

Retos del Instituto de Derecho Europeo *

REINHARD ZIMMERMANN

Codirector del Instituto Max Planck de Derecho comparado
y Derecho internacional privado, Hamburgo

I. PARÍS 1990

«Puisqu'il y a un mouvement irrésistible de pénétration juridique et législative, peut-il y avoir et doit-il y avoir une science qui ait pour objet, non seulement d'observer ce mouvement, qui vient de la nature et qui vient de l'homme, mais de le régler, de le discipliner, de le diriger, s'il le peut? Cette science-là, si elle existe et si elle peut exister, sera vraiment, non plus la méthode comparative ou la méthode de Droit comparé, mais la science du Droit comparé, au sens juridique du mot» [Porque hay un movimiento irresistible de penetración jurídica y legislativa, ¿puede y debe existir una ciencia cuyo objeto sea no solo la observación de este movimiento, que tiene su origen en la naturaleza y en el hombre, sino también su regulación, su disciplina, su dirección? Esta ciencia, si existe y si puede existir, en realidad ya no será el método comparativo o el método de derecho comparado, sino la ciencia del derecho comparado, en el sentido jurídico de la expresión]. Así es como Raymond Saleilles describía el tema principal en la agenda del Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París, en su sesión plenaria de clausura del 4 de agosto de 1900; su discurso, que culminó en un sentido llamamiento a «un gran amor por la humanidad y un gran amor por el derecho y la justicia», fue ovacionado «con una triple salva de aplausos».

Hay consenso en considerar al Congreso de París de 1900, como el estímulo a la aparición del derecho comparado como una

* *Discurso pronunciado en la conferencia de inauguración del Instituto de Derecho Europeo.*

(Traducción de Antoni Vaquer Aloy, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lleida.)

disciplina específica, como una rama de la ciencia jurídica. Creo que hoy puede decirse que, en verdad, el derecho comparado se ha convertido en un campo de estudio e investigación vibrante e intelectualmente estimulante, con lo que los sueños que inspiraron a Saleilles, Edouard Lambert y muchos otros conferenciantes en el Congreso de París de 1900 se han convertido, ni que sea parcialmente, en realidad. Una de las tareas esenciales de la ciencia del derecho comparado era, según Lambert, la unificación internacional del derecho. «L'action unificatrice attribué au droit comparé... se bornera à effacer progressivement les diversités accidentelles entre législations régissant des peuples de même civilisation» [La acción unificadora atribuida al derecho comparado (...) borrará progresivamente las diversidades accidentales entre legislaciones que rigen los pueblos de una misma civilización], señaló. Esta afirmación suscita una serie de dudas. ¿Son las diferencias que separan las legislaciones de los estados modernos en verdad accidentales? ¿No deberían centrarse los comparatistas en muchos otros aspectos además de las leyes? ¿Es la unificación jurídica deseable por igual en todas las ramas del derecho? Estas y otras muchas preguntas permanecen todavía abiertas hoy. Y, sin embargo, el derecho comparado se ha embarcado con entusiasmo en la preparación de bases para la unificación jurídica tanto a nivel mundial como europeo. Igualmente, la europeización de la doctrina jurídica ha logrado progresos considerables en los dos últimos decenios, con la producción de una destacable literatura que incluye monografías, manuales, *casebooks* y revistas que cubren un variado abanico de disciplinas. Con todo, el sello distintivo de la doctrina comparatista en pos de la europeización se encuentra en la sorprendente proliferación de grupos de investigación transnacionales. La interacción a que han dado lugar ha supuesto un significativo cambio de mentalidad, en particular entre la generación más joven de académicos.

II. PARÍS 2011

A nadie entre el público se le habrá escapado que París es un lugar muy simbólico para el Congreso Inaugural de una nueva iniciativa que ansía también aunar juristas de muy distintos países. París evoca la que se ha llamado la *belle époque* del derecho comparado y el idealismo con que nuestros predecesores buscaron superar el nacionalismo político y jurídico que entonces predominaba. Pero a la vez nos recuerda el salto que existe entre los enfo-

ques propuestos, los sentimientos manifestados, el lenguaje elevado y las tareas afrontadas 111 años atrás.

Esta nueva iniciativa en virtud de la que se ha convocado este Congreso Inaugural es el Instituto de Derecho Europeo (ELI por sus siglas en inglés, European Law Institute). La fundación de un Instituto como este se ha venido repetidamente sugiriendo, incluso demandando, durante los últimos diez o quince años, en particular por la existencia de algunos déficits estructurales que han entorpecido la armonización jurídica en Europa. Estos llamamientos motivaron, por una parte, la creación de la Asociación para un Instituto de Derecho Europeo (ELIA), y, por otra, la convocatoria del congreso «¿Un Instituto de Derecho Europeo? Hacia la Innovación en la Integración Jurídica Europea», organizado por el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Las ponencias de este congreso pusieron de relieve un amplio consenso en que era deseable la fundación de un Instituto de Derecho Europeo. Podría incluso decirse, usando una famosa frase acuñada hace 200 años, que es parte de la «vocación» de nuestro tiempo en relación con el derecho y la doctrina jurídica. Las reuniones subsiguientes y distintas conversaciones desembocaron en una iniciativa conjunta que, a su vez, se tradujo en la creación del ELI a mediados del mes de abril.

