PANORÁMICA SOBRE OTROS SISTEMAS CONSTITUCIONALES
NOTAS SOBRE LA CIENCIA DEL DERECHO EUROPEO
(CONTEXTO, DEBATES Y PERSPECTIVAS
DE DESARROLLO DE LA TEORÍA GENERAL
DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA DESDE
EL PUNTO DE VISTA ALEMÁN)*

ARMIN VON BOGDANDY
Catedrático de Derecho Comunitario
Frankfurt am Main

I. CONTEXTO DE LOS DEBATES

1. LAS RAZONES DE SU COMPLEJIDAD

Este trabajo, por deseo de los organizadores, debe dar cuenta del «estado de cosas y perspectivas de desarrollo de los conceptos jurídicos en el proceso europeo de integración». Tal deseo es imposible de satisfacer; las razones conforman una buena introducción al tema.

Sin duda, el volumen de producción científica impide cualquier visión general o síntesis. A comienzos de los noventa, las nuevas publicaciones de temática europea ocupaban cada mes dos metros de biblioteca en el Instituto de Derecho Internacional y Derecho Comparado de la Universidad Libre de

* Esta edición es una versión ampliada de la conferencia dictada por el autor en la reunión organizada por el Arbeitskreis Europäische Integration, reunión que llevaba como tema «Estado y desarrollo de los conceptos teóricos relativos al proceso de integración europea».
   Traducción de Miguel AZPITARTE SÁNCHEZ (Becario de investigación de la Universidad de Granada). Revisada por Armin von Bogdandy.

UNED. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 5, 1.er semestre 2000, pp. 203-237
Berlín¹. El número de publicaciones, en atención a la ampliación de la Unión Europea y a la profundidad de la integración, debería crecer masivamente en ámbitos esenciales como política interior, política jurídica o política exterior. A todo esto hemos de añadir las publicaciones periódicas. La biblioteca del Instituto Max-Planck de Heidelberg para Derecho público extranjero y Derecho internacional cuenta con más de cuarenta revistas, que de acuerdo con sus títulos se incardinarían en la temática europea. Además, prácticamente toda revista jurídica contiene ocasionalmente trabajos de Derecho comunitario, lo que muestra los profundos efectos de la integración jurídica; a menudo, este tipo de contribuciones dominan ediciones especiales. E incluso, llegados a este punto, el comunitarista cuidadoso no debe permanecer tranquilo: también los economistas y los politólogos se ocupan del Derecho comunitario, incorporando importantes resultados².

Sin embargo, las dificultades para realizar una síntesis no resultan exclusivamente de la cantidad de producción científica, sino también de su forma. Sólo algunos trabajos ordenan un planteamiento teórico en el sentido de un método específico y extensivo o un boceto conceptual del objeto de investigación, de modo que la teoría pueda realizar su singular tarea de reducción de la complejidad³. La causa no es únicamente que, como señaló U. Everling en un coloquio, los ejercientes de la práctica jurídica hayan dado forma de disciplina autónoma al Derecho comunitario. La razón es más profunda y general: se trata de la función primaria de la ciencia jurídica como ciencia práctica, que consiste en el cuidado de una importante «infraestructura» social⁴, principalmente en la producción y garantía de la transparencia y coherencia del Derecho⁵. En cuanto que la conciencia teórica genera enfrentamientos, la abstención teórica debería ser de gran ayuda en una inicial tarea práctica: en la solución de problemas prácticos es más fácil lograr el consenso que en la proposición de proyectos teóricos⁶. De modo

¹. Después no me ha sido posible trabajar con una biblioteca que adquiriera bibliografía en tales dimensiones.


⁴. Por ello algunos autores reconocen a la ciencia jurídica como parte del sistema jurídico y no como parte del sistema científico, N. LUMBANN: Das Recht der Gesellschaft, 1993, pp. 274 y ss.


similar se conforma la formación del jurista académico7. Si se observan de cerca los mecanismos mediante los cuales se satisfacen las tareas de la ciencia jurídica, salta a la vista un fenómeno significativo: la unidad del método (de modo más moderado: la universal aceptación de un modelo de argumentación) en la ciencia jurídica, que, en oposición a otras ciencias, permite una discusión inmediata y provoca resultados científicos con aplicación práctica directa. Sin embargo, faltan criterios ordenadores, que en otras ciencias posibilitan la clasificación de la producción.

En los trabajos de Derecho comunitario fracasa mayoritariamente el esquema clasificador «Derecha-Izquierda», que en no pocas ocasiones se utiliza a nivel nacional para categorizar los trabajos. En casi todas las posiciones de principio del Derecho comunitario aparecen representantes de los dos grandes espacios políticos. La antigua oposición ha perdido su función ordenadora respecto a las preguntas capitales de futuro8. Una cierta función sustitutiva ha cumplido la hasta ahora resonante división entre europeístas y euroescépticos. Sin embargo, para una sistematización jurídico-científica tiene una importancia menor, por cuanto que sus fundamentos son demasiado inseguros. Hoy –después de una amplia realización del mercado interior y la unión monetaria– es incierto y en alto grado discutido cuál debe ser el objeto de una ulterior integración: la simplista solución «más competencias centrales», «más Derecho comunitario», «más entrelazamientos sociales» como denominador común de casi todas las concepciones ya no moviliza. Las posiciones iniciales, que en atención a la embrionaria situación de la Comunidad defendieron como principio jurídico autónomo la integración9, se ven sometidas a solidas críticas y cada vez reciben menos apoyos10.

Para abarcar la exposición del tema –estado de cosas y perspectivas de desarrollo de los conceptos jurídicos en el proceso europeo de integración–, es necesario trabajar sobre la inmensa cantidad bibliográfica, o se puede uno limitar a la producción –esencialmente poca– que reclama una concepción específica, cuyo proyecto se elabora en torno a la teoría general? Respecto a las relaciones entre la producción jurídica del día a día y las contribuciones específicas al debate de fondo se pueden formular dos hipótesis enfrentadas. Una dispone que los trabajos orientados a la práctica, parten de proposiciones de principio, que en última instancia desarrollan las «grandes» concepciones y que, por ello, no son interesantes

7. Propuesta que encuentra poca comprensión por parte de M. Shapiro: «it represents a stage of constitutional scholarship out of which American constitutional law must have passed about seventy years ago [...]. Such an approach has proved fundamentally arid in the study of individual constitutions», «Comparative Law and Comparative Politics», Southern California Law Review, 53 (1980), pp. 537, 538.

8. No se ha de excluir que se desfiguren las tradicionales líneas de conflicto en las discusiones sobre política jurídica, política interior, política exterior y política fiscal.


en este contexto. Más enriquecedora me parece la hipótesis opuesta: algunos de estos trabajos, en atención a su conexión con la realidad, pueden desprender nuevas concepciones del proceso integrador, cuyo desarrollo todavía está pendiente.

2. MECANISMOS DE SELECCIÓN

En atención al volumen y complejidad de la producción científica se hacen necesarios mecanismos de selección. Un primer mecanismo habitual consiste en limitarse a la específica producción jurídica. Las reflexiones de otras disciplinas serán asumidas sólo por algunos sectores de la ciencia jurídica. La mayoría de los autores alemanes, en la tradición de la ciencia jurídica como disciplina autónoma, trabajan exclusivamente sobre bibliografía jurídica.

Ciertamente, un proceso interdisciplinar engendra peligros cuando no se atiende cuidadosamente a los distintos contextos de desarrollo y aplicación. La construcción jurídico científica impone en primer lugar una penetración en el Derecho válido con la finalidad de despejar en una perspectiva proponente los principios fundamentales y las estructuras ordenadoras. Otro es, contra, el interés de la sociología: pretende la identificación de las fuerzas sociales determinantes en la integración con la intención de alcanzar pronósticos sobre el futuro desarrollo causal en virtud de enunciados generales. También falta una teoría que medie entre los resultados de la ciencia jurídica y de la sociología. Por otro lado, la Teoría del Derecho, ha descubierto numerosos puntos de partida de leges artis, que permiten una utilización metodológicamente controlada de los resultados de otras ciencias. Un número de significativos


14. Así el análisis polítológico sobre interdependencias apenas es aplicable en cuanto que no atiende a los aspectos de formación de la voluntad que incorporan los distintos procesos, F. Scharff: Regieren in Europa, Effektiv und demokratisch?, 1999, pp. 27 y ss.


trabajos muestra lo fructífero del encuentro entre los conocimientos de la sociología y de la ciencia jurídica.

Otro mecanismo de selección, aún más extendido en la práctica europea, supone concentrarse en las publicaciones escritas en la lengua propia del sistema jurídico del autor. Ello se corresponde con la ordenación institucional de la ciencia jurídica y con el modelo de carrera académica dominante. No conozco –con excepción de las condiciones materiales y de admisión que constituyen la responsabilidad nacional por incumplimiento del Derecho comunitario– ninguna posición francófona, española o italiana que haya recibido un amplio eco en el ámbito de lengua alemana.

Con el tiempo parece que las relaciones entre los comunitaristas de distintos países han disminuido en vez de aumentar. Llamativo es el fracaso de la Fédération Internationale de Droit Européen. En sí, la cuota de participación en sus jornadas asegura la exclusividad; la mayoría de los participantes han dicho pocas cosas buenas de su organización y de su cultura de discusión. A mí no me fue posible encontrar recopiladas las distintas ponencias; evidentemente todavía no se han editado. Una recepción –comparable con los trabajos de la Asociación alemana de profesores de Derecho del Estado– no encuentra lugar. Sólo están a disposición las ponencias alemanas. Esta asociación no ha sido capaz de transformar la malla formada de modo personal por los primeros comunitaristas en una significativa estructura organizativa que conduzca a la integración de la actual Ciencia del Derecho comunitario. Igualmente, el contacto entre las redacciones de las distintas revistas de Derecho comunitario, fundada por Claus-Dieter Ehlermann durante su trabajo en el servicio jurídico de la Comisión, no ha sido continuado por su sucesor.

