n° 4, 2003, págs. 1609-1652.

²² Ed. Giuffrè, Milano, 1938.

²³ Ed. Giannotta, Catania, 1951.

²⁴ F. ANDRÉS SANTOS en *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 18 (2021), recensionaria la obra de Tommaso Beggio, *Paul Koschaker (1879-1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg: Universitätsverlag Winter, 2018. Afirma que la obra de Koschaker publicada inicialmente en Múnich y Berlín en 1947, “traía su origen de una conferencia pronunciada por el autor en la Academia del Derecho Alemán de Berlín en diciembre de 1937, donde, ante una audiencia poblada de jerarcas del régimen nazi, defendió el Derecho romano como un elemento esencial de la cultura jurídica europea frente a los ataques del nacionalsocialismo (sobre todo en el Punto 19 del Programa del NSDAP, que proponía la sustitución del Derecho romano por un auténtico Derecho común alemán): en ella el autor austriaco subrayaba la importancia del Derecho romano para sentar las bases de numerosos ordenamientos jurídicos del continente europeo (y, consecuentemente, de muchos lugares fuera de Europa) a través del fenómeno

y Franz Wieacker con su *Historia del Derecho privado de la edad moderna* (1951)²⁵. Pero esas ideas han seguido publicándose hasta hace bien pocos años por juristas como Carlo Augusto Cannata con su *Historia de la ciencia jurídica europea* (1989)²⁶ quien llegó a hablar de un derecho común paneuropeo, y sin duda, a Helmut Coing con su *Derecho privado europeo* (1985-1989)²⁷, que describió la ciencia jurídica medieval como una disciplina europea y moderna.

Todos partían del Derecho romano y de su recepción²⁸. Propiciaban de un modo u otro una ciencia jurídica europea donde el eje seguía siendo el que había sido durante veinte siglos, la base romano-germánica.

de la Recepción, pero también descreía de que fuera a desempeñar un papel relevante en la reconstrucción jurídica europea tras la Segunda Guerra Mundial. Efectivamente, en el momento en el que se publicó el texto en forma de libro se estaba abriendo paso una nueva narrativa unitaria europea como reacción frente a la experiencia totalitaria, por lo que la obra de Koschaker significó un importante aldabonazo para los estudiosos de la historia del Derecho”. La obra de Paul KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano* (trad. esp., Chile, 2020) recientemente traducida al español en una nueva edición, puso en valor en su día las raíces históricas-jurídicas y culturales de Europa, así como el papel que el derecho romano ha tenido en el curso de los siglos, a juicio de Tommaso Beggio.

²⁵ Trad. Francisco Hernández Jardón y ed. Por J. L. Moreneo Pérez, ed. Comares, Granada, 2000.

²⁶ Trad. Laura Gutiérrez-Masson, ed. Tecnos, 1996.

²⁷ Trad. Antonio Pérez Martín y publicado por la Fundación Cultural del Notariado, 1996.

²⁸ Esa cultura jurídica europea era aún muy visible hasta los años noventa. Los juristas que habían contribuido a construirla, bien directamente, o bien a través de quienes habían sido sus maestros, como Max Kaser o Kunkel, estaban presentes en Congresos y otras reuniones científicas. Sus discípulos, como Franz Wiacker, intervenían en los congresos de Derecho romano (especialmente en la *Société Internationale de Histoire et Droit de la Antiquité*, SIHDA), en los que el Derecho, los conceptos, viajaban en el tiempo, de atrás hacia adelante, y de arriba a abajo, y siempre dentro de los límites de un Occidente cristiano que en general no tenía que preocuparse por conflictos de Derecho privado más allá de sus fronteras. Derecho, tradición o cultura, y educación jurídica coincidían.

Los principios de derecho romano, que Fritz Schulz²⁹ destacó en su día y que se fueron revelando a la ciencia jurídica basados en que el pensamiento jurídico europeo tenían sus raíces en las tres fuerzas básicas del mundo antiguo, como las llamó Wiaecker: el Imperio romano, la filosofía griega y el Cristianismo, como nueva conciencia vital de los pueblos. Los tres elementos aportaron contribuciones insustituibles a la cultura jurídica europea, y por consiguiente al Derecho privado³⁰.

Más adelante, otros importantes estudios han seguido profundizando y ampliando la aportación romanista a la tradición del derecho civil europeo, como Peter G. Stein con su obra *Roman Law and European History* (1999)³¹; Reinhard Zimmermann con *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian tradition* (1996)³² y *Europa y el derecho romano* (2009)³³; así como G. Wesenberg y G. Wesener con su trabajo titulado *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa* (1998)³⁴.

Sin embargo, bien entrado ya el siglo XXI en el que nos encontramos, el crisol de culturas jurídicas o tradiciones diversas dificultan la cohesión del Derecho privado europeo³⁵ y por ello, el objetivo de liderazgo normativo en ausencia de consenso sobre valores y principios es francamente un objetivo complejo. Por si fuera poco, entra en juego en el siglo XXI un nuevo factor: la tecnología.

²⁹ Trad. Manuel Abellán Velasco, ed. Univ. Complutense y ed. Civitas, Madrid, 1990.

³⁰ *Op.cit.*, pág. 17.

³¹ Traducido con el título: *El derecho romano en la historia de Europa: Historia de una cultura jurídica*, Juan Pablo Fusi y otros, Madrid : Siglo XXI de España, 2001.

³² Ed. Clarendon Press, 1996.

³³ Trad. I. Cremades, Marcial Pons. Madrid, 2009

³⁴ Trad. J. J. de los Mozos. Lex Nova. Valladolid, 1998.

³⁵ Schulze, REINER, *Ciencia jurídica y unificación del Derecho privado europeo*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2017.

