

# ESTUDIOS



# EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO COMO DERECHO COMÚN VULGAR

ALEJANDRO NIETO  
Catedrático emérito  
Universidad Complutense de Madrid

## RESUMEN

En el presente artículo se analiza el paralelismo que media entre la recepción del *ius commune* medieval por los Ordenamientos territoriales de los países occidentales de Europa y la del derecho comunitario europeo por los Estados miembros de la actual Unión Europea. Aquí se desarrolla la hipótesis de que, insistiendo en el paralelismo histórico, lo recibido produce un derecho común *vulgar* que explica las diferencias entre los derechos nacionales. Y por otro lado se subraya que, ahora igual que entonces, lo verdaderamente recibido no son tanto los textos legales como los principios, las técnicas legales y, sobre todo, la cultura jurídica.

*Palabras clave:* *ius commune*; derecho común medieval; derecho vulgar; recepción jurídica.

## ABSTRACT

In this article we analyze the parallels between the reception of the medieval *ius commune* by territorial systems of the western countries of Europe and the European Community law by Member States of the present European Union. Insisting on the historical parallels, we believe that the received legal traditions produce a common vulgar law that explains the differences between the national laws. On the other hand it is stressed that we do not receive legal texts but principles, legal techniques and, mainly, legal culture.

*Key words:* *ius commune*; European Community Law; legal traditions; common vulgar law.

## I

Al fin llegó, en 1986, la ansiada incorporación de España a la Comunidad Económica Europea y con ella la recepción de su derecho propio. La incorporación fue celebrada como una ventajosa operación política, y así lo era en efecto; mientras que la recepción despertó más bien intriga o mera curiosidad puesto que pocos sabían con precisión cuáles podían ser sus consecuencias. Del derecho comunitario apenas tenían noticia, negociadores aparte, un puñado de internacionalistas, algunos abogados de excepción y escasos becarios. La verdad es que en aquellos momentos casi nadie se percató de lo que el paso significaría para el futuro del derecho español y para la vida de los españoles.

Consumado el acontecimiento, en la Universidad los profesores de derecho internacional pretendieron inicialmente apropiarse de la nueva materia en competencia con sus colegas de derecho administrativo e incluso de derecho constitucional, que aspiraban a patrimonializarla en sus lecciones y manuales como un anejo de su disciplina. Mas ninguno se atrevió entonces a pensar que con el tiempo se autonomizarían didácticamente aquellos conocimientos y que en breve se produciría un estallido bibliográfico atendido por millares de especialistas de nuevo cuño.

A los jueces también les cogió por sorpresa aquel fenómeno, que aceptaron al principio con escepticismo y reticencia no disimulada. Lo que empero reaccionaron más rápido fueron los abogados, de entre los que pronto emergió una elite reducida pero bien informada, capaz de contactar en pie de igualdad con despachos selectos de toda Europa y que se manejaban con soltura en los pasillos de Bruselas y Luxemburgo.

De esta manera el nuevo derecho se instaló, incluso con cierta agresividad, en todas las universidades y empezó a manejarse con naturalidad en los Altos Tribunales. De inmediato proliferaron expertos, algunos muy calificados, y se llegó al convencimiento de que este saber era imprescindible para los jueces, profesores, funcionarios y, más todavía, para los asesores de las grandes empresas, habida cuenta de que al amparo de sus normas podían obtenerse, si el expediente era bien llevado, pingües subvenciones como también padecerse sanciones gravísimas.

Ahora bien, una vez conseguido este nivel, el proceso de asimilación disminuyó perceptiblemente su ritmo y hasta llegó a pensarse que había alcanzado su punto de saturación, o sea, que a partir de ahí el derecho comunitario no resultaba imprescindible puesto que su aplicación no se generalizaba a toda la vida económica y social, al estar reservado a los intereses de los grandes empresarios como si únicamente se tratase de una zona, ciertamente privilegiada pero reducida, del derecho mer-

cantil y del administrativo. El derecho de los grandes: grandes empresas, grandes pleitos, grandes despachos y jueces supremos y superiores. Decididamente el derecho comunitario europeo no parecía afectar al pueblo llano ni a los abogados y jueces de éste. Las revistas de la especialidad —por decirlo de una manera gráfica— no llegaban a provincias ni falta que allí hacían, pues poco importaban a los empresarios locales los Reglamentos y Directivas europeas, con la salvedad desde luego de la política agraria, dado que hasta el más pequeño campesino estaba gravado —y por supuesto también beneficiado— por las cargas y subvenciones de la extendida Política Agraria Comunitaria.

## II

En aquel torbellino los juristas de mi generación contemplamos con serenidad la irrupción de tal derecho porque ya habíamos visto cambios legislativos suficientes como para no asombrarnos de nada. Habíamos sufrido reformas agrarias, colectivizaciones, socializaciones, nacionalizaciones, privatizaciones, expoliaciones, economía libre, intervenida, dirigida, planificada, tasas, cupos, racionamientos, guías para personas, animales y cosas, permisos, autorizaciones, conciertos, sindicatos económicos, milicias, sindicatos verticales, aislamiento internacional, ayuda norteamericana... ¿Qué más nos quedaba por ver?

El derecho evoluciona al compás de la sociedad y, por tanto, su progreso, aunque incesante, es lento y gradual; pero también ocurren saltos bruscos, quiebros violentos, de ordinario impulsados por causas ideológicas y conmociones políticas. Esto era lo que nosotros habíamos percibido a lo largo de nuestra vida y el episodio europeo parecía un capítulo más y no precisamente el más escandaloso. Otros opinaban, en cambio —con menos experiencia aunque probablemente con más perspicacia—, que se trataba de un fenómeno inédito, sin parangón en el pasado y que había de sacudir el derecho español desde el techo a los cimientos, suponiendo, claro es, que lograra asimilar el enorme acervo normativo comunitario que se venía encima (lo que distaba mucho de ser seguro). ¿Nos encontrábamos ante una sacudida auténticamente revolucionaria o ante un simple quiebro —uno más, por grave que fuera— de los que periódica y constantemente aparecen en el sendero del derecho?