Como presidente, junto con la Dra. Irmgard Griss [presidenta del Tribunal Supremo austriaco], del Comité Fundador, me corresponde familiarizarles con las características principales de este Instituto y con su manera de funcionar. Intentaré hacerlo subrayando una serie de retos que debe afrontar el ELI. De vez en cuando haré referencia a la iniciativa que comúnmente se menciona como fuente de inspiración del ELI: el American Law Institute, cuya creación la preparó un «Comité para el Establecimiento de una Organización Permanente para el Perfeccionamiento del Derecho» presidido por Elihu Root, quien fuera Secretario de Estado. La denominación del Comité es reveladora de la finalidad perseguida, al igual que, tal vez con mayor detalle, su acta constitutiva, donde se lee que su misión consiste en «promover la clarificación y la simplificación del derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales, garantizar la mejor administración de justicia y fomentar y proseguir con la labor jurídica científica». Esto ciertamente concuerda con los objetivos del ELI tal como los enuncia el art. 3 de sus Estatutos, a la vez que incita al lector a pensar en el Plan de la Comisión Europea «Legislar mejor» [http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_es.htm], pues, como razona el Presidente de la Comisión, «El Derecho europeo es la esencia de la especificidad de la Unión Europea»

y, por ello, «hemos de asegurarnos de que las disposiciones legislativas y reglamentarias europeas estén bien canalizadas, se apliquen de manera apropiada al nivel correspondiente y sean proporcionales a las necesidades». Una mejor legislación se ha convertido en una «prioridad de base» de la Comisión, y el ELI, pienso, contribuirá en la medida de lo posible a ello.

El American Law Institute se fundó el 23 de febrero de 1923, hace ya 88 años, y sería de necios no preguntarse qué podemos aprender de su experiencia.

III. MIEMBROS

El primer, y quizás obvio, reto que debe afrontar el ELI es el de sus miembros. El American Law Institute lo forman 4.000 abogados, jueces y académicos de todas las áreas del derecho tanto estadounidenses como extranjeros. El ELI, a fecha de hoy, tiene cincuenta y dos miembros fundadores, procedentes de veintidós países distintos, entre los que se cuentan profesores, jueces, procuradores de los tribunales, registradores, notarios y abogados, especializados en derecho público, privado, procesal, internacional privado o comunitario, y que representan una veintena de redes o organizaciones activas en el campo del derecho europeo. La lista de miembros fundadores, en esencia, refleja la génesis del ELI, por cuanto se consideró adecuado y oportuno implicar y conjuntar los dos organismos que iniciaron el proceso que ha culminado en su creación, esto es, ELIA (Asociación para un Instituto de Derecho Europeo) y el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Sus respectivas iniciativas se mostraban complementarias, ya que si ELIA se basaba en la membresía individual (en poco tiempo fue capaz de atraer a más de 300 miembros), el Instituto Universitario Europeo había invitado a representantes de las diversas redes activas en tema de derecho europeo. Se organizaron tres grupos de trabajo, uno encargado de redactar los artículos de los estatutos, otro de determinar la composición del Comité Fundador, y el tercero de preparar el congreso fundacional de París; cada grupo estaba coordinado por un miembro del Instituto Universitario Europeo, otro del ELIA y un tercero elegido de consuno por los dos. Con ello, los miembros del Comité Fundador señalados por cada uno de estos grupos de trabajo devinieron miembros fundadores del ELI. Algunos de ellos pertenecían al comité del ELIA, otros representan asociaciones o redes de profesionales o académicos. Sin embargo, los miembros fundadores se han limitado a

poner en marcha al ELI. Cualquier persona física que desee contribuir activamente al desarrollo del derecho europeo puede convertirse en miembro, siempre que se comprometa a hacerlo en base a sus propias convicciones personales y profesionales y no como valedor de intereses particulares, es decir, siempre que actúe con independencia. Los miembros son admitidos por el Consejo del ELI por mayoría de dos tercios. En el formulario de registro de asistencia al Congreso se preguntaba si se quería ingresar como miembro del ELI. Hay otras categorías de miembros que se detallan en el art. 8 de los estatutos, como los Miembros de oficio, los Observadores individuales y los Observadores institucionales. A diferencia del American Law Institute, no se ha fijado un número máximo de miembros, pues el ELI intenta ser incluyente, no elitista. No se trata de constituir una academia. En particular, se ha intentado estimular la incorporación de la generación de juristas más jóvenes, y de hecho por lo menos dos de los miembros del primer Consejo pertenecen a esta generación.

IV. ORGANIZACIÓN

El segundo reto del ELI, probablemente igual de obvio, consiste en diseñar mecanismos de funcionamiento operativos, en particular en cuanto a la coordinación de los diversos órganos que lo componen. Algunos aspectos claves de la gobernanza del ELI se han inspirado en el American Law Institute, puesto que, como este, se organiza en una Asamblea General (de la que forman parte todos los miembros del ELI), un amplio Consejo (60 personas en el caso del ELI, hasta un máximo de 65 en el American Law Institute), y un Comité Ejecutivo integrado por el Presidente, el Vicepresidente, el Tesorero y cuatro miembros ordinarios. Los miembros del Consejo los elige la Asamblea General, y los del Comité Ejecutivo el Consejo de entre sus miembros. El ELI se ha registrado como asociación internacional sin fin lucrativo de acuerdo con el derecho belga, que se consideró el más flexible y, por ello, el más adecuado para constituirse. Según el derecho belga, una tal asociación debe contar con un «órgano directivo general» y un «órgano administrativo general», por lo que a esa Asamblea no solo le corresponde elegir los miembros del Consejo, sino también aprobar las cuentas y el presupuesto, así como los resultados de los proyectos que acometa la asociación. Por su parte, el Consejo, en tanto que «órgano administrativo general», juega un papel fundamental en la gestión de los proyectos del ELI. Hubiera sido posible configurar un Con-

sejo de hasta 60 miembros como el «órgano directivo general» y al Comité Ejecutivo como «órgano administrativo general», lo que fue objeto de largo debate, si bien finalmente se optó por la presente estructura por cuanto, al implicar más intensamente a los miembros del ELI en su funcionamiento, se ganaba un mayor grado de legitimidad.