V. EL RETO NORMATIVO TECNOLÓGICO Y LA PRETENSION EUROPEA DE LIDERAZGO NORMATIVO

Los problemas jurídicos de una sociedad digital han movido a Europa en los últimos años a querer lograr una posición de liderazgo mediante una legislación que sirva de referencia mundial. Ese liderazgo normativo que cuestionamos en el presente artículo tiene su piedra de toque en relación a la sociedad digital cuyas reglas y conflictos toca regular.

La tecnología plantea el reto de resolver problemas no localizados geográficamente. La pregunta es si la actual Unión europea, mosaico de culturas jurídicas diferenciadas y no cohesionadas, con un sistema de fuentes que tiene limitaciones, puede lograr ese objetivo. La Unión europea afirma que, si bien no puede estar a la cabeza de la producción de la tecnología, que se encuentra en manos de Estados Unidos y China, sí puede liderar el marco regulatorio desde una base ética³⁶. Y lo afirma en cierta medida sobre una suerte de superioridad moral que apoya en aquella ciencia jurídica europea construida durante siglos en la “vieja Europa”. La Comisión y el Consejo se pronuncian en 2020 incluso sobre lo que llaman “Digital sovereignty for Europe”³⁷ en la que expresan la preocupación por una pérdida de liderazgo ante la supremacía de fuer-

³⁶ El comité especial del Parlamento europeo publicó el 22 de marzo de 2022 un informe sobre Inteligencia artificial, en el que reconoce que la Unión europea está lejos del liderazgo tecnológico pero cree que la aportación está en el establecimiento de los estándares éticos a los que se debe ajustar el uso de la IA (Inteligencia Artificial) que tiene un gran potencial para complementar a los humanos. También pone de relieve la importancia de que se aseguren los valores democráticos de la Unión. Disponible en abierto: “Informe sobre la inteligencia artificial en la era digital (2020/2266(INI)) A9-0088/2022 Comisión Especial sobre Inteligencia Artificial en la Era Digital. Ponente: Axel Voss.

³⁷ Sobre el tema, véase: Carla HOBBS y J. Ignacio TORREBLANCA, *La soberanía digital de Europa. De regulador a superpotencia en la era de la rivalidad entre Estados Unidos y China*, ed. Los libros de la Catarata, Madrid, 2020.

zas extranjeras. En 2021, la Comisión dio un paso más en el impulso de la transformación digital de Europa con la presentación de la “Década Digital”, un proyecto que tomó como base la llamada “Comunicación Brújula Digital 2030” (marzo 2021), en la que la Comisión delineaba su visión para una transformación digital de la sociedad y economía europeas. Con el proyecto “Década Digital”, pretende introducir un “sólido marco de gobernanza para lograr los objetivos digitales a través del Itinerario hacia la Década Digital, basado en un mecanismo de cooperación anual con los Estados miembros”³⁸.

Concretando, los esfuerzos legislativos europeos se han centrado en los últimos tiempos precisamente en la regulación del mercado único digital en el que se debe resolver el enorme impacto de la tecnología en las relaciones contractuales y no contractuales dentro de un marco de seguridad jurídica³⁹. Aquel DCFR, citado más arriba, sirvió de base a la posterior Propuesta de Reglamento (UE) de compraventa europea (*Common European Sales Law*) la cual, aunque finalmente quedó descartada en 2014⁴⁰, ha sido la base de normas aprobadas posteriormente, como la Directiva 2019/770, sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; y la Directiva 2019/771, sobre compraventa de bienes, ambas de 20 mayo 2019⁴¹. Ambas ya transpuestas al Derecho español desde abril de

³⁸ SCHULZE, REINER y STAUDENMAYER, *Digital revolution. Challenges for contract Law in practice*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2016.

³⁹ La necesidad de seguridad jurídica afecta a la función notarial especialmente. Vid. Conclusiones del XXX Congreso notarial alemán (Hamburgo, mayo 2021) en el que se destacó la necesidad de aunar transformación digital y seguridad jurídica (Lucini Mateo, Álvaro, *El Notario del siglo XXI*, 2021).

⁴⁰ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas, 10.10.2011, COM(2011) 635 final.

⁴¹ Sergio CÁMARA LAPUENTE, “La propuesta de Carta de Derechos Digitales: reflexiones de Derecho privado y técnica legislativa”, *Derecho Digital e Innovación. Digital Law and Innovation Review*, núm.7 (oct-dic) 2020. El autor realiza un análisis crítico de la misma,

2021⁴². Así como, la Directiva 2019/2161, de 27 noviembre 2019, sobre modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión, que modificó la Directiva de prácticas comerciales desleales y es una de las normas recientes más interesantes que afectan al modo en el que actualmente estamos celebrando contratos on line en los que la información reputacional tiene un rol influyente en el proceso de formación de la voluntad negocial⁴³.

Además, la regulación de las plataformas digitales en la contratación ha sido también uno de los hitos más importantes que ha tenido que afrontar la UE. Por fin, se ha tomado conciencia de que el mercado digital es un mercado que funciona principalmente a través de plataformas. La contratación mediante estos intermediarios digitales tienen un impacto serio en la formación y efectos del contrato en sí (el rol contractual de las plataformas en línea, los *marketplaces*), pero también en los derechos fun-

echa de menos la visión privatista de la que adolece la Carta e insta la incorporación de nuevos derechos digitales, entre los que aquí se proponen: (a) el derecho de los consumidores digitales a un elevado nivel de protección en sus relaciones contractuales, (b) el derecho a la transparencia y equidad en las relaciones contractuales entre partes desiguales, incluida la transparencia algorítmica en ofertas y precios, (c) el derecho a la portabilidad y acceso a datos no personales de los usuarios (profesionales y no profesionales), o (d) el derecho a actuar con garantías por medio de representante en el entorno digital y a encomendar la gestión de datos personales a intermediarios.

⁴² RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (BOE 28.04). Ver Sergio CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales: (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)”, *Diario La Ley*, n° 9887, 2021.