Mi experiencia personal, con todo, no se refería sólo a los cambios normativos anunciados sino a otros aspectos del derecho no menos importantes. Como funcionario en mi juventud del Ministerio de Agricultura había aprendido que de los reglamentos que yo manejaba en

mi despacho y en mis informes no llegaban a aplicarse ni el cinco por ciento (*sic*) de sus disposiciones. Los campesinos se entendían perfectamente entre ellos sin acudir a las leyes, en las oficinas públicas aquello se toleraba mientras no surgieran conflictos puesto que todos éramos conscientes de que si se aplicase estrictamente la ley, la agricultura española se paralizaría; y si se hubiera acudido a un juez, éste no hubiera entendido nada del fárrago de la legislación sectorial, de la que no había oído hablar en toda su carrera. O sea, que era posible funcionar —y de hecho se funcionaba de espaldas a la ley, sin otro riesgo que el de ser sancionado por incurrir en algún incumplimiento y esto era, por cierto, lo que todos hacían.

Otra lección que aprendí sin necesidad de leer un solo libro y sin que nadie me la hubiera explicado en la Universidad fue la de que si la ley tiene fuerza no es por su letra sino por el espíritu que la abriga. Esto significa que en rigor lo que importa *no es tanto la ley por sí misma como la cultura jurídica en que opera*. Durante el franquismo estaba prevista la pena de muerte para el delito de estraperlo y, según se sabe, no se ejecutó ni una sola vez por este motivo: sencillamente la sociedad, incluso los jueces y los funcionarios, no lo admitía. Y en la ley hipotecaria se ordenaba a los jueces y funcionarios que no admitiesen documentos privados en sus actuaciones. Así me lo explicó muy serio mi profesor de Derecho Civil en la Facultad de Valladolid y luego pude comprobar que este precepto no se aplicaba en ninguna parte.

En definitiva, al madurar mi sensibilidad jurídica con los años de estudio y de experiencia, llegué al convencimiento de que al analizar cualquier punto de derecho tenemos que abordarlo, cuando menos, desde dos perspectivas: la de la legislación formalmente aplicable, que a veces no es sencillo identificar, y la de la eficacia real de esas normas. En otras palabras: no basta examinar las normas en abstracto sino que es preciso observarlas a través de la lente de su práctica real. Y no es seguro que todos los estudiosos del derecho comunitario europeo, incluso alguno de los más calificados, operen con esta doble perspectiva.

### III

La incorporación a la Unión Europea significa para los juristas tener que admitir la presencia simultánea de dos ordenamientos jurídicos —el nacional y el de la Unión— de origen y alcance distintos, o sea, la necesidad de manejarse en un complicado sistema jurídico pluralista.

Cualesquiera que sean sus ventajas, es indudable que el pluralismo normativo proporciona no pocos quebraderos de cabeza a los individuos que practican sus variadas leyes y más todavía a los profesionales que les asesoran. Así se explica la tensión que siempre ha mediado entre los defensores de la pluralidad y los de la unidad simplificadora. A este respecto, y dado que el derecho comunitario europeo parece ser la reaparición de un fenómeno muy viejo, ¿qué nos puede enseñar el pasado?

En España contamos, en efecto, con una buena experiencia histórica de simultaneidad de derechos, bien sea por razones étnicas y religiosas (derecho cristiano, judío, musulmán) o territoriales (derechos de los diferentes reinos de España) así como por la presencia de derechos extraños introducidos en la península por presiones militares, políticas o funcionales. El impacto histórico de estos derechos ajenos es el que aquí interesa, puesto que es cabalmente el caso del derecho comunitario europeo. ¿Cómo se ha reaccionado en estos supuestos? ¿Se rechaza la intrusión o se acepta intentando asimilarla?

Repasando la historia nos encontramos a este propósito con fórmulas: en primer lugar, la imposición política (y en su caso policial y hasta militar) de un ordenamiento dominante. En segundo lugar, la tolerancia pura y simple de las divergencias e incumplimientos. En tercer lugar, la vulgarización —o sea, la relajación— en la vigencia o grado de aplicación. Y en cuarto lugar, la articulación a través de un derecho común (*ius commune*). Todas estas modalidades se encierran a fin de cuentas en dos: o bien el rechazo o bien la recepción (en la que caben conocidamente algunas variantes, que se irán viendo).

En el presente artículo se examinarán brevemente estas variantes para ver si es posible encajar en alguna de ellas el actual derecho comunitario europeo.

#### IV

Una fórmula extendida de tratamiento radical consiste en prohibir lisa y llanamente la invocación y aplicación de leyes extranjeras. Actitud frecuente en los ordenamientos autoritarios que de esta manera quieren asegurarse de que en su territorio únicamente va a imponerse la voluntad del Rey. En España apareció tempranamente en la época visigoda en la ley de Chindasvinto recogida en el *Liber iudiciorum* (lib. II, tít. I. l. VIII): «alienae gentes legibus ad exercitium utilittis imbuí et permitimus et optamus: ad negotiorum vero discussionem, et resultamus et prohibemus [...] Nolumus sive romanis legibus seu alienis institutioni-

bus amodo amplius convexeri» (o en la versión romanceada del Fuero Juzgo: «bien sofrimos et bien queremos que cada un omne sepa las leyes de los estrannos por su pro; mas quando es de los pleitos indagar, defendémoslo et contradecimos que las no usen [...] Nin queremos que daquí adelante sean usadas las leyes romanas ni las estrannas»).

