



Historia Constitucional

E-ISSN: 1576-4729

historiaconstitucional@gmail.com

Universidad de Oviedo

España

Stolleis, Michael

EUROPA ALS RECHTSGEMEINSCHAFT

Historia Constitucional, núm. 10, septiembre, 2009, pp. 465-474

Universidad de Oviedo

Oviedo, España

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027582016>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EUROPA COMO COMUNIDAD DE DERECHO*

Michael Stolleis

Resumen: Europa ha aprendido, a través de luchas y guerras civiles, que sólo puede tener un futuro común como comunidad organizada a través del Derecho. Este texto esboza las raíces históricas de Europa en la historia jurídica del *ius commune* y del *ius canonicum*, pero, sobre todo, del *ius commune publicum* en los ámbitos del Derecho natural y el Derecho Internacional, de los derechos fundamentales y la Constitución como una idea central de la modernidad.

Abstract: Europe has learned through wars and civil wars that a common future can exist only as a community organized by law. The present contribution sketches Europe's historical roots in the legal history of the "ius commune" and "ius canonicum", but mostly of "the "ius commune publicum", consisting of natural law and international law, fundamental rights and the constitution as a central idea of modernity.

Palabras clave: Europa, Comunidad de Derecho, Historia del Derecho, Ius commune, Ius canonicum, Derecho natural y Derecho internacional, Ius commune publicum.

Key Words: Europe, community based on law, legal history, Ius commune, Ius canonicum, natural law and international law, Ius commune publicum.

I

"Europa como Comunidad de Derecho" es una fórmula acuñada por Walter Hallstein y recogida de nuevo más adelante por Jacques Delors. Hallstein no sólo fue un brillante jurista de Frankfurt, sino uno de los promotores decisivos de la nueva Europa tras la segunda Guerra Mundial. Robert Schuman, Alcide de Gasperi, Paul Henri Spaak, Jean Monnet y Konrad Adenauer son los legendarios padres fundadores, mientras que Hallstein, Franz Etzel, Carl Friedrich Ophüls (de nuevo un ciudadano de Frankfurt), Hans von der Groeben, Karl Carstens, Paul Barandon, Wilhelm G. Grewe, Ulrich Everling y algunos otros eran los juristas que, actuando desde muy diversas posiciones en aquellos años, con el optimismo de una generación de posguerra obligada a comenzar de nuevo, habían de poner Europa en marcha. Su camino comprende desde el Consejo de Europa (1949), pasando por la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, (1951), hasta la fracasada Comunidad Europea de la Defensa (1954), el Plan Schuman y, finalmente, los Tratados de Roma de 1957. Los años siguientes estuvieron determinados por el optimismo

* Coloquio científico celebrado en Frankfurt el 10 de noviembre de 2008 con motivo de la concesión del premio Walter Hallstein al escritor y pensador italiano Claudio Magris. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez (Universidad Nacional de Educación a Distancia).

europeísta y la voluntad de cumplimentar los Tratados. Se esperaba una recíproca estimulación de la libre circulación de mercancías, del movimiento de personas y del mercado agrícola, de modo que se convirtiera en impensable para siempre el retorno a los nacionalismos pre-europeos. Elemento constructivo esencial fue el *Derecho*, tanto en la política de la Comisión como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que impuso la primacía del Derecho comunitario en caso de colisión con el Derecho de los Estados.

En este contexto se escucha la frase de Hallstein, conforme a la cual la Comunidad Económica Europea, como entonces todavía se llamaba, debía llegar a ser una “Comunidad de Derecho”¹. Al mismo tiempo, también la *Historia europea del Derecho* descubre sus posibilidades. Se escriben Historias del Derecho privado con perspectiva europea (Paul Koschaker, Franz Wieacker), surge un proyecto comunitario europeo acerca del Derecho romano en la Edad Media (*Ius Romanum Medii Aevi*) y Helmut Coing, de nuevo un francofortés, logra la fundación de un Instituto Max-Planck de Historia europea del Derecho en 1964. La idea que guía todos estos esfuerzos estriba en recobrar la conciencia de que el “ius commune” medieval y de los inicios de la Edad Moderna conforma un elemento de unión para Europa, no tanto a fin de condicionar la ulterior unificación jurídica de Europa como para investigar la amplitud y profundidad de la cultura jurídica europea.