⁴³ El propio consumidor es el que crea con su opinión el valor de mercado de determinado producto, o cuando existe manipulación por la empresa que paga a consumidores o “influencers”. Un estudio amplio sobre el tema de los sistemas de información reputacional puede verse en: Ricardo PAZOS, “The Case for a (European?) Law of Reputational Feedback Systems”, *INDRET*, 3, 2021.

damentales (privacidad). El Reglamento 2019/1150/UE sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B) marcó el camino a tener en cuenta⁴⁴, así como el Reglamento 2020/1503/UE, de 7 de octubre de 2020, relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa para empresas. Las plataformas no son meros prestadores de servicios o productos digitales, sino que la doctrina apunta a que son auténticos sistemas jurídicos privados completos⁴⁵. Estas plataformas además juegan con la información y la reputación negocial de un modo hábil.

El próximo hito legislativo europeo que está a punto de suceder es la aprobación de dos importantes Reglamentos, sobre Servicios Digitales (DSA), que limitará el poder de las grandes empresas tecnológicas como Amazon, Meta (Facebook), Google... y el de Mercados digitales (DMA). Sus objetivos regulatorios intentan favorecer la competencia y regular prácticas abusivas que hasta ahora se están llevando a cabo ante la práctica inexistencia de regulación al respecto. Será importante valorar si la posición intermediaria es neutral o si es activa, para medir su responsabilidad en términos legales⁴⁶. Además, la UE tiene sobre la mesa los problemas derivados de la gobernanza del “dato” en relación con la protección de los datos (personales)⁴⁷ y ha aprobado la Directiva

⁴⁴ DOUE núm. 186, de 11.07.2019.

⁴⁵ Como ha destacado Teresa RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, “El Reglamento 2019/1150/UE sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (Reglamento P2B)”, Ponencia en Congreso Internacional: Contratación a través de plataformas intermediarias”, Universidad Complutense, 17-18 marzo de 2022.

⁴⁶ Propuesta de Reglamento sobre un mercado único de servicios digitales (Digital Services Act) Bruselas 15.12.2020, COM(2020) 825 final y Propuesta de Reglamento sobre mercado del sector digital (Digital Markets Act), Bruselas 15.12.2020, COM(2020) 842 final.

⁴⁷ La Estrategia europea de Datos publicada por Comunicación de 19 de febrero de 2020 busca convertir la UE en líder de una sociedad impulsada por los datos. La creación de un

2019/790, de 17 de abril sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital⁴⁸.

Quedan retos por delante, como los daños derivados de accidentes provocados por coches sin conductor o problemas de avances neurocientíficos por implantes neuronales, los *smart contracts*; el pago con criptomonedas sobre cuyo mercado hay ya dos propuestas de Reglamento⁴⁹; los aspectos de tecnología *blockchain*, y en general, los problemas derivados de la aplicación de la inteligencia artificial, del que existe también Propuesta de Reglamento⁵⁰. Precisamente sobre esta última, la preocupación por la ética de la inteligencia artificial es mundial y la UNESCO aprobó el 25 de noviembre de 2021 a través de su Conferencia General una Recomendación sobre la infraestructura jurídica necesaria para garantizar

mercado único de datos permitirá que estos fluyan libremente por la UE y entre sectores, en beneficio de las empresas, los investigadores y las administraciones públicas. Ha dado lugar ya a la Propuesta de Reglamento relativo a la gobernanza europea de datos (Ley de Gobernanza de Datos) Bruselas, 25.11.2020 COM(2020) 767 final 2020/0340 (COD). Ver también el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos titulado: Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, 29 junio 2020. La Regulación europea de la protección de datos personales se estableció en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, que derogó en su día la Directiva 95/46/CE.

⁴⁸ DOUE L 1 30/92, de 17-5-2019.

⁴⁹ Para otorgar seguridad en el desarrollo de la tecnología, está trabajándose en dos propuestas de Reglamento, la reguladora de los mercados de criptoactivos y, la relativa a un un régimen piloto de las infraestructuras del mercado basadas en la tecnología de registro descentralizado, ambas de 24 de septiembre de 2020. Se prevé que ambos sean aprobados a lo largo de 2022.

⁵⁰ Propuesta de Reglamento para establecer reglas armonizadas sobre inteligencia artificial (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative Acts, COM(2021) 206 final. Ver comentario de Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO, “Propuesta de Reglamento sobre inteligencia artificial”, *La Ley Unión Europea*, n° 92, mayo 2021.

un desarrollo saludable de la IA. El impacto de la IA será enorme en los próximos años, cómo resultará de aplicación las ideas más elementales de formación de la voluntad negocial por ejemplo en *los machine to machine contracts*; y asimismo deberá revisarse la Directiva sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos para adaptarla a los cambios tecnológicos, en concreto la inteligencia artificial.

VI. EL ABANDONO DEL PANDECTISMO

Como puede verse, este panorama normativo en el que la Unión Europea intenta regular rápido el mercado digital, con un ánimo de marcar criterio mundial, no arroja una visión sistemática. La Comisión es consciente de la necesidad de unificación de doctrina y aclaración de conceptos, pero lograr el objetivo europeo de liderazgo normativo no está tan claro. Se echa de manos uno de los elementos principales de toda construcción jurídica, que es el componente de abstracción. Es lo que Wiaecker llamaba el “fenómeno especulativo”. La ciencia jurídica es un sistema de valores, principios, conceptos e instituciones. Un ordenamiento, fragmentado y atomizado resulta insuficiente y aumenta el déficit de integración europea.

Se echa en falta un enfoque próximo al objetivo pandectista que a finales del siglo XIX movió a juristas como F. Savigny (1779-1861) primero; y a B. Windscheid (1817-1892)⁵¹ y a R. Ihering (1818-1892) después. Partieron de las aportaciones de los glosadores⁵² sobre la recepción

⁵¹ Fue fundamentalmente Windscheid, quien a través de su obra *Pandektenrechts* (Derecho de pandeltas) quien puso la base del Código civil alemán. Pothier (1699-1772) había hecho lo propio en Francia con el Code de 1804 a través de su obra *Pandectae in novum ordinem redactae*.

⁵² Sobre el método que utilizaron los glosadores ver: Sandra ADAMS, “El Derecho Común: notas sobre una realidad histórico-jurídica”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 12-26.

del Derecho romano⁵³ y recondujeron el Derecho por primera vez en la Historia a una estructura dogmática sistematizada, orgánica, al construir unos conceptos propios con un lenguaje preciso y refinado. Lograron dar forma a un sistema completo y cerrado de normas, instituciones, conceptos y principios⁵⁴.

Quizás estemos viviendo en estos momentos un punto de inflexión. El pasado 29 de diciembre de 2021 se publicaron tres documentos con

⁵³ Como afirma Wieacker, los glosadores pueden ser considerados como genuinos padres de la futura ciencia jurídica europea. Llegaron a tener un dominio muy exacto de los textos jurídicos romanos, porque dieron un tratamiento a los problemas jurídicos de acuerdo con el canon lógico propio de los mismos, es decir, un planteamiento exacto del problema a resolver, la pertinente discusión del caso, la argumentación adecuada e interpretación junto con la *solutio*. Mediante esta técnica pusieron las bases sobre las que se articularía la futura ciencia jurídica europea, es decir, el procedimiento de la motivación y decisión de los casos o conflictos vitales de la convivencia humana no siguieron el cauce de la costumbre intemporal ni vinieron mediatizados por el poder dominante, sino que más bien fue la fructífera discusión intelectual y científica del problema real del que se formará una *regula* desde el caso concreto; el tratamiento jurídico del caso de un modo autónomo y con rigor científico fue el que otorgó esa base sobre la que se articularía posteriormente la ciencia jurídica europea.

⁵⁴ Véase la síntesis al respecto realizada por Rafael BERNAD MAINAR, “La pandectística alemana: columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno”, *Revista Internacional de Derecho romano*, octubre 2016 (online, www.ridrom.uclm.es). Para el autor la Pandectística “concibe el ordenamiento como un sistema que conecta con la sociedad en la que se desenvuelve, pero ésta apenas influye en él, dado que él se retroalimenta internamente desde la lógica, a partir de los conceptos elaborados dogmáticamente, como último valedor de la consecución de la justicia del caso concreto... y con ello se recupera el fundamento del Derecho en la tradición jurídica, premisa aceptada por la cultura jurídica alemana, eso sí, ahora reinterpretada por los juristas cultos, que alcanzan una posición de preeminencia como prestigiosos constructores de la nueva normatividad, en clara sintonía con el positivismo jurídico reinante en la época, ante el que la Escuela, lejos de resistirse, se suma con decisión... La Pandectística alemana representa el punto de enlace entre la corriente iusnaturalista e historicista de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX, que se reflejará en la codificación civil resultante (BGB)”.

forma de Comunicaciones de la Comisión Europea que resultan, a juicio de Tapia Hermida, extremadamente relevantes en la ordenación de la normativa europea de protección del consumidor⁵⁵ porque dos de ellas permite referirse a la «codificación» europea de la normativa de protección del consumidor. Se trata, en primer lugar, de las Directrices de sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores (DDC) y, en segundo lugar, de la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (CPCD). Como dice el autor citado la eficacia práctica que presentan estas directrices o guías para los operadores jurídicos son importantes porque están plagadas de ejemplos sacados de la experiencia de la Comisión que “facilitan notablemente la interpretación y la aplicación de normas técnicamente complejas y plagadas de conceptos jurídica y económicamente indeterminados”⁵⁶. En el ámbito de la protección de los consumidores, donde la Unión europea se ha centrado desde los años ochenta en aras a generar mecanismos de defensa en el mercado europeo, el dilema de la codificación es complejo. No nos referimos tanto a la estrategia nacional o doméstica extraordinariamente variada en la que cada país decide su integración o no en los cuerpos de normas generales⁵⁷;

⁵⁵ TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, “La «codificación» de la normativa de protección del consumidor en la Unión Europea”, *Diario la Ley-Unión Europea*, nº 101, marzo 2022.

⁵⁶ Desde el punto de vista interno, afectan a la futura modificación de normas mercantiles como la ley de ordenación del comercio minorista y la normativa de protección de consumidores.

⁵⁷ Ver CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del derecho de consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015) *Estudios*, pp. 105-151: si integrar el Derecho de consumo en el Código civil o si dotarlo de un Código de consumo propio y en tal caso, con qué configuración. a falta de un código europeo armonizado, a su juicio, probablemente resulte más realista en cada sistema una genuina codificación de consumo

como a la propia sistematización de las normas europeas que nunca ha sido un objetivo de las instituciones legislativas comunitarias.

Nótese por ejemplo que ni siquiera existe una noción europea de “contrato”. Recuerdan las comunicaciones europeas que corresponde a los órganos jurisdiccionales y a las autoridades de ejecución nacionales del Estado miembro de que se trate apreciar si una relación jurídica constituye un “contrato”. Todas las Directivas de consumo contienen una disposición en el sentido de que no afectarán a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo, a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos, en la medida en que esos aspectos generales del Derecho contractual no estén regulados en las Directivas.

La diferencia es clara desde el momento en que la pandectística o jurisprudencia de conceptos, heredera de la Escuela histórica, partió del *ius commune* y de las corrientes de pensamiento jurídico sobre la base del Derecho romano y el canónico, como el humanismo, el iusnaturalismo, el racionalismo jurídico; el positivismo, para dar un salto cualitativo en la creación de una ciencia jurídica europea. Si la recepción del siglo XI fue todo un fenómeno cultural de descubrimiento, recuperación y proyección en la Europa Central y occidental del *Corpus Iuris civilis* justinianeo⁵⁸, cuando llegó el siglo XIX, los pandectistas elevaron la ciencia

en un primer estadio antes de plantear la integración final de sus contenidos en el correspondiente Código civil.

⁵⁸ El papel importante de la Iglesia en la Edad Media dotó de entidad sustantiva y específica al Derecho Canónico. Coing explicó bien ese fenómeno. Se aplicaron las técnicas exegéticas y las formas de enseñanza propias del *trivium*. Coing (*supra*) señaló el papel tan importante que jugó la Lógica en la formación intelectual durante siglos. Hablar de Derecho Común implica hablar de todo un proceso de elaboración y transformación el *studium civile*. Estudiar el Derecho desde el punto de vista científico está en íntima dependencia con la recuperación que se hizo por parte de la conciencia científica medieval de la doctrina clásica que aparecía recogida en el Digesto. En el periodo del *ius commune* se produjo una fecunda discusión relativa a la búsqueda de estructuras y métodos que fuesen

del Derecho privado al grado más alto de la especulación científica alcanzado hasta el momento.

VII. EL ROL DE LA DOCTRINA PRIVATISTA EUROPEA EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA

La ciencia jurídica requiere de la doctrina, de operadores jurídicos e instituciones, que contribuyan a esa formulación de principios, conceptos e instituciones. En realidad, lo que hizo la vertiente dogmática de la Escuela histórica del Derecho fue poner en manos de los juristas la elaboración dogmática de un sistema de Derecho privado integrado por construcciones jurídicas abstractas adaptadas a su tiempo sobre la base de las fuentes romanas justinianas.

La doctrina europea en el ámbito privado, en el que la UE quiere ser líder de normas, valores y principios, se está haciendo principalmente a través del *European Law Institute* (ELI)⁵⁹. Creado en 2011, con sede en Viena, está integrado actualmente por 1.600 juristas, como miembros individuales, y aproximadamente 100 instituciones (básicamente organismos y Universidades).

El ELI se fundó precisamente tras el rechazo de la Comisión, más arriba comentado, al proyecto de *Draft Common Frame of Reference*. Surgió entonces como una organización independiente que buscaba mejorar el

válidos para todas las ciencias, sin distinción entre ciencias naturales y ciencias del espíritu"... "La *lex* romana estaba llamada a imponerse, no sólo como la *lex* más expandida en todos los territorios indicados, sino que era estrictamente la única *lex*, que contenía un sistema que era capaz de dar respuesta a todos los asuntos. La doctrina puso de relieve que el descubrimiento del Digesto fue la pieza fundacional de la ciencia jurídica europea".

⁵⁹ Sitio web del European Law Institute (ELI): <https://www.europeanlawinstitute.eu/about-eli/>.

Derecho europeo, elaborando proyectos de textos normativos, así como reglas y principios, y propuestas de mejora o cambio de normas europeas ya existentes⁶⁰. Muchos de los académicos que habían estado vinculados a aquel proyecto decidieron crear este instituto que se está consolidando actualmente como uno de los *lobbys* más influyentes en la producción de normas de derecho privado⁶¹.

Actualmente el ELI está desarrollando su influencia sobre tres grandes focos o *umbrellas*, en los que se insertan los proyectos sobre los que trabajan profesores de las distintas Universidades europeas y profesionales del Derecho (abogados, notarios y jueces): El primero, sobre el “Estado de Derecho del siglo XXI” (fundamentalmente afecta a Derecho público, como la independencia judicial, la tradición común constitucional en Europa)⁶²; el segundo se denomina “Derecho y Gobernanza para la

⁶⁰ El ELI se autodefine como una organización democrática, pan-europea, basada sobre la membresía, por lo tanto independiente de cualquier gobierno u otra organización que reúne a juristas de todas las profesiones con el fin de mejorar el Derecho en Europa (no Derecho europeo como rama del Derecho) mediante proyectos con aplicación práctica inmediata. La actual dirección del European Law Institute está integrada por Pascal Pichonnaz (romanista y civilista de la Universidad de Fribourg) como Presidente, Lord John Thomas como primer Vicepresidente y Anne Birgitte Gammeljord, como Segundo Vicepresidente; tesorero Pietro Sirena y otros tres miembros: Bénédicte Fauvarque-Cosson, Aneta Wiewiórska-Domagalska y Teresa Rodríguez de las Heras Ballell, única española en el comité directivo.

⁶¹ En solo diez años de vida sus logros son importantes. De un lado, su amplia membresía y de otro, el hecho de que se ha dotado de una estructura interna poderosa y de unos procedimientos de actuación muy bien definidos, todo ello sin dejar de lado un buen sistema de difusión, comunicación transparente y directo.

⁶² Incluye los proyectos siguientes: “Admissibility of E-Evidence in Criminal Proceedings in the EU”; “ELI-Mount Scopus European Standards of Judicial Independence”; “Freedom of Expression as a Common Constitutional Tradition in Europe”; “Fundamental Constitutional Principles”; “The Concept and the Role of Courts in Family and Succession Matters”.

Era digital”, que por lo que toca al Derecho privado, incluye los smart contracts y las implicaciones de la tecnología blockchain, así como los derechos sobre los datos y las transacciones sobre los mismos⁶³ y el tercer foco, “Vida sostenible y Sociedad”, que incluye “los derechos humanos y empresa” y la “responsabilidad financiera”⁶⁴.

Sus proyectos son elaborados en grupos de trabajo bajo los principios de transparencia y democracia. Posteriormente son aprobados en su Consejo y finalmente sometidos a voto electrónico de sus miembros. Así por ejemplo, en 2021, el Consejo del ELI aprobó cinco proyectos que se sometieron posteriormente a aprobación por todos los miembros durante los primeros meses de 2022: “For a European Approach to R&D Tax Incentive(s)”; “ALI-ELI Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights”; “Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies”; “Freedom of Expression as a Common Constitutional Tradition in Europe”; “ELI Model Rules on Impact Assessment of Algorithmic Decision-Making Systems Used by Public Administration⁶⁵” y “Use of Digital Assets as Security”⁶⁶. Los miembros

⁶³ Incluye los proyectos siguientes: “Access to Digital Assets”; “Artificial Intelligence (AI) and Public Administration – Developing Impact Assessments and Public Participation for Digital Democracy” “Blockchain Technology and Smart Contracts” y “Principles for a Data Economy: Data Rights and Transactions (with the American Law Institute, ALI)”.