Entre los debates, esencialmente nacionales, existen algunas conexiones. Las más importantes son contribuciones de prominentes personajes, cuya llamativa función como protagonistas del sistema jurídico y autores científicos refleja la naturaleza propia de las publicaciones jurídicas. En primer lugar se hallan los autores cuya preeminencia reside en su pertenencia al Tribunal de Justicia, sin duda Ulrich Everling o Manfred Zuleeg, Walter van Gerven, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Robert Lecourt, Koenraad Lenaerts, Giuseppe Federico Mancini, Pierre Pescatore o Pieter VerLoren van Themaat, Deirdre Curtin, Claus-Dieter Ehlermann, Paul Kirchhof, Paul Kirchhof.

20. Una excepción significativa se encuentra en numerosas contribuciones de los Países Bajos.
22. Para la importancia de las posiciones inglesas atiéndase al posterior epígrafe III.
24. Respecto a la Common Market Law Review y al Europäisches Hochschulinstitut ver el epígrafe III.
Henry G. Schermers y Joseph H. Weiler serían los pocos que sin haber sido jueces del Tribunal de Justicia pertenecen a este prominente círculo. Sin embargo, estos autores, en pocas ocasiones se plantean en sus contribuciones sintetizar el estado del debate.

En vista de esta situación, la siguiente exposición únicamente puede ofrecer mi ordenación subjetiva, que por razones de espacio ha de dejar a un lado algunos planteamientos valiosos. De los múltiples debates sólo se referirán aquellos imputables a la teoría general del Derecho comunitario.

II. POSICIONES Y DEBATES

1. ESTADO Y CONSTITUCIÓN

La Unión no es un Estado, así lo entiende la doctrina dominante en la academia. Sin embargo, el Estado representa de una manera más o menos abierta un punto de referencia central en todas las ulteriores reflexiones. ¿Cómo podría ser de otro modo? Hasta ahora el Estado había sido la única forma de dominio político y jurídico. Todo el conjunto de instituciones y conceptos propios del dominio político encontraban en el Estado su punto de partida.

Incluso sería fácil proyectar al Estado como metadiscuro de los debates singulares. Muchos debates podrían presentarse a lo largo de un antagonismo claro y simple, posiciones de «Derecho del Estado» versus posiciones de «Derecho comunitario», que se funda en la decisión sobre una sola pregunta: ¿tiene la dominación política su espacio adecuado en una comunidad compuesta como Estado-nación o son imaginables formas de organización no estatales y realizables en la Unión? Dicho de otro modo: ¿se ha de preservar la unidad jurídica y política realizada en el Estado tanto como sea posible, u ofrece la Unión Europea una nueva alternativa histórica que se ha de aprovechar y que permite elaborar una novedosa forma de dominio político y jurídico con su propia lógica? Numerosas posiciones, con-

25. En ámbitos concretos hay más autores que aparecen como referentes a nivel europeo, por ejemplo Jean-Victor Louis para la unión monetaria.
27. No se expondrán debates importantes como los referidos a la eficacia directa de las Directivas, al ámbito de aplicación, dogmática y eficacia entre particulares de las libertades comunitarias, la extensión de las diversas cláusulas de igualdad o las complejidades de la distribución competencial.
cervientes a la forma de la Unión (como unión de Estados-nación o como comunidad singular), a la medida de su dependencia de la legitimidad nacional-estatal, a su organización, a la (falta de) autonomía de su Derecho o al (ausente) carácter constitucional de su Derecho primario, pueden ordenarse desde el trasfondo de este dualismo. Sin embargo, el presente artículo no se adentrará en este camino, pues la complejidad que tal debate ha ganado en los diez últimos años no permite hacerlo en su justa medida.

Sin embargo, casi ningún camino marcha al margen de los institutos jurídicos acuñados por el Derecho del Estado. El llamamiento programático de Josephine Shaw y Antje Wiener para dejar a un lado del Derecho comunitario\(^{31}\) el «touch of stateness»\(^{32}\), me parece poco fértil pues habría de asumir las implicaciones que supone realizar una tábula rasa conceptual. El pensamiento jurídico es en su esencia comparativo y necesita de elementos de la tradición dogmática, que toman cuerpo en instituciones útiles para la vida. El impulso no estatalista debe consistir mucho más en disolver la impregnación estatal de los institutos jurídicos que versan sobre la constitución, la dirección y el control del poder, para avanzar en el contenido de modernidad europea en ellos acuñados con la vista puesta en la Unión y en la forma de dominio político y jurídico que incorpora. La opinión de que la Unión no es un Estado y nunca lo será es un mero pretexto de reconstrucción que, sin embargo, apenas pretende contenidos y direcciones. La concreción de la forma «sui-generis» de la Unión dependerá todavía durante un largo trecho del desarrollo de los conceptos de Derecho público ya establecidos. A menudo, la fórmula «sui-generis» es sólo una careta que enmascara impotencia clasificatoria, y no un motivo para reflexionar genéricamente sobre cómo un instituto jurídico marcado por el Derecho del Estado puede ser trasladado con pleno sentido al Derecho de la Unión.

**Erosión del Estado**

Esta nueva determinación de los institutos claves del Derecho público, su separación del anclaje estatal, no puede mantenerse sin repercutir en la comprensión jurídica de los Estados Miembros. En el curso de la definición de la Unión, se hace conveniente un nuevo consideración de los Estados Miembros; a fin de cuentas, para la mayoría de las teorías, son un elemento integrante de la definición de la Unión, los Estados Miembros son un elemento central de la Unión. ¿Cómo se comprenden los cambios en el Estado-nación inducidos por el Derecho comunitario?

Los teóricos del Derecho del Estado se han ocupado intensamente de este tema desde el comienzo de los noventa\(^{33}\). En verdad, amplios círculos del Derecho

---

32. **Nota del traductor:** en el trabajo original el autor incorpora citas y expresiones en inglés, francés y latín. Así se conservan en la traducción.
público alemán se han aplicado al estudio de la integración en virtud de este motivo. Las razones de fondo fueron la controvertida posición de Alemania en Europa a partir de la unión de los dos Estados alemanes, el logro de la plena soberanía, la desaparición de la amenaza del Este y, como motivo concreto, la profunda integración prevista mediante la unión monetaria. El debate científico jurídico sobre la licitud de la ratificación del Tratado de Maastricht fue parte de las primeras controversias públicas sobre la integración europea.

Los obstáculos constitucionales a la ratificación causaron una enérgica discusión: se constató una desestatalización de la República Federal por medio del Tratado de Maastricht, de dudosa constitucionalidad e incluso plenamente inconstitucional. Para algunos, el Tratado de Maastricht y la reforma del artículo 23 GG que lo posibilitó, tuvieron tal importancia que se deberían haber acometido no por los «pouvoirs constitués» sino por el «pouvoir constituant». Peter M. Huber sintetizó un convencimiento por entonces muy extendido, que el Tratado de Maastricht se había quedado por poco ante el umbral de lo que la Ley Fundamental considera como núcleo de la estatalidad, de manera que «el margen de actuación prácticamente se había consumido». Sólo el pueblo –como pouvoir constituant– podría facilitar una mayor integración.

La cuestión sobre la Constitución

La figura del pouvoir constituant conduce a la más fructífera disputa en esta discusión: la cuestión sobre la Constitución. Durante muchos años el Tribunal de Justicia, con la aquiescencia de los Tribunales superiores y la doctrina alemana, elaboró el carácter constitucional de los Tratados, los «constitucionalizó». La constitucionalización no se refiere tanto a la aprobatoria función de los Tratados como estatuto organizativo de las Comunidades, sino –en virtud de la primacía y

34. Desde el punto de vista de las llamadas teorías realistas de las relaciones internacionales, era de esperar una disolución o al menos una parcial desintegración de la Comunidad, W. WESSELS: «Governance in the European Union before and after Maastricht», trabajo para la ECSA Sixth Biennial International Conference, p. 9.


del efecto directo— a la Constitución de la sociedad europea, que vincula a los Estados Miembros y a los ciudadanos. Eric Stein, un autor americano, llamó la atención sobre el poder constituyente detentado por los jueces: «Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type Europe».

El entendimiento de los Tratados como la Constitución de Europa es la imagen y la construcción explicativa más vigorosa del Derecho comunitario. Métodos interpretativos y tendencias interpretativas, la autonomía del Derecho de la Unión, la vinculación al procedimiento de reforma y los límites a la reforma del Tratado, el dominio de los Estados Miembros sobre los Tratados, la disolución de la Unión o la licitud de la secesión singular: la respuestas de los «europeístas» a todas estas preguntas se fundan en el potencial argumentativo que ofrece la naturaleza constitucional de los Tratados. Joseph Weiler va más allá: «Constitucionalism is the DOS or Windows of the European Community».

Por tanto no puede sorprender que la ciencia jurídica alemana, en el contexto del debate sobre Maastricht, discutiera esta calificación de modo especialmente controvertido. Tal enfrentamiento se incardina en una notable tradición. Desde siempre, la ciencia jurídica ha edificado disputas políticas sobre cuestiones aparentemente técnico-conceptuales, cuya propia racionalidad era discutida y reformulada. Recuérdese la primera mitad del siglo XIX: la lucha sobre la división de poder entre la Corona y una cámara elegida (burguesía) fue presentada como un debate sobre el concepto jurídico de soberanía y su titular. En la segunda mitad de ese siglo, el debate jurídico sobre el concepto de ley retrató el conflicto constitucional prusiano entre el Monarca y el Parlamento.