Desde entonces hasta hoy se pueden encontrar en la historia cuantas disposiciones se quieran en tal sentido y en la actualidad las invocaciones forenses del derecho comparado no tienen otro alcance que el de argumentos para corroborar alguna tesis propia del derecho español. Lo cual no quiere decir, sin embargo, que no existan otras fórmulas de acercamiento y aplicación de leyes ajenas, como seguidamente se examina, puesto que está fuera de duda que al incorporarse el Reino de España a la Comunidad Económica Europea en 1986 descartó con firmeza la posibilidad de una exclusión normativa.

## V

En ocasiones ha sucedido que, después de haber desaparecido un derecho, reaparece siglos más tarde, incluso cuando ya se había perdido la memoria de él, restaurado por imposición de un monarca. Tal es el caso del *Liber iudiciorum* en Asturias y León, recuperado por Alfonso II o la persistencia del derecho visigodo en el condado de Cataluña durante la época franca y aun después.

Este antecedente no tiene con toda evidencia la menor relación con el caso actual, pero se cita como ejemplo de un modelo de aceptación de derecho extraño: el que se realiza precisamente a través de una *recepción literal*, o sea, que se recoge un texto legal y se traspaşa sin alteración alguna a otro espacio o a otro tiempo sin cuestionarse las diferencias que pueda haber de cultura y condiciones económico-sociales. Diferencias que pueden ser tan importantes que hagan desaconsejable esta fórmula. Tal es lo que sucedió concretamente con el derecho justiniano en la Edad Media: otro ejemplo de recepción singularmente intensa, pero que no pudo ser literal (como veremos luego), habida cuenta del abismo cultural y social que separaba el mundo romano del bajomedieval.

## VI

Cuando median tales distancias la recepción literal es difícil y estadísticamente excepcional, siendo en cambio habitual la *recepción no li-*

*teral y además vulgarizada*. Con esta expresión se alude al fenómeno de un derecho trasplantado a lugares y tiempos alejados de los de su origen, que es recibido ciertamente mas no de forma literal sino adaptado a las nuevas circunstancias. Las leyes ajenas son recogidas pero con alteraciones tales que obligan a reconocer que han sido «vulgarizadas» en expresión ya arraigada, es decir, deformadas hasta tal punto que lo mismo podría hablarse de la recepción de un derecho previamente vulgarizado que de la creación de un nuevo derecho bajo la influencia de otro ajeno.

Esto es lo que sucedió, según se sabe, durante el Bajo Imperio cuando el derecho Romano, formalmente vigente, se encontró en las provincias con unas condiciones que dificultaban su aplicación literal y, por consiguiente, los juristas locales adaptaron los textos originarios romanos a las costumbres y a la mentalidad de cada lugar. El derecho romano fue, por tanto, formalmente recibido tal como había ordenado el Emperador, pero de hecho se había creado un derecho nuevo, que actualmente ha dado en denominarse «vulgar».

La vulgarización es, en suma, una *fórmula de compromiso*: se acepta el derecho impuesto, pero a condición de acomodar sus normas —ordinariamente simplificándolas— a las circunstancias y al nivel ético y cultural de quienes van a practicarlas. De hecho, una recepción literal, es decir, no deformadora, resulta inimaginable aunque sea impuesta por una decisión política autoritaria y el derecho recibido, sea técnicamente superior al receptor. Los ordenamientos no se valoran ni pueden compararse entre sí únicamente por razones técnicas. Su apego o rechazo se produce ordinariamente por causas emocionales y culturales. Se defiende un derecho porque se le considera propio y porque siempre cuesta salirse de la rutina. De aquí que los derechos extraños tengan que pagar, si quieren ser recibidos, una tasa de adaptación.

## VII

Existe también otra variante de *recepción: la integradora*. En esta modalidad el derecho extraño se incorpora al nacional (más adelante veremos cómo), nacionalizándose por así decirlo, dado que el derecho receptor incorpora las normas que recibe haciéndolas suyas. Incorporación integradora porque no se remite a una recepción literal del texto sino que se recibe fundamentalmente su *espíritu* mediante una reelaboración de los textos. En esta operación la ley se decodifica y de ella se extraen sus principios inspiradores (su «espíritu»), que es lo que se

recoge, pues la traslación de la letra provocaría demasiados problemas de inteligencia y aplicación.

El ejemplo más importante de este fenómeno es la recepción del *ius commune* en la Baja Edad Media. Es sabido que a partir del siglo XI se «descubrió» en Italia el Corpus justiniano que, por razones tanto políticas como técnicas, arraigó de inmediato en las universidades de aquel país y desde ellas irradió a todos los países occidentales. El derecho romano justiniano era técnicamente superior a los locales que entonces se practicaban y por su mejor sistemática era fácil de enseñar y de aprender; pero sus ventajas fundamentales eran que provocó la aparición de un cuerpo de juristas que dominaban unas leyes y unas técnicas comunes aplicables por tanto en toda Europa, por cuya razón resultaban útiles a los soberanos, que les dieron empleos en sus tribunales y aparatos burocráticos. Gracias a este derecho y a estos doctores el poder civil contó con un derecho avanzado y con unos servidores que podían enfrentarse en pie de igualdad tanto con el poder eclesiástico y su derecho canónico como con el poder señorial y su derecho feudal.

Este flanco pragmático quedaba, pues, suficientemente cubierto y a mayor abundamiento desde el punto de vista profesional ofrecía unas ventajas que no estaban en condiciones de garantizar los textos populares del estilo del Fuero Viejo de Castilla o las costumbres de Beaumanoir o el *Sachsenspiegel*. Los estudiantes de Derecho veían asegurado su pan sin necesidad, como sucedía antes, de hacerse frailes y los monarcas podían contar con una clase de servidores cualificados que les liberaban del monopolio de los nobles y de los clérigos. Todos salían ganando, por tanto, con este *ius commune* que consecuentemente se extendió con rapidez aunque —conviene subrayarlo— llevado por los juristas, no por los legisladores, puesto que el derecho romano no fue sino muy tarde (recuérdese el caso de las *Partidas* castellanas) ley formal de los Reinos occidentales.

De hecho el Corpus justiniano no se aplicó directamente nunca en ningún lugar durante la Edad Media. Lo que llegó a aplicarse andando los años fueron sus versiones romanceadas (como las *Partidas* castellanas que acaban de citarse) y, sobre todo, las doctrinas que los autores habían destilado de sus textos. Una recepción, en suma, profunda pero indirecta.

Ahora bien, sin perjuicio de esta indudable penetración doctrinal ¿qué sucedía en la realidad con las leyes territoriales y locales, las costumbres y los pleitos? Porque el derecho no es sólo un instrumento de dominación sino también una técnica de convivencia social. Y si el *ius commune* aseguraba bien la primera faceta, no así la segunda. Tal fue la

constante espina de la recepción. Las leyes y las costumbres no desaparecieron ni resultaron desplazadas por completo por el *ius commune*. Siguieron practicándose por el pueblo y aplicadas por los jueces locales, no así por los tribunales reales centrales que se atenían al derecho común. La consecuencia fue que por causa de la recepción se produjo un desdoblamiento normativo, un pluralismo jurídico que se tradujo en un fraccionamiento social en el que convivían dos grupos regidos por leyes distintas. Una situación paradójica que hasta hace poco asombraba a juristas formados en una cultura jurídica unitaria, pero que ahora, con la llegada del derecho comunitario europeo, están en condiciones de entender mejor.

Con la recepción del derecho común invadió los reinos europeos una plaga de juristas voraces dispuestos a imponer con la fuerza del Rey unas leyes que el pueblo no entendía y, además, no había compromiso o vulgarización posible porque los vasallos no estaban en condiciones de pactar con unos juristas arrogantes que hablaban un lenguaje ininteligible. Si los burgueses estaban abiertos a las nuevas ideas, no así los campesinos que constituían la mayoría de la población, y de esta forma se llegaba a la paradójica situación de que se practicaban unas reglas (tradicionales) y los conflictos se resolvían de acuerdo con otras (las del *ius commune*). Caos agravado por el hecho de que en las universidades se explicaban los códigos justinianeos y no el derecho real y mucho menos el local y el consuetudinario. Nunca ha existido en ese punto un distanciamiento tan extremo entre el mundo social (incluido el académico) y el mundo legal.

Lo que convenía a los monarcas y a los burgueses comerciantes no convenía, sin embargo, al pueblo llano, apegado a sus costumbres. Así se explica la tenaz resistencia que encontró el derecho común en el pueblo y el odio que despertaron sus juristas, en quienes los paisanos no veían administradores de la Razón y protectores de los oprimidos sino recaudadores implacables de impuestos y jueces venales que sentenciaban al amparo de leyes desconocidas. Las *Partidas* de Alfonso X de Castilla —un monumento jurídico y literario que todavía hoy sigue causando admiración— chocó con una resistencia popular tan exacerbada que tardó varios siglos en entrar formalmente en vigor, y en las guerras civiles la bandera de los rebeldes proclamaba su enemigo al derecho romano.

La situación alcanzó unos tintes grotescos en el ámbito procesal dado que los tribunales inferiores, formados por legos, sentenciaban de acuerdo con los fueros locales y costumbres acreditadas, mientras que los tribunales reales, formados por doctores, en segunda instancia aplicaban el

derecho común que con frecuencia no coincidía con el anterior. De esta manera quienes tenían medios económicos e influencia social suficiente para acudir en apelación terminaban accediendo a unas leyes que se desconocían en la práctica social y que los jueces inferiores ignoraban. Contradicción que se mantuvo hasta las Cortes de Zamora de 1274.

Con el transcurso del tiempo se fue afinando progresivamente el derecho real territorial a costa tanto del derecho local como del común; pero no por ello decreció la importancia de este último ordenamiento, antes al contrario, pues era el único que, según se ha dicho, se estudiaba en las universidades y el que más se invocaba, aunque no llegara a aplicarse siempre, en los tribunales de todos los niveles.

La explicación de este fenómeno ha quebrado la cabeza de muchas generaciones de historiadores hasta que en épocas relativamente recientes se ha conseguido encontrar el secreto de tal paradoja. Admitiendo sin discusión que los textos justinianeos (directamente o en sus versiones nacionales) no tenían vigencia formal alguna y que los aplicables eran los textos reales, lo que sucedía era que los *tribunales aplicaban las leyes nacionales de acuerdo con las técnicas y las interpretaciones (incluido el colmado de lagunas) que daban los juristas* (profesores, glosadores, comentaristas y abogados). En la vida del derecho y en la resolución de los pleitos, lo que pesa, más que la letra de las leyes, es el espíritu que les atribuyen los juristas que las manejan.

Tal fue, en suma, la auténtica recepción: la del espíritu y la de la técnica jurídica, no la de los textos del derecho común. El verdadero derecho común, más que en el Código o en las Pandectas, estaba en la técnica de los juristas. Fue un derecho de juristas. Aquella recepción, en suma, fue un *fenómeno académico y cultural y no una simple recepción de leyes lejanas por muy sabias que fueran*.

