



SANT'ANNA LEGAL STUDIES

STALS RESEARCH PAPER N. 8/2008

Antonio Lazari

De Ulises, Hércules y el nuevo orden cosmopolita

Sant'Anna School of Advanced Studies
Department of Law
<https://stals.sssup.it>

ISSN 1974-5656

De Ulises, Hércules y el nuevo orden cosmopolita

Antonio Lazari

Resumen

La filas del ejército occidental han derrotado al tirano persa. Con admirable respeto y piedad por el dolor ajeno, así Esquilo describe en "Los Persas" la capitulación de Jerjes, que había osado desafiar a los dioses. La *hybris* de Jerjes fue vencida en Salamina por las milicias occidentales, creando una nueva *Koiné* democrática, un nuevo orden cosmopolita. Más de dos mil años más tarde, de un "new world order" habla Bush Jr. en un discurso posterior a la victoria en Irak ("*I hope history will record that the Gulf Crisis was the crucible of the new world order*") y de "new world order" se ha tratado copiosamente en la comunidad científica internacional. Una sugestiva recopilación de ensayos asocia la cuestión relativa a la constitución de un nuevo orden americano con un interrogante que tiende a redimensionar la validez del Derecho: "El nuevo orden americano ¿la muerte del derecho?". Por otro lado, afloran significativamente en la otra orilla del Océano estudios de importante envergadura relativos paradójicamente a un "new world order": es el título del libro escrito por A. M. Slaughter, que plantea la posibilidad de concebir la comunidad internacional en términos de redes globales independientes de los tradicionales Estados soberanos. Un capítulo de la monografía arroja luz sobre la integración europea y el papel desarrollado por el Derecho en el proceso comunitario. Este trabajo girará alrededor fundamentalmente de esas dos cuestiones básicas: la relación de Fuerza y Derecho en el nuevo *cosmos*, y en la Unión Europea cual prototipo escogido por Slaughter, y dentro de la segunda opción, qué categoría de Derecho ha contribuido, y sigue contribuyendo, a la consolidación de un nuevo paradigma supranacional.

Palabras claves

Orden cosmopolita, comunidad internacional, fuerza y derecho, Unión Europea

De Ulises, Hércules y el nuevo orden cosmopolita

Antonio Lazari*

SUMMARY: 1. De Marte y Venus o de la Fuerza y Debilidad: el nuevo (des)orden internacional - 2. Observando las revoluciones de Venus. - 3. 3. "The importance of being responsible" (la atadura de Ulises) y la cross-fertilisation (la estrechez de la atadura). - 4. La (e)lección de Ulises: la necesidad de un paradigma conceptual comunitario. - 5. La desagregación del Estado y de la creencia en el Dios-parlamento. - 6. La estrechez de la atadura : la cross-fertilisation como paradigma « gramatical » -judicial. - 7. El viaje de Ulises: Do the Lessons of EU Legal Integration 'Travel'? - 8. Consideraciones finales: la Sonderweg comunitaria y San Manuel

La filas del ejército occidental han derrotado al tirano persa. Con admirable respeto y piedad por el dolor ajeno, así Esquilo describe en "Los Persas" la capitulación de Jerjes, que había osado desafiar a los dioses. La *hybris* de Jerjes fue vencida en Salamina por las milicias occidentales, creando una nueva *Koiné* democrática, un nuevo orden cosmopolita. Más de dos mil años más tarde, de un "new world order" habla Bush Jr. en un discurso posterior a la victoria en Irak¹ ("*I hope history will record that the Gulf Crisis was the crucible of the new world order*") y de "new world order" se ha tratado copiosamente en la comunidad científica internacional. Una sugestiva recopilación de ensayos asocia la cuestión relativa a la constitución de un nuevo orden americano con un interrogante que tiende a redimensionar la validez del Derecho: "El nuevo orden americano ¿la muerte del

*Associate Professor in Private Comparative Law at the Sant'Anna School of Advanced Studies of Pisa.

¹ Paradójicamente habla de un "new world order" G. Bush senior el día 11 de septiembre del año 1990, en "*Bush: Out of These Troubled Times... a New World Order*," Washington Post, September 12, 1990.

derecho?"². Por otro lado, afloran significativamente en la otra orilla del Océano estudios de importante envergadura relativos paradójicamente a un "*new world order*": es el título del libro escrito por A. M. Slaughter, que plantea la posibilidad de concebir la comunidad internacional en términos de redes globales independientes de los tradicionales Estados soberanos³. Un capítulo de la monografía arroja luz sobre la integración europea y el papel desarrollado por el Derecho en el proceso comunitario.

Este trabajo girará alrededor fundamentalmente de esas dos cuestiones básicas: la relación de Fuerza y Derecho en el nuevo *cosmos*, y en la Unión Europea cual prototipo escogido por Slaughter, y dentro de la segunda opción, qué categoría de Derecho ha contribuido, y sigue contribuyendo, a la consolidación de un nuevo paradigma supranacional.

1. *De Marte y Venus o de la Fuerza y Debilidad⁴: el nuevo (des)orden internacional⁵*

Al margen de la invasión del ejército norteamericano en la antigua Babilonia, en la comunidad internacional emerge en este periodo una diversa percepción del peligro y, principalmente, de los métodos a adoptar ante las fuentes del peligro. Según Robert Kagan, la diversa capacidad de reacción depende de la mera diferencia en cuanto a la relación de fuerzas. El *soft power* es sustancialmente fruto de la debilidad, irónicamente denominado paraíso en la configuración internacional del columnista del *Washington Post* que ve EEUU proteger militarmente a una Europa-parásito y, por tanto, fácil

² AA., VV., *El nuevo orden Americano. ¿la muerte del Derecho?*, Almuzara, Córdoba, 2004.

³ A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, 2003.

⁴ R. KAGAN, *Of Paradise and Power. America and Europe in the New World Order*, NY, Alfred A. Knopf, 2003.

⁵ De la frase de los Bush ("*new world order*"), pronunciada en diversos momentos históricos 1990 y 2003 y con diversa concepción del mundo internacional (la de Bush padre sustancialmente a favor de Naciones Unidas; la de Bush hijo claramente en contra de las resoluciones de Naciones Unidas) surgen interesantes monografías A. M. SLAUGHTER, *The new world order*; E. LAMO DE ESPINOSA, *Bajo puertas de fuego. El nuevo desorden internacional*, Taurus, Madrid, 2004; T. TODOROV, *El nuevo desorden mundial*, Ed. Península, Barcelona, 2004; *Organización internacional nuevo orden mundial*, 2004.

portador del *welfare state*. Esta condición político-militar de debilidad habría contribuido a forjar la actual configuración de la Unión Europea, incardinada alrededor del rechazo de la guerra y del principio del libre mercado: un poder *soft*, en definitiva, edificado a falta de un consistente aparato militar.

Sería el cuento del “zorro y la uva”. Justamente porque débiles los europeos tienen todo el interés en devaluar, y en último análisis en desterrar, las leyes brutales de un mundo hobbesiano, en el que el empleo de la fuerza representa el único factor de seguridad y éxito de una nación. Acertadamente Kagan detecta el nacimiento de la actual Unión Europea en el rechazