

## HACIA UN NUEVO DERECHO COMUN EUROPEO

Alejandro Fernández Barreiro  
*Catedrático en la Universidad de La Coruña*

1. En la Historia del Derecho Europeo corresponde a los cultivadores del Derecho privado la paternidad de la primera formulación y realización de la idea de un Derecho común a los pueblos europeos, cuya cultura jurídica deriva de la romana, y del humanismo como corriente de pensamiento el modo de concebir la organización y la fundamentación ética de la convivencia política.

Desde un punto de vista jurídico-cultural, la base de convergencia que sustenta la concreción de aquella idea en la realidad política no se encuentra tan sólo en el hecho de la participación en una cultura jurídica común sino también en la concepción del Derecho como patrimonio de la sociedad civil, lo que conlleva la exigencia de determinados presupuestos de Derecho público. Es en esta dimensión relativa del Derecho en el ámbito de una específica forma de convivencia en donde se encuentra la peculiar identidad de la cultura jurídica y política occidental, que tiene su primer antecedente práctico en la tradición jurídico-política del período romano-republicano, y su más antigua formulación teórica en el pensamiento especulativo aristotélico.

La revitalización de la idea de un nuevo Derecho Común Europeo se presenta como consecuencia de la previa configuración de un *ius publicum europaeum* en el plano constitucional, que admite diversos modos de concreción técnico-jurídica, pero que se fundamenta en principios comunes que constituyen la base de formas de convivencia propias de sociedades abiertas y, por tanto, pluralistas tanto en lo político como en lo cultural, e inescindibles de la idea de soberanía democrática. Aunque la formulación expresa de esta concepción sea posterior al Tratado que generó la

Comunidad Económica Europea (1), no cabe duda que desde un primer momento aquélla constituyó el marco jurídico-político necesario para ostentar la condición de Estado miembro de la Comunidad (2). En coherencia con ello, el *ius publicum europaeum* tuvo una primera concreción en la construcción de la doctrina de los derechos fundamentales como parte integrante de la estructura jurídico-normativa de la Comunidad, por obra del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, primero en relación con los derechos económicos derivados del TCEE y después como constitutiva de una “superlegalidad comunitaria” inspirada en las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros (3).

Constituye, sin duda, una novedad histórica-jurídica que la idea de un nuevo Derecho Común Europeo se presente desde el Derecho público constitucional. De todas maneras, se trata tan sólo de una novedad en el plano normativo, puesto que, en realidad, la formulación de un Derecho común en el ámbito del Derecho privado operó siempre desde determinados supuestos de Derecho público que lo hicieron posible, así como tam-

---

(1) Firmado en Roma el 15 de marzo de 1957; el 14 de diciembre de 1973 se hizo pública en Copenhague, en el marco de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la CEE la “declaración sobre la identidad europea”; en ella, los nueve Estados entonces miembros de la Comunidad afirman su determinación de “proteger los principios de la democracia representativa, del imperio de la ley, de la justicia social -objetivo del proceso económico- y del respeto de los derechos del hombre, que constituyen elementos fundamentales de la identidad europea”-, posteriormente, los Jefes de Estado y de Gobierno, reunidos en Copenhague en Consejo Europeo, los días 7 y 8 de abril de 1978, aprueban otra declaración “sobre la democracia” en la que se proclama que la aplicación de los principios a que se refiere la declaración de 1973 “implica un sistema político de democracia pluralista, que garantice la libre expresión de las opiniones en la organización constitucional del poder y los procedimientos necesarios para la protección de los derechos del hombre”; vid., respectivamente, BCE nº 12/73, p. 126, y BCE nº 3/78, p. 5.

(2) De manera expresa así se señala en la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 1979, sobre las perspectivas de ampliación de la Comunidad; el Parlamento solicita “que los Estados actualmente miembros de la Comunidad Europea se comprometan formalmente, junto con los Estados candidatos a serlo, a respetar los principios de los derechos civiles y políticos, así como la democracia pluralista consagrada en sus legislaciones nacionales respectivas y en los Tratados internacionales que han suscrito: la infracción de estos principios, constatada por el Tribunal de Justicia, implica una incompatibilidad con la calidad de miembro de la Comunidad”; J.O.C. 39/47, de 12 de febrero de 1979.