## VIII

Recapitulando los fenómenos históricos que a efectos del presente estudio interesan, tenemos que:

Primero.— La brusca incorporación política del Reino de España a la Comunidad Económica Europea, aun estando prevista con bastante antelación, desconcertó a los juristas españoles ya que no estaban preparados para manejar debidamente el acervo normativo comunitario. Su reacción adaptativa fue, sin embargo y en todos los niveles, rápida y eficaz.

Segundo.— Para los juristas de mi generación, sin embargo, no cogió de sorpresa el enorme impacto producido por la irrupción del derecho comunitario europeo, habida cuenta de que desde 1931 ya habían visto y vivido numerosas y profundas alteraciones del ordenamiento jurídico que les habían permitido tomar conciencia de la fugacidad de la ley y de la vulnerabilidad del derecho ante los cambios políticos. Con estas vivencias pudieron contemplar el quiebro de 1986 como un fenómeno natural en la evolución del derecho.

Tercero.— Conciencia de habitualidad que, más allá de las vivencias personales, se confirmaba mirando al pasado, pues la historia nos recuerda que desde las primeras invasiones romanas hasta hoy el derecho de los pueblos peninsulares ha sufrido la constante irrupción de derechos ajenos sin perder por ello su naturaleza y sin romperse el hilo de la continuidad.

Cuarto.— Producidas estas irrupciones derivadas de ordinario de acontecimientos militares o políticos, el derecho nacional ha reaccionado, según los casos, de acuerdo con diversas fórmulas: a) Reconociendo la vigencia de las normas invasoras pero limitando su aplicación a ciertos grupos humanos identificados por la etnia, religión o profesión y, al tiempo, inmunizando al resto de la población. b) Cerrando el ordenamiento nacional mediante la prohibición de invocación o aplicación de leyes de origen extranjero. c) Abriéndose a los derechos ajenos mediante alguna de estas modalidades: recepción literal, recepción vulgarizada o recepción integradora.

Quinto.— La recepción de un derecho ajeno no significa necesariamente asimilación completa, antes al contrario, dado que, por lo común, incluso cuando las normas se han incorporado literalmente al ordenamiento nacional, a la hora de su aplicación experimentan alteraciones más o menos sensibles producidas por las peculiaridades locales, sean económicas, culturales o técnicas. El derecho recibido, aun conservando su esencia, se desfigura. Fenómeno que en términos académicos puede denominarse vulgarización.

Sexto.— Cuando el derecho recibido no consigue desplazar por completo al derecho nacional se produce un desdoblamiento jurídico, un pluralismo normativo que se traduce en un fraccionamiento social con grupos que practican leyes distintas y un desorden institucional por los diferentes modos de ejecutar el derecho por la Administración y de aplicarlo por los tribunales.

## IX

Vistas las cosas desde esta perspectiva histórica se aclara bastante la función del derecho comunitario europeo dentro del ordenamiento jurídico español al comprender que se trata de una figura habitual del pasado: la importación de un ordenamiento externo. Lo cual explica que desde el primer momento no faltaran autores que identificaran el actual derecho comunitario europeo como el *ius commune* del presente. Opinión que aquí se recoge aunque introduciendo algunas precisiones puesto que se trata de dos episodios —el bajomedieval y el presente— que no coinciden exactamente, como sucede en todas las repeticiones históricas.

Por lo pronto, el derecho comunitario europeo no es en su origen absolutamente ajeno al Estado español, dado que procede de una organización de la que el Reino de España forma parte. Además, y en lo que atañe al control de su correcta aplicación, en él intervienen no sólo los tribunales nacionales sino también otros específicos de la Unión Europea: lo que no sucedía en la Edad Media ni en el período humanístico. No teniendo, en fin, menos importancia el hecho de que, a diferencia del derecho justinianeo, no constituye un *corpus* petrificado sino un ordenamiento vivo que cada día se altera e introduce rectificaciones constantes. Derecho común, por tanto, pero con singularidades propias que exigen un tratamiento muy distinto del *ius commune medieval*.

Una variante original a fin de cuentas que parece haber aprovechado las experiencias del pasado, mejorando notablemente las posibilidades de su adaptación. Recuérdese que no ha tratado de imponerse autoritaria y unilateralmente puesto que la fórmula ha sido confirmada solemnemente y voluntariamente por la parte receptora, que fue además la que solicitó la operación y que en cualquier momento puede romper el vínculo.

Tampoco se ha seguido la fórmula propia de los tratados internacionales multilaterales, con la que desde luego presenta perceptibles semejanzas. La Unión Europea, como antes la Comunidad Económica Europea, se formaliza en acuerdos internacionales, pero no es simplemente una norma jurídica sino una institución plurinacional que goza de vida propia, distinta de la de sus miembros, a los que traslada las normas que ella va creando ininterrumpidamente.

En tercer lugar el ámbito de su normatividad no es desde luego universal o global pero tampoco puede calificarse de sectorial dado que las materias a las que alcanza son múltiples y es evidente que está impulsada por una tendencia inequívocamente expansionista, hasta tal punto que cuesta creer que su origen fuera tan modesto que se refería a una comunidad del carbón y del acero.

## X

El derecho comunitario europeo es, en definitiva, el derecho común de los países de la Unión Europea que penetra en los Ordenamientos nacionales por tres vías: el derecho originario se incorpora directamente mediante una recepción literal. El derecho derivado se integra a través de una recepción vulgarizada. Y, en fin, hay una tercera vía mediante la cual sus principios informan la totalidad del ordenamiento nacional.