Desde los años sesenta, en fin, la realización de la unidad europea se transfirió a los juristas. Eso tuvo sus ventajas, como muestra la experiencia; porque ahora los juristas pudieron trabajar con verdadera profesionalidad. Crearon instituciones, formularon normas de todo tipo, se ocuparon de su garantía y, de este modo, cubrieron Europa con un manto normativo cada vez más grueso. Pero ello tuvo también, de nuevo atendiendo a la experiencia, enormes inconvenientes; porque significó entregar la idea de Europa en manos de la burocracia. Dos generaciones después vemos, con mayor claridad que entonces, cómo el programa optimista “Europa debe convertirse en una Comunidad de Derecho” tiene también zonas sombrías en la conciencia de los ciudadanos. Los populistas en Dinamarca, Irlanda, Holanda, Bélgica y Francia, pero también los partidos de extrema derecha en Alemania, utilizan el potencial que albergan las pasiones contra los “burócratas de Bruselas” y su Derecho.

Entonces parecía que la resistencia frente a la unificación europea era de naturaleza fundamentalmente política y provenía de Francia. De Gaulle mantuvo una política que era tanto antibritánica como contraria a la integración, y frenó este proceso durante más de una década. Francia utilizó por tres veces su derecho de voto frente a la admisión de Inglaterra en la Comunidad (1958, 1963, 1967) e impidió la reelección de Hallstein. Sólo en 1969 se logró imponer la entrada del Reino Unido, Dinamarca e Irlanda, que se consumó en 1973, y desde ese momento la política de integración desarrolló una nueva dinámica. Si se resumen todos esos desarrollos y se contemplan como Historia de una Constitución europea en construcción, entonces cabe efectivamente hablar de

¹ W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf 1969; véase también M. Zuleeg, “Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft”, *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, págs. 545 ss.

“aproximaciones a una historia constitucional de la Unión Europea”, como ha hecho nuestro colega Manfred Zuleeg².

No pretendo en este momento describir el proceso por el que ha caminado Europa hacia una “Comunidad de Derecho”, partiendo de los Tratados de Roma hasta llegar al voto negativo de Irlanda en el referéndum sobre el Tratado de Lisboa. Sería una tarea enorme, que exigiría considerar abundantísimos materiales. Tampoco voy a mostrar el surgimiento del Derecho europeo como disciplina científica. En Alemania ésta sería una historia relativamente corta, que apenas se remonta más allá de los años setenta del siglo XX³. En un evento que gira en torno a Claudio Magris, me parece que tiene poco sentido aburrir al maestro con la Historia de las instituciones europeas de los años cincuenta y sesenta, o introducirle en las pedregosas sendas de la historia científica de las Facultades de Derecho alemanas entre los años cincuenta y setenta. Parece más sugerente aportar algo procedente de los estratos profundos de la Historia del Derecho que se abren a nuestros ojos cuando hablamos de Europa⁴.

Los historiadores del Derecho vienen recordando, desde la euforia europeísta de los años cincuenta, que Europa dispuso entre el siglo XIII y el XVIII de una cultura científica del Derecho fundamentalmente homogénea. El Derecho romano “recibido” en la mayor parte de los territorios europeos era “Derecho común” (*ius commune*). Los juristas lo estudiaban en Bolonia y Padua, Praga, Heidelberg, Colonia y Viena, en Bourges, París y Orleans, más tarde en Uppsala, Cracovia y en tantos otros lugares. Tanto el mundo ilustrado como la Iglesia hablaban latín. No existían fronteras nacionales. Por los territorios de la cultura se podía transitar con libertad. La finalidad de la formación, los métodos, los objetos de estudio y el nomadismo de los alumnos eran comunes e imprimían carácter a un estamento de juristas seguro de sus capacidades; que, desde el siglo XV, resultó decisivo en las administraciones y los tribunales de ciudades, príncipes y reyes de cualquier territorio.