Un rasgo distintivo del ELI es la existencia de un «Senado». El Senado es un «órgano formado por personas de destacada reputación» nombrados con carácter vitalicio. Los diez primeros miembros los ha escogido el primer Consejo, y posteriormente será el mismo Senado quien coopte nuevos miembros, hasta un máximo de 21 personas que no hayan cumplido los 80 años. El Senado debe ser informado por el Consejo de las acciones y las decisiones acordadas, y puede «hacer recomendaciones y aconsejar por iniciativa propia o por consulta elevada por cualquiera de los restantes órganos de la Asociación». Además, corresponde al Senado la resolución de cualquier conflicto interno.

Finalmente, el ELI dispone de una secretaría. Se realizó una oferta pública para cubrir este cargo. De los términos de la oferta ya se deducía que el ELI no deseaba generar burocracia. La secretaría la forman un Secretario General con dedicación exclusiva y personal de apoyo como un administrativo y un informático. La concepción es más la de un utilitario que la de una limusina. La secretaría no se concibe que ejecute ningún proyecto del ELI, sino que sus funciones consisten en vigilar y coordinar el trabajo que se lleve a cabo dentro del ELI, crear y mantener el sitio web de modo que favorezca la más amplia participación de los miembros del ELI en sus actividades, y publicar una *newsletter* sobre estas actividades y los avances que se produzcan en el derecho europeo. Otra tarea consiste en facilitar la comunicación dentro del ELI así como entre el ELI y otras redes y organizaciones responsables de, o interesadas en, el desarrollo del derecho europeo. La sede de la secretaría, por un primer período de cuatro años, será fija, y durante el último año de este cuatrienio se decidirá si continúa en la misma sede o se muda a otro lugar. La oferta de la Universidad de Viena para este primer período ha sido aceptada. El puesto de Secretario General se publicitará de inmediato.

Así pues, el ELI posee una estructura compleja. Serán necesarios los esfuerzos de todos para lograr que funcione correctamente y que sus órganos desarrollen un modelo de interacción que encuentre el punto justo de equilibrio entre eficiencia y legitimación.

V. PROFESIONALES DE PROCEDENCIA DIVERSA

Los Miembros Fundadores del ELI practican un amplio abanico de profesiones jurídicas. Si bien es innegable que el proceso constitutivo ha sido dominado por los académicos, no lo es menos que uno de los retos determinantes del ELI es la implicación en sus actividades de jueces, procuradores, notarios, abogados, letrados de los parlamentos y otros profesionales con más intensidad de lo que hasta la fecha ha sido posible. La colaboración estrecha entre académicos y juristas prácticos es una de las características del American Law Institute, y una de las claves de su éxito. Las siete personas que otorgaron su acta constitutiva eran prácticos del derecho, en su mayoría jueces, entre ellos un ex presidente y un futuro presidente del Tribunal Supremo norteamericano. La mayor parte de los otorgantes ejercían en el Distrito de Columbia. Hoy son menos de una cuarta parte los miembros que son académicos, lo que es revelador del prestigio que merecen los juristas prácticos en relación con los académicos en Estados Unidos y en Europa, respectivamente, y de quiénes se considera que juegan el papel determinante en el desarrollo del derecho. No debe olvidarse que también en Europa el derecho lo han conformado y lo siguen conformando académicos y prácticos, o, citando el título del libro de Raoul van Caenegem, «jueces, legisladores y profesores». Al mismo tiempo, hay que notar que no existen muchos foros a nivel nacional o supranacional donde los distintos profesionales del derecho puedan discutir y colaborar. Fue por esta razón que se creó el Fórum de Juristas Europeos, que viene organizando congresos bianuales desde 2001, y que se basa en la idea de un *Juristentag* como el que por primera vez se celebró en Berlín en 1860, persiguiendo aunar prácticos y académicos para debatir problemas legales contemporáneos e influir en el desarrollo judicial y legislativo del derecho. Este modelo ha tenido mucho éxito en Alemania, lo mismo que en otros países vecinos, pero sin embargo el impacto del Fórum Europeo ha sido más bien escaso. Entre las razones que lo explican cabe señalar que este Fórum de Juristas Europeos es itinerante, pues consiste en un gran congreso que cada dos años organiza el gobierno de un país distinto donde se debaten tres cuestiones que se consideran de interés y en el que se presentan y discuten comunicaciones y una ponencia general.

Por consiguiente, hay espacio para una entidad que observe, evalúe y estimule el desarrollo del derecho europeo sobre una base de permanencia y sistematicidad y desde la independencia, esto es, que no esté auspiciada por ningún gobierno u organización política

o empresarial, sino únicamente por juristas europeos. El Fórum de Juristas Europeos carece de sede permanente y de carácter institucional, por lo que no puede embarcarse en ningún diálogo fructífero con la Comisión Europea, ni estar disponible para asesorar o realizar comentarios críticos con continuidad, a diferencia del ELI. Ello no obsta, por supuesto, a que sea imaginable algún tipo de colaboración con el Fórum, en particular por la diferente composición de ambas entidades.

VI. DIVERSIDAD DE DISCIPLINAS

Los Miembros Fundadores del ELI abrazan un amplio abanico de disciplinas jurídicas, tanto el derecho público como el privado, el derecho sustantivo y el procesal. Con todo, los iusprivatistas han predominado en el proceso constituyente, lo que puede deberse al papel central que la europeización del derecho privado ha tenido en la agenda jurídica europea de los últimos veinte años. Asimismo, el derecho privado, por diversas razones, ha sido el centro de atención principal de la doctrina de derecho comparado que se ha esforzado en la armonización internacional del derecho. Al mismo tiempo, el derecho comunitario es principalmente derecho público, al Tribunal de Justicia Europeo se le denomina confusamente como Tribunal Constitucional de la Unión Europea, y se ha desarrollado un cuerpo significativo de derecho administrativo puramente europeo. Por ello, el ELI debe pelear por involucrar a administrativistas y constitucionalistas, así como a juristas de otras ramas que hasta la fecha han tenido poca representación, por ejemplo penalistas (quizás históricamente la rama del derecho más vinculada con la soberanía nacional) y expertos en derecho internacional público y privado, derecho del trabajo, derecho de sociedades o derecho de la competencia. En este sentido, ha habido un amplio consenso desde el inicio en que el ELI debe ser lo más incluyente posible por lo que a las disciplinas legales se refiere.