La recepción literal directa está impuesta de forma expresa por el ordenamiento comunitario; y sobre la recepción vulgarizada ya se ha hablado en las páginas anteriores. Por lo que a esta última se refiere, las desviaciones que se introducen en las normas formalmente recibidas son consecuencia en su mayor parte del choque cultural. La cultura jurídica española de los últimos dos siglos, y posiblemente desde siempre, nunca ha manejado las normas escritas como disposiciones de aplicación estricta sino sesgada por las «relaciones personales» entre los operadores jurídicos y los ciudadanos. Relaciones personales que en términos positivos (de ordinario bienintencionados o hipócritas) significan una humanización al estilo de la epiqueya griega o de la justicia canónica; y en términos negativos, desde luego más sinceros, la corrupción pura y simple, o sea, la visión del canciller López de Ayala y de Quevedo. España es diferente y la sociedad española es así.

La recepción inspiradora, por su parte, está cobrando cada día mayor importancia. Porque es el caso que el derecho comunitario europeo influye con fuerza en todas las instituciones jurídicas nacionales, incluso las más alejadas del ámbito propio de aquél. Tendencia que la normativa de la Unión Europea incentiva cada día con mayor énfasis y de forma expresa. Recuérdese como ejemplo la amplitud del artículo 1 del reciente Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza: «Las Partes contratantes acuerdan en su condición de Estados miembros de la Unión Europea reforzar el pilar económico mediante la adopción de un conjunto de normas destinadas [...] a reforzar la coordinación de sus políticas económicas y a *mejorar la gobernanza* de la zona del euro, respaldando así la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de crecimiento, competitividad y cohesión social».

Al margen de la aproximación formal puede observarse, además, una inequívoca tendencia convergente. Los españoles se sienten europeos y en su actual desvalimiento y confusión ven en Europa un apoyo contra la amenaza de una implosión política o de una invasión africana, que los catastrofistas ven ya próxima.

Hoy es difícil que se aprueben leyes, de cualquier naturaleza que sea, que vayan contra la mentalidad europea y desde esa cultura, mejor o peor asimilada, se interpreta la totalidad del ordenamiento vigente y, cuando no se hace así, parece como que se produce cierta mala conciencia y un reproche social innegable. Dicho con otras palabras: *la totalidad del derecho español se interpreta actualmente con criterios políticos y culturales europeos y evoluciona en una dirección inequívocamente convergente hacia los principios de la Unión*. En este punto es más acertado el eslogan de que «España es Europa».

## XI

La recepción del derecho comunitario europeo se ha ido extendiendo entre nosotros como una mancha de aceite. La normativa comunitaria que inicialmente afectaba a unas pocas y grandes empresas (como si se tratase de un derecho mercantil del capitalismo avanzado) ha ido penetrando en casi todas las actividades económicas y sociales hasta tal punto que pocas escapan ya a su regulación, que en ocasiones llega a ser asfixiante; sin perjuicio de que, tal como establece el artículo 5.1 del Tratado de la Unión Europea, «la delimitación de sus competencias se rige por el principio de atribución (y) su ejercicio se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad».

Ahora bien, una cosa es el alcance material de las normas y otra su realización. El derecho comunitario europeo abarca mucho pero aprieta menos, puesto que opera de ordinario a través de instrumentos nacionales y los españoles no se caracterizan precisamente por su celo y eficacia. De esta manera hemos visto reproducirse el viejo fenómeno de la vulgarización, que para desesperación de los puristas se afirma sin remedio a despecho de las prevenciones y correctivos de las autoridades y jueces. Esto quiere decir que ni la Administración ni la sociedad españolas se oponen frontalmente a las normas comunitarias, pero que ofrecen una resistencia elástica y efectiva, de tal manera que tal derecho a fin de cuentas se aplica entre nosotros «a la española» (como en Italia «a la italiana» y en Grecia «a la griega», si quiere decirse todo).

Sería injusto, no obstante, atribuir exclusivamente la vulgarización del *ius commune* a causas torcidas, dado que las desviaciones son en su mayoría consecuencia natural e inevitable del choque de ordenamientos que, aun siendo compatibles, no pueden coincidir nunca exactamente y el ajuste, incluso con la mejor de las intenciones, es técnicamente difícil. El *ius commune* no penetra en un territorio virgen puesto que está ya

ocupado por el *ius proprium* nacional y tanto el uno como el otro son lo suficientemente complejos como para exigir un enorme esfuerzo de encaje y para quienes llevan practicando durante años este último resulta cuando menos incómodo cambiar de regulación sin reparar si salen ganando con ello. Es algo así —valga la expresión— como cambiar las ruedas de un vehículo en marcha.

La operación se desarrolla en todo caso en diversas fases. La primera, aparentemente la más sencilla, se desarrolla en el nivel normativo. Pero no se trata simplemente de sustituir una norma por otra. El hecho es que de ordinario la norma de derecho común derivado afecta no a otra del derecho nacional —en cuyo caso el recambio sería fácil— sino a varias, a veces dispersas por todo el ordenamiento y que pueden ser difíciles de localizar. Y por otro lado es probable que ya existan en el *ius proprium* normas idénticas a las del *ius commune* que se debe recibir. En todos estos supuestos la trasposición normativa se complica y por mucho cuidado que se ponga siempre quedan flecos sin ajustar.

La trasposición normativa infiel es la primera causa de desviación (vulgarización) del derecho común europeo recibido. Para evitar que esto se produzca es necesario revisar las trasposiciones y forzoso es reconocer que Bruselas no está en este punto a la altura de las circunstancias: son demasiado excesivas las normas del derecho derivado y demasiados los países receptores. A falta de suficientes juristas especializados capaces de llevar a cabo esta tarea, se acude a la externalización del control y al empleo de protocolos estandarizados rudimentarios a insatisfactoriamente cumplimentados. Con el resultado final de que no se consiguen detectar las infidelidades producidas sea de buena o de mala fe y el derecho común se recibe ya desviado.