Al mismo tiempo se mantuvo, sin embargo, el tradicional Derecho local que ya existía en cada lugar. Las partes debían alegar ante el tribunal, por ejemplo, el Derecho mercantil especial, el fuero regional o local, el privilegio urbano o personal, la costumbre del lugar, etc. Europa era, en consecuencia, extraordinariamente complicada desde el punto de vista jurídico. Había Derecho referido a la persona (y sólo a ella). El vasallo, el comerciante, el artesano, el campesino, el clérigo, el monje y la monja, todos ellos vivían en sus propios ámbitos de Derecho especial, con sus respectivas normas jurídicas vigentes para ellos. Para unos era competente el señor feudal, más tarde las autoridades de la ciudad o el príncipe del territorio, para otros el gremio y los tribunales gremiales, para otros más el obispo o el abad. Sobre todo ello se extendía una capa jurídica en gran medida unitaria, propia del Derecho culto

² M. Zuleeg, “Ansätze zu einer Verfassungsgeschichte der Europäischen Union”, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19 (1997), págs. 270 ss.

³ Sobre esto próximamente M. Stolleis, “Europa als Vorstellung und Arbeitsgebiet der westdeutschen Staatsrechtslehre nach 1945”, *Mainzer Kolloquium für Heinz Duchhardt*, 2008.

⁴ M. Stolleis, “Europa”, en *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 2.^a ed. 2008, columnas 1439-1441.

(en Alemania llamado también Derecho imperial para aludir a su fundamento de legitimación). Se superponía a los Derechos locales tradicionales y era el Derecho que aplicaban con preferencia los tribunales superiores, ocupados por juristas profesionales. Así se infiltraba este Derecho romano, en alguna medida, en los Derechos locales, les proporcionaba sistema y conceptualización. Por eso, este fenómeno central para la Baja Edad Media y los comienzos de la Edad Moderna se ha denominado en el siglo XX simplemente “cientificación” (G. Dahm, F. Wieacker).

A esta combinación del Derecho local tradicional y el “científico” *ius commune* (en latín) se añadió, para incrementar aún más la complejidad, el Derecho de la Iglesia católica universal. Tras un tiempo de incubación de casi mil años, fue recopilado en el siglo XIII bajo la forma de un código de leyes y, desde entonces, rigió para todos los cristianos católicos en los ámbitos del Derecho matrimonial, del Derecho patrimonial de la Iglesia, del Derecho procesal, de las penas eclesiásticas, del Derecho monacal, etc. También este Derecho de la Iglesia católica, a su vez en cierto modo derivado de nuevo del Derecho romano, conformó la vida de los europeos desde Noruega hasta Sicilia, desde Polonia hasta España. Constituía un ordenamiento jurídico paralelo al *ius civile* – y por ello en muchos lugares se obtenía el título de Doctor utriusque iuris, esto es, “en ambos Derechos”.

El Derecho canónico impregnó en profundidad todo el Derecho secular, y en la “Europa latina” cumplió una función unificadora al menos tan relevante como él. La reforma luterana y calvinista no supuso en este extremo cambio alguno. El Derecho de las iglesias evangélicas siempre ha aceptado y desarrollado los fundamentos comunes. Considerado desde el punto de vista funcional, el Derecho de las tres confesiones principales conforma una unidad. Y se ha convertido en uno de los factores esenciales de configuración de la identidad europea. También la parte eclesiástica de la vida pública fue “juridificada” y sometida a “cientificación”. El individuo obtuvo una posición jurídica claramente delimitada, existían reglas precisas de procedimiento y principios de justicia procedural. Con razón se habla del proceso romano-canónico, que en todas partes se impuso a los tribunales. Y, ante todo, en Europa se asumió que las decisiones judiciales habían de ser consideradas vinculantes. La autotutela y la fuerza tenían que finalizar cuando una cuestión estaba resuelta (*res iudicata*).