44. En detalle Stolleis (nota 43), pp. 370 y ss.
La diferencia entre el debate actual sobre la Constitución europea y el pasado sobre la soberanía y la ley reside en las dificultades para describir hoy las líneas políticas en conflicto y los intereses en colisión. La versión que presenta la integración como una estrategia del capital europeo no ha impregnado a la academia, aunque las preocupaciones reales sobre la redistribución a nivel europeo subsisten. Las ambiciones de poder institucional deberían representar su papel: el conflicto de los Tribunales superiores, inserto en la cuestión sobre la Constitución, ha de leerse como una lucha de poder enmascarada. Asimismo se ha de sospechar un malestar difuso que resulta de la inmersión de las Constituciones de los Estado-nación en un mundo europeo desconocido, complejo, tecnocrático y frío. Sin duda hay mucho en juego: la construcción de una Constitución europea socava la previa unidad política y jurídica que la Constitución del Estado-nación había producido y que el sistema conceptual en torno al Estado expresaba. La visión opuesta establece que la historia de éxitos de la posguerra sólo se puede continuar cuando la Unión, como sistema político autónomo, se levante a la luz de los principios de la modernidad europea; esto exige la concepción de nuevas y complejas formas de asociación.

¿Dónde reside la función y el valor de la reformulación jurídico conceptual de este debate genuinamente político? Dos aspectos resultan importantes. Por un lado la ciencia jurídica introduce en el debate el valor y el peso de las instituciones existentes, así como la experiencia de su funcionamiento; esto es especialmente válido si el discurso de la ciencia jurídica y de los juristas se comprende como un precipitado del discurso político-moral práctico. En él emergen muchos aspectos que en la discusión política general no son expuestos de manera adecuada. Por otro lado, las exigencias de consistencia impuestas a la ciencia jurídica destapan las contradicciones, como cuando se sostiene a la par el Estado federal europeo y el tradicional Estado-nación.

La discusión sobre el carácter constitucional permite desarrollar en el Derecho comunitario primario numerosos elementos nucleares y tradicionales del Derecho público. En esta línea ciertas posiciones llaman la atención, en primer lugar, sobre la equivalencia funcional entre disposiciones de las Constituciones estatales y complejos normativos del Derecho comunitario primario. Las posiciones en contra

47. «Most profound» expuesto por Weiler (nota 42), pp. 108 y ss.
49. Schmidt-Arbmann (nota 11), pp. 4 y ss.
50. Al respecto nota 19.
descansan en diferentes concepciones constitucionales\textsuperscript{52}. Así, algunos ven una necesaria correspondencia entre la Constitución y el Estado. Otros identifican determinadas normas (por ejemplo: competencia-competencia\textsuperscript{53}54) o situaciones de hecho (sobre todo: un espacio público y político unitario o incluso un pueblo europeo) como condiciones para adquirir el carácter constitucional, las cuales no son satisfechas a nivel europeo\textsuperscript{55}.

La tradición constitucional europea permite hacer una parada decisiva en el último punto y preguntarse sobre la razón de ser última del Derecho comunitario primario como Constitución, es decir, preguntarse sobre el poder constituyente. Joseph Kaiser ya vio este problema en 1964 y constató un poder constitucional atlántico, cuyo contorno aún permanece impreciso\textsuperscript{56}. Lo cual no es sorprendente, pues la ciencia del Derecho Constitucional ofrece sobre este concepto límite\textsuperscript{57} poca certeza. Está claro que no reside en el Tribunal de Justicia o en los Jefes de Estado, que controlan la ratificación de los Tratados, como es habitual en el Derecho internacional. Sin discusión se niega que el poder constituyente lo detente el Parlamento europeo\textsuperscript{58}. La opinión mayoritaria ubica el poder constituyente en los Estados miembros\textsuperscript{59}. Realmente ciertos procedimientos permiten otra versión: en el caso de la reforma de los Tratados y con ella la reforma de la Constitución, los ciudadanos manifiestan su aprobación a través de los procedimientos previstos en las distintas Constituciones de los Estados Miembros, de modo parecido a como ocurrió con la entrada en vigor de la Ley Fundamental en 1949. La dimensión


53. \textit{Nota del traductor}: el original utiliza el término alemán «Kompetenz-Kompetenz». Este término enlaza con la teoría general del Estado de corte germánico, que durante la segunda mitad del siglo XIX elaboró el concepto jurídico de Estado a partir de la capacidad de éste para autoobligarse jurídicamente, para poner límites a su poder, en fin, para configurar sus competencias: el Estado tenía la competencia para determinar sus competencias, de ahí el término «Kompetenz-Kompetenz».


práctica de esta discusión no se ha de infravalorar: bajo su luz se pone de manifiesto la inadecuación del procedimiento recogido en el artículo 48 TUE, previsto como mera conferencia intergubernamental, y la necesidad de prestar más atención a su dimensión de poder constituyente mediante una mayor incardinación del ciudadano europeo\(^60\).

Aunque el debate continúa, se puede realizar un balance provisional. El análisis del Derecho primario desde el parámetro de la doctrina constitucional elaborada para el Estado ha significado –lo que es un primer resultado positivo– los estímulos, las especialidades y los déficit del Derecho primario. También ha ocurrido un proceso de aprendizaje recíproco, de modo que los frentes ya no son tan duros como al principio del debate. Se ha señalado cómo las voces que tras la sentencia del TCFA sobre el Tratado de Maastricht excluyeron por prácticamente imposible cualquier desarrollo ulterior de la integración\(^61\), no han pedido la palabra\(^62\) en el proceso de ratificación del Tratado de Amsterdam –sin apreciar como ha profundizado la integración este Tratado\(^63\). Incluso ya no se pone en duda la posibilidad de una integración más profunda\(^64\).

La clasificación de las relaciones recíprocas entre la Constitución de la Unión y las Constituciones nacionales parece ser el nuevo gran tema. Los profesores de Derecho público alemán se ocuparán de este tema en otoño del año 2000. Si de esta reunión no se desprende que la mayoría no discute el carácter constitucional del derecho primario, no existiría todavía la posibilidad de un recto entendimiento del Derecho primario. Más bien se dibujan modelos diametralmente distintos. Por un lado concibe Ingolf Pernice una unión de Constituciones\(^65\), que implica en


64. Cfr. BVermGE 98, 350, 372: «en atención al continuo desarrollo de la Unión Europea»; P. KIRCHHOF no ve obstáculos constitucionales a una profundización motivada por la inclusión de un catálogo de derechos fundamentales, la extensión de la decisión mayoritaria en el Consejo y la codecisión del Parlamento Europeo, FAZ 11 de Septiembre 1999, p. 5.

65. *Nota del traductor*: el texto original utiliza el término «Verfassungsverbund» elaborado por I. Pernice. La explicación de este término, unida al que aparecerá más adelante «Staatenverbund» y que hemos traducido como unión de Estados precisan de una aclaración. Sabido es que la Teoría del Estado alemana venía trabajando con dos conceptos clásicos «Staatenbund» –traducido al español como Confederación– y «Bundesstaat» –traducido al español como Estado federal o Federación–. En esta tradición, Paul Kirchhof, a la hora de conceptualizar la Comunidad europea, utiliza, jugando con los anteriores conceptos, el inédito término de «Staatenverbund» con la intención, más que nada, de dejar claro que la Comunidad es algo más que una Confederación (de ahí, a nuestro parecer, la partícula de refuerzo «ver») y algo menos que una Federación (de ahí el sustantivo Estado en plural). Frente a este concepto, pero también jugando con él, I. Pernice ha elaborado posteriormente el término Verfassungsverbund, donde quiere resaltar a la Constitución como elemento central de su teoría, oponiéndose a Kirchhof que hacia destacar el Estado.
su sentido final relaciones federo-estatales. Por otro lado están las concepciones que divisan el núcleo constitucional europeo en las cláusulas de integración de las Constituciones nacionales, de modo que discuten la autonomía constitucional de la Unión.

Fragmentación y europeización del Derecho nacional

En el curso de la construcción del ordenamiento jurídico comunitario se acrecienta la fragmentación de los ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales incluso en su parte remanente son a menudo la sola trasposición de Derecho comunitario. Si el Derecho nacional que resulta del proceso nacional de formación de la voluntad es un instrumento esencial para la integración de la sociedad nacional, se ha de temer un extrañamiento y una desintegración de la sociedad: el Derecho comunitario es resultado de un proceso europeo de formación de la voluntad en el que se han de satisfacer otros intereses, valores y preferencias, más allá de los alemanes. Desde el punto de vista práctico, no es cuestión poco dramática plantearse en qué medida pueden integrarse las innovaciones inducidas por el Derecho comunitario en el tejido del Derecho nacional, con las menores fricciones posibles, garantizando su integridad sistemática.

Las implicaciones de la fragmentaria validez del ordenamiento jurídico alemán para la integración de la sociedad han sido poco investigadas. Por el contrario, el desenvolvimiento del Derecho nacional bajo el parámetro del Derecho supranacional, las consecuencias de la desnacionalización del Derecho y la tensión sistemática han experimentado una gran atención. Los académicos del Derecho privado tienen la ventaja de poder apoyarse en una larga tradición de Derecho comparado y unificación jurídica internacional. La dogmática alemana del Derecho administrativo elevó, en los noventa, a categoría central la dimensión supranacional de su objeto y desde ese momento lo estudia con especial dedicación.

---

66. En detalle el epígrafe II 3.
71. Se han de mencionar el trabajo de habilitación de M. BRENNER: Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union, 1996; T. V DANWITZ: Verwaltungsrechtliches System und Europäische
Este debate dialoga inevitablemente con el destino de la estatalidad alemana—aunque más bien implicitamente—, si se tiene en cuenta la tradicional reciprocidad entre Estado y Administración.  