⁶⁴ Son dos los proyectos sobre los que se está trabajando en este foco: “Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies (with input from the EU Agency for Fundamental Rights, FRA) y “Corporate Sustainability, Financial Accounting and Share Capital”.

⁶⁵ Las Reglas modelo de ELI se han diseñado para no depender de la legislación de la UE. Como tales, podrían servir de inspiración a legisladores nacionales (incluidos los de fuera de la UE) y de la UE, a gobiernos y administraciones. Hay varias formas en que se pueden abordar las preocupaciones planteadas por la toma de decisiones algorítmica.

⁶⁶ Publicado en 2022. Los redactores de los Principles on the Use of Digital Assets as Security son: Phoebus Athanassiou, Teemu Juutilainen; y Denis Philippe.

del ELI han sido convocados en 2022 a unirse a nuevos proyectos que se están poniendo en marcha⁶⁷.

Las reglas modelo que elabora son, en primer lugar, una ayuda para la elaboración de nuevas normas por parte del legislador europeo. Por ejemplo, la Resolución del Parlamento europeo de 2020/2018, de 20 de octubre de 2020, ha puesto de manifiesto esa influencia del ELI en el futuro Reglamento europeo sobre servicios digitales⁶⁸. El ELI está elaborando informes con colaboración directa de organismos de la UE, como el aprobado en 2021 sobre “Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies” elaborado junto con la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA)⁶⁹. También, interviene en las consultas públicas que realiza la UE (por ejemplo, en la realizada sobre la propuesta de regulación sobre datos) y está demostrando una gran capacidad para hacer propuestas sobre los retos legales que la tecnología está planteando a la sociedad. Una buena muestra son sus propuestas sobre inteligencia artificial y decisiones basadas en algoritmos; así como en materia de *blockchain* y *smart contracts*⁷⁰.

⁶⁷ Son los siguientes: “Access to Digital Assets”; “Admissibility of E-Evidence in Criminal Proceedings”; “The Concept and the Role of Courts in Family and Succession Matters”; “Corporate Sustainability, Financial Accounting and Share Capital”; “ELI-Mount Scopus European Standards of Judicial Independence”; “Fundamental Constitutional Principles”; “Guiding Principles and Model Rules on Algorithmic Contracts”; “Climate Justice – New Challenges for Law and Judges y ecocide”.

⁶⁸ Cristoph BUSCH, “The ELI Model Rules on Online Platforms”, en Congreso internacional “La contratación a través de plataformas electrónicas intermediarias”, Universidad Complutense, 17-18 de marzo 2022.

⁶⁹ El informe formula recomendaciones respecto a cómo la UE y los Estados miembros pueden poner en práctica para superar los más habituales obstáculos que las víctimas tienen que afrontar en estos casos. ELI propone, entre otras ideas, un medio efectivo para plantear procedimientos de acción colectiva y propone una institución tipo “ombudsman” dotada de un mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

⁷⁰ El 9 de noviembre de 2021, ELI organizó una reunión con un grupo de expertos académicos y profesionales (High Level Expert Group) sobre contratación automatizada

En segundo lugar, también es una referencia para el legislador nacional. Podemos citar el caso de Portugal, cuyo Decreto 87/2021, de 20 de octubre, es una transposición de las ELI Model Rules sobre plataformas digitales aprobadas en 2019⁷¹. De momento Portugal es el único país que lo hecho. Recuérdese que en los años noventa, los *Principles of European Contract Law* sirvieron en su día de referencia para la regulación adoptada por países bálticos, como Estonia⁷².

En tercer lugar, el ELI facilita la reflexión sobre normas europeas que necesitan de actualización. Así en enero de 2021, el Consejo del ELI aprobó lo que denomina “innovative paper” acerca de “Guiding Principles for Updating the EU Product Liability Directive for the Digital Age”, con miras a proporcionar propuestas concretas a la UE que permitan actualizar la Directiva 85/374, de 25 de julio de 1985, de responsabilidad por productos defectuosos (una de las más antiguas del derecho comunitario) adaptándola a la era digital.

Y por último, la visión “supra europea” del ELI le permite trabajar generando normas de *soft law* en colaboración con otros institutos, como

con el objetivo de reflexionar sobre el nuevo proyecto en este ámbito que va a cambiar radicalmente las transacciones privadas y el rol que puede jugar la Unión europea (véase cómo fue regulado el Certificado europeo de sucesiones); el funcionamiento de los contratos híbridos (en parte derivados de IA y en parte de formación natural); el impacto del fallo de la tecnología; el juego del principio de la buena fe en el marco del blockchain; la articulación con las reglas de la nulidad contractual y los remedios por incumplimiento; los objetos digitales y el pago mediante nuevos medios como criptomonedas entre otros. Igualmente el 18 de noviembre tuvo lugar otra reunión sobre otro tema sobre el que se está pensando en aportar reflexión: “Third party funding of litigation”.

⁷¹ La publicación de este trabajo en 2019 fue cofinanciado por el programa de Justicia de la UE.

⁷² *Law of Obligations Act* adoptada el 28 de septiembre de 2001 (en vigor desde 1 de julio de 2002). Ver: Irene KULL, “Reform of Contract Law in Estonia: Influences of Harmonisation of European Private Law, *Juridica International*, XIV, 2008, pp. 122-129.

UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law, con sede en Roma)⁷³ acerca de reglas procesales civiles⁷⁴, o con el ALI (American Law Institute, con sede en Filadelfia), con este instituto ha aprobado en septiembre de 2021 los “Principios para una Economía de los datos”⁷⁵, que puede ser de gran ayuda a la UE en la regulación que pretende sancionar en 2022.

