

EVOLUCION DE EUROPA^(*)

por

MAURO CAPPELLETTI

EVOLUCION DE EUROPA^(**)

Por siglos, Europa ha estado unida por tres instituciones con vocación "universal" antes que "continental". En primer lugar, el Sacro Imperio Romano; en segundo término, la Iglesia; y tercero, y tal vez más importante, la Universidad. La Universidad de Boloña, en particular, que en aquellos tiempos representaba el modelo para las otras Universidades que se iban creando en Europa, contaba a mediados del siglo XIII con alrededor de diez mil estudiantes, aglutinados en torno de diecisiete naciones, de las cuales solamente tres (romanos, toscanos y lombardos) eran italianos, llamados cismontanos, mientras que el resto de los catorce, los ultramontanos, procedían de todas las regiones de Europa: Galia, Picardía, España, Poitou, Provenza, Turena, Maine, Normandía, Cataluña, Hungría, Polonia, Alemania (eran llamados teutónicos) e Inglaterra⁽¹⁾. (Si se me concede una digresión, quisiera recordar que cuando fui convocado por el Instituto Universitario Europeo en el año 1977, organicé un seminario internacional sobre el tema: "Perspectiva para un nuevo Derecho Común Europeo", cuyas ponencias han sido publicadas en 1978, constituyendo la primera publicación del UIE)⁽²⁾.

La "recepción" que fue la consecuencia de la adopción del Derecho Romano y Canónico en Europa, produjo la constitución del "Jus Commune"

(*) Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Mauro Cappelletti, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias de Buenos Aires, el 29 de julio de 1993.

(**) Traducción de Guillermo Tempesta, PhD Instituto Universitario Europeo; investigador de la Fundación JUS. Supervisión del Dr. Augusto Mario Morello.

(1) La información ha sido extraída del célebre tratado en dos volúmenes de HASTINGS RASHDALL, *Las Universidades de Europa en la Edad Media*, 1ª edición, Oxford, Clarendon Press, 1885; 2ª edición 1936, pp. 152-156, 178, 184 et passim.

(2) M. CAPPELLETTI (ed.), *New perspectives for a Common Law of Europe, Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Sijthoff, Kleet-Cotta, Bruylant, Le Monnier, Leyden, Stuttgart, Bruxelles, Firenze, 1978. El volumen incluye contribuciones de O. Kahn Freund, N. Brown, G. Calabresi, H. Coing, R. David, D. J. Evrigenis, G. Gorla, J. A. Jolowicz, T. Koopmans, O. Lando, J. Limpens, J. H. Merryman, J.D.B. Mitchell, J. Rivero, R. Sacco, además de mi introducción.

europeo, vigente a través de varios siglos hasta la irrupción nacional, que partía de la idea "positivista" -y muy simplista- del derecho como producto exclusivamente del Estado. Y esto quedaba evidenciado, en el campo de la economía, en los grandes mercaderes de Florencia, Venecia, Barcelona, Hamburgo, que participaban en las ferias y mercados más importantes de Europa, incluyendo a Inglaterra. En efecto, cuando se habla de "mercado común europeo", no debe olvidarse que Europa ha sido por siglos un mercado común quizás más integrado que en la actualidad. El origen de la denominación del florín holandés y húngaro proviene de Florencia, y el derecho comercial fue "receptado" también en Inglaterra (en la época de Lord Mansfield).

Pero vayamos a la Europa de nuestros días, o quizás la del mañana, para lo cual, y salvo una breve tentativa de examinar algunos desarrollos recientes desde el punto de vista económico, limitaré mi análisis a las cuestiones jurídicas, que después de todo representan la base necesaria para una unión política y económica.

El derecho europeo se ha ido desarrollando por varios decenios en una dirección "federalista". Esto se ha dado a lo largo de dos líneas: el derecho comunitario y el derecho internacional de los derechos humanos.

I. Detengámonos sobre todo en el derecho comunitario. Las tres características fundamentales de un "sistema federal" están presentes. La primera característica es el "efecto directo"; esto es que, en el ámbito de las competencias de la Comunidad, la normativa comunitaria produce un efecto automático en los países miembros; en otras palabras, aquélla es la "law of the land" (ley del lugar) en los doce países. La doctrina del efecto directo ha sido formulada por primera vez en la etapa inicial de la Comunidad, en la famosa decisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad, "Van Gend & Loos"⁽³⁾.

La segunda característica fundamental de un sistema federal es la "supremacía", efecto por el cual, en la esfera de competencias atribuidas, la norma federal prevalece sobre aquella eventualmente contraria de los Estados miembros. Esta doctrina se remonta también a la década del '60 y ha sido coherentemente reconfirmada por el Tribunal, desde la sentencia "Costa vs. ENEL" de 1964⁽⁴⁾.

Una tercera característica del sistema federal es la "pre-emption", esto es, la imposibilidad del Estado Central de invadir las competencias reservadas al Estado federal (aunque puede darse la posibilidad de que existan competencias concurrentes). También la doctrina de la "pre-emption" ha sido afirmada

⁽³⁾ Caso 26/62 "Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen" [1963] ECR. 1.

⁽⁴⁾ Caso 6/64 "Costa v. E.N.E.L." [1964] ECR. 585.

por el Tribunal de Justicia de la Comunidad desde el año 1971 en la sentencia "ERTA"⁽⁵⁾.