(3) Sobre la primera orientación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y su posicionamiento político-constitucional posterior, vid. López Garrido, *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo* (1986), p. 122 ss.

bién en virtud de necesidades prácticas y condiciones políticas a las que vino a dar respuesta. Esta precisión reduccionista, aunque históricamente verificable, no priva, en modo alguno, de todo su valor a un fenómeno como el actual, que se presenta como verdaderamente único, en la medida en que, por primera vez, la construcción de un Derecho común europeo se plantea desde la contemplación del Derecho en su conjunto y en sus diversas manifestaciones.

Es cierto que el Derecho privado aportó la primera realización de la idea de un Derecho común, y con toda razón puede decirse que no hay rama alguna de la ciencia del Derecho que tenga un carácter tan europeo como la rama del Derecho privado, que constituye, sin duda, una de las piedras angulares de la construcción que llamamos Europa (4).

La dimensión europea del fenómeno cultural del Derecho privado es inescindible de la incorporación a la conciencia jurídica europea de un conjunto de ideas jurídico-políticas de antigua formulación, parcialmente concretadas en determinados momentos históricos y tan sólo en ciertos ámbitos territoriales, pero que desde el principio fueron entendidas con vocación expansiva universal para todas las ramas del Derecho. El progreso del pensamiento jurídico y la concurrencia de circunstancias políticas y socio-económicas favorables han contribuido poderosamente a su realización práctica en la segunda mitad del s. XX.

2. Corresponde al gran movimiento espiritual racionalista de los siglos XVII y XVIII el haber establecido los fundamentos (5) para la incorporación del Derecho público al nivel de racionalidad y solidez científica con anterioridad alcanzadas por el Derecho privado; a pesar de las derivaciones políticas negativas de signo estatalista y autoritario de ese movimiento en la Europa continental y de las deficiencias jurídico-normativas iniciales del constitucionalismo continental europeo, no cabe duda de que sobre los progresos realizados a partir de la nueva interpretación europea de la existencia y de la autónoma fundamentación espiritual del mundo natural y social, que arranca de aquel movimiento, se asienta la más reciente expresión de una tradición jurídico-pública, que se adopta hoy como definidora de la identidad europea y por tanto, constitutiva de un

---

(4) Con estas palabras comienza Koschaker su libro *Europa y el Derecho Romano* (tr. esp., 1955), p. 17, que constituye un clásico de obligada referencia en cualquier exposición de una Historia del Derecho Europeo, así como la significación del Derecho Romano en la misma.

(5) Sobre la génesis de ese movimiento en el campo de la ciencia jurídica, vid. Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (tr. esp., 1957), p. 197 ss.

Derecho público común. A ese origen mediato hay que reconducir también el planteamiento actual de la revitalización de la idea de un Derecho común europeo desde una perspectiva global, superadora de su tradicional reducción, al ámbito del Derecho privado, pero también del mantenimiento del Derecho público constitucional al margen de un tratamiento normativo.

Estamos, pues, ante un nuevo momento de la Historia del Derecho europeo y de configuración de un período de Derecho común estructuralmente muy distinto del hasta ahora considerado como el período del Derecho común por antonomasia, que, como fenómeno europeo (6), se desarrolló y expandió desde el s. XII. y que en los países continentales europeos concluyó con el movimiento nacionalista codificador del s. XIX. El actual proceso de recuperación de una común identidad europea, por encima de las peculiaridades de los pueblos que la componen. y la formación del nuevo Derecho común europeo suponen, al mismo tiempo, la superación en la historia jurídica de los supuestos políticos que respecto al Derecho inspiraron el nacionalismo jurídico y la concepción estatista del Derecho.

Los antecedentes (7) del nacionalismo jurídico, que posteriormente adopta la forma de una concepción estatista y territorialmente cerrada del Derecho y de la propia convivencia política, deben situarse entre la segunda mitad del s. XV y la primera del XVI, período durante el cual se consolidan las monarquías nacionales de configuración política absolutista. En el plano jurídico ello se traduce en la destrucción de las variedades constitucionales intra-territoriales, sustituidas por órganos centrales, una tendencia hacia una política legislativa unitaria, que persigue anular los Derechos territoriales particulares, y una jurisdicción centralizada que crea una Jurisprudencia uniforme. Consecuencia de todo ello es la nacionalización del Derecho; pero todavía tiene mayor trascendencia la transformación que se opera en el sistema de las fuentes del Derecho, que se reconducen en exclusiva a la voluntad del soberano, que se coloca por encima del ordenamiento jurídico y se presenta como referente para la validez y legitimidad del Derecho, incluido el Derecho común, que mantiene su vigencia en la medida en que es sancionado como propio por el único titular de la potestad legislativa soberana y, por tanto, con independencia

---

(6) Calasso, *Introduzione al Diritto comune* (1951).

(7) Calasso (n. 6), p. 121 ss.

de la legitimación por vía racional, según la concepción mantenida por los juristas artífices del Derecho común.

Resulta fácilmente comprensible que a partir de estas premisas jurídico-políticas (8) se desarrollara más tarde el movimiento codificador con un signo marcadamente nacionalista y autoritario; la idea política que persigue como objetivo ese movimiento es la imposición de un único cuerpo normativo que debe considerarse completo y, por tanto, excluyente en cuanto a la necesidad de su integración por cualquier otra instancia o fuente de derecho. Desde estos presupuestos, la idea de la existencia de una comunidad jurídica entre las naciones europeas no pudo dejar de experimentar una fuerte difuminación tan sólo paliada por la evidente realidad de la cultura jurídica común subyacente a las diversas formulaciones normativas de los Derechos nacionales.

Aunque el movimiento codificador aparece ligado a la implantación del Estado liberal y democrático de Derecho, en realidad el origen de ese movimiento se encuentra en el apoyo que recibió por parte de los monarcas absolutos y por la burocracia (9). Su verdadera significación, dentro del espíritu de la tradición jurídica europea, debía de haber sido la reformulación y modernización de esa tradición jurídica, tanto en el ámbito del Derecho privado como, sobre todo, en el Derecho penal y procesal, de tal suerte que se presentaran como exposiciones normativas nacionales en la universalidad cultural que había difundido el *ius commune* y, por tanto, abiertas también a la integración por parte de los diversos elementos que contribuyen a la integración dinámica del Derecho y del pensamiento jurídico (10). Lejos de ello, los supuestos intelectuales y políticos de signo autoritario en que tal movimiento se desarrolló imprimen a las codificaciones un cierto sentido de violencia cultural contra la tradición jurídica anterior, y se convierten en instrumentos de una concepción autoritario-voluntarista del Derecho, que se traslada al Estado democrático como voluntad constitucionalmente manifestada, que quiere mantenerse fuera de toda discusión.

---

(8) En su dimensión histórico-cultural, las ideas en que se asienta el fenómeno moderno de la concentración estatal del derecho, reproducen, e incluso encuentran su fundamentación jurídico-legal en el momento inicial de las monarquías absolutistas, en la concepción romano-justiniana de la política del derecho; vid. sobre el período justiniano, Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano* (1983).

(9) Wieacker (n. 5), p. 292, analiza el desarrollo del movimiento codificador.

(10) David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (tr. esp., 1973) expone en p. 47 ss. una ponderada valoración de los aspectos positivos y negativos del movimiento codificador.

El positivismo legislativo que se impone en la política del Derecho en el S.XIX en la Europa continental, no sólo declara improcedente cualquier control del derecho así formulado por referencia a criterios metapositivos o positivos no estatales sino también por parte de la propia conciencia jurídica, representada por la Jurisprudencia, tanto judicial como científica, y la vida social contenida en la formación de normas de comportamiento jurídico y valores de conducta por la vía de los usos sociales, de donde arranca también una cierta aversión al derecho de naturaleza consuetudinaria y a cualquier otra forma de producción normativa distinta de la ley estatal (11).

La asunción por el liberalismo de esas ideas político-jurídicas en la versión continental de Montesquieu de la doctrina de la división de poderes determinó la perturbadora identificación del Estado de Derecho con el Derecho del Estado, y una actitud pasiva formalista de los juristas ante el Derecho. La fundamentación teórica del positivismo legalista por parte, principalmente, de la doctrina alemana, como reflejo de una concepción autoritaria del Derecho del Estado entonces prevalente, debe considerarse una involuntaria contribución de la ciencia jurídica al establecimiento de las premisas de validez de sistemas políticos y normativos totalitarios (12), así como el paradójico resultado de la disfunción entre la idea de derecho y el ideal de justicia, consecuencia también de la desvinculación del Derecho de toda fundamentación ética.

Aunque desde una perspectiva histórica no pueden dejar de reconocerse las aportaciones realizadas al Derecho como ciencia por parte del formalismo jurídico y el positivismo (13), no puede desconocerse el hecho de su fundamentación última de signo antihumanista, y, por tanto, su radical incompatibilidad con la concepción del Derecho definidora de la identidad de la cultura jurídica occidental. La superación crítica de

---

(11) Lombardi, *Saggio sul Diritto Giurisprudenziale* (1967), p. 201 destaca el signo antijurisprudencial del movimiento codificador inspirado en el positivismo legalista.