Cabe, pues, albergar la esperanza de que el ELI actúe como antídoto a la creciente especialización que ha amenazado la unidad del derecho durante algún tiempo. Son incontables las nuevas revistas que, a lo ancho y largo de Europa, se han centrado exclusivamente en nuevas subdisciplinas como el derecho de la seguridad social, el derecho deportivo, el derecho del tráfico y la seguridad vial, el derecho de la contratación pública, el derecho concursal, etc., de modo que con tan especializadas publicaciones estos campos tienden a alejarse de quien no los practica. Cada nueva subdis-

ciplina desarrolla sus propias estructuras y conceptos, su discurso peculiar, y esto incluso sucede con el Derecho de la Unión Europea. En cierta medida es inevitable, pues para tratar de contribuir con originalidad al progreso del Derecho, el jurista debe acreditar la profundidad con que conoce su área de conocimiento, de modo que todos acabamos por saber más y más de menos y menos. Y esto vale para muchos campos del Derecho. Pero así corremos el riesgo de perder de vista los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico y nuestro patrimonio jurídico en su conjunto. Los planes de estudio de nuestras facultades de derecho no actúan como contrapeso, porque han tendido a reducir el peso de las materias fundamentales, como la historia del derecho o la teoría del derecho, que son esenciales para una reflexión crítica sobre la ley. Los especialistas siempre se arriesgan a adoptar y a dar por supuesta una perspectiva sesgada. El derecho de obligaciones europeo proporciona un buen ejemplo de un área del derecho continuamente amenazada por esta perspectiva sesgada desde el momento en que se asume que su fuente de legitimación es su contribución al funcionamiento del mercado interior. Pero el derecho contractual es mucho más que una herramienta para crear mercados, pues al basarse en la libertad contractual, es un medio de promover la autodeterminación del ser humano (aunque, por supuesto, un contrato solo puede ser aceptado por la comunidad jurídica si es el resultado de una decisión autónoma de *ambas* partes contractuales).

Hay pocos estrados cuyo objetivo sea hoy establecer vínculos entre juristas pertenecientes a un ámbito de estudio o práctica con los de otros. Iusprivatistas y iuspublicistas tienden a constituir asociaciones separadas y a reunirse en congresos distintos, e incluso dentro del derecho privado hay fronteras invisibles pero efectivas que separan a quienes cultivan el derecho contractual, los derechos reales, el derecho de daños o el derecho de sociedades, por citar algunos supuestos. El propósito del ELI es convertirse en un lugar de encuentro en que los juristas puedan tomar conciencia de su excesiva concentración disciplinar, de que la línea divisoria entre el derecho público y el derecho privado no es tan diáfana ni consolidada en todos los ordenamientos jurídicos (el *common law* proporciona probablemente el mejor ejemplo de ello), y en que atestigüen que los lindes clásicos entre disciplinas se están difuminando. Todos conocemos el fenómeno de la gradual penetración en el derecho privado de los derechos y principios fundamentales constitucionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, asumimos que cada vez más sectores del derecho no pueden catalogarse como de derecho público o privado (derecho de la competencia,

derecho fiscal), observamos tanto que el Estado moldea las relaciones jurídicas entre los ciudadanos cuanto que el derecho privado es utilizado con frecuencia creciente para regular la economía, con lo que, al cabo, nos vemos obligados a cuestionar y a repensar la relación entre la gobernanza pública y la gobernanza privada.

VI. TRADICIÓN(ES) JURÍDICA(S)

El ELI debe ser integrador en otro aspecto igualmente crucial: debe reflejar la diversidad de «tradiciones jurídicas» y de «culturas jurídicas» que conviven en Europa. Así se ha enfatizado, una y otra vez, en los diversos documentos que se han elaborado en el proceso fundacional del ELI. Estas dos expresiones, sin embargo, plantean diversas cuestiones. Según Zweigert y Kötz, el derecho europeo está formado por cuatro familias jurídicas: la romanista, la germanista, la nórdica y el *common law* inglés. Patrick Glenn, por su parte, sólo se refiere a las tradiciones jurídicas del *civil law* y del *common law*. Harold J. Berman contempla a Europa como la cuna de una tradición jurídica «occidental». René David y Camille Jauffret-Spinosi, aunque emplean el término «familia jurídica» como Zweigert y Kötz, distinguen solo a dos a semejanza de Glenn. Pero también hay quienes ligan el concepto de tradición jurídica o de cultura jurídica a los modernos Estados-nación. Entonces, tendríamos 27 culturas jurídicas (o más, si contamos a Escocia o Cataluña, entre otras regiones) en la Unión Europea. ¿Qué relación existe entre los conceptos «familia jurídica», «tradición jurídica» y «cultura jurídica»? ¿Cuál es su valor epistemológico? ¿Cuál es su punto de referencia? ¿No se trata más bien de mantos para enmascarar convenientemente la perpetuación de ciertos mitos y preconcepciones? La relación entre derecho y cultura, o cultura jurídica, es mucho más compleja de cuanto a veces se insinúa.