Es asimismo muy importante destacar que los Tribunales Nacionales han ido aceptando gradualmente estas tres doctrinas. Así, la Corte Constitucional alemana desde 1971⁽⁶⁾, la Corte Constitucional italiana desde 1973⁽⁷⁾, y la Corte de Casación Francesa desde 1975⁽⁸⁾. Más tenaz ha sido la resistencia del Consejo de Estado francés, aunque finalmente ha capitulado en 1989. Otros países miembros, especialmente aquellos que como Irlanda ya conocían un sistema de control judicial de la leyes, tuvieron menos dificultades en acoger las doctrinas federalistas. El Reino Unido, reluctante a aceptar el ideal de una unión económica y política, sin embargo ha recibido sin traumas la doctrina del efecto directo y la supremacía. En el mismo sentido, no han sufrido mayores contratiempos en aplicar estas doctrinas países como España, Portugal y Grecia, que al momento de su ingreso a la Comunidad eran plenamente conscientes de que las tres doctrinas eran una característica consolidada del derecho comunitario.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad ha sabido superar también de manera realmente hábil y genial otro punto "débil" de la construcción comunitaria: el hecho de que (y diversamente de los EE.UU., donde paralelamente a la Suprema Corte, numerosas Cortes Federales desempeñan la función de aplicar el derecho federal) en la Comunidad existe una sola Corte específicamente investida de aquella función⁽⁹⁾. Es por ello que en la importantísima decisión "Simmenthal"⁽¹⁰⁾, la Corte Europea ha declarado que como consecuencia del efecto directo y de la supremacía del derecho comunitario, constituye una función y deber de todos los jueces nacionales aplicar el derecho comunitario; con la implicancia -cuya importancia no es posible exagerar- de que todos los Tribunales Nacionales y todos los Jueces Nacionales son, al mismo tiempo, Tribunales y Jueces Comunitarios.

La extraordinaria importancia de esta decisión es fácil de imaginar: una "concientización comunitaria" viene así a difundirse entre todos los órdenes

(5) Caso 22/70 "ERTA", decisión del 31 de marzo de 1971 [1971] ECR. 263.

(6) Caso "Lütticke" del 9 de junio de 1971, en Bundes Verfassungs Gerichtsentscheidungen, 145.

(7) Caso "Frontini", decisión del 27 de diciembre de 1973, en [1974] C.M.L.R. 372.

(8) Caso "Administration des Douanes v. Sociéte 'Café Jacques Vabre'", en [1975] C.M.L.R. 336.

(9) La situación ha cambiado ligeramente desde la institución de la Corte de Primer Grado, que por otra parte tiene competencias limitadas.

(10) Caso 106/77, decisión del 9 de marzo de 1978, [1978] ECR. 629.

judiciales de los Estados miembros. Esto da lugar a un sistema "descentralizado" de control jurisdiccional de la compatibilidad de la ley nacional con la norma comunitaria, posibilitando a todos los jueces nacionales elevar el caso al Tribunal de Justicia de la Comunidad, cuando se presenten dudas sobre la interpretación y validez de la norma comunitaria relevante para su decisión. De modo que se puede apreciar una combinación del sistema descentralizado (como el que se practica en los EE. UU) y del sistema centralizado (que prevalece en Europa)⁽¹¹⁾. La combinación de estos dos sistemas comporta la incorporación de las ventajas de cada uno; de un lado, la vigencia del efecto directo y la supremacía; y por otra parte, la posibilidad siempre latente de obtener una decisión válida para todos, en el caso del recurso "prejudicial" del Tribunal de Justicia de la CE.

II. La segunda línea de desarrollo de la posición federalista se basa principalmente sobre la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrita en Roma en 1950. La Convención ha sido ratificada por veintitrés Estados miembros del Consejo de Europa. Otros tres países han firmado la Convención: se trata de Polonia, Hungría y Bulgaria.

También en este sistema se aplica el principio del efecto directo a todos los Estados miembros, salvo las siguientes cinco excepciones: el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Suecia e Islandia. De todos modos, en estos países prevalece la doctrina de "presunción de conformidad", que significa que en caso de conflicto entre la normativa nacional y la Convención, los jueces nacionales deben dar preferencia a aquella interpretación que supere el conflicto, y esto se debe a la presunción de que ningún Estado miembro ha de violar un compromiso internacional libremente aceptado.

En cuanto a los restantes dieciocho países para los cuales la Convención posee efecto directo, es decir es la "ley del lugar", debe distinguirse entre los que atribuyen a la Convención el mismo valor que una ley ordinaria: tal es el caso de Italia, Alemania, San Marino, Turquía, con la consecuencia de que una eventual ley nacional posterior, en conflicto con la Convención, prevalecería sobre ésta.

Otros países -Austria, Holanda, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Chipre, Grecia, Malta, Portugal, España y Suiza- atribuyen a la Convención una eficacia superior a la ley ordinaria, con la consecuencia de que la Convención prevalece sobre la ley nacional posterior⁽¹²⁾.

(11) Ver sobre el modelo de control descentralizado y el centralizado, y sus respectivas ventajas y desventajas, mi libro *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, especialmente caps. III, IV y V.

(12) Un estudio pormenorizado sobre la eficacia de la Convención en los varios países miembros es el de J. POLAKIEWICZ & JACOB-FLOTTER, *The Impact of the European Human Rights Convention, in Domestic Law: The Impact of Strasbourg Case Law in States where Direct Effect is Given to the Convention*, en 12 "Human Rights Law Journal" (1991), p. 125 ss. (Esta es la segunda parte de un artículo, cuya primera parte analizaba el impacto de la Convención en los cinco países en los cuales no posee efecto directo).

Otra característica de importancia histórica de la Convención la constituye la cláusula facultativa del artículo 25, que atribuye legitimación activa para actuar ante la Comisión Europea de Derechos Humanos a quien, habiendo agotado los eventuales remedios internos, afirme ser víctima de una violación de alguno de los derechos proclamados en la Convención, producto de cualquier tipo de acto nacional (legislativo, administrativo o judicial). El hecho verdaderamente impactante es que los veintitrés Estados miembros, incluidos aquellos cinco que no atribuyen efecto directo a la Convención, han aceptado la cláusula facultativa. Esto significa que, en la actualidad, más de cuatrocientos millones de ciudadanos europeos tienen la posibilidad de recurrir a un órgano transnacional en el caso de una violación del catálogo transnacional de derechos. No hay que hesitar en decir que se trata de un desarrollo de importancia histórica y sin precedentes. Piénsese que en el Reino Unido en estos últimos años se ha dado un amplio debate sobre la oportunidad de adoptar un "British Bill of Rights". El hecho es que tal declaración de derechos ya existe allí, como lo demuestra la circunstancia de que en muchos casos se ha visto constreñido a observarlo. Esto último ha ocurrido presumiblemente por la ausencia de una declaración de derechos vinculante para el legislador, lo que ha provocado que el Reino Unido haya sido el blanco más frecuente de las decisiones condenatorias de la Corte Europea de Derechos Humanos⁽¹³⁾. Con todo, debe reconocérsele al Reino Unido que siempre ha sido muy diligente en cumplimentar las decisiones condenatorias de la Corte, aun en los casos en que aquélla se pronunciaba contra instituciones profundamente arraigadas en la historia del derecho inglés⁽¹⁴⁾.