El ámbito del derecho mercantil, por su propia dimensión transnacional, es una especial piedra de toque acerca de la contribución del Derecho europeo en escala internacional⁷⁶ y este es el mejor ejemplo de ello hasta la fecha.

Finalmente, el ELI proporcionó principios relacionados con la crisis del COVID para abordar la necesidad de proporcionalidad de medidas a implementar cuando existe un bajo riesgo epidemiológico.

⁷³ Especialmente importante su aportación: “The Principles of International Commercial Contracts”.

⁷⁴ En este marco de colaboración se han aprobado los “Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure”. Han sido publicados en Oxford University Press (2021) y están siendo objeto de traducción a otros idiomas, como el francés.

⁷⁵ Con esta institución se ha aprobado en septiembre 2021: “Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights project”, que están siendo objeto de traducción a varios idiomas.

⁷⁶ Luisa BRUNORI, “History of business law: a European history?”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 15 (2018), pp.63-79.

VIII. CULTURA JURÍDICA EUROPEA, CIENCIA JURÍDICA EUROPEA Y... ¿EDUCACIÓN JURÍDICA EUROPEA?

La enseñanza del Derecho está siempre arraigada en la cultura jurídica. Durante siglos en las Universidades europeas se estudiaba el mismo Derecho, el *ius commune*. Toda biblioteca jurídica de cierta importancia de todo país europeo tenía un fondo básico idéntico de obras jurídicas y la formación de los juristas en todos los países era uniforme. También era normal el intercambio frecuente de profesores y alumnos, dentro de lo minoritario de los estudios de entonces, entre las diversas Facultades de Derecho europeas, con una lengua franca que era el latín⁷⁷. La Unión europea nació sobre la base de una cultura jurídica europea cohesionada sobre fundamentos romanísticos que la ciencia pandectística elevó hace un siglo a ciencia jurídica. El panorama actual no es el de una sola cultura europea sino muchas culturas y muy diversas.

El proceso de aprendizaje jurídico, como se dice ahora, consiste en marcar un itinerario a través del cual se da a conocer el Derecho y su praxis. Así que cultura, ciencia y educación jurídica van, o deben ir, siempre de la mano. La Universidad ha de decidir cuál es el objeto de la ciencia jurídica, esto es, qué visión del Derecho se ha de transmitir, bien una concepción más positivista, más judicialista, más naturalista... algo que es fundamental para la determinación de los objetivos de la formación de los juristas⁷⁸. La Unión europea promovió el programa Erasmus en 1987

⁷⁷ Anja AMEND-TRAUT, "Diversité ou unité? Culture juridique, correspondances et différences dans la recherche de la justice en Europe", *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 15 (2018), pp.33-49.

⁷⁸ Ver: Manuel Jesús GARCÍA GARRIDO y FRANCISCO EUGENIO, *Estudios de Derecho y Formación de Juristas*, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 177-181: Hay tres vías de acercamiento al conocimiento del Derecho, la primera, la concepción positivista que identifica normativa legal con Derecho y que generó en realidad el fenómeno de la codificación; la segunda, la concepción judicialista es la que concibe el Derecho en íntima conexión con la actuación

para incentivar de nuevo esa movilidad⁷⁹, estuvo inspirada en aquella *pe-regrinatio* académica que hubo en la “vieja Europa” siglos atrás. Unos años después, la Declaración de Bolonia de 1999 supuso igualmente la creación de un espacio europeo de educación superior⁸⁰ en el que pudiera favorecerse el aprendizaje de estudiantes europeos (con más peso en las competencias que en los contenidos). Pero no hay, seamos sinceros, demasiada reflexión a escala supranacional.

En 2018, la Asociación de Facultades de Derecho (ELFA)⁸¹ intentó poner en marcha el “Proyecto “*European Jurist*”, que se vio desbordado por la necesidad de integrar visiones y culturas educativas muy dispares. Era un desafío demasiado complicado de abordar por la dificultad de visibilizar la base común que identifique al “jurista europeo”⁸².

de los jueces y la tercera, la iusnaturalista, que se basa en la existencia de un Derecho previo y superior al Derecho positivo.

⁷⁹ El vocablo Erasmus es el acrónimo de: “*European Region Action Scheme for the Mobility of University Students*” (Plan de Acción de la Comunidad Europea para la Movilidad de Estudiantes Universitarios).

⁸⁰ Declaración conjunta de los ministros europeos de enseñanza. Bolonia, 19 de junio de 1999.

⁸¹ La *European Law Faculties Association*, conocida por las siglas ELFA: Sitio web: <https://elfa-edu.org/> Fundada en 1995 en Lovaina por más de 80 Facultades de Derecho. Hoy tiene más de 150 miembros de países europeos y no europeos. Actúa como un foro internacional abierto a la discusión jurídica en torno a la educación jurídica.

⁸² Siguiendo a Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 276-306, así fue en el siglo XVII en Upsala y París; siglo XVIII en Wittenberg, Salamanca, Oxford y Coimbra. Filosofía, Derecho, Teología, Medicina y Ciencias naturales eran las materias más estudiadas.