El espacio de apreciaciones es amplio. Algunos observan un «extranjerismo» del Derecho administrativo alemán, incluso una situación de «ocupación». Otros saludan los procesos y sugerencias comunitarias con el fin de modernizar el Derecho administrativo nacional. Desde el punto de vista pragmático y formativo es orientadora la concepción desarrollada por Stefan Kadelbach de un Derecho administrativo comunitario nacional específico, que diagnostica y recomienda un desarrollo dual del Derecho administrativo alemán, lo que aminora considerablemente la presión de la adaptación.

De especial importancia es una nueva línea de investigación que se ocupa jurídicamente de los vínculos administrativos entre las Administraciones de los distintos Estados Miembros y los órganos de la Unión, de manera análoga a la investigación politológica, que desde hace tiempo estudia con especial esfuerzo la interconexión administrativa de los distintos niveles. Un importante planteamiento politológico ve en esta imbricación, funcionalmente, el desarrollo de una Administración única, que no opera exclusivamente en el nivel estatal. Este planteamiento presenta con especial claridad los retos de la dogmática administrativa: desde los elementos comunes del Derecho nacional y supranacional debe construir una dogmática que responda a todos los nuevos retos que plantea la dirección y control de la acción administrativa. Nuevo debate de Derecho administrativo que corre paralelo al debate de Derecho constitucional sobre la armonía de la Constituciones europeas y nacionales. Es de esperar que ambos debates creen concepciones que permitan comprender adecuadamente ese todo, aún innominado, compuesto por la Unión y los Estados Miembros.

En el contexto de este debate sobre la europeización del Derecho nacional están siendo discutidas intensamente las competencias del Tribunal de Justicia, pues


74. Para un resumen v. DANWITZ (nota 71), pp. 398 y ss.


77. Como precursor KADELBACH (nota 71).

78. Como trabajo pionero las contribuciones en E. SCHMIDT-ARMANN/HOFFMANN-RIEM (nota 73).


el desplazamiento del Derecho nacional se debe en parte considerable al desarro-
llo jurisprudencial del Derecho. En el objeto de esta discusión se manifiestan con
claridad los intereses de los distintos sistemas científicos. La dogmática anglosajona
analizó al TJ, sobre todo, como actor político\textsuperscript{81}, mientras que la dogmática en len-
gua alemana se ocupó priori\textipa{r}iatamente, por el contrario, de las condiciones que li-
citan la creación judicial de Derecho\textsuperscript{82}. Tal discusión es ante todo relevante desde el
punto de vista práctico, ya que la validez de la creación judicial del Derecho es
negada en la República Federal\textsuperscript{83}. Sin embargo, en esa discusión es difícil encontrar
puntos de enlace, debido a que en otros ordenamientos jurídicos apenas se efectúa
la distinción científico jurídica entre interpretación y creación judicial de Derecho:
«interpretation» o «justification» abarca a ambas\textsuperscript{84}. Aquí se muestran los esfuerzos de
interpretación que aún han de rendirse en el discurso europeo.

2. **El Derecho como instrumento de integración en manos de un titular
no estatal de poder público\textsuperscript{85}**

Los apartados anteriores han expuesto debates en los que los fundamentos del
Derecho comunitario se deducen de la situación de tensión entre el Estado-nación
y un titular supranacional de domini\textipa{o}. Si bien, es propio de la peculiaridad de la
ciencia del Derecho comunitario que la reflexión sobre los fundamentos no se lími-
ta a este ámbito. Casi ninguna otra discusión es más importante que la reconsi-
deración de su objeto central: el Derecho. Con el Derecho de la Unión normas no esta-
tales pasan a ser objeto normal de lo jurídico. Se ha abandonado de pleno la tesis
defendida en los inicios de la integración por la cual el Derecho comunitario se apli-
caba en virtud de su transformación en Derecho nacional\textsuperscript{86}. En el curso de la inte-
gración no sólo se construye un mercado sin Estado\textsuperscript{87} y un sistema de gobierno sin

\textsuperscript{81} Inició el debate a nivel internacional H. RASMUSSEN: *On Law and Policy in the European Court of

\textsuperscript{82} R. BIEBER/G. RESEL: *Die Dynamik des Gemeinschaftsrechts: die Auslegung des Europäischen
Gemeinschaftsrechts im Lichte nachfolgender Praxis der Mitgliedstaaten und EG-Organe*, 1987; C.D.
BORCHARDT: «Richterrecht durch den EuGH», en GS Grabitz, 1995, p. 29; J. UKROW: *Richterliche Rechts-
Gemeinschaft», *JZ* 2000, p. 217

\textsuperscript{83} Últimamente R. Scholz: «Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und natio-
 nalem Verwaltungsverfahrensrecht», *DOV* 1998, pp. 261, 264 y ss.; en el mismo sentido A. JUNKER: «Der

\textsuperscript{84} Cfr. J. BENGOLEXA: *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, 1993, pp. 112 y ss.,
141 y ss.; KUTSCHER (nota 9), pp. 1-7 y ss.

\textsuperscript{85} *Nota del traductor*: el texto original utiliza el término «Hoheitsträger», habitualmente traducido
como titular de poder soberano. En esta traducción se ha preferido la acepción titular de poder público.

\textsuperscript{86} H. BÜLCK: «Zur Systematik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaften», *Berichte der Deut-
sch en Gesellschaft für Volkerrecht* 3 (1959), pp. 66, 96 (en nota 95); otras ejemplos en E. GRABITZ:

Estado\textsuperscript{88}, sino también un Derecho sin Estado, que incluso tiene como función superar la ordenación estatal del Continente.

En virtud de la reelaboración de las categorías fundamentales de la ciencia jurídica, se ha de reflexionar sobre la reciprocidad de los conceptos Estado y Derecho en su entendimiento tradicional: el Derecho se define esencialmente a través de la coacción y el Estado es la organización social que detenta el monopolio legítimo de la fuerza\textsuperscript{89}. Esta reciprocidad se ha llevado hasta el punto de ver en el concepto Estado de Derecho un sin sentido\textsuperscript{90}. Pero la Unión es una organización de dominio sin poder coactivo, en tanto que el monopolio de éste reside en los Estados miembros. ¿Por qué se cumple entonces el Derecho de la Unión?

El debate tradicional del Derecho internacional –aún abierto–, muestra la dimensión de este reto teórico\textsuperscript{91}. Según el entendimiento dominante, la naturaleza jurídica de las normas de la Unión se apoya en el poder coactivo nacional, lo que provoca su dependencia del Derecho de los Estados Miembros\textsuperscript{92}. Pero esto no explica la obediencia jurídica de los Estados Miembros, distinta a la propia del Derecho internacional. Por lo demás, la versión contraria imputa a la Unión el poder coactivo nacional, pues los Estados Miembros en virtud del Derecho de la Unión –art. 10 TCE– están obligados a la aplicación de este ordenamiento jurídico. La idea de que los órganos estatales titulares de poder público son funcionalmente órganos comunitarios al implementar el Derecho de la Unión es una idea bastante extendida\textsuperscript{93}. Sin embargo, la opinión dominante considera que el poder de dominio y coacción utilizado por los órganos estatales tiene origen estatal\textsuperscript{94}, en la aplicación del Derecho comunitario se ejerce poder coactivo estatal, no poder coactivo de la Unión. El Derecho de la Unión es el Derecho de una organización sin poder coactivo.

La dogmática comunitaria apenas se ha dedicado a este tema general, si bien en los sesenta un aspecto se investigó con especial intensidad: la razón de validez del Derecho supranacional en el ámbito de dominio de los Estados Miembros. La comprensión estatalista hace depender la validez del Derecho de la Unión en el ámbito soberano de los Estados Miembros de una orden de aplicación nacional\textsuperscript{95}.

\textsuperscript{90} H. KEISEN: Reine Rechtslehre, 2.ª Ed., 1960, p. 314.
\textsuperscript{92} Una posición en este sentido de teoría general del Derecho Internacional A. D’AMATO: International Law: Process and Prospect, 1987, pp. 1 y ss.
\textsuperscript{94} Con la consecuencia de que los jueces nacionales garantizan la tutela, E. SCHMIDT-ABBANN, «Introducción», pp. 108 y ss., en SCHOCHEPITZNER/SCHMIDT-ABBANN: VwGO-Kommentar, adaptación de marzo 1999, I. Pernick, nota 123.
La principal consecuencia es el posible control del Derecho supranacional por los tribunales nacionales\(^{96}\), si bien se han de limitar a contrastar su adecuación al contenido esencial de los derechos fundamentales nacionales y a garantizar el respeto de las competencias de la Unión. Respecto a la autonomía del Derecho comunitario existen distintas teorías. Desde el punto de vista histórico es especialmente importante la teoría del acto colectivo de Hans Peter Ipsen, por la cual los distintos pueblos europeos tras sus correspondientes procedimientos constitucionales construyen mediante un acto común un poder público nuevo, directo e independiente\(^{97}\). En discusiones posteriores, la pregunta sobre la autonomía se ha vinculado al carácter constitucional de los Tratados, pues la Constitución es razón de validez de un ordenamiento jurídico\(^{98}\). La aceptación del carácter constitucional del Derecho primario conduce a la validez autónoma del Derecho de la Unión frente a sus sujetos jurídicos\(^{99}\).