Este complejo mundo jurídico europeo, en el que desempeñaban un papel especial de nuevo Inglaterra y la más cercana al Continente Escocia, Escandinavia y Polonia (¡por no hablar de la ortodoxa Rusia y de los territorios bajo el dominio de Bizancio!), estalló con el surgimiento de los Estados nacionales. El proceso se remonta hasta el fondo de la Edad Media, pero se hace manifiesto en los siglos XVII y XVIII. Ahora se habían formado Estados europeos con fronteras estables. Los Estados insistían en su soberanía, establecían regímenes políticos propios dentro de sus fronteras, erigían una Administración territorial, creaban sistemas impositivos, desarrollaban por primera vez balanzas comerciales para sus territorios y, no en último extremo, ordenaban su Justicia. En casi todas partes se clamó entonces por el orden ante un Derecho enrevesado, y se subrayó el papel del legislador, cuyo mandato podía ahora derogar todo el Derecho preexistente. A este legislador

se confió enseguida la acción capaz de fundar un gran ordenamiento, la codificación. Desde el siglo XVI cruzaban Europa los más diversos planes ideales de codificación, una y otra vez se conjuraba la aparición de un “nuevo Justiniano”. Los juristas esbozaban las divisiones del material jurídico (a partir del Derecho romano y conforme al esquema del Derecho natural que ahora se enseñaba en todas partes) y reflexionaban qué debía incluirse en tal codificación. A finales del siglo XVII empezó, pues, la larga lista de codificaciones con Dinamarca (1683), numerosos ordenamientos territoriales en Austria y Alemania, una codificación completa en Baviera (1756), después Prusia (1794), Francia (1804), Austria (1811). Muy al final aparecen Alemania (1896), Suiza (1911) e Italia (1941). El objeto de esas codificaciones fue fundamentalmente el Derecho privado y, junto con él, la regulación de los tribunales y sus ordenamientos procesales, pero también el Derecho penal y el Derecho mercantil. También el Derecho de la iglesia católica desembocó en 1917 en un nuevo *Codex Iuris Canonici*.

Todo esto es objeto fundamentalmente de la llamada Historia del Derecho privado y de la Historia del Derecho de las iglesias. Al menos la parte referida a la Historia del Derecho privado resulta familiar a cualquier historiador del Derecho. Se conforma, pues, el que podríamos considerar como triple legado dejado por Roma a la Historia del Derecho. En primer lugar se encuentra el legado del Derecho romano, recopilado de nuevo en Constantinopla en el siglo VI y redescubierto y desarrollado en la Europa de la Alta Edad Media. Pero también contamos con el legado del Derecho romano-canónico, que asimismo fue refundido en forma de código en el siglo XII y luego desarrollado, manteniéndose hasta la actualidad por parte de las iglesias católica y protestante. Y, en tercer y último lugar, resulta de enorme valor simbólico que el moderno Derecho europeo del siglo XX haya tomado Roma como punto de partida con los Tratados de Roma de 1957.