Es importante remarcar en relación a la protección transnacional de los derechos humanos, que Europa ha conquistado un papel de liderazgo en el mundo contemporáneo. La Carta Interamericana de Derechos Humanos, y la maquinaria de naturaleza judicial establecida para su actuación, esto es, la Comisión y la Corte Interamericana de derechos humanos con sede en San José de Costa Rica, han sido moldeadas sobre la base de las instituciones europeas, como lo ha reconocido, por ejemplo, el Presidente de la Corte, el notable jurista y comparatista mejicano, Dr. Héctor Fix Zamudio⁽¹⁵⁾.

(13) Un observador británico ha comentado que "desde el punto de vista de las estadísticas el Reino Unido ha generado la mayor congestión de trabajo a los mecanismos de supervisión de Estrasburgo. Un quinto del total de los casos sometidos a la Corte proviene del Reino Unido", J. L. MURDOCH, *The European Convention on Human Rights in Scots Law*, 1991, "Public Law", p. 40.

(14) Este ha sido el caso de la condena en el recurso del "Sunday Times", ver el caso en la decisión del 26 de abril de 1979, Eur Ct. H. R. (Ser A N° 30 [1979]). Para una síntesis del caso ver M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 84-86.

(15) Ver la ponencia de H. FIX ZAMUDIO, en F. Carpi & C. Giovannucci Orlandi (dir.), *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milan, Giuffrè, 1991, vol. I, p. 387 ss.

Este liderazgo del Viejo Continente es causa de justo orgullo y es de esperarse que se encuentre también en la base de los desarrollos en otros continentes, como ser Africa, donde la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en 1981 y en vigor desde 1986 (ratificada al 1 de enero de 1991 por cuarenta estados africanos)⁽¹⁶⁾, ha sido hasta ahora de una eficacia limitadísima. Y esto es a causa del hecho de que "sería necesaria una Corte de Justicia como la europea"⁽¹⁷⁾. Es significativo que la creación de una Corte Africana sobre el modelo europeo haya sido propugnada asimismo por juristas africanos reunidos en un coloquio sobre "Derechos Humanos" realizado en Banjul, Gambia, donde se reconoció que "ha llegado el momento del establecimiento de una Corte independiente cuyas decisiones sean vinculantes para los Estados miembros"⁽¹⁸⁾.

Desearía subrayar que este liderazgo del Viejo Continente en materia de derechos humanos es una conquista de la cual hay que estar orgullosos; en efecto, estimo que la filosofía de los derechos humanos ha sido la contribución más importante de Europa a la cultura política y jurídica; ya que ésta, como lo afirma el profesor norteamericano Louis Henkin, el máximo experto de ese país en la materia, "es el ideal de nuestro tiempo"⁽¹⁹⁾.

Naturalmente, la filosofía de los derechos humanos es una fuerza importantísima de integración en Europa, y más generalmente en el mundo occidental. Los comparatistas han hablado por muchos años de familias jurídicas, pero aquí estamos en presencia de un factor que supera las diferentes familias jurídicas, sobre todo la del Derecho continental y del "Common Law". Irlanda, obviamente, participa a pleno de esta poderosa evolución: muchas de las decisiones importantes de la Corte Europea de Derechos Humanos han sido promovidas por ciudadanos irlandeses; sin olvidar la decisión fundamental contra el Reino Unido que fue producto de un proceso instaurado por el Estado irlandés⁽²⁰⁾.

(16) Ver J. B. MARIE, *International Instruments Relating to Human Rights*, en 12 "Human Rights Law Journal", 1991, p. 33.

(17) Como lo ha puesto de relieve un ex Secretario General de la Organización para la Unidad Africana, y uno de los principales redactores de la Carta: "Sin una Corte de Justicia, como la Corte Europea que hace las veces de un genuino tribunal, ¿cómo puede asegurarse una protección efectiva?". EDEM KODJO, *The African Charter on Human and Peoples Rights*, en 11 "Human Rights Law Journal", 1990, p. 261.

(18) Ver *Judicial Colloquium on Human Rights: the Banjul Affirmation*, en "Commonwealth Law Bulletin", 1990, p. 357.

(19) L. HENKIN, *The Rights of Man Today*, 1978, p. 43 ss., 156 ss.

(20) La decisión ha condenado al Reino Unido por el tratamiento degradante de los detenidos. "Irlanda v. Reino Unido", "European Rights Reports", vol. 2, p. 25.

Como es notorio, la filosofía de los derechos humanos ha penetrado también en el derecho comunitario, especialmente después de la decisión de la Corte de Justicia en los casos "Nold v. Comisión" y "Rutili v. Ministerio del Interior"⁽²¹⁾.

A partir de estas decisiones, es un dato firme la existencia de una conexión entre el derecho comunitario y la Convención, en el sentido de que el derecho comunitario debe observar ciertos principios generales en materia de derechos humanos, principios que por el momento no se encuentran definidos en un catálogo comunitario; la Corte, en un trabajo esencialmente creativo, debe "encontrar" tales principios, para lo cual se "inspira" en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, pero también en los pactos que obligan a los Estados, en particular, la Convención Europea.

Debe señalarse que la finalidad de integración de la Convención no se escapaba a la intención de sus autores; en el Preámbulo de la Convención se expresa que "Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus Miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la prosecución y el desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales"; y para ello "Resueltos, en cuanto Gobiernos de los Estados Europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y tradiciones políticas de respeto a la libertad y de preeminencia del derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos anunciados en la Declaración Universal".