Pongamos ejemplos y acudamos al derecho de sucesiones, que habitualmente se considera como estable y como muy moldeado por las peculiaridades culturales de cada lugar, pues se dice que pertenece al «alma» de la cultura de cada nación por lo que no es susceptible ni de estudio comparado ni, todavía menos, de armonización jurídica. ¿Qué requisitos formales debe cumplir la persona que quiere otorgar testamento? El derecho alemán reconoce el testamento ológrafo y el notarial, Holanda solo el testamento notarial, y el *common law* inglés solo el testamento ante testigos. Sin embargo, el testamento ante testigos rigió en amplias zonas de Alemania hasta fines del siglo XIX, el derecho Romano-holandés lo había

admitido aunque con solo cinco testigos en vez de los tradicionales siete, y los tribunales eclesiásticos introdujeron a finales del siglo XVI el testamento ológrafo en Inglaterra. Por consiguiente, no cabe concluir que los requisitos formales del testamento exigidos en Alemania, Holanda o Inglaterra sean una característica profundamente arraigada y determinante de las culturas jurídicas de estos países. Además, no se vislumbra ninguna explicación cultural al hecho de que dos países tan cercanos como Alemania y Holanda no puedan al unísono aceptar o rechazar la forma ológrafa. El derecho alemán estuvo a punto de lo segundo, pues se argumentó que no había que otorgar tanto peso a las costumbres y tradiciones de pueblos no germánicos (¡como los franceses!) que admitían este tipo de testamento, y fue en el último momento que logró deslizarse dentro del BGB. Así pues, las diferencias entre ordenamientos jurídicos pueden ser un tanto «accidentales», por usar el término de Lambert en el Congreso de París de 1900. Esto no significa, sin embargo, que una vez que un ordenamiento jurídico ha adoptado una forma testamentaria, esta no pueda acabar más pronto o más tarde por ser percibida como un componente constituyente de una determinada cultura jurídica, es decir, de aquello a que están habituadas las personas que viven en un determinado país dotado de un Derecho propio. Los trasplantes jurídicos a gran escala, como la recepción del derecho romano en la Europa central, del derecho alemán en Japón, del derecho suizo en Turquía, del derecho inglés en Sudáfrica, o del derecho de sociedades norteamericano en Europa, permiten albergar la duda del arraigo del derecho en una cultura concreta, y lo mismo los desarrollos legales a que empuja la globalización económica contemporánea.

«Cultura» es un concepto espinoso, especialmente conocido en la literatura antropológica y sociológica, que se supone que encapsula la especificidad de una concreta sociedad. Se utiliza para definir dicha sociedad, para describir su identidad, y para distinguirla de otras. Por ello, con frecuencia presenta una connotación esencialista y de contraposición. Lo mismo vale para la expresión «cultura jurídica», que ha ganado actualidad en el discurso comparatista para enfatizar que el estudio del derecho comparado no consiste exclusivamente en la comparación entre normas jurídicas. Esto último es correcto, pero olvida explicitar que el Derecho, por lo menos en nuestra experiencia europea, constituye una tradición. Tiene una historia que lo ha moldeado, y se caracteriza por su capacidad intrínseca de desarrollarse.

La peculiar dinámica y vitalidad de la tradición jurídica europea se explica por la fértil tensión entre unidad y diversidad, pues

el derecho medieval y de principios de la edad moderna se componía de distintos elementos: derecho romano, el derecho propio de cada territorio, el derecho canónico, el derecho feudal, la costumbre mercantil y la teoría del derecho natural. Incluso la práctica jurídica durante la recepción del derecho romano estaba impregnada de un pluralismo legal apenas imaginable hoy en día. Con todo, era una diversidad en el marco de una unidad intelectual, determinada por la enseñanza del derecho y por una literatura jurídica culta que bebían de las mismas fuentes. Esta unidad intelectual empezó a resquebrajarse cuando los escritores «institucionales» de los siglos XVII y XVIII dejaron de debatir sobre el Derecho romano y comenzaron a hacerlo sobre el Derecho romano-holandés, romano-escocés, romano-español, o romano-sajón, y se perdió con el movimiento codificador que sacudió la Europa continental, pues se asumió que los códigos nacionales contenían un sistema de normas cerrado y completo que debía interpretarse autónomamente. Y, sin embargo, aún hoy se mantiene este patrón tradicional de unidad y diversidad, pues nos hemos dado cuenta de que pese a las diferencias que muestran nuestros ordenamientos jurídicos contemporáneos, pueden concebirse como manifestaciones actuales de una misma tradición genuinamente europea. No es una coincidencia que igualmente hayamos comenzado a cuestionar la idea de que todo el Derecho emana del Estado-nación moderno y a estudiar el fenómeno de las «codificaciones no legislativas» (Nils Jansen) en una dimensión histórica y comparada.

Por lo tanto, si nuestro objetivo es superar la fragmentación nacional del Derecho y reestablecer la doctrina jurídica como una disciplina cuyas fronteras ya no coinciden con las políticas, debemos (por lo menos así lo procurará el ELI) hacer lo posible por facilitar esta tarea reconstruyendo la base común existente entre los ordenamientos jurídicos nacionales europeos, pero partiendo de que todos pueden contribuir a ello con su peculiar mentalidad, su modo de tratar las fuentes del derecho, su estilo, su sabor, sus instituciones jurídicas distintivas, y su experiencia: el «trust sin equity» escocés, los conceptos italianos de daño injusto, daño biológico y daño existencial, el «sistema flexible» austriaco, la manera como en Suiza se maneja la diversidad lingüística con un solo ordenamiento jurídico, la unificación jurídica en Escandinavia, los nuevos derechos de sucesiones neerlandés y catalán, o la recepción de las reglas-modelo internacionales en las recodificaciones de la Europa central y oriental. El discurso comparado en Europea es frecuentemente dominado por Inglaterra, Francia y Alemania, con lo que no siempre se tiene en cuenta la riqueza de otros ordenamientos jurídi-

cos. El ELI solo resplandecerá si atiende a este tesoro de experiencias. Es claro que este aspecto su tarea será mucho más complicada que la del American Law Institute.

VIII. DERECHO Y LENGUA

Lo mismo sucede como consecuencia del hecho de que mientras los juristas norteamericanos hablan una misma lengua, el inglés, en Europa nos comunicamos mediante muchas lenguas distintas. Solo la Unión Europea tiene 23 idiomas oficiales. La carga de trabajo de la Dirección General de Traducción no cesa de aumentar, pues el año 2010 su producción fue de 1,86 millones de páginas con un coste estimado de 300 millones de euros. El ELI carece de la capacidad de cubrir tal volumen de costos y de tener todos sus documentos traducidos a todas las lenguas europeas. Por consiguiente, deberá adoptar la lengua que sea más fácilmente accesible a todos sus miembros en tanto que habitual en los negocios, lengua que es el inglés, y que ya ha sido adoptado en ciencias naturales, medicina, psicología, economía y otras ciencias sociales, de modo que quien quiere ser citado internacionalmente sabe que debe publicar en inglés. Cada vez más esto sucede con el Derecho. Hasta en Bruselas ya no predominan los dos idiomas tradicionales (el buen francés y el mal francés), pues cada vez más documentos se redactan en inglés y más reuniones se desarrollan en inglés. Esto no significa que las lenguas nacionales vayan a perder importancia. Mientras existan ordenamientos jurídicos nacionales, la literatura y el discurso que se ocupen de ellos será, mayoritariamente, en la correspondiente lengua nacional. Pero tendremos que acostumbrarnos a, por lo menos, un régimen de bilingüismo, lo que no es nuevo en Europa, pues los juristas doctos de los siglos XIII a XVIII estaban habituados a una situación semejante, ya que, aparte de su lengua materna, tenían que dominar el latín.

Diversos argumentos han sido esgrimidos en contra del uso del inglés como una nueva *lingua franca* en la doctrina y la práctica jurídica europea. Por ejemplo, se ha señalado que el inglés que emplean los juristas europeos no es la rica lengua de Jane Austen o Anthony Trollope, sino un inglés básico cuando no pobre. O que el lenguaje jurídico inglés es la expresión del genuino pensamiento jurídico inglés y que, por ello, no puede ser apropiado como medio de comunicación de un Derecho y una doctrina verdaderamente europeos. Aún más, que la confianza exclusiva en una sola lengua

no conduce sino al empobrecimiento cultural, igual como la unificación del Derecho entraña una pérdida de diversidad cultural.

Aunque estos argumentos poseen un núcleo de verdad, no deben ser exagerados. No todas las traducciones son tan horribles como las que proporcionan algunos programas informáticos. Entre las nuevas generaciones de juristas el dominio del inglés es común. Por otra parte, lengua y cultura jurídica no siempre se muestran indisolublemente unidos. El derecho romano-holandés en Sudáfrica, Luisiana y Escocia son ejemplos de ordenamientos jurídicos en los que se utiliza el inglés sin que se aplique el *common law*. El derecho alemán y el suizo fueron recibidos en Japón y Turquía, respectivamente, pero no el alemán ni ninguna de las lenguas helvéticas. Lo mismo cabe decir de la terminología que han acuñado los grupos internacionales. Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos usan las palabras «solidary» y «prescription of claims» en vez de «joint and several» y «limitation of actions», intentando crear una terminología europea en un inglés correcto pero que no acarree el bagaje del *common law* inglés. Del mismo modo, el latín de Vinio o de Voet no era el clásico de Virgilio o Cicerón. El gran éxito de Pothier se explica en parte porque expresaba en buen francés lo que previamente había escrito en mal latín Dumoulin, y su influencia en el desarrollo del derecho de obligaciones inglés se debe a la traducción de su *Traité des obligations* al inglés en 1806.

Esto nos lleva al asunto de las traducciones. Quienquiera que ha acometido la traducción de un texto jurídico a otra lengua ha experimentado las considerables dificultades que implica, pero sabe que no es imposible lograr una buena traducción, y se da cuenta de lo mucho que aprende en el proceso sobre su propia lengua y su manera de razonar. El gran historiador del arte Erwin Panofsky, obligado a abandonar Alemania en los años 1930, dijo: «Cualquier historiador del arte formado en Alemania que pretende comunicarse en inglés debe construir su propio vocabulario. Durante este proceso, se dará cuenta de que su terminología materna era con frecuencia innecesariamente difícil de comprender o muy imprecisa, pues el alemán permite por desgracia esconder un pensamiento trivial bajo un tupido velo de aparente profundidad. (...) En pocas palabras, hasta un historiador del arte que escribe o habla inglés debe saber, poco o mucho, lo que piensa y lo que quiere decir, y esto tiene un efecto extraordinariamente saludable para todos nosotros». Incluso cabría afirmar que la traducibilidad constituye no solo un indicador fiable de la claridad de ideas, sino también de la buena doctrina.

Lo anterior supone para el ELI que, si bien frecuentemente se expresará en inglés, debe ser más pragmático que normativo. Debería alentar a sus grupos de trabajo a emplear aquella lengua que consideren más adecuada para su quehacer. En particular, tiene que contribuir a que los hitos de sus comunidades jurídicas estén a disposición de la comunidad de juristas europeos. Así, por ejemplo, debe apoyar o acometer la traducción de textos jurídicos y literatura –por ejemplo, las recodificaciones de los países de la Europa central y oriental– a una lengua más mayoritaria que el estonio, el polaco o el húngaro; tampoco, hasta donde mi conocimiento alcanza, el código civil portugués de 1966 ha sido traducido a ninguna otra lengua. El ELI debería promover el trilingüismo para una formación jurídica verdaderamente europea: la lengua materna, el inglés y un tercer idioma. Esto, según mi experiencia, representa un modo efectivo de deshacerse de los prejuicios nacionales por cuanto permite el acceso directo por lo menos a tres tradiciones jurídicas.