Mucho peor discurre, no obstante, la segunda fase, puesto que quienes por regla ejecutan las normas recibidas son las autoridades y funcionarios del Estado receptor que, para evitarse problemas y esquivar resistencias de las empresas, tienden inevitablemente a utilizar fórmulas de compromiso, corruptas o no, que pueden dar lugar a desviaciones tan graves que provoquen la iniciación de expedientes sancionadores que tampoco está en condiciones de tramitar la burocracia de la Unión Europea.

En cada fase, en cada nivel, se va acentuando la línea de desviación y al final se confirma inexorablemente la hipótesis prevista: el derecho común europeo sale unido y coherente de Estrasburgo y de Bruselas, pero en Atenas y Madrid se aplica y practica con sesgos que pueden ser importantes y que no hay modo de depurar con el control de los tribunales nacionales y mucho menos en el Europeo. Más todavía: entre el *ius*

*commune* y el *ius proprium* se interpone el *ius commune vulgar*, que no hay que juzgar siempre de manera desfavorable puesto que con frecuencia opera como arandela de ajuste que hace posible la recepción. El agua destilada (H<sub>2</sub>O en estado puro) no es potable; la que se bebe es agua con ciertas impurezas, distintas en cada manantial, que la hacen apta para el consumo. El sueño de la corrección absoluta produce monstruos.

El fenómeno de vulgarización o filtro nacional es perfectamente conocido en Bruselas y en Madrid pero, dejando a un lado resonantes inspecciones y castigos que afectan tanto a las empresas como a la propia Administración, la toleran con paciencia puesto que carecen de medios para eliminarla y tienen confianza en que con el tiempo vayan mejorando las cosas (salvo la corrupción, quizás). Lo importante es que vaya calando la cultura jurídica europea (ya que no la ética, pues de ella más vale no hablar) en el seno de las instituciones administrativas y judiciales y sobre todo en el tejido empresarial social. Algo que efectivamente ya está sucediendo.

## XII

Como consecuencia de cuanto antecede puede concluirse con aceptable seguridad que el derecho comunitario europeo ha penetrado en el ordenamiento jurídico español reproduciendo la fórmula histórica medieval del *ius commune* del derecho justiniano, o sea, la recepción, pero con ciertas peculiaridades importantes que se destacarán más adelante y cuya constatación ha levantado no pocos problemas entre los autores.

Por lo pronto se ha producido la reacción de un sector doctrinal (Coing, Stolleis, Tontti) que no se ha dejado seducir por las evidentes similitudes que comparten los dos fenómenos históricos y niegan además el presunto efecto unificador del *ius commune* histórico —tanto del justiniano como del posterior *usus modernus pandectarum*— puesto que a pesar de él pervivió el policentrismo político de los Estados nacionales y la fragmentación normativa provocados tanto por la diversidad de fuentes recibidas (romanas, canónicas, feudales) como por la subsistencia del *ius proprium*.

Objeción de mucho peso, desde luego, pero que no justifica el rechazo de la tesis dominante, que puede seguirse manteniendo si se recuerda —como aquí se ha hecho— que el *ius commune* se recibió vulgarizado, o sea, adaptado a las circunstancias nacionales, igual que sigue haciéndose ahora con la recepción del derecho comunitario europeo. En definitiva, tiene razón Jarkko Tutti cuando acusa a la doctrina dominante

de reconstruir el pasado a su medida, pero probablemente se excede al afirmar que la unidad jurídica de la Europa medieval e incluso de la Ilustración es una falacia académica (*sic*). Porque si es cierto que en el siglo XII y siguientes había notorias diferencias territoriales consecuentes al policentrismo político y al pluralismo legal, los mismos fenómenos se encuentran actualmente en la Unión Europea y, sobre todo, la emergencia de los Estados nacionales no fue —como no lo sigue siendo hoy— incompatible con la idea de Europa entendida como casa común de los pueblos de varios países y naciones.

La recepción actual, a diferencia de la medieval, se desarrolla simultáneamente en las tres variedades conocidas: la literal directa para las normas de derecho originario, la integradora indirecta para las normas de derecho derivado y, en fin, la inspiradora, que no se refiere ya a normas sino a los principios que las inspiran y que son los que se trasladan a los derechos nacionales dirigiendo su interpretación y evolución. Una recepción original, por tanto, que garantiza la aplicación del derecho común en una versión vulgarizada que explica las diferencias que aparecen en los distintos derechos nacionales sin perjuicio de su referencia común.

Si este juicio es correcto —y así parece constatarse de la observación directa de su práctica efectiva—, la verdadera importancia del derecho común actual, y en contra de lo que suele entenderse, no está tanto en los textos que se reciben literalmente o en los de derecho derivado que se trasponen integrándose en el ordenamiento nacional como en el espíritu o cultura jurídica que se difunde por obra de los juristas, dado que es ésta la que ha forjado Europa o está en trance de hacerlo. La unidad no se alcanza con una uniformidad de textos legales sino con una comunidad cultural que se impone sobre la diversidad de pueblos y religiones.

Tal fue lo que sucedió en la Baja Edad Media cuando nació Europa y no por obra exclusiva del Corpus justiniano. Porque lo que se recibió y lo que soldó a los pueblos de Occidente no fueron las leyes del Codex ni los principios de las Pandectas sino la formidable labor de los doctores que con su latín y su formación universitaria hicieron de Europa una casa común.