III. Hasta aquí he concentrado mi atención sobre el "acquis comunitario" y la Convención, por considerar que este punto es más que importante: es fundamental. Es menester avanzar y considerar otros acontecimientos recientes que impulsan más adelante la empresa europea. En primer lugar, el Acto Unico Europeo, y en segundo lugar, el Tratado de Maastricht. Discutiremos brevemente estos dos hitos.

El Acto Unico Europeo, cuya importancia es de una notoriedad universal, ha configurado gran parte de la actividad de la Comunidad de los últimos años. De particular importancia es la extensión de las áreas en las cuales la regla de la mayoría se aplica, limitándose así el poder de veto de los Estados miembros; asimismo el denominado "déficit democrático" se ha atenuado sustancialmente, o ha sido del todo eliminado. Esto significa un elemento importante del federalismo: la posibilidad del gobierno central de adoptar decisiones aun ante la oposición de cualesquiera de los Estados miembros. Otra importante

(21) Caso "Nold v. Comisión", [1974] E. Comm. Ct. J. Rep. 491; Caso "Rutili v. Ministerio del Interior", [1975] E. Comm. Ct. Rep. 1219.

conquista del Acto Unico es la que de manera un poco optimista ha sido llamada la "Europa de los ciudadanos", esto es, un empeño mayor en temas tales como la protección del consumidor y del medio ambiente, con miras a un mejoramiento general de la "calidad de vida" de los ciudadanos de la Comunidad. Precisamente, por la importancia de estos dos temas, dos de los volúmenes del proyecto "Integration Through Law", han sido dedicados a ellos, aun cuando no estaban incluidos entre el ámbito de las competencias comunitarias⁽²²⁾.

En cuanto al Tratado de Maastricht, es un gran paso adelante en la empresa federal; provee las bases para el establecimiento de una unión monetaria, que naturalmente representaría un nuevo pilar de la Europa Federal. No se puede concebir seriamente a los Estados Unidos con monedas distintas para cada uno de los cincuenta Estados de la Unión; a los ojos de todos, los EE. UU. significa, entre otras cosas, el dólar estadounidense. Si Europa será capaz de moverse en la misma dirección es quizás prematuro decirlo. Pero, a mi modo de ver, se debe reconocer la iluminada visión de los líderes europeos que han lanzado el Tratado, como así la de aquellos pueblos, como el irlandés y el francés (aunque con una mayoría estrecha), que lo han aprobado. Naturalmente, existen dificultades en algunos países, incluidos además Italia y España (cuyos Parlamentos, no obstante, han ratificado el Tratado con una amplia mayoría), debido a que sus economías y sistemas monetarios son más débiles que los de Alemania y Francia. A pesar de ello, el proyecto debe elogiarse, y la oportunidad de adoptarlo no parece -en mi opinión- suscitar ninguna duda.

Desearía en este punto agregar algunas observaciones sobre el federalismo. Francamente, encuentro increíble que tantos hombre políticos en Europa parezcan estar perturbados con la idea de una Europa Federal. El federalismo no es solamente una "forma de gobierno"; es sobre todo la mejor forma posible de gobierno "liberal" y "democrático", en grado de proteger y respetar las libertades fundamentales de los ciudadanos. El federalismo es el modo mejor de conciliar "diversidad" con igualdad de tratamiento; centralismo con descentralización. Constituye una forma ulterior de democrática "separación de poderes"; se puede hablar de una "separación de poderes vertical", en el sentido de que algunos poderes "enumerados" pertenecen al gobierno federal, mientras que el resto de los poderes ("poderes residuales") se reserva a los Estados miembros de la Unión. El federalismo se caracteriza por el pluralismo:

(22) Se trata de los volúmenes 3 y 4 del proyecto *Integration Through Law*, cit. supra; los volúmenes han sido redactados respectivamente de T. BOURGOIGNIE y D. TRUBEK, *Consumer Law, Common Market and Federalism*, Berlin/New York, De Gruyter, 1987, y por R. STEWART y E. REHBINDER, *Environmental Protection Policy*, Berlin/New York, De Gruyter, 1985.

la razón por la cual los ex países comunistas eran "federales solamente en los papeles pero no en la realidad", fue precisamente porque el pluralismo faltaba en aquellos regímenes autoritarios. Esto explica la explosión de conflictos en las ex Repúblicas Soviéticas y en Yugoslavia ni bien el gobierno central perdió el férreo control, basado en la fuerza y no en el consenso. El federalismo, por el contrario, es un modo de conjugar diversidades étnicas, raciales, lingüísticas, sobre la base del consenso y de la participación, jamás de la fuerza. Esto explica también la razón por la cual en la historia de los pueblos, los grandes imperios fueron destinados a la disolución apenas la fuerza del centro se atenuaba; al contrario, federaciones como la suiza y la norteamericana han sido estables, a pesar de diversidades de varios géneros, incluida la lingüística.

El proyecto internacional "European Integration in the Light of the American Federal Experience", que he tenido la oportunidad de dirigir juntamente con los colegas Joseph Weiler y Monica Seccombe, en el ámbito del Instituto Universitario Europeo de Florencia, ha sido una tentativa, tal vez un poco audaz, de señalar algunas "lecciones" que Europa podía extraer de dos siglos de federalismo en los Estados Unidos. Naturalmente, no ha faltado la crítica banal como -a mi modo de ver- infundada de que Europa y los Estados Unidos no son entidades comparables. Desearía reproducir en este contexto la réplica que proporcioné a aquel cuestionamiento, que pienso es relevante en el cuadro del presente análisis:

"Precisamente, ha sido a causa de la ausencia de un fuerte gobierno central, que no hubo alternativa al audaz intento de la Corte de Justicia Europea de promover por sí misma los principios del federalismo (efecto directo, supremacía y 'pre-emption'). Es plausible afirmar que Europa se muestra mucho más diferenciada que los Estados Unidos de América; con todo, parece poco probable que tal diversidad esté más acentuada en la actualidad en Europa que en su momento en los Estados Unidos; no solamente dos siglos atrás, sino también un siglo atrás, en un país de dimensiones continentales, con muchas razas y religiones, la combinación de enormes riquezas y pobreza, las heridas de una guerra civil y de la esclavitud, y con un Este industrializado y refinado, un Sur profundo, casi colonial, un Oeste medio agrícola, y un lejano Oeste sumido en la aventura. Un estudio de todas las pruebas posibles de la influencia que el federalismo y el constitucionalismo, tal como han sido aplicados por la Corte norteamericana, han tenido durante siglos de gradual integración de un país tan diversificado, puede ofrecer a los europeos lecciones fundamentales, como así demostrar la legitimidad de una audaz y creativa jurisprudencia constitucional y federal, como aquella que en los últimos decenios viene adoptando la Corte de Justicia de la Comunidad"⁽²³⁾.

(23) Ver M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process...*, op. cit., pp. 177-80.

Puntualmente en el caso europeo, debe considerarse que existen cada vez mayores presiones en la dirección de una mayor integración, que derivan de muchas características de la sociedad; de millones de europeos que van del Sur al Norte en búsqueda de trabajo; y de las innumerables empresas multinacionales que son el reflejo del carácter multinacional de los procesos económicos y de las estructuras económicas de nuestra época. La cultura de los individuos y de los grupos de nuestro tiempo, es también inevitablemente transnacional, debido al carácter transnacional de las comunicaciones. Aun las circunstancias de nuestro tiempo, a pesar de las turbaciones producto de escandalosos resurgimientos del racismo y la xenofobia, nos demuestran que, a través de la universalización de ciertos valores fundamentales, los pueblos crecen más vecinos, el riesgo de conflicto disminuye, y nuevas síntesis emergen a partir del encuentro de costumbres diversas, de razas diversas, y de culturas diversas. Toda la historia de Europa es asimismo la historia de encuentros y de riqueza que produce tal síntesis. La época más gloriosa de la historia europea es resultado de tal síntesis. El encuentro e integración de los pueblos y las culturas mediterráneas, en la época de Roma; el encuentro y la integración de pueblos romanos y germanos, que llevó a aquel renacimiento del comercio, de las artes, y de las nuevas lenguas, después de los siglos del Alto Medioevo ("The Dark Ages", La Era Oscura). La historia de Europa demuestra además que las épocas más gloriosas de la civilidad jurídica se han caracterizado por una gran pluralidad de "fuentes del derecho", en las cuales un rol importante desempeñaba la creatividad de los jueces, exactamente lo mismo que hemos observado en Europa con la justicia constitucional (incluida la de la Corte de Estrasburgo y la comunitaria). Así el derecho romano, en su época de expansión más gloriosa, pudo hallar en el pretor peregrino y sus "edicta", el instrumento principal de su evolución y modernización; obra que fue posteriormente continuada por los "jurisprudentes", con sus "responsa" (a menudo vinculantes) a requisitorias basadas en casos concretos. Muy similar a la labor de los pretores, ha sido la de los "Chancellors" y de las Cortes de Equidad en la fase más imaginativa del derecho inglés. También aquí, la evolución del derecho y la actividad creativa de las Cortes resultó frecuentemente inspirada en principios no escritos de equidad o "aequitas", similares a los criterios adoptados en la actualidad por la Corte de la Comunidad, en su doctrina de los "principios generales", de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, o de los principios del derecho internacional de los derechos humanos. Cuando posteriormente, con la formación de los Estados Nacionales, tal pluralismo tuvo fin, y comenzó a prevalecer la idea positivista del Estado como fuente exclusiva de derecho, languideció todo aquel pluralismo de fuentes de derecho, especialmente en la Europa continental. Como con la codificación de Justiniano, la idea que dominó es la de que todo el derecho debía ser de carácter legislativo.

Pero esta idea no es válida en la actualidad, y la visión monolítica de un rígido centralismo napoleónico ha sido gradualmente superada por una visión mucho más completa pero también más realista del derecho. Ciertamente, los que tienen conciencia de las lecciones del pasado no se inquietarán por el carácter complejo de la nueva realidad. Un nuevo pluralismo está emergiendo, el derecho estadual legislativo posee en la actualidad muchos competidores y compañeros: el derecho constitucional, que pone límites al poder del Estado; el derecho comunitario, que también reclama el status de "lex superior", superior aun al derecho constitucional nacional; los principios generales no escritos, nacionales y transnacionales. Con ello, la creatividad de los jueces se ha visto incrementada, porque tal creatividad siempre tiende a intensificarse cuando existe una pluralidad de fuentes: el pluralismo de las fuentes requiere comparación y control, lo que supone la revisión judicial. Estos advenimientos en Europa revelan una semejanza sorprendente con los desarrollos pasados y presentes en los Estados Unidos⁽²⁴⁾.

Tales similitudes han sido confirmadas por acontecimientos recientes en Europa, como por ejemplo se observa en el tan discutido "principio de subsidiariedad", según se afirma en el artículo 3 (b) del Tratado de Maastricht⁽²⁵⁾. El principio de subsidiariedad se asemeja a lo que sucede en los EE. UU., en donde el derecho de los Estados miembros prevalece siempre que no esté en juego una competencia "enumerada" atribuida al derecho federal. De todos modos, el principio de las competencias "enumeradas", no excluye la existencia de las competencias "implícitas", en tanto sean necesarias para un "apropiado" ejercicio de las competencias enumeradas⁽²⁶⁾. Como ha sostenido correctamente la profesora irlandesa Brigid Laffen, en un artículo incluido en el volumen *Maastricht and Ireland* ⁽²⁷⁾: "la subsidiariedad es un principio federalista". El profesor D. Lasok manifiesta, en el mismo sentido, que "la subsidiariedad es un reflejo del federalismo, como lo es también el diseño comunitario"⁽²⁸⁾. Francamente, he encontrado increíble que, algunas semanas atrás, el Primer Ministro del Reino Unido definiese como una "estupidez" el considerar la subsidiariedad como un elemento del federalismo.

⁽²⁴⁾ Op. ult. cit., p. 181.

⁽²⁵⁾ El texto inglés es el siguiente: "Any action of the Community shall not go beyond that which is necessary to achieve the objectives of the Treaty" y "the Community will act only if and insofar as the objectives of proposed action cannot be achieved by the Member States".

⁽²⁶⁾ Ver M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process...*, op. cit., Cap. VII, especialmente pp. 328 ss., 363 ss.

⁽²⁷⁾ PATRICK KEATINGE, Ed. *Maastricht and Ireland. What the Treaty Means*, Dublin, "Institute of European Affairs", 1992, p. 15 ss.

⁽²⁸⁾ D. LASOK, *Subsidiarity and the Occupied Field*, en 1992 "New Law Journal", pp. 1228-9.

Otro elemento fundamental del federalismo norteamericano es la doctrina de la incorporación, es decir, que ciertos derechos fundamentales del "bill of rights" federal, no vinculen solamente al gobierno federal, sino también a los de los Estados miembros. Esto se puede observar asimismo en Europa, debido a que -como ya lo hemos manifestado- la Convención Europea de los Derechos Humanos es vinculante en la práctica para los veintitrés países que la han ratificado, incluidos los doce de la Comunidad.

IV. Algunas otras reflexiones pueden ser oportunas en este punto, sobre el reciente Tratado de "Unión Europea" (Tratado de Maastricht, del 2 de febrero de 1992). Aunque debo reconocer que mi formación jurídica puede ser inadecuada, ya que los conocimientos del economista, sobre todo del macroeconomista, son necesarios⁽²⁹⁾. Con aquel entendimiento, efectuaré no obstante algunas reflexiones basadas (espero) en el sentido común sobre el Tratado de Maastricht y su contribución a la creación de los Estados Unidos de Europa.

Desde un punto de vista político, el Tratado es bastante cauto, pero no hay que subestimar la importancia de atribuir un derecho de voto, aunque limitado a las elecciones municipales, a todos los residentes comunitarios sin importar sus nacionalidades. También el esfuerzo de procurar una "integración" de las policías de varios países en la lucha contra la criminalidad organizada, me parece un dato significativo de la toma de conciencia de que ciertos fenómenos de nuestra época pueden ser eficazmente controlados sólo desde un plano transnacional.

Pero centremos nuestra atención en lo que constituye el punto fundamental del Tratado: la unión monetaria. El temor más difundido sobre este tema es que la Europa de Maastricht finalice por ser dominada por el poder económico germano. El sentido común, sin embargo, indica que verdaderamente la política monetaria alemana ha ejercido una influencia muy marcada aun antes de Maastricht; y que es de esperarse una influencia menor desde el momento en que las políticas sean determinadas colectivamente, en vez de por cada uno de los Estados separadamente. Durante la campaña por el referéndum francés se puso en evidencia que el temor principal de los que se oponían a Maastricht era que la economía europea fuera a estar dominada por Alemania reunificada. Curiosamente, este temor estuvo también presente en quienes favorecían el

⁽²⁹⁾ Los economistas no han logrado ponerse de acuerdo sobre los beneficios y desventajas del Tratado. Una muestra típica es la polémica entre André Grjebin y Philippe Lagayette, en 71 "Le Débat", 1992, p. 15 ss. y 46 ss. Mientras que el primero es de la opinión de que del Tratado de Maastricht derivarán terribles consecuencias, el segundo refuta punto por punto las opiniones del otro. La conclusión que he extraído de aquella discusión es que existen razones "técnicas" de ambos lados; de manera que no me resta más que examinar la cuestión con ojos ingenuos.

Tratado. Se trata, por lo tanto, de un temor que no tiene raíces puramente ideológicas, pero que preocupa sinceramente a muchos ciudadanos de Europa, incluyendo aquella mayoría que estima que la unión monetaria es un paso muy importante en la dirección correcta.

Una sensación fuertemente extendida entre los europeos es que las turbulencias de las monedas europeas han sido causadas por la política restrictiva del Bundesbank, en particular, por las altas tasas de interés adoptadas por este banco para combatir las tendencias inflacionarias provocadas a partir de la unificación de los Landers de la ex República Democrática Alemana. Las altas tasas de interés han generado una gigantesca fuga de capitales de las otras naciones de la Comunidad Europea. De manera que no fue posible mantener las paridades cambiarias a los niveles establecidos por el Sistema Monetario Europeo (SME), con el resultado de que Italia y el Reino Unido debieron excluirse del SME (España no optó por salir del sistema, pero se vio obligada a devaluar su moneda), y esto debido al hecho de que las distintas monedas nacionales perdían valor frente al marco alemán. Como consecuencia de ello, los bienes importados resultaron más caros, determinando una mayor depreciación de la moneda. Los otros países de la Comunidad no tuvieron la posibilidad de reducir las tasas de interés (lo que según ellos hubiera sido la mejor forma de reaccionar a la recesión mundial), porque esto hubiera acentuado la fuga de capitales. Por el contrario, los países debieron mantener altas las tasas de intereses para atenuar aquel fenómeno. De modo que, de hecho, el Bundesbank determinó las políticas monetarias de los otros bancos centrales. En rigor de verdad, la influencia determinante de las políticas monetarias alemanas hace tiempo que no era una novedad, pero con anterioridad a la unificación alemana, y con una coyuntura más favorable, aquella preponderancia alemana no era observada con disfavor; al contrario, el marco alemán era visto como un elemento estabilizador de las otras monedas, aunque naturalmente las tasas de interés eran más bajas, y el fenómeno de la fuga de capitales no era tan acuciante. Con la caída de los mercados de Europa Oriental, la influencia antiinflacionaria del Bundesbank pasa a ser un dato negativo para las otra monedas. El Bundesbank tiene la misión, establecida en su propio reglamento, de asegurar la estabilidad de la moneda, pero en la actual coyuntura se ve obligado a adoptar políticas que contemplen al resto de los países, a fin de dejar margen de acción a los bancos centrales para procurar sus políticas monetarias.

El gran interrogante que se abre es el de saber si la Europa del post-Maastricht estará en la posibilidad de resolver los problemas señalados; la respuesta a mi modo de ver es afirmativa. Un banco central europeo podría adoptar decisiones sobre la base de una participación colectiva. La supremacía alemana en política monetaria bajo aquella condición no sería fácil, ya que un

banco central debería adaptar su política a las exigencias del conjunto de los Estados miembros. No obstante, se debe reconocer que la potencia económica alemana seguiría jugando un rol importante, pero ciertamente las decisiones se adoptarían colectivamente y la responsabilidad sería compartida.

Una preocupación adicional inquieta a los países con monedas fuertes. Se estima que sus monedas perderán valor, debido al hecho de que la moneda única resultará de la combinación de las monedas fuertes y débiles, con la obvia consecuencia de que de tal combinación surgirá una moneda menos fuerte que las primeras. Asimismo, se prevé la posibilidad de que el Banco Central europeo sea gobernado por una mayoría que prefiera una política de expansión de la economía y de pleno empleo a una política de deflación, lo que puede atentar contra el valor de la moneda. De producirse esto, el debilitamiento de la moneda traerá aparejada una menor capacidad de compra. Aunque, a un nivel macro-económico, esta desventaja podría ser reequilibrada, ya que los países con una economía orientada a las exportaciones se verían aventajados, debido a que sus productos serían menos costosos.

Una tercera fuente de preocupación, esta vez tanto para los países económicamente dotados como para los más débiles, se refiere a la cuestión - todavía irresuelta- de cómo los instrumentos de política monetaria nacionales serán sustituidos. En el pasado, los países económicamente más débiles podían - hasta cierto límite- incentivar sus exportaciones mediante la devaluación de sus monedas; además, en caso de crisis económicas podían solicitar la exclusión del SME. Los Estados no contarán a partir de Maastricht con estas facultades. El gran interrogante es cómo podría una estructura monetaria nacional ocupar el puesto de una política nacional que en este momento es inexistente. Asimismo, no está claro si las políticas presupuestarias nacionales podrán ser utilizadas como instrumento autónomo bajo la severa dirección de las reglas de Maastricht relacionadas con el "budget plafond". En relación a esto, los países económicamente más fuertes tienen el temor de verse obligados a soportar el creciente costo de la "política regional" europea, en razón de la imposibilidad por parte de los países débiles de adoptar políticas monetarias autónomas.

Esta preocupación se agudiza si se tiene en cuenta que las regiones económicamente menos desarrolladas y más pasibles de rebrotes inflacionarios, estarán expuestas al riesgo de una ulterior pérdida de actividad económica, y, por lo tanto, deberán depender cada vez más de la asistencia de los países más desarrollados. Estos posibles efectos negativos, sin embargo, podrían ser superados debido al hecho de que los países ricos podrían aumentar sus exportaciones a los débiles, ya que la unión monetaria los impulsará a mejorar su rendimiento económico. En la actualidad los países pueden desviar la atención a sus problemas, v.g. mediante la devaluación monetaria; con posterioridad a la unión monetaria los problemas no podrán en adelante ocultarse, por el contrario, será necesario confrontarlos y resolverlos.

Una última duda se relaciona con el denominado "déficit democrático". El punto en discusión es si la transferencia de importantes decisiones a las instituciones de la Comunidad representará un agravamiento de dicho "déficit". El Banco Central europeo, en particular, no podría ser concebido distintamente de los bancos nacionales, como ser el Bundesbank. Esto significa que seguramente habrá un alto grado de independencia de los representantes elegidos por el pueblo. Además, el Banco Central europeo debe tener la facultad de adoptar decisiones rápidas, lo que sería imposible si tuviera que depender de la voluntad de los Estados miembros. De manera que francamente no me parece que el "déficit democrático" en esta materia sea un punto débil. Por el contrario, estimo que está ampliamente probado que las interferencias de los hombres políticos en las materias monetarias han conducido generalmente a un mal manejo de la economía (el caso de Italia, que finalmente se encuentra adoptando una política de privatizaciones del sector público, demuestra la verdad de la afirmación de que la economía en las manos de los políticos está destinada al desastre).

Concluyendo, es innegable que existen problemas y las preocupaciones son justificadas, pero, ¿cuándo se ha visto un proceso de cambios profundos sin que haya sido necesario superar problemas y despejar preocupaciones? ¿No es acaso el "status quo" imperante en sí mismo fuente de problemas y preocupaciones? Ciertamente, los problemas se originan debido a los distintos rendimientos económicos de los varios países. Pero esto no puede oscurecer los aspectos positivos que el Tratado de Maastricht significa, que son ampliamente más numerosos que los negativos. Una comparación con los EE. UU. demuestra que hasta el día de hoy existen diferencias sustanciales entre los distintos Estados de la Unión, y que un papel fundamental está reservado a la movilidad laboral, para contrarrestar las tendencias inflacionarias de un Estado; y esto es así debido a que el incentivo de salarios más altos aumenta el flujo de la mano de obra hasta el punto de que el aumento de oferta disminuye el precio. En Europa la movilidad se ve obstaculizada por las diferencias lingüísticas. Esto demuestra la importancia de los programas comunitarios como "Lengua", y el entrenamiento de los trabajadores extranjeros y sus familias.

Admitiendo que importantes instrumentos equilibrantes están ausentes en la unión económica y monetaria, es posible sin embargo afirmar que el Tratado de Maastricht ejerce una fuerte presión sobre los países miembros, especialmente aquellos económicamente más débiles, a fin de que operen de manera más competitiva, y esto debido a que en adelante no podrán disimular un rendimiento pobre de sus economías: al contrario, existe un incentivo mayor para mejorar dicho rendimiento, ante la única alternativa de desmejorar su situación, si no se empeñan seriamente en aquel esfuerzo. Una mayor competitividad no puede más que aventajar al conjunto, ya que los Estados se verán lanzados a un nivel más alto de bienestar.