IX. EL LUGAR DEL ELI

1. EN RELACIÓN A OTRAS «REDES»

El siguiente reto que debe afrontar el ELI es su posicionamiento en relación a organizaciones preexistentes. En primer lugar, a las distintas «redes» constituidas para el progreso en la europeización del Derecho. La propuesta del Instituto Universitario Europeo de Florencia descansaba en la idea de aunar esas redes. Es sorprendente cuántas hay. Algunas de ellas se orientan a la enseñanza del Derecho, otras son redes de investigadores comprometidos en la redacción de principios de derecho europeo o a la búsqueda del núcleo común, otras solo pretenden ser una plataforma para el debate o para la cooperación entre expertos. Unas representan sectores de las profesiones jurídicas, otras son asociaciones de facultades de derecho, de institutos de investigación, de académicos que cultivan una rama del Derecho como el derecho administrativo, el derecho de obligaciones y contratos o el derecho de familia. La redacción de instrumentos de *soft law* por grupos formados por profesores, centrados en el acervo común europeo o en el acervo comunitario, ha gozado de gran predicamento. Los Presidentes de los Tribunales Supremos de los Estados de la Unión Europea tienen su propia red, al igual que los jueces de lo contencioso-administrativo, los ministros de justicia, los registradores o los procuradores. Se organizan de modo diverso, algunos infor-

malmente mientras o constituyendo en algún tipo de entidad o en algún país, sin sede fija y o con una sede en una ciudad. También hay redes supranacionales creadas con el objetivo general de incrementar la participación de juristas de un determinado país en el desarrollo del derecho europeo. Incluso cabe que existan dos asociaciones en un mismo ámbito con fines más que similares. Algunas de estas redes se financian con las cuotas que pagan sus miembros, otras reciben fondos de gobiernos nacionales, de academias, de organizaciones profesionales o de la Comisión Europea. Difícilmente podría hallarse una imagen más variopinta. Pero tanta variedad genera confusión. Muchas organizaciones se desconocen entre sí e ignoran cuáles son sus actividades. Una de las funciones del ELI es la de proporcionar una plataforma donde puedan converger todas estas iniciativas, comunicarse y, llegado el caso, cooperar. A lo largo del proceso fundacional del ELI ha existido total unanimidad en que no tiene que absorber ni reemplazar a ninguna de las redes u organizaciones existentes. Sí debe actuar como un fertilizante que permita florecer a las otras plantas del jardín del derecho europeo sin asfixiarlas. Es por ello que todas las redes y organizaciones están invitadas a participar en las actividades del ELI y en su orientación.

2. EUROPA

A continuación, hay que tomar en consideración los órganos oficiales de la Unión Europea responsables de la legislación europea, en primer lugar la Comisión. El ELI se fundamenta, y este es su compromiso, en el principio de independencia política y económica. Ello constituye un rasgo distintivo del ELI, lo que significa, en particular, que no ha sido creado ni por la Comisión, ni por ningún gobierno nacional, ni por ningún grupo de *stakeholders*. Como consecuencia, el proceso de constitución ha resultado complicado, y puede implicar un cierto grado de complejidad en su funcionamiento. Pero es un aspecto clave sobre el que se sustentará la legitimidad que el ELI tenga o pueda llegar a tener, pues si la Comisión Europea solicita consejo para una mejor legislación, o para la revisión del acervo en materia de derecho de consumo, o en cualquier otra materia de derecho europeo o de política jurídica, será porque desea un asesoramiento imparcial e independiente, y lo querrá de un organismo que reúna todos los grupos de *stakeholders* sin estar dominado por ninguno de ellos. Es obvio que el asesoramiento en la preparación de anteproyectos va a ser un quehacer esencial del ELI, así como la evaluación de la legislación ya existente, los estu-

dios comparados de implementación o las valoraciones de impacto. Puesto que otras intervenciones en este Congreso fundacional tratarán estas cuestiones, no voy a entrar en más detalles. Simplemente me gustaría subrayar que el ELI no debe pecar de excesivamente ambicioso. El American Law Institute únicamente preparó nueve *Restatements* en sus primeros diecinueve años de vida, por lo que será suficiente si el ELI da sus primeros pasos con dos o tres proyectos propios. La elección de estos proyectos debe basarse no exclusivamente en sus méritos académicos sino también en si responden a una necesidad práctica (como la había, por la desoladora situación del derecho americano a principios del siglo xx, para los *Restatements*) y en si otros grupos europeos tratan ya la cuestión. El ELI, pues, debe estimular y, si es necesario, asumir nuevos proyectos, pero no duplicar lo que otros estén ya realizando. Podría, en este sentido, aplicarse al ELI la idea del principio de subsidiariedad. Tampoco debe considerarse como de mérito un proyecto solo porque lleve la marca del ELI, ni cabe esperar que un proyecto del ELI gane prestigio *ratione imperii*, sino que será necesario persuadir a la comunidad jurídica de la calidad de sus resultados.

La comparación con el American Law Institute conduce a otra observación. El American Law Institute se ganó su reputación, en primer lugar, con los *Restatements* antes mencionados. La noción del *restatement* ha sido muy atractiva e influyente en los debates sobre el derecho privado europeo, en especial desde la publicación de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos. Pero también ha sido a veces empleada para abastecer de reglas modelo redactadas por grupos de académicos basadas en lo que se estima que es aceptable, o aceptado, en Europa. En muchos ámbitos del derecho en Europa la idea del *restatement* carece de sentido porque no hay nada que pueda ser objeto de *restatement*. Se requieren muchos trabajos preliminares antes de poder disponer de textos que puedan aspirar a ganar un reconocimiento parecido al de los *Restatements* americanos. Para estos trabajos preliminares es difícil que el ELI sea la institución adecuada. Esto no significa que el ELI no pueda, como se expone en su Manifiesto, llevar a cabo y facilitar la investigación en un plano paneuropeo, en particular mediante la redacción, la evaluación o el perfeccionamiento de principios y reglas que sean comunes a todos los estados miembros. Pero hay que tener mucho cuidado en escoger los ámbitos en que esto sea posible. También en las áreas en que no sea factible, la elaboración de principios sobre la base de la investigación comparada y el debate transnacional puede resultar un ejercicio útil, pero no porque vayan a reflejar lo que pudiera ser una solución acepta-