II

Pero existe aún una segunda vía, no menos importante, en la transmisión y formación de la cultura jurídica europea. Cuando Walter Hallstein decía que Europa había de convertirse en una “Comunidad de Derecho”, sin duda no se refería al *ius commune* jurídico-privado, ni tampoco al Derecho de las iglesias cristianas, sino que ante todo y muy especialmente atendía al anclaje de las diferentes economías nacionales en un nuevo marco jurídico compartido. Partiendo de ahí pudo pensar ya en la fuerza vinculante del “Derecho” sin más, por tanto en algo duradero a lo que se someten las partes, en instituciones que no son movidas por los vientos variables de la política, sino que permanecen fiables como instituciones jurídicas. En fin, pudo haber pensado Hallstein, el sobrio visionario de los juristas, incluso en una futura Constitución de Europa.

En este sentido evoco aquí el *ius commune* europeo en el ámbito del Derecho público. Hasta ahora no ha sido llamado así, pero merece tal denominación. Sus elementos son los siguientes:

Desde el siglo XVI hasta el XVIII se desarrolló en toda Europa el moderno Derecho natural y de gentes (*ius naturale*, *ius gentium europaeum*). Se sirvió de sus fuentes antiguas y medievales y orientó la formación del Estado moderno; fue concebido como la teoría del Derecho racional, adecuada a cualquier comunidad política, y desarrolló paso a paso un “*ius publicum universale*”. Ofreció también las condiciones para construir las relaciones de poder en el interior del Estado (ante todo mediante la fantasía del ficticio contrato de dominio y sujeción), para definir derechos y deberes tanto de los individuos como del gobernante. Pero asimismo brindó la posibilidad de concebir el Estado moderno, en cuanto construcción jurídica con fronteras propias y su propia soberanía, como un gran individuo que entra en relaciones jurídicas con otros Estados. El ordenamiento jurídico en su seno y el ordenamiento jurídico-internacional en las relaciones exteriores podían resultar descritos así en una terminología que era igual para todos, también para cristianos y paganos.

Un segundo elemento radica en la tradición de la Política de Aristóteles. Esta obra fundamental del pensamiento político de Europa, como es sabido, se redescubre en la Edad Media, se traduce al latín y se convierte en elemento estable de la formación universitaria básica, también para los juristas. Los países protestantes lo intensifican en el neoaristotelismo de los siglos XVI y XVII. Con la lectura y los centenares de comentarios de la *Política* de Aristóteles se aprendía en toda Europa la diferencia entre las buenas y las malas formas de Estado, se oía hablar de las ventajas de la Constitución “mixta”, se definían el buen gobierno y “el bien común” como fin del Estado, se explicaban los males del Estado y su tratamiento.

Si se toma, junto con la Política de Aristóteles, el conjunto de la literatura antigua acerca del Estado, en especial Cicerón y Tácito, y se añaden los fragmentos del Derecho romano referidos al poder público, entonces quedan a la vista las preguntas que dominaban el pensamiento jurídico-político de Europa: ¿cómo surge el Estado y como cabe legitimarlo?, ¿cuál es la mejor Constitución?, ¿qué es la soberanía y quién es portador del poder estatal?, ¿a qué vinculaciones está sometido?, ¿quién tiene el derecho de legislar?, ¿quién puede exigir impuestos y con qué finalidad? Este debate era de alcance europeo y trascendía las confesiones religiosas. Y proporcionó algo que había de mostrarse fundamental para la conciencia común europea: un acuerdo sobre los principios elementales de la ciencia política, sobre los fundamentos jurídicos del poder legítimo y sobre su limitación por normas supraordenadas, incluido el (muy discutido) derecho de resistencia frente al gobernante ilegítimo. Sin esa vinculación jurídica de la autoridad, en cierto modo convertida en un valor sobreentendido, el movimiento constitucional de los siglos XVIII y XIX hubiera sido sencillamente impensable. Sin la doctrina de la “respublica mixta” y sin la repetición del principio “*rex regnat, sed non gubernat*” desde el siglo XVI no hubiera sido aceptada la separación entre gobierno y administración, y con ella la moderna doctrina de la separación de poderes. Sin las centenarias prácticas de administración autónoma en forma cooperativa y sin la idea central del contrato social no hubiera habido democracia moderna. “*Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debetur*” es un principio medieval. Que el pueblo es la fuente suprema de legitimación fue un principio formulado por Marsilio de

Padua en el siglo XIV. Aunque a estos antecedentes no quepa atribuirles el sentido del moderno principio democrático y de la soberanía popular, lo cierto es que ahí tienen su origen corrientes de pensamiento que más tarde, en contextos completamente diferentes, llegarán a ser dominantes y a hacer Historia.