(12) Lombardi, (n. 11), p.203 s. pone de relieve esta evolución del pensamiento jurídico como ejemplo ilustrativo de la posibilidad de conducción de una doctrina a finalidades probablemente no previstas por sus formuladores, una vez desvinculadas las ideas del marco histórico-cultural en el que fueron concebidas.

(13) En especial, Kelsen (1881-1913) y su teoría pura del Derecho, en el ámbito del Derecho público; su obra más significativa es *Reine Rechtslehre* (1943); pero también hay que tener en cuenta las contribuciones al positivismo desde el ámbito del Derecho privado, especialmente por parte de la ciencia jurídica alemana-; un análisis general puede verse en Wieacker, p. 321 ss.

tales concepciones en el campo del pensamiento jurídico (14) supuso también un reencuentro con las ideas en las que tiene su fundamentación la concepción europeo-occidental de la existencia y la recuperación de la dignidad del Derecho y de su posición relacional autónoma en el ámbito de la sociedad civil.

3. El positivismo legalista no puede desligarse del fenómeno del nacionalismo jurídico de signo estatalista, que prevalece durante el s. XIX y la primera mitad del s. XX, y que se manifiesta en la autoafirmación de los Derechos nacionales frente a las naciones vecinas, a pesar de la proximidad cultural, sobre la que también se impulsan elementos de diferenciación con propósitos disgregadores. Todo ello contribuyó a la pérdida de la conciencia comunitaria europea, pero también a la anulación de las condiciones para la percepción de la idea de un Derecho común, no sólo a niveles supra-estatales, sino también en el propio ámbito territorial del Estado-nación; el mismo Derecho internacional sólo se entiende como derecho vigente en la medida en que se integra a través de un acto de soberanía nacional en el Derecho interno estatal, que se concibe como el único y, por tanto, elimina la vigencia y posibilidad de desarrollo de otros ordenamientos jurídicos dentro del territorio del Estado-nación.

La formación y desarrollo de un Derecho Común Europeo supone también la superación de estos supuestos jurídico-políticos y de las posiciones y actitudes científicas a ellos correspondientes derivadas del positivismo legalista, así como del nacionalismo estatal que, al menos en su formulación radical, no deja de presentar rasgos extraños a los modos más genuinamente propios de configuración de la organización social en la cultura política occidental.

En efecto, Europa ha diferido siempre de las otras culturas mundiales por su naturaleza no-unitaria. En tanto que las culturas orientales aspiran a configurarse de modo unitario y monolítico, constituye un rasgo específico de la cultura latina el de establecerse y difundirse mediante una cierta

---

(14) Desde el campo propiamente jurídico tuvo especial importancia el movimiento para la libertad del Derecho que se desarrolla, sobre todo, en Alemania desde finales del s. XIX y durante el primer tercio del s. XX; vid. Lombardi (n. 11) p. 201 ss." en el campo del pensamiento, el cambio de actitud de la ciencia jurídica alemana después de la segunda guerra mundial, sobre todo por lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho y el poder del Estado, vino marcado por Radbruch, con un decidido posicionamiento de rechazo del positivismo jurídico.

ordenación de una diversidad de formas culturales de tipo particular, generando procesos de simbiosis diversificadas, compatibles con el mantenimiento de una unidad espiritual común. En el plano político esto se traduce en la adaptabilidad natural a formas de organización de carácter supra-nacional, pero en la incompatibilidad genética con sistemas de tipo unitario. Podría verse el sello de esta idiosincrasia europea, o al menos configurada su primera forma de manifestación, en la tradición política romano-republicana, que pervive bajo una forma distinta durante el Principado (15), y que se quiebra desde finales del s. III, época en la que se consolida una concepción de la organización política de signo oriental antitética a la representada por la cultura latina occidental.

El primer intento de reconstrucción de la ordenación política de los pueblos europeos que se plasma en el imperio carolingio (16) se asienta sobre esa realidad plurinacional. Con independencia del fracaso de este objetivo político, lo cierto es que Europa ha sido una sociedad de pueblos unidos por una tradición espiritual común, pero expresada en formas diversas; el propio proceso formativo del primer Derecho común constituye un exponente de receptividad en forma diversificada de un fenómeno cultural. La existencia de Europa como identidad cultural depende del mantenimiento de un delicado equilibrio entre la fuerza centrífuga de las realidades nacionales y las tradiciones espirituales comunes que tienden a la unidad europea como fuerza cohesionante que impide la disgregación. La coexistencia de estas distintas fuerzas y el mantenimiento del equilibrio entre ellas es una fuente de riqueza y variedad de matices de la misma y de la propia vida europea. Cualquier forma político-organizativa supra-nacional sólo puede establecerse sólidamente sobre estas bases naturales, que tienen en cierto modo carácter permanente y que alcanzan también a las organizaciones tenitoriales intermedias.