ble para los ordenamientos jurídicos europeos, sino en la medida en que, por su capacidad de convicción, contribuyan a una aproximación gradual de dichos ordenamientos jurídicos nacionales. El mismo American Law Institute ya no se limita a confeccionar *Restatements*, sino que, desde 1970, ha empezado a formular «Principios» para aquellos sectores del Derecho en que observa la necesidad de reforma, o de regulación, contribuyendo así –normalmente en colaboración con la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*– a la redacción de leyes modelo (pese a que la influencia de los *lobbies* en esta última ha sido criticada y ha abierto un interrogante a esta cooperación).

No es fácil definir qué es Europa. Con frecuencia se equipara a Unión Europea y a los Estados miembros, mientras que los ingleses tienden a identificar Europa con la Europa continental. Durante más de 500 años se ha debatido si Rusia forma parte de Europa. Lo mismo sucede ahora con Turquía. Tanto la Federación Rusa como Turquía son miembros del Consejo de Europa, una organización internacional que ha auspiciado la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y que, dicho sea de paso, es responsable del primer éxito en la armonización jurídica en Europa, el Convenio sobre responsabilidad de los hoteleros de 1962). Son 47 los miembros del Consejo de Europa frente a los 27 de la Unión Europea. A lo largo del proceso fundacional del ELI no ha existido ninguna duda de que sus actividades y miembros no se limitan a la Unión Europea, sino que por el contrario el deseo es trabajar conjuntamente con aquellas organizaciones interesadas en el desarrollo del derecho europeo en su sentido más amplio posible. De nuevo, la filosofía que late en el ELI es la de la mayor inclusión.

3. LA PERSPECTIVA GLOBAL

Hay, también, iniciativas que persiguen la armonización jurídica en otras partes del mundo. Ya se ha mencionado repetidamente al American Law Institute, con el que el ELI quiere tejer lazos estrechos. El ELI podrá beneficiarse, así, de la experiencia acumulada al otro lado del Atlántico, pero sin olvidar las diferencias que existen entre ambas empresas y teniendo en cuenta los retos específicos a que se enfrenta el ELI. (Una de las diferencias, por ahora, radica en que el American Law Institute recibió una donación de más de un millón de dólares de la Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, cantidad que pronto se duplicó gracias

a otros donantes. De momento el ELI no ha encontrado patrocinadores tan generosos).

Otras organizaciones e iniciativas las encontramos en Sudamérica con MERCOSUR y en África con OHADA, así como los Principios Asiáticos de Derecho de los Contratos en China, Corea y Japón. Por último, existen las organizaciones que promueven la unificación global del Derecho, como Uncitral, UNIDROIT y la Conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado, que son las más activas en las áreas del derecho privado, del derecho mercantil y del derecho internacional privado. El ELI anhela una fructífera colaboración con todas ellas. Al igual que el American Law Institute, puede embarcarse en proyectos de ámbito internacional o realizar proyectos conjuntos, pudiendo servir como muestras de ello los Principios Jurídicos y Económicos del Derecho del Comercio Mundial del American Law Institute o los Principios del Derecho Procesal Civil Transnacional del American Law Institute y UNIDROIT.

He intentado delinear algunos de los retos a los que se enfrenta el Instituto de Derecho Europeo. Sin duda que hay más, pero he escogido aquellos que, a lo largo de su proceso fundacional, me han parecido más relevantes. Yo soy un jurista alemán que trabaja en el mundo académico, lo que ha influido en los ejemplos que he utilizado. Espero que ello no haya distorsionado la imagen que pretendía transmitir. El ELI ya ha sido fundado y hoy ha comenzado formalmente su singladura. Ha sido un camino largo, no exento de dificultades, hasta París, pero finalmente lo hemos logrado. 52 personas de 22 países diferentes, con currículos profesionales y disciplinas variados, y representantes de un amplio abanico de tradiciones jurídicas, redes y organizaciones, han dado el paso inicial. El primer Presidente del ELI es Sir Francis Jacobs, un distinguido jurista que ha sido abogado y profesor, habiendo ejercido tanto en Londres como durante 18 años en Luxemburgo. Se ha ganado un respeto universal y tiene la experiencia necesaria para dirigir con éxito el ELI durante su primer año de existencia. Estoy muy satisfecho y agradecido por su disposición a asumir una tarea tan desafiante como gratificante.

Todos los juristas activamente implicados en el desarrollo del derecho europeo están invitados a unirse a esta iniciativa. La estructura del ELI es lo suficientemente maleable para que durante los dos próximos años pueda acabar de definirse en todos sus detalles. El Consejo actual tiene un carácter transnacional y termina su man-

dato en la Asamblea General prevista para 2013. Para entonces, lo que ahora puede aparecer como falto de equilibrio o provisional habrá sido perfeccionado. Pero si queremos que esto suceda todos debemos contribuir al debate con el espíritu constructivo que ha caracterizado las reuniones preparatorias celebradas en Hamburgo, Viena y Atenas.

Hace apenas unos días la Ministra alemana de justicia me escribió saludando la creación del ELI y expresando su esperanza de que contribuya significativamente a una mejor legislación. Y llamó mi atención sobre el lema de París que se contiene en su escudo de armas y que bien puede aplicarse al ELI: «*Fluctuat nec mergitur*», «Es batida por las olas, pero no hundida». Sólo nos cabe confiar que el año 2122, cuando hayan transcurrido otros 111 años, este Congreso de París de 2011 sea tan recordado como hoy el Congreso de París de 1900.