Una ulterior idea central, que irradia en muchas facetas, es la responsabilidad que asume la autoridad en Europa de lograr un orden social justo. Una y otra vez se inculcó a los gobernantes, mediante espejos de principios, libros de virtudes, tratados teológico-morales o comentarios a la política de Aristóteles, que su tarea era la procura del bien común, el “buen orden” o la “buena policía”; un orden, por tanto, que no sólo garantiza seguridad y derechos formales, sino que también busca un equilibrio entre pobreza y riqueza (pauper et potens), desfavorecidos y privilegiados, humildes y poderosos⁵. Con independencia de que esto se fundara como imperativo de caridad, principio de ética práctica o cálculo para la conservación del poder, la beneficencia y la protección de los necesitados se contaban entre las tareas básicas de los gobernantes o de las autoridades correspondientes. Se cumplían con una mezcla de opresión y de procura de las condiciones mínimas de subsistencia; porque sin reparos se adoptaban medidas represivas, por ejemplo la expulsión de mendigos o delincuentes extranjeros, la proliferación de cárceles o la instauración de trabajos forzados, pero también se conocía una gran variedad de medidas de ayuda implementadas por las autoridades civiles y eclesiásticas. Que en Europa se desarrollara un “Estado social”, con sus paradojas de exclusión y protección, mientras que en otras regiones del mundo sea casi desconocido en tal forma de redistribución de recursos por parte del poder, prueba una vez más que estamos en presencia de un canon de deberes milenario, de origen premoderno, dinamizado de nuevo en el contexto de la revolución industrial y de la “cuestión social”, y que conduce a la formación de muy diversas formas de procesamiento de las crisis vitales típicas y de las incidencias imprevisibles⁶.

Si dirigimos la mirada ahora a los elementos concretos del ius commune europeo en el ámbito del Derecho público, nos encontramos con tantos y tan fundamentales que, en el estrecho marco aquí trazado, nos habremos de conformar con unas mínimas referencias:

En primer lugar, la idea de Constitución, entendida en sentido amplio como una decisión básica sobre el “status” político dotada de forma jurídica, sea en varios documentos fundamentales o mediante un único instrumento⁷. En la modalidad que hoy resulta usual, las Constituciones aparecieron a finales del siglo XVIII y en el XIX en Europa y América y se han extendido por todo el mundo. Resulta significativo que este movimiento constitucional se desarrolle en paralelo con el codificador, haciendo de este modo perceptible la progresiva separación de

⁵ D. Simon, “Gute Policey”. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt 2004.

⁶ H. Maier, *Historische Voraussetzungen des Sozialstaats in Deutschland*, Heidelberg 2002; Stolleis, *Geschichte des Sozialrechts in Deutschland*, Stuttgart 2003, págs. 13 ss.

⁷ H. Mohnhaupt – D. Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, 2.^a ed., Berlín 2002.

Estado y Sociedad: para las relaciones interpersonales, el Derecho civil; para las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el Derecho penal y la Constitución.

La idea central de las Constituciones era la limitación del poder del gobernante, pero enseguida se extendieron también a la legitimación de todo el ordenamiento público. Tales leyes fundamentales existían en todos los países europeos, regulaban la sucesión en la corona o la elección del rey, determinaban la relación entre los estamentos, desde el siglo XV solían establecer también la indivisibilidad del territorio y eliminaban las reglas privadas del Derecho sucesorio dinástico. En este sentido se ha hablado de una “estatalización de la comunidad dinástica” (R. Vierhaus). Que la Constitución alemana fuera denominada en 1949 “Ley Fundamental” hacía referencia, de un lado, a su pretendido carácter provisional, pero también proseguía la larga tradición mencionada.