La marginación en el debate constitucional de la construcción explicativa *ipseniana* muestra que una construcción exclusivamente positivo-procedimental no es suficiente para fundamentar la validez autónoma. Sin embargo, no muchos emplean la mirada retrospectiva sobre las grandes teorías de la filosofía del Derecho. Es sorprendente que de las grandes teorías filosófico jurídicas, sea la hermaniana teoría del discurso la que haya gozado de una pronunciada recepción, sin duda más allá del ámbito lingüístico alemán\(^{100}\). Christian Joerges, Dieter Wolf y Michael Zürn desarrollan desde estos fundamentos valiosas aportaciones sobre la especifica naturaleza del Derecho comunitario, entre el Derecho internacional y el Derecho del Estado. Separan la naturaleza jurídica del Derecho de la Unión del armazón coactivo y la vinculan al proceso normativo, a su capacidad para producir legitimidad. Esto conduce al previsible resultado de atribuir al Derecho comunitario, en virtud de su escasa publicidad, una «una reducida calidad jurídica, en comparación con la de la ley en el Estado democrático de derecho»\(^{101}\).


99. Kovar (nota 94), pp. 34 y ss.


A la ciencia jurídica le es mayoritariamente extraña esta estrecha ligazón entre legalidad y legitimidad, naturaleza jurídica y exigencias político jurídicas, factibilidad y validez. De modo que existen otros intentos para explicar la relación entre el Derecho nacional y el comunitario. Wolf-Dietrich Grussmann presenta un esbozo en la tradición de la escuela vienesa del Derecho, por el cual el ordenamiento jurídico comunitario, en atención a la Teoría pura del Derecho, se funda en una norma fundamental, de modo que numerosas características del Derecho de la Unión se modelan en el marco de una «gran teoría». Sin embargo, este proyecto no ha encontrado demasiados adeptos. Además, existen proyectos, dentro de la teoría de sistemas, que, sin embargo, no han conducido a construcciones jurídicas específicas. Si se piensa que actualmente Luhrmann reflexiona sobre un sistema jurídico ordenador del mundo, surge la duda sobre si la teoría de sistemas está en la situación de poder explicar la especificidad del Derecho de la Unión.

La rama británica del positivismo institucionalista ha logrado una sobresaliente y profunda contribución teórica. Con Neil MacCormick se ha recibido a un prominente teórico del Derecho de la Unión y la compilación de sus numerosos trabajos ha compuesto un esbozo teórico-jurídico general. El positivismo institucional pretende unir en un todo el entendimiento práctico del Derecho, los conocimientos sociológicos y la teoría del pragmatismo, lo cual permite una convincente separación del Derecho, el Estado y la coacción, así como concebir el pluralismo de varios ordenamientos jurídicos —lo que es importante para posteriores preguntas. Otros trabajos muestran a qué resultados jurídicos puede llegar este cúmulo de concepciones político teóricas, análisis dogmáticos y datos empíricos.

El Derecho de la Unión necesita de la ciencia jurídica no sólo en atención a las dudas sobre su carácter estatal o no. También su función es singular, por cuanto que es instrumento de transformación social y política en una medida desconocida para una sociedad democrática. A este respecto, el Derecho comunitario no estabiliza las relaciones de poder, las relaciones sociales y las expectativas normativas, sino que las transforma en vistas a un futuro europeo común. Si se reflexiona sobre la centralidad del Estado-nación en casi todas las relaciones sociales,
el Derecho comunitario se presenta como instrumento de un plan, en última instancia revolucionario. En este sentido, la función de integración del Derecho supranacional va más allá de lo que se entiende en las comunidades estatales sobre la función de integración y de transformación del Derecho.

A esta constatación se añaden distintos intereses intelectuales. Así se examina en qué medida el Derecho supranacional supone un verdadero instrumento para la producción de una nueva realidad social y política: donde encontramos posiciones que enfrentan perspectivas escépticas\textsuperscript{109}. Numerosos estudios se ocupan de comparar la integración en los Estados Unidos: en esta comparación, por un lado, se puede comprender la particular importancia del Derecho y la jurisprudencia de un Tribunal central, por otro se muestran con claridad los límites más allá de los cuales sólo procesos explícitos pueden impulsar la integración de sociedades\textsuperscript{110}.

La orientación del Derecho comunitario hacia la integración es al mismo tiempo el talón de Aquiles de este cuerpo jurídico: su «unidimensionalidad» y «unilateralidad» es un punto débil significativo\textsuperscript{111}. Sólo paulatinamente se ha liberado de esta finalidad dominante para volverse multifuncional, de modo que pueda satisfacer las tareas múltiples y cambiantes que la ciencia jurídica reconoce como propias en el sistema jurídico de una sociedad compleja\textsuperscript{112}. Esta liberación se liga a la reflexión sobre la configuración, finalidad y legitimación de la integración.

3. CONFIGURACIÓN, FINALIDAD Y LEGITIMIDAD

El título de este epígrafe es polémico, pues entiende el debate sobre la configuración y la legitimidad como un debate sobre la finalidad de la integración europea. Los académicos son prudentes cuando se refieren explícitamente a la finalidad, al objetivo último\textsuperscript{113}. Sin embargo, de los trabajos sobre configuración y legitimidad de la Unión se pueden deducir con un pequeño esfuerzo bosquejos sobre su finalidad, es decir, sobre la constitución de la Unión: es propio de la naturaleza evolutiva y constructiva del pensamiento jurídico querer, cuando menos, identificar la lógica presente en la esencia de la realidad y, a través de un trabajo jurídico proponente, ayudar a su realización. Para ello, ningún ámbito de


\textsuperscript{112} Cfr. el desarrollo de los principios constitucionales, II 5.

la ciencia del Derecho comunitario es más adecuado que el debate sobre la configuración y la legitimidad.

La concepción afin al Derecho del Estado ve en la Unión una organización internacional de corte intergubernamental, si bien con algunas peculiaridades. Esta organización —según el núcleo esencial de esta doctrina— no está en situación de dotarse de autonomía política y jurídica, sino que permanece fundamentalmente dependiente de los EEMM, Estados-nación soberanos. Toda construcción jurídica responsable debe reflejar el enraizado político existencial de la Unión en los Estados Miembros, que detentan la responsabilidad política final. Esta concepción —ahí reside su poder de seducción— tiene escasa necesidad de modificar las figuras dogmáticas de las que se ocupa el Derecho Público. Desde esta base, Paul Kirchhof ha caracterizado la Unión como unión de Estados, con lo que ha logrado una fórmula muy influyente. El Tratado de la Unión Europea contiene elementos que pueden confirmar esta posición. Aunque en verdad también se puede explicar como un paso hacia la estatalización.

Al otro lado del espectro se encuentra una concepción que orienta la integración hacia una estatalización, hacia una forma de dominio político y jurídico que realiza elementos del constitucionalismo federal. La primera gran formulación de esta visión aparece en Bundesstaat in Werden, obra de Hallstein, primer presidente de la Comisión, que, en palabras de sus contemporáneos, marcó profundamente la «vocation» de la institución. Ahora bien, si se consideran los polémicos derroteros del federalista europeo Federico Mancini en comparación con Paul Kirchhof, representante fundamental de la posición contraria, la sustancia de esta

concepción no parece estar en su mejor forma. Que no es así lo muestra Ingolf Pernice: a él se le debe agradecer una profunda reformulación de esta visión, cuyo elemento central no es el Estado, sino la Constitución. Su concepción expone detalladamente uno de los nuevos desarrollos más interesantes.

Walther Hallstein concibió la Comunidad Europea como Comunidad de Derecho y así creó un concepto central necesitado de entendimiento. Este concepto tiene varios aspectos; uno de ellos marca esencialmente las diferencias fundamentales entre la Comunidad y los Estados Miembros. El Estado —en consonancia con la doctrina dominante— es una unidad política previa a la Constitución. El Estado como organización y la nación como comunidad de destino se dan una Constitución, por contra, la Comunidad no es nada más que una creación del Derecho. Este entendimiento de las relaciones entre el Estado y la Constitución está bajo crítica desde los años sesenta (Horst Ehmk, Konrad Hesse, Peter Häsler). El núcleo de esta crítica implica que el Derecho Constitucional no resulta de una realidad inmaterial «Estado», sino que la Constitución constituye el Estado.

Ingolf Pernice aplica esta comprensión al Derecho primario abriendo así nuevas perspectivas. En primer lugar liquida la diferencia recibida de Hallstein entre Comunidad (Unión) y Estados Miembros: ambos —por lo menos desde una perspectiva jurídica— son creación del Derecho, es decir comunidades de Derecho, o mejor: comunidades constitucionales. Otro cambio fundamental de perspectiva y concepción lo implica su propuesta sobre la unidad del ordenamiento jurídico. Pernice argumenta que el «indiscutible» entrelazado de los ordenamientos ha alcanzado una dimensión que responde adecuadamente al concepto de ordenamiento jurídico único. Con ello da de baja a uno de los lugares comunes del Derecho comunitario, a saber, el supuesto de los sistemas jurídicos autónomos. Una cita ilumina el alcance de esta nueva concepción: «national administrative bodies are in an agency-situation regarding the transposition and application of community law, in fact they are part of the European executive and exercising European authority.

---


(sic)\textsuperscript{127}. Se muestra con claridad la última versión federal de la Unión. Y ahí reside el contenido propio de la construcción \textit{unión de Constituciones}: la reunión de los Tratados fundacionales y las Constituciones de los Estados Miembros en \textit{una} unión constitucional, que conforma la Constitución europea, lleva implícito un alto grado de construcción federal, expresión al mismo tiempo de una creciente homogeneidad en los valores del espacio europeo\textsuperscript{128}. Con Ingolf Pernice la visión del Estado federal europeo ha encontrado de nuevo una voz científico-jurídica del más alto nivel dogmático.

Las anteriores versiones alternativas sobre la configuración y finalidad de la integración europea se vieron pronto desafiadas por concepciones que ven en la Comunidad una nueva forma de dominio político jurídico que sólo puede ser correctamente entendida y desarrollada al margen de aquel dualismo. En este tercer espacio del debate sobre la configuración se puede incluir toda concepción que vincula esencialmente la configuración de la integración a los fines materiales del TC(E)E: \textit{form follows function}. De la atención al espacio lingüístico alemán resultan dos grandes variantes de esta concepción, con orientaciones totalmente distintas.