Un estudio excelente, publicado por el Instituto Irlandés de Asuntos Europeos, bajo la dirección del profesor Patrick Keatinge⁽³⁰⁾, sobre Maastricht e Irlanda, examina las implicancias del Tratado con respecto a Irlanda, efectuando un análisis admirable por su agudeza y exhaustividad. En una primera parte, el Tratado se examina en relación con sus procesos y su "carácter democrático"; en una segunda y tercera partes se analiza el Tratado a la luz de aquéllos que son los agregados y modificaciones al "Pilar Comunitario" y al "Pilar Intergubernamental" de la Unión Europea; en una quinta parte se estudia la contribución del Tratado al movimiento "hacia una Unión Federal"; por último, las dos últimas partes examinan los problemas específicos de Irlanda, sobre todo la compatibilidad del Tratado con la Constitución irlandesa. No me corresponde a mí intentar replantear los resultados de tal investigación, sino para poner en evidencia que un grupo de reconocidos expertos irlandeses ha arribado a conclusiones favorables sobre la adopción del Tratado. El hecho de que después de Irlanda, también Francia (aunque con una mayoría estrecha), Italia y España (con el apoyo amplio en sus respectivos Parlamentos), han ratificado el Tratado, es demostrativo de cómo el mismo ha sido considerado beneficioso para otros países (también la Cámara de los Comunes se pronunció con una leve mayoría en favor).

Lo importante en todo esto es que los fenómenos sociales, políticos y económicos más importantes de nuestra época poseen una dimensión transnacional, y que en consecuencia pueden ser disciplinados solamente a nivel transnacional. El gran historiador inglés Sir Arnold Toynbee, discutiendo uno de aquellos fenómenos, escribía en 1970:

"La transformación de las megalópolis en ecumenópolis en todos los continentes, fundiéndose en ecumenópolis. Una nueva clase de ciudad que puede ser representada únicamente por un espécimen, debido a que ecumenópolis unifica la superficie del planeta en un solo conurbano". Habiendo notado este fenómeno, Toynbee concluía que: "el interrogante que se abre no se refiere a la cuestión de si ecumenópolis ha de constituirse: sino que la pregunta es si la humanidad ha de ser su conductora o su víctima, ¿hemos de lograr que la inevitable ecumenópolis se constituya en un hábitat tolerable para la suerte de los seres humanos?" La respuesta de Toynbee es que solamente un gobierno mundial puede asumir el rol de "conductor" de la "ciudad mundial"⁽³¹⁾.

La "ciudad-mundo" puede aparecer como una idea visionaria de un remoto futuro, por ello es necesario darle un contenido más específico y concreto, para que acompañe el ritmo del comercio, las comunicaciones y la

⁽³⁰⁾ P. KEATINGE, op. cit.

⁽³¹⁾ Ver A. TOYNBEE, *Cities on the Move*, 1970, p. 196 "et passim".

cultura que asumen -y cada vez lo harán más- un carácter planetario. De ahí la necesidad de una política y de una visión social y jurídica transnacional, aunque sea a nivel continental si no es posible hacerlo a nivel universal. Aunque no debe dejar de mencionarse que dos siglos atrás la visión universal fue avanzada por Emmanuel Kant, quien propugnaba la tesis según la cual la única solución para salvar a la humanidad del flagelo de la guerra era la de promover una "unión de todas las naciones"⁽³²⁾, ideal cuya realización aunque fuera gradual era -según Kant- un imperativo moral de todo el género humano.

Es claro que la visión de Kant ha cobrado un valor realista y urgente en la actualidad, después de haber sufrido dos guerras mundiales, y la creación de instrumentos capaces de producir una catástrofe planetaria. Hoy la cuestión no es si debemos movernos en aquella dirección -que es el único modo razonable y realista de operar en el mundo contemporáneo-, sino preguntarse si tenemos el tiempo suficiente para hacerlo.

* * *

Hemos querido brindar una reflexión que muestra la tendencia actual hacia la Federalización de Europa, expuesta desde el vértice de una de sus porciones más inteligentemente dispuestas al logro de esa trascendental empresa: Irlanda.

En 1981 creí que América (dejando que México "invada" a los EE. UU.) del Centro y del Sur estaba madura para encarar la integración cultural y que para ello podía adaptar -a sus propias circunstancias e idiosincrasia- el proyecto de crear un Instituto Universitario Superior, de post grado, de alta especialización, como el que funciona en Florencia, órgano de la Comunidad Económica Europea.

Recuerdo que uno de los Fundadores de esa Comunidad, Jean Monnet, en sus años últimos, expresaba que si retrospectivamente pudiese volver a movilizar los entusiasmos en derredor de ese propósito no titubearía en asignar la importancia mayor a la *integración cultural* que reputaba de más significación y trascendencia que la económica.

Tampoco debo omitir que los cuatrocientos cuarenta millones de hispanos y lusitanos que pueblan este Continente tienen la facilidad de entenderse prácticamente en una sola lengua (los brasileños, en general, captan perfectamente el español), factor totalmente diferente al de la Comunidad de los Doce, en donde ese aspecto no deja de ofrecer serias dificultades.

⁽³²⁾ EMMANUEL KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*", en "Kant's Werke", "Band VIII (Abhandlungen nach 1781)".

En esta oportunidad, sin embargo, el nivel de las reflexiones circula por un registro diferente. Muchas veces me pregunto cómo naciones de tan rica geografía, de inmensos recursos, variedad de climas y de regiones dotadas naturalmente de potencialidades inigualables, así como de hombres de pensamientos tan jerarquizados, no han podido encontrar los mecanismos adecuados para asumir una formidable empresa de desarrollo, modernización y bienestar.

Mi respuesta -la contrapartida de la experiencia del siglo XIX- es saber encontrar un nuevo Simón Bolívar que reconstruya las veintiuna naciones en un vasto espacio geopolítico que permita, *al conjunto*, el avance equilibrado y justo, en pos de las grandes metas comunes.

No con el peso de la espada ni banderas belicosas sino en la paz de las nuevas y fecundas ideas superadoras de lo existente.

Este sería el núcleo de mi mensaje que augura insinuantes posibilidades y el éxito en su concreción.