Es patrimonio ideal común a los europeos también la convicción de que, frente a un Estado moderno cada vez más fuerte, deben existir ciertos ámbitos intangibles, esto es, derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son la respuesta a la intolerancia religiosa, a las detenciones y condenas arbitrarias, a los destierros, a las violaciones de la paz doméstica, a las expropiaciones ilegales, a las prohibiciones de salir del territorio, a las interdicciones matrimoniales, a la censura política ... La sociedad civil que se va formando lentamente encuentra y halla en tales normas protectoras su espacio de desenvolvimiento frente al absolutismo, descubre en ellas su identidad espiritual mucho antes de tener la posibilidad de fijar tales normas en una Constitución moderna. Pero los derechos fundamentales para los individuos no son suficientes: también las minorías necesitan protección, porque las votaciones les impiden por principio alcanzar la “mayoría”. Por eso han de ser establecidas garantías procesales con cuya ayuda las minorías puedan resistirse a la “dictadura de la mayoría”. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, el derecho de voto en las cuestiones existenciales, las mayorías de dos tercios para las reformas fundamentales, la división de los colegios decisores (*itio in partes*) y algunas otras.

Hoy es la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales nacionales, del Tribunal de Estrasburgo en materia de protección de los derechos humanos y del Tribunal de Justicia europeo en Luxemburgo quien en amplia medida modela tanto el estándar común europeo de derechos fundamentales que corresponde a los individuos y a los grupos como los principios del Estado constitucional europeo – lo hacen, ciertamente, de modo paulatino y referido a casos concretos, pero lo hacen.

La relación de coincidencias fundamentales en Europa que se agrupan en forma de *ius commune publicum*⁸ debería ser prolongada mediante las referencias al federalismo, la idea de la división horizontal del poder en los grandes Estados territoriales, y proseguir con la división vertical del poder en

⁸ Véanse al respecto los dos primeros tomos del Tratado de Derecho comparado *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, ed. por A. v. Bogdandy, P. Cruz Villalón, P.M. Huber, Heidelberg 2007 y 2008.

legislativo, ejecutivo y judicial, que ha llegado a ser patrimonio común europeo – quizá a través de una errónea interpretación de Montesquieu sobre de Inglaterra, pero quizá también a través de equivocadas interpretaciones de los exégetas de Montesquieu. En estrecha relación con esto se encuentra la diferencia entre ley parlamentaria y reglamento administrativo – igualmente un producto de la división de poderes y de los controles recíprocos. Finalmente sería inexcusable mencionar también la tradición, tan decisiva para Europa, de la tutela jurídica mediante resoluciones judiciales; los grandes tribunales existentes en toda Europa desde la Edad Media y la judicatura profesional son quizá el ejemplo más expresivo de coincidencias institucionales⁹. El Parlamento de París, el Gran Consejo de Mechelen, el Tribunal de la Corona inglés, el sueco Högsta Domstolen, los Tribunales de la Corona en España, el Tribunal de Cámara del Reich en Speyer y Wetzlar, el Consejo del Palacio Imperial en Viena y muchos otros constituían la cúspide de una protección judicial infinitamente diversificada, pero dominada por una sencilla idea fundamental. Tal idea fundamental dice: todo poder político está sometido al Derecho, debe actual “conforme a Derecho”, debe garantizar la protección y establecer la paz jurídica mediante decisiones vinculantes. De este modo, las rupturas de la paz territorial, las hostilidades y la autoprotección al margen de la ley fueron desterradas lenta y progresivamente. El “proceso de la civilización” (Norbert Elias) también ha impregnado la historia europea de la jurisdicción. El sistema se hizo cada vez más denso, formalizado y seguro. Con el tiempo se ha impuesto una triple instancia, las reglas procesales son sustancialmente similares, y también lo es la ejecución de sentencias. Sin duda, ese estándar de tutela judicial históricamente conformado proporciona una parte esencial de la homogeneización que constituye Europa como unidad ideal.