De importancia desollante para la ciencia alemana, pero casi sin recepción internacional, es la doctrina de Hans Peter Ipsen, que concibe las Comunidades como asociación de integración en función de objetivos\textsuperscript{129}: son un instrumento de realización técnica de los objetivos fijados democráticamente en los Tratados. El TCEE es una Constitución planificadora para la realización del mercado común. Esta concepción se incardina en la tradición del Derecho público económico alemán\textsuperscript{130}. Se puede leer como afirmadora de la integración, pero defensora de la estatalidad de los Estados Miembros frente a la concepción federal de Hallstein\textsuperscript{131}. Giandomenico Majone sigue un planteamiento similar: conceptualiza la Comunidad europea desde la base de la bibliografía estadounidense sobre las \textit{Regulatory Agencies} y contribuye fundamentalmente al entendimiento y desarrollo de la asociación europea\textsuperscript{132}.

En este tercer ámbito la configuración alternativa la presenta Ernst Joachim Mestmäcker y su escuela. Para ellos los contenidos y fines materiales del TCEE ocupan un lugar central, sin embargo, destacan en mayor medida el contenido

\textsuperscript{127} Pernice (nota 122), p. 724.
\textsuperscript{128} Sobre la cultura constitucional común europea también P. Häberle: \textit{Europäische Rechtskultur}, 1994, pp. 37 y ss.
\textsuperscript{129} Ipsen (nota 19), pp. 196, 1.055.
\textsuperscript{130} En detalle U. Everling: \textit{Von Zweckverband zur Europäischen Union. Überlegungen zur Struktur der Europäischen Gemeinschaft}, en FS Ipsen, 1977, p. 595, que encuentra elementos tanto de la calificación de la Constitución del Reich de 1870/71 que realiza Naumann, así como de los concepto Smendianos.
\textsuperscript{131} K. Zweigert: \textit{Das große Werk Ipsens über das europäische Gemeinschaftsrecht}, EuR 1972, pp. 308, 319 y ss.
\textsuperscript{132} Majone (nota 28). Majone trabaja sin referencias a Ipsen. Aquí se muestran los problemas de relación de la dogmática alemana: ¿cómo se puede valorar su influencia, si el concepto central de uno de sus autores más importantes no se abre camino en los trabajos de un autor que trabaja en el único instituto europeo?
desregulador del Derecho primario y se fijan con más intensidad que Ipsen, más abierto políticamente, en la integración material. Mestmäcker sigue, en esencia, un constitucionalismo racional económico que, a través del TCE, define los límites a la intervención de la política económica nacional. En el trasfondo se esboza la visión de una sociedad burguesa preestatal y desnacionalizada cuya integración resulta esencialmente de la tríada libertad contractual, competencia económica y propiedad. Mediante el aseguramiento constitucional de esta sociedad burguesa por los Tratados, la integración gana sentido, forma y legitimidad. Con este planeamiento la discusión jurídica sobre la configuración se vincula a la teoría económica del Derecho, actualmente una de las corrientes teóricas más importantes.

Estas tres posiciones sobre la configuración responden a tres concepciones de la legitimidad. Marcel Kaufmann muestra en su meritoria tesis doctoral cómo la concepción federal se apoya en el Parlamento europeo, la concepción finalista en la pericia técnica, es decir, en la Comisión, y la unión de Estados en el Consejo y en los Parlamentos nacionales que lo respaldan. Respectivamente reaccionan de modo distinto al déficit democrático de la Unión: mientras que la concepción federalista se centra principalmente en las competencias del Parlamento europeo y en la igualdad del sistema electoral, la concepción finalista no descubre un problema de democracia en la tarea reguladora. Para la comprensión de la unión de Estados, el déficit democrático solo puede nacer de una pérdida de competencias de los Parlamentos nacionales y una debilitación del peso del voto de los Gobiernos nacionales en el Consejo.

El cuarto ámbito reúne toda concepción que comprende la Unión como una comunidad no estatal pero políticamente válida y democráticamente legítima, toda aquella concepción que resalta un alto grado de policentrismo. Opiniones en este sentido aparecen ya en los setenta. Un primer gran intento de estructurar la


139. Kaufmann (nota 130), pp. 284 y ss.

140. Everling (nota 125), p. 595, principalmente en el Festschrift für Hans Peter Ipsen.
especificidad constitucional de la Comunidad resultó por primera vez en el que ha sido durante largo tiempo el proyecto investigador más importante en la ciencia del Derecho comunitario dentro de una Universidad europea: «Integration through Law»\(^{141}\). En la introducción programática, los editores explican la Comunidad como una forma de dominio policéntrica y no estatal, y la conceptualizan a partir de una doble matriz: por un lado apelando al pensamiento federal, que no de Estado federal, por otro comparándolo al desarrollo estadounidense\(^{142}\). Esta doble matriz es significativa: muestra que el trabajo científico-jurídico necesita una idea directriz sh que acarree de manera útil el contenido normativo y constitucional de la modernidad, pero también un parámetro comparativo, pues la construcción de un sistema de modo comparativo muestra el núcleo de la tarea científico-jurídica. Esta introducción ofrece el estado de cosas de aquella época y las dificultades de esta comprensión, su visión federal pero no de Estado federal sólo se puede explicar con conceptos más vagos y generales.

A la luz de este planteamiento ha surgido una pléyade de estudios, aun cuando lo adecuado de la matriz federal se discute con fuerza en este ámbito\(^{143}\). La figura central es Joseph H. Weiler que ha dado una considerable substancia a esta concepción con sus trabajos, desde comienzo de los ochenta, sobre las relaciones entre el Derecho supranacional y la política intergubernamental, la lógica de desarrollo, la legitimidad del trabajo del Tribunal de Justicia, los valores del proceso de integración europea y las posibles estrategias de democratización\(^{144}\). Su programa se basa en la aceptación de que la Unión ofrece nuevas posibilidades de realización al contenido emancipatorio de la modernidad europea, pero también puede provocar tendencias destructivas si no se acometen ciertas reformas\(^{145}\). Las posibilidades emancipatorias consisten en la permanencia de los Estados Miembros y las naciones como unidades políticas de pleno sentido, cuyas tendencias problemáticas son reprimidas por la Unión mediante principios universales. El problema democrático conduce al plano fundamental del teorema «multiplier demo».\(^{146}\)


144. Los trabajos más importantes se reúnen en el volumen de Weiler (nota 81), en especial en la pp. 86 y ss., 221 y ss., 264 y ss., 324 y ss. Su significado se muestra claramente en el artículo de Paul Craig, el famoso fis publicista británico, donde se refiere a los conceptos de Weiler, Craig (nota 97), pp. 28 y ss., 32 y ss. También mis reflexiones se vinculan a estas posiciones, v. Bogdandy: (nota 63).


146. Weiler (nota 42), pp. 119 y ss.
Pretende el problema de la legitimidad mediante una diferenciación: el plano internacional de las conferencias intergubernamentales, el plano supranacional de la legislación por los órganos centrales de la Unión y el plano infranacional de la estructura administrativa europea. Cada plano requiere un mecanismo de legitimidad, que debe desarrollar su propia lógica. Unido a ello aparece un cúmulo de innovadoras reflexiones sobre el problema de la democracia. 

4. CONSTRUCCIÓN DE LA UNIDAD Y FRAGMENTACIÓN

La construcción de las Comunidades como unidad de dominio y el desarrollo de su Derecho como ordenamiento jurídico unitario, fueron motivos dominantes en la construcción del acquis communautaire. No obstante, al comienzo de los ochenta hubo reflexiones que se ocuparon de estudiar cómo reaccionarían a la creciente homogeneidad los distintos intereses y sensibilidades de los Estados Miembros. Enseguida se vio y se reconoció la creciente necesidad de una cierta diferenciación. La idea de una competencia entre los sistemas nacionales –desarrollada sobre todo en el marco del programa de un mercado común orientado en torno a la competencia– lima con fuerza el dogma de la unidad. Posteriormente, el Tratado de Maastricht cuestionó fundamentalmente el dogma de la unidad: codijo a la extendida preocupación de que la difusa estructura de la Unión entienda la unidad y el carácter supranacional de la Comunidad, es decir, su nervio vital.

Tres líneas de investigación analizan este desafío: la primera se ocupa de la Constitución organizativa de la Unión, la segunda investiga las estrategias prácticas de diferenciación y desarrolla criterios de diferenciación dentro del Tratado de la Unión, y la tercera quiere presentar la fragmentación y diferenciación no como


un «pecado», sino como un principio constitucional que concreta la configuración «sui-generis» de la Unión. Estos debates jurídicos se incardinan en el contexto de visiones políticas cuyos lemas son «Europe à la carte», «variable geometry» o simplemente «variable speed».

A continuación describiremos únicamente la primera línea de investigación, que ha conducido al debate más diferenciado. Sus motivos de fondo resultan de las vagas fórmulas de compromiso de la nueva Constitución organizativa, fundamento del Tratado de Maastricht: metáforas que no encuentran anclaje ni en la teoría del Estado ni en la teoría de la organización (templo, columnas, pilares). Se necesitará un buen trecho hasta que la ciencia jurídica cierre estos retos de manera constructiva. Así, en torno a la Constitución organizativa se desarrolla un debate sobre la configuración, con distintas y controvertidas posiciones, que, pese a algunas conexiones con los debates expuestos anteriormente, goza de autonomía.