La predisposición hacia formas de ordenación política compatibles con el mantenimiento de diversidades culturales y nacionales pone de relieve la prevalencia del elemento cultural como signo de identidad comunitaria, tanto en lo particular nacional como por lo que se refiere a la identidad supra-nacional europea. Se sigue de ello que el elemento del territorio, puesto en primer plano por la teoría del Estado-nación en función del acotamiento espacial para el ejercicio de la soberanía, es, en realidad, un factor secundario e incluso extraño en la cultura política occidental de

---

(15) Vid. Catalano, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I (1965).

(16) Koschaker (n. 4) p. 27 ss.

raíz latina, en la que opera sobre todo el elemento personal de pertenencia a una comunidad político-cultural (17).

Tal es el sentido que presenta en la cultura política romana la pertenencia a la *Civitas*, entendida como comunidad política formada por el conjunto de los ciudadanos y no como una organización político-administrativa delimitada por el territorio; la idea personalista encuentra también expresión en la cultura cristiana, en la que prevalece la idea de pertenencia a una comunidad espiritual de naturaleza extra-territorial; en general, puede decirse también que en toda expresión de pertenencia a una nación como entidad político-cultural, la consideración del territorio aparece como referencia secundaria.

La prevalencia del factor personal y cultural como signo de identidad es trasladable igualmente a la entidad político-cultural europea. Se deriva de ello que tanto en formas de ordenación política supranacional del pasado como en el presente momento histórico, la conciencia de identidad europea trasciende las propias estructuras políticas de tipo organizativo. En consecuencia, el fenómeno cultural del Derecho común no puede circunscribirse ahora, como tampoco resultó así en la Historia del Derecho Europeo, a un determinado marco político-organizativo territorialmente delimitado.

No cabe duda de que el proyecto europeo de vida en común que jurídicamente nace del TCEE provocó una dinámica en la que se produce ahora la idea de un nuevo Derecho Común europeo (18) como marco jurídico referencial del conjunto de los Derechos nacionales y del propio Derecho que nace de la organización político-administrativa comunitaria, pero la naturaleza fundamentalmente cultural de la identidad europea no permite que el ámbito de desarrollo de ese nuevo Derecho común quede circunscrito al área comunitaria ni a los países en ella integrados. La experiencia histórica muestra que el fenómeno del Derecho común está ligado en su desarrollo a la fuerza que le imprimen ciertas condiciones culturales en un momento dado, favorecidas en su difusión por la concurrencia de circunstancias políticas favorables. El presente momento histórico

---

(17) Su fundamentación se encuentra en la concepción política romana, esencialmente personalista, y no en la idea helenística del territorio, que inspira la teoría del estado-nación; vid. D'Ors, *Sobre el no-estatismo de Roma*, en *Ensayos de Teoría política* (1979) p. 57 ss.

(18) Alonso García, Derecho comunitario, *Derechos nacionales y Derecho común europeo* (1989).

parece propicio para todo ello; no es, pues, una casualidad, sino una consecuencia estructural de la realidad histórica actual, que la conciencia jurídico europea haya comenzado a sentir la necesidad de recuperar elementos de identidad de una tradición jurídica percibida como común, que debe ahora ser reformulada desde nuevos supuestos, pero sin ruptura con aquella tradición.

Una de las tareas de esta incipiente construcción jurídica tiene que ser la aproximación de las familias jurídicas romano-germánica y anglo-sajona, estructuralmente separadas a causa de un desarrollo diferenciado pero integrantes de una cultura jurídica europea común. La confluencia ya operada en el campo del Derecho público constitucional, especialmente por la positiva influencia en los países continentales europeos del constitucionalismo norteamericano es buena prueba de que tal aproximación es, no sólo posible, sino de resultados altamente beneficiosos para el enriquecimiento de ambas familias jurídicas, cuyo punto de encuentro y marca referencial será ese nuevo Derecho común europeo, que constituye, sin duda, una de las metas más ambiciosas para la ciencia jurídica en un momento histórico especialmente brillante y esperanzador para la difusión y recepción universal de las ideas y valores existenciales de la cultura jurídica occidental.

---

(19) Una exposición general en David (n. 10), p. 24 ss. y 242 ss.