Resumido en forma de tesis, todo esto significa lo siguiente:

1. Las actuales sociedades europeas están caracterizadas por una experiencia secular en el procesamiento de una teoría del Estado pragmática y flexible, de origen aristotélico, y de un Derecho civil y eclesiástico arraigado en el Derecho romano. Las sociedades se conciben como “jurídicamente constituidas”. El poder debe legitimarse siempre tanto democrática como “jurídicamente”.
2. Sobre ello descansa la idea europea del Estado de Derecho, “probablemente”, como ha dicho Talcott Parsons, “el descubrimiento decisivo de la modernidad”. Las fórmulas del rule of law, del état de droit, del Rechtsstaat, del stato di diritto, etc., difieren ciertamente en sus matices, pero comparten el mismo núcleo de la vinculación a la ley democráticamente legitimada¹⁰. Y en este sentido concibieron Walter Hallstein y Jacques Delors Europa como “Comunidad de Derecho”. Europa no debía ser una banda de ladrones, ni un consorcio económico de egoístas; la idea directriz era la esperanza de una vinculación a reglas jurídicas y valores jurídicos materiales comunes y muy antiguos, a un “ordre public européen”. Sin tal convicción, el actual Tratado constitucional no hubiera resultado siquiera imaginable.

⁹ M. Stolleis, “The Profile of the Judge in the European Tradition”, en *TRAMES. Journal of the Humanities and Social Sciences*, vol. 12 Nr. 2, Tartu (Estonia) 2008, págs. 204 – 214.

¹⁰ A diferencias de principio entre las concepciones europeo-continental y americana del Estado de Derecho se refiere G. Haller, *Die Grenzen der Solidarität. Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion*, Berlín 2002, esp. págs. 52 ss. de la ed. de 2004.

Cuando enuncio estas partículas elementales de la Historia del Derecho ante la mirada de Claudio Magris, un escritor verdaderamente europeo, me vienen al recuerdo sus libros y el espacio literario de Trieste. Trieste, esa “partera de una literatura extraordinaria”, como ha dicho Magris, es seguramente uno de los puntos neurálgicos de Europa. Quien escribe allí donde convergen los Balcanes y los países cruzados por el Danubio, en el rincón del Mediterráneo donde se mezclan las áreas culturales eslavas, germánicas y mediterráneas, donde James Joyce y Ettore Schmitz (Italo Svevo) vivieron y produjeron obras de alcance universal, es realmente un europeo. Puede seguir el Danubio desde sus fuentes hasta su desembocadura en el Mar Negro¹¹, pero también puede descender el Rin desde Engadin, pasando por Austria, Alemania y Suiza, dejando a un lado Francia, hasta llegar a Holanda y la costa del Mar del Norte. En todas partes hallará “Microcosmi”¹², pero también semejanzas de alcance europeo que ligan tales “Microcosmi”. Entre tales similitudes, “rasgos de familia” en el sentido de Ludwig Wittgenstein, que nos vinculan de modo más profundo de lo que a veces somos conscientes en nuestra vida cotidiana, se encuentra también el Derecho.

¹¹ C. Magris, *Danubio*, Milán 1986 (en alemán: *Donau. Biographie eines Flusses*, Munich/Viena 1988; en castellano: *El Danubio*, Barcelona: Anagrama, 2004).

¹² C. Magris, *Microcosmi*, Milán 1997 (en alemán: *Die Welt en gros und en détail*, Munich/Viena 1999; en castellano: *Microcosmos*, Barcelona: Anagrama, 2006).