Actualmente existen fundamentalmente cuatro concepciones distintas sobre la Unión como organización y su relación con las Comunidades. Según la concepción formulada esencialmente por Christian Koenig y Matthias Pechstein la Unión no constituye una organización, sino que únicamente designa una conferencia de los representantes de los Estados Miembros; por tanto, sólo las Comunidades existentes forman organizaciones autónomas. Una segunda concepción, la opinión mayoritaria, parte del reconocimiento de cuatro organizaciones, si bien a la Unión le falta personalidad jurídica. Una tercera opinión, desarrollada principalmente por Oliver Dör, constata igualmente la existencia de cuatro organizaciones, aunque, en gradación interna. La cuarta concepción considera, por contra, una fusión organizativa de las Comunidades en la Unión, de modo que organizativamente se parte de una única organización.

La autonomía de este debate frente a las «grandes descripciones» funda su significativo contenido técnico jurídico: conceptos como asociación, órgano, organización, personalidad jurídica o unidad del ordenamiento jurídico ocupan un lugar central. Las específicas habilidades de la ciencia jurídica –coherencia, profunda precisión conceptual– se muestran mejor en este objeto que en las «grandes descripciones». Sin embargo, las cuatro versiones sobre la Constitución organizativa

153. Sobre ello ver el epígrafe II 5.
se apoyan implícitamente en concepciones teóricas sobre la integración y en premisas políticas; una argumentación de deducción puramente dogmática es imposible si se atiende a la falta de concreción y a las antinomias del texto del Tratado. La distinción entre Unión y Comunidades se basa en preocupaciones opuestas. Tal distinción puede tener como intención proteger la específica unidad de la Comunidad y su Derecho frente a la amenaza del ámbito intergubernamental, si bien se puede apoyar en un motivo integrador distinto, no permitir que la Unión se refuere e impedir así que el acercamiento político y jurídico de los Estados Miembros gane peso. La fragmentación es de este modo instrumento del dominio de los Estados Miembros –divide et impera. La tesis de la unidad, por el contrario, ve amenazadas en la fragmentación organizativa importantes postulados de la modernidad europea. Ven la unidad organizativa como condición de una diferenciación funcional y normativa convincente, adecuada para cumplir las funciones inevitables de una Unión en expansión.

5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Si una tarea fundamental de la dogmática constitucional consiste en destacar principios, entonces la dogmática constitucional europea tiene ante sí todavía un trabajo ingente. Aquí se muestra una clara diferencia entre el Derecho constitucional europeo y el nacional. Los buenos manuales de Derecho constitucional nacional comienzan normalmente con la exposición de los principios que estructuran el conjunto del ordenamiento jurídico. La mayoría de las veces se busca en vano algo similar en los trabajos de Derecho comunitario. Ni si quiera se tiene claro qué materias jurídicas pertenecen al Derecho constitucional europeo. Si se observa el conjunto del articulado de los Tratados es evidente que no todo se puede tratar con pleno sentido como Derecho constitucional, mientras que mucho derecho no escrito sí (primacía, efecto directo, derechos fundamentales).

Los principios constitucionales no sirven únicamente para la estructuración del material jurídico. La elaboración dogmático-jurídica de los principios constitucionales se puede comprender como una autoafirmación de la sociedad sobre sus fundamentos normativos. Un debate concreto trata este punto: algunos teóricos del derecho encuentran en el Derecho constitucional en formación una solidificación y concreción del consenso valorativo europeo, y otros, incluso, una manifestación de los europeos como nación. Otros dudan sobre un desarrollo en este sentido. Sin duda, no se discute que los objetivos que la Unión ha de satisfacer —el aseguramiento de la paz y el bienestar en el marco de una estrecha asociación institucional europea— gozan, pese al escepticismo en los detalles, de una amplia aceptación y coincidencia en un grupo de posiciones fundamentales. Si bien, este consenso sobre los contenidos está menos consolidado en las distintas teorías que en los Estados Miembros. De hecho, de una última teoría se deduce que la Unión se puede apoyar en menor medida en un consenso material, para dar más importancia a los procedimientos.

La discusión sobre el contenido de los principios constitucionales europeos es polifónica y plural. A continuación se expondrá en cuatro grupos. El primero se ocupa de la adaptación en el sistema de la Unión de los principios constitucionales conocidos en los sistemas nacionales. El segundo grupo pretende elaborar principios constitucionales propios de esta novedosa comunidad. El tercer grupo lo forman los estudios que toman al ciudadano europeo como punto de partida del Derecho de la Unión. El último se centra en la constitución económica de la Comunidad.

En desarrollada discusión se encuentran algunos principios conocidos en las Constituciones estatales, en especial el principio democrático y el principio de Estado de Derecho. El principio Estado de Derecho se pude considerar como el de más larga tradición, el cual es transformado para la Unión, por Manfred Zuleeg, como principio de juridicidad; su validez fundamental está fuera de duda. Sin embargo, existen controversias sobre las concretas instituciones que forman este principio. De gran importancia para el entendimiento fundamental de la Unión son las...
posiciones enfrentadas sobre los derechos fundamentales. Se ha de recordar la discusión sobre su aplicación a las medidas estatales\textsuperscript{174} o la pregunta sobre el estándar de aplicación\textsuperscript{175}. La comparación con el sistema constitucional americano muestra que la jurisprudencia de un tribunal central puede desarrollar enormes fuerzas centripetas\textsuperscript{176}.

Muy polémica es la discusión sobre el principio democrático: su aplicabilidad en el plano europeo es discutida\textsuperscript{177}. En este estadio la discusión se une al debate sobre la legitimidad, si bien se amplía, pues al reconocerse la democracia como principio constitucional se la desciende del cielo de lo político y se la prepara para su aplicación en controversias jurídicas. Para el resto de los principios existen a lo sumo bocetos\textsuperscript{178}, situación que causa un vacío dogmático cuyo colmado se ha convertido en una urgente necesidad jurídica, en atención a los artículos 6 y 7 del TUE.

El segundo grupo se ocupa de los específicos principios constitucionales de la Unión. Si se trata de una Unión \textit{sui generis}, es decir, de una nueva forma de dominio político, entonces se ha de esperar que esa especialidad tome forma en principios constitucionales originales. Aquí queda lo fundamental por hacer. El «candidato natural», el concepto de supranacionalidad, hasta ahora no ha tomado cuerpo de principio jurídico\textsuperscript{179}. Por el contrario, se ha invertido mucho trabajo en la subsidiariedad\textsuperscript{180}, respecto a la cual la ciencia jurídica alemana ha dado prueba de su sorprendente capacidad de producción. Otros deducen de que la especificidad pueda iniciarse desde la subsidiariedad, pues consideran que se trata exclusivamente de una regla sobre el ejercicio competencial en relación con los Estados Miembros; en su sustancia es una cláusula típica de una Constitución federal.


\textsuperscript{176} CAPPELLET/GOBY (nota 107), pp. 197 y ss.


\textsuperscript{179} Para su desarrollo M. ZULEEG: «Wandlungen im Begriff der Supranationalität», \textit{Integration} 3 (1988), pp. 3 y ss.

La investigación sobre otros principios específicos es exigua y fragmentaria, incluso para instituciones tan centrales como la efectividad y la unidad de eficacia\textsuperscript{181}. El debate más importante referido a los principios constitucionales específicos —la mayoría en atención al concepto de la Unión de Joseph Weiler— pretende amoldar en principios el carácter plural, no jerárquico, dialéctico y postnacional de este orden constitucional\textsuperscript{182}. En especial, las investigaciones de Josephine Shaw incluyen nuevas dimensiones. Intenta concebir principalmente fenómenos como «desintegración», «flexibilidad», hasta ahora vistos como amenazas del proceso de integración, de modo que al igual que la integración y la unidad formen parte de la Constitución europea. Al mismo tiempo, este intento debe deshacer el vínculo entre Derecho supranacional e integración, visto como un lazo axiomático por generaciones de comunitaristas. Mantiene la opinión de que para realizar una descripción dogmática del derecho positivo que responda más justamente que el planteamiento dominante a la actual tendencia del desarrollo del Derecho, y al mismo tiempo ordenar el Derecho de la Unión en un marco constitucional equilibrado, se ha de dar cuenta de la diversidad de los miembros de la Unión\textsuperscript{183}.

El tercer grupo lo constituyen aquellas contribuciones que quieren recuperar para el Derecho supranacional el proceso que más ha contribuido a la reforma del Derecho público alemán desde 1949: la reconstrucción del ordenamiento jurídico con el ciudadano como punto de partida\textsuperscript{184}. En última instancia se trata de desligar a este cuerpo jurídico de su función primaria como instrumento político para inducir el cambio social. Ciertos elementos se encuentran en un escrito visionario de Eberhard Grabitz del año 1970\textsuperscript{185}, si bien la inclusión del instituto de la ciudadanía europea mediante el Tratado de Maastricht ha conducido a un extenso debate para concebir la condición del individuo más allá de su condición de «ciudadano del mercado»\textsuperscript{186}. La condición y la importancia de la ciudadanía europea en los Tratados es muy discutida. Mientras que algunos ven en ella «little more than a cynical exercise of public relations»\textsuperscript{187}, otros localizan el inicio de un nuevo entendimiento\textsuperscript{188}. La correspondiente renovación de la red de conceptos jurídicos


\textsuperscript{182} Cfr. los autores citados en la nota 97.


\textsuperscript{184} Schmidt-Asmann (nota 11), pp. 56 y ss.


\textsuperscript{186} Aquí, como a menudo, la ciencia no ha inspirado o motivado el desarrollo político, sino que con esfuerzos le ha ido a la zaga.


es una misión obligada –así lo muestran los primeros trabajos 189. Las investigaciones realizadas hasta ahora hacen patente que en Derecho de la Unión debe haber cambios fundamentales, si realmente se pretende pasar de un Derecho de planeamiento político a un Derecho que toma como punto de partida al individuo.

Una diferencia fundamental entre la dogmática constitucional nacional y la europea, radica en que ésta última no es monopolizada por ius publicistas. En el Derecho comunitario alemán los privatistas (por ejemplo, Walter Hallstein, Bodo Börner, Ernst Joachim Mestmäcker, Ernst Steindorff) fueron y son tan protagonistas como los académicos del Derecho público (por ejemplo, Hans Peter Ipsen, Josef H. Kaiser, Eberhard Grabitz, Manfred Zuleeg) 190. Como mostró la construcción del TCE, las preguntas materiales sobre Derecho económico no tienen un peso menor que los problemas de organización o de derechos humanos. Los diversos debates sobre los aspectos materiales del TCE/E se podrían entender como una explicación de los principios de la Constitución económica europea 191. En ellos no se concibió el TCEE exclusivamente como bastión frente a las transformaciones socialistas. Junto al establecimiento de los espacios económicos propios de la economía de mercado, el Tratado produce efectos liberalizadores y desregulativos. Se produjeron fuertes debates cuando las Comunidades obligaron a liberalizar servicios que clásicamente habían estado bajo titularidad estatal 192. Fritz Scharpf articuló una extendida desazón al lamentar la asimetría de los Tratados, favorecedores de la construcción del mercado y penalizadores de la regulación del mercado 193. Mientras que un sector de la doctrina teme la socavación del Estado social, otro muestra su preocupación por el enriquecimiento del TCE mediante elementos sociales e intervencionistas, incorporados por el Tratado de Maastricht y el Tratado de Amsterdam. Desde este punto de vista, la Unión está bajo la amenaza de una pérdida de legitimidad, cuando la orientación de los Tratados en favor de la competitividad se ve debilitada por momentos sociales e intervencionistas 194. En

190. Me parece que esta es una diferencia esencial con otros Estados Miembros, como por ejemplo Italia, donde el Derecho comunitario es casi exclusivamente cosa de los internacionalistas.
lenguaje jurídico este debate toma cuerpo en la configuración de las competencias industriales, la frontera de las competencias regulatorias de la Unión o la pregunta sobre si en caso de conflicto el principio de competencia económica prima sobre otros principios y objetivos.

Ahora, este debate se ve completado y precisado por otro debate que abre una nueva dimensión: la posición de la Unión en el mundo. Al margen de una pléyora de problemas, hasta ahora sólo ha existido una controversia de carácter jurídico: las relaciones del Derecho de la Unión con el Derecho de la OMC. Las relaciones entre la integración europea y el GATT han sido difíciles desde el principio; estas dificultades se han agravado en un debate conflictivo. Éste se puede entender como un desplazamiento del debate interno sobre la Constitución económica, en cuanto que algunos ven en el Derecho de la OMC la garantía global de la economía de libre mercado, que se pone en cuestión a nivel europeo mediante la incorporación de elementos sociales e intervencionistas en el TCE.

En concreto se trata de la aplicación directa del Derecho de la OMC y las decisiones del Tribunal arbitral, e implícitamente sobre la naturaleza de la OMC como Constitución económica internacional. La OMC podría presentar en el futuro el mayor reto de la Unión: si se desarrolla en un marco eficiente para la solución de problemas, se ha de esperar que la discusión presentada en este trabajo para la Unión se repita para la OMC.

III. PERSPECTIVAS DE DESARROLLO: HACIA LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

En atención a la fuerza estabilizadora de las teorías, es probable que las que han sido expuestas dominen la discusión en el futuro próximo. La adhesión general la ha de esperar aquella teoría que mejor satisfaga las expectativas del "consumidor". Esta teoría debe exponer y explicar con claridad las estructuras del derecho positivo con una mirada orientada a su aplicación, debe identificar los mecanismos de la dinámica inmanente del Derecho de la Unión, pero también —y aquí reside la singularidad de la ciencia— debe desarrollar parámetros para una crítica


196. ¿Poder civil o poder militar? ¿Angreso de Turquía? ¿Poder hegemónico frente a África? ¿Complementariedad o concurrencia frente a Estados Unidos?


sistemática. Sólo el trabajo de Hans Peter Ipsen –en mi opinión– se acerca a estos requisitos. Probablemente, en atención a la complejidad, fragmentación e inmenso volumen del derecho positivo, esta tarea no es realizable por un único autor.

De gran importancia para el desarrollo del Derecho comunitario es saber si se puede esperar una europeización de la ciencia del Derecho comunitario, de corte nacional, y qué forma podría tomar esta europeización. ¿Es tal europeización deseable? En tanto que la ciencia jurídica es en primer lugar una ciencia práctica, que trabaja sobre una central infraestructura social, la europeización, desde el punto de vista de la eficiencia, debería ser un desiderátum. Se ha de suponer que la europeización del Derecho comunitario se apoyara en primer lugar en la producción jurídica. En gran medida dependerá de la praxis del TJ y, sobre todo, de los Abogados Generales. Si decidieran ubicarse convincente y comprensiblemente en un discurso jurídico europeo, se habría ganado mucho en favor de un discurso europeo en la cuestión central de la integración –de la integración por el Derecho! En especial los Abogados Generales han aprovechado insuficientemente su original posición en el sistema jurídico europeo.

Pero, ¿qué significa europeización? Destacan dos modelos distintos. Uno es el modelo del mercado (interior). En este sentido, la europeización de la ciencia jurídica significa la creación de un mercado europeo de «produtores» y «productos» jurídicos, de modo que la europeización, esencialmente, sería una repetición a nivel europeo de la actual situación nacional. Dentro de las ciencias sociales, la economía parece haber tomado este camino. El modelo alternativo consiste en una europeización de los comunitaristas nacionales a la par de la europeización de la opinión pública nacional. No se ha de esperar una simple sustitución, sino complejos y fértiles procesos recíprocos, interpenetraciones, un espacio público europeo para determinadas materias así como la construcción de un espacio público común gracias a ciertos escándalos. El último modelo parece más probable y deseable. Sin embargo, requiere mecanismos específicos de vinculación al contexto y metaestructuras que permitan acomodar los debates en distintos espacios científicos, traducirles y hacerlos útiles.

La lengua de esta metaestructura será el inglés, y los términos jurídicos ingleses transportarán instituciones jurídicas inglesas. La dogmática alemana, italiana,

199. Para las funciones del ius publicista en la construcción de sistemas Schmidt-Asmann (nota 11), pp. 2 y ss.
200. El trabajo de Joseph Weiler podría ser tenido en cuenta, pero le falta casi en su totalidad el derecho material económico y con él, el núcleo del Derecho comunitario.
española y francesa, si quieren participar en esta europeización del Derecho comunitario, se enfrentan con el dominio del inglés ante un dilema similar al que padecieron la moneda francesa, italiana y belga frente a la política monetaria europea. La coparticipación se rige por la regla del sistema más fuerte. En cuanto al dinero, el precio a pagar fue el concepto alemán de política monetaria, en la discusión jurídica el precio a pagar es la utilización del inglés, la categorías jurídicas anglosajones y probablemente su cultura argumentativa. Esto no solamente habría de verse como una carga. La sencillez del mundo conceptual anglosajón y la transparencia de su argumentación influirán en la construcción continental del Derecho público, sirviendo a su transparencia, a la precisión de sus presupuestos e incluso —a largo plazo— modificarán el hermetismo de las culturas argumentativas nacionales. La singularidad de la ciencia jurídica continental, en atención a su alto nivel dogmático —piénsese sólo en la teoría de las fuentes del derecho— no se verá amenazada por una apertura de ese tipo.

En pequeña medida hay foros e instituciones para la europeización del Derecho comunitario. De especial importancia —como muestran las notas a pie de página de este trabajo— es la Common Market Law Review, producto comunitario británico-holandés. Poco a poco encuentra el Instituto Europeo de Florencia, de dominio angloamericano205, su lugar en el proceso de europeización del Derecho comunitario, sobre todo con la Academy of European Law, cuyos Collected Courses merecen gran atención, pero también una rápida publicación y un precio aceptable206. Se ha de mencionar también el European Law Journal editado por el Instituto, aunque en verdad, en él no se encuentra lo que se reconoce como núcleo de la ciencia jurídica continental: la construcción dogmática207. En general, es escasa la influencia del Instituto en los debates comunitarios nacionales.

Hay diferentes reflexiones para desarrollar una mayor europeización. Christoph Schmid propone, tomando como modelo el American Law Institute, el establecimiento de un European Law Institute, en el que significativos académicos y prácticos emitirían restatements sobre el derecho en vigor. Estos restatements, a diferencia de la producción florentina, en virtud del prestigio nacional de sus autores no podría ser pasado por alto208. Los Estados Miembros y la Unión podrían decidir la sistemática y consecuente divulgación a nivel europeo de los trabajos de calidad procedentes de distintos ámbitos científicos.

La propuesta implica que la europeización del Derecho comunitario es una tarea pública. ¿Es realmente así? Se pueden establecer alternativas a una europeización

205. Durante mi estancia en el Instituto (1995-1996), en las distintas reuniones, la porción angloamericana de las lecturas de trabajo no bajaba del 50% y normalmente lo superaba. Esta elección a menudo tenía buenos motivos, lo que muestra, qué dificultades tiene la doctrina continental para realzar trabajos que se incluyan en discusiones transnacionales.


207. Véase el subtítulo programático: Review of European Law in Context.

208. SCHMID (nota 160), pp. 34 y ss.
espontánea y basada en el mercado. Pero sólo una europeización apoyada desde el poder público puede satisfacer los principios desde los que se fundó la integración: ausencia de hegemonía y respeto de la pluralidad. Sin considerables esfuerzos de los Estados Miembros, el círculo jurídico anglosajón ejercerá a medio plazo una hegemonía sobre la Unión y el Derecho comunitario similar a la del Marco alemán en 1999.

209. HALLSTEIN (nota 115), p. 45.