IX. REFLEXIÓN FINAL

La Conferencia sobre el Futuro de Europa no es una casualidad, sino la respuesta al cuestionamiento del rol que la UE debe jugar en el mundo⁸³, replanteándose sus valores y normas con visión de futuro.⁸⁴

La atomización legislativa europea en el ámbito de Derecho privado patrimonial europeo no es absorbida por los códigos decimonónicos. La complejidad del marco jurídico es creciente, con una tecnología que desafía los conceptos y con la presencia de diferentes culturas jurídicas europeas y no europeas dentro de la UE. Desde el punto de vista jurídi-

⁸³ Afirman FRANCISCO LÓPEZ PALOMEQUE y Juan Ignacio PLAZA GUTIÉRREZ, *Geografía de Europa. Estructuras, procesos y dinámicas territoriales*, Tirant lo Blanch- Univ.Valencia, 2019, que Europa se debate en el siglo XXI entre una posible refundación o un peligro de desintegración. Dicen que se hace preciso recuperar los valores y principios políticos y sociales fundamentales en que se asentó la constitución y crecimiento de la Europa comunitaria (libertad, igualdad, solidaridad, derechos fundamentales) como principales activos que le otorgan fuerza y capacidad, así como establecer una nueva conexión con los ciudadanos y sus problemas reales: si se ha hablado tanto de “ciudadanía europea”, ha de demostrarse con la centralidad real que debe ocupar la “Europa social” en todo este proyecto. Y se hacen precisos “liderazgos políticos pro-europeistas” fuertes. Sin duda, todo ello ha de suponer un cambio de tendencia y un fortalecimiento de la UE que le permitirá retomar y coliderar el peso e influencia a escala mundial y abanderar un modelo de crecimiento solidario y sostenible.

⁸⁴ Esta pesimista valoración de la legislación europea en el ámbito del Derecho patrimonial privado no es una excepción. La doctrina civilista en España también ha puesto de manifiesto la “delicada situación que está atravesando la legislación civil estatal, muy desatendida por quienes tienen la capacidad de ponerla al día y de cuidar su coherencia y su modernización”. En palabras de María Paz GARCÍA RUBIO, “Reivindicando el valor del derecho civil. el tratamiento del derecho civil por los poderes normativos”, *Revista de Derecho civil*, vol. IX, núm. 1 (enero-marzo, 2022) Ensayos, pp. 233-245. Concluye la autora diciendo que “el Derecho civil no es una rama del Derecho más. Lejos de ello, como ha escrito un autor francés, más bien puede afirmarse que constituye el tronco y las raíces de cualquier Derecho. Tampoco el Código civil es una ley ordinaria como las otras, pues es el recipiente de los conceptos jurídicos básicos y, debidamente actualizado, debe serlo también de los valores que nos definen como sociedad”.

co son muy profundos los cambios sociales del mundo contemporáneo que están retando la función estabilizadora que corresponde al Derecho. La dogmática está en crisis y se revela a menudo la insuficiencia de una ciencia técnica del Derecho⁸⁵.

A nuestro juicio, el liderazgo respecto a normas y valores que reclama la Conferencia sobre el futuro de Europa, quedará en un mero *desideratum* sin un mayor enfoque organizado y “especulativo” por parte de la Unión europea. Los mecanismos de producción normativa, Reglamentos y Directivas, que requieren transposición, complican la pretensión de liderazgo.

Compartimos las palabras de Lamo de Espinosa cuando afirma que “nos encontramos en una encrucijada vital: o Europa se articula como unidad para asumir un papel central en la gobernabilidad del nuevo mundo globalizado, o quedará relegada a desempeñar un papel cada vez más dependiente y secundario”⁸⁶.

Si la Unión Europea quiere realmente dotar a la sociedad de valores y normas europeas, según dice la “Conferencia sobre el Futuro de Europa”, ello requiere de un esfuerzo mayor de especulación jurídica (un proceso de juridificación), como diría Wiaecker, y citando a este autor alemán, “sería necesaria una firme creencia jurídica de la época en la que se vive, una perfecta percepción de

⁸⁵ Joaquín ALMOGUERA CARRERES, “Crisis y recreación del derecho: Ángel Sánchez de la Torre”, en Luis BUENO OCHOA y Juan Antonio MARTÍNEZ MUÑOZ, *Los confines del derecho. Diálogos con Ángel Sánchez de la torre*, Universidad Complutense, Madrid, 2015, pp. 249-ss, alude a “la acuñación del concepto del «derecho viviente», que básicamente propone la existencia de un sistema abierto de fuentes”. Asimismo, una crisis de legalidad, la crisis de la codificación y del formalismo, abre la puerta a nuevas teorías jurídicas.

⁸⁶ Emilio LAMO DE ESPINOSA, *Entre águilas y dragones. El declive de Occidente*, Espasa (Premio Espasa 2021), Madrid, p. 29. Añade el autor que la Unión Europea es la primera economía del mundo, pero su peso político es decreciente y estamos ya en una sociedad posteuropea, más aún, postoccidental (p. 351).

la realidad social por medio de la ciencia del derecho y un acabado método jurídico”⁸⁷.

⁸⁷ WIACKER afirma (*op.cit.*, pp. 561-563) que los grandes tiempos de la Historia del Derecho privado han sido épocas en las que la imagen jurídica (la consciencia jurídica) de la ciencia estaba en consonancia con la imagen social de la sociedad respectiva. Esa consonancia se ha perdido hoy. “La última tarea esencial de toda gran ciencia del Derecho privado fue siempre la formación de un método acabado y seguro y de una teoría que impregnaron y ordenaron el contenido material de toda cultural material de su tiempo.... El método pandectista se ha destruido y no ha sido sustituido por otro método productivo. El desarrollo dogmático del Derecho civil ya no está a la altura de la influencia y la importancia de la tarea realizada por la ciencia pandectística ni de la de sus continuadores rezagados de comienzos de este siglo”. Y con ello no sólo podríamos encontrar un síntoma de la universal que amenaza material y espiritual nuestra cultura científica, sino también pensar que con la decadencia y el desdén de la dogmática del derecho privado, se anuncia la pérdida de las tres condiciones fundamentales para una cultura científica importante del Derecho privado: una firme creencia jurídica de la época, una perfecta percepción de la realidad social por medio de la ciencia del derecho y un acabado método jurídico no destruido críticamente y transmitido concienzudamente por la teoría y por su perfección sucesiva. La ciencia alemana del Derecho privado volverá a enaltermarse mediante jueces y maestros del Derecho que tengan presentes esas condiciones y presten oído a su tiempo”.