Pues lo mismo es lo que está sucediendo ahora justo cuando los Estados nacionales han sufrido una implosión normativa interna agravada por la globalización y se van hundiendo inexorablemente en un caos jurídico, que ha privado al derecho de su característica esencial: la certidumbre. En esta situación de naufragio los textos del derecho comunitario europeo pueden servir ciertamente de ayuda; pero, siendo sinceros, forzoso es reconocer que no es suficiente puesto que en muchos ámbitos

aumentan todavía más la confusión. La esperanza viene, entonces, de manos de los juristas —incluidos naturalmente los jueces— y de la cultura que progresivamente están impulsando con sus lecciones, pues ella es la que posibilitará que los europeos, más allá de unas leyes comunes, tengan un lenguaje común que les permita comunicarse entre ellos: en el Parlamento, en la Comisión, en los tribunales, en las negociaciones y, sobre todo, en las relaciones económicas y sociales, que son el verdadero fundamento de Europa y lo único que puede superar la carencia de una lengua franca y la debilidad de las instituciones políticas. Todo esto nunca puede ser bastante porque se trata de fenómenos aparatosos pero superficiales, al igual que sucedió ya hace siglos con el frustrado imperio político del fantasmagórico Sacro Imperio Romano Germánico, que no necesitamos reproducir ahora en el siglo XXI.

### XIII

Si actualmente el derecho de la Unión Europea se ha integrado en los ordenamientos de todos sus miembros para, fundido con el *ius proprium* de cada uno de ellos, constituir los derechos nacionales al igual que sucedió en la Edad Media con el derecho justiniano, el mismo paralelismo se observa en el fenómeno, mucho más amplio, de la constitución de Europa. Todos los historiadores están de acuerdo en que la idea de Europa surgió hace siete siglos al abrigo del *ius commune* cristianizado, sin cuya inspiración aquella *unidad cultural* no hubiera podido aparecer. Pues bien, lo mismo ha sucedido ahora con la *unidad política*, y no sólo cultural, de la Unión Europea.

Hoy es corriente, en efecto, la afirmación de que la Unión Europea es una «comunidad de derecho» —tal como pronto observaron en expresión feliz autoridades como Walter Hallstein y Manfred Zuleeg— puesto que desde los años setenta se encomendó a los juristas el desarrollo institucional y material de aquélla y en consecuencia la Unión ha tomado una inequívoca coloración jurídica, quizás excesiva. Pero nótese que se habla de una Comunidad «de derecho» y no de una mera Comunidad «legal», subrayando así de forma expresa que el quicio del sistema es el *ius* y no la *lex*. Una precisión acertada que en las páginas precedentes se ha identificado, en términos aún más ambiciosos, como un fenómeno cultural. En cualquier caso la Unión Europea de hoy, como la Europa cristiana de ayer, son hijas del derecho y éste ha sido el que la ha proporcionado unas señas de identidad que no tienen las demás unidades creadas por los tratados internacionales ordinarios.

Lo que no puede desconocerse, sin embargo, es que esta juridicidad que tan profundamente empapa todas las instituciones europeas trae consigo unos riesgos hasta hace poco pasados por alto y que ahora se han hecho visibles, a saber: el protagonismo del derecho ha desequilibrado la Unión marginando en parte su naturaleza política. Los fundadores, ya lejanos, de la Europa actual fueron políticos de raza como políticas fueron sus intenciones fundacionales, aunque inicialmente atendieran objetivos aparentemente tan prosaicos como la ordenación del carbón y del acero.

El impulso jurídico decisivo vino después y siempre orientado hacia intereses económicos urgentes. Los resultados han sido conocidamente afortunados y poco a poco y con cierta desgana —o, si se quiere, con menos empeño— se han ido incorporando objetivos sociales quizás más retóricos que operativos. Lo que en todo caso se ha puesto de manifiesto es la evidente desatención de las preocupaciones políticas. Un escoramiento que ahora se está pagando caro cuando las cuestiones políticas están llamando con impaciencia a la puerta de la Unión y ésta no sabe cómo responder. Ni el Estado nacional puede identificarse con el derecho como soñaba Kelsen y los manuales de teoría política ni la Unión Europea puede ser una simple unidad de derecho o, mejor dicho, solamente una unidad de derecho. Y nada digamos de la «apropiación burocrática» denunciada por los autores más críticos que trae consigo inevitablemente el exceso de legalidad.

#### XIV

Las cuestiones que aquí se estudian no han llamado especialmente la atención de los juristas sino más bien de los historiadores que, por deformación profesional, insisten más en la Historia del *ius commune* romano que en el actual derecho comunitario europeo. Como sucede tantas veces, no es fácil que un historiador conozca también las instituciones vigentes ni que un especialista del derecho comunitario europeo domine la prehistoria de éste.

En la literatura española son de recordar, entre otros, ANTONIO PÉREZ MARÍN (1995), «Historia del *ius commune* y posibilidad de hacerlo operativo en la Unión Europea», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 13, págs. 183-196; REMEDIOS MORÁN MARTÍN (2005), *El ius commune como antecedente jurídico de la Unión Europea*, Madrid: UNED; FERNANDO BUJÁN (2008), «Ciencia jurídica europea y ordenamiento comunitario», *Revista General de Derecho Romano*, 10; JOSÉ MANUEL RO-

DRÍGUEZ MUÑOZ (2012), «La aportación del Derecho y de las tradiciones jurídicas europeas a la construcción de la idea de Europa», *Cuadernos Críticos de Derecho*, 2.

De mayor utilidad puede resultar la lectura de ciertos autores extranjeros, que al tiempo informan minuciosamente de la bibliografía internacional. Entre ellos HELMUT COING (1989), *Vob Bologna bis Brüssel: europäische Gemeinsamkeiten in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, Köln: EUL; REINHARD ZIMERMANN (1992), «Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechteinheit», *Juristenzeitung*, págs. 8-20; M. STOLLEIS (2009), «Europa como comunidad de Derecho», *Historia Constitucional*, 10, págs. 474-484, y singularmente JARKKO TONTTI (2001), «European legal pluralism as a rebirth of ius commune», *Retfaerd*, 94, págs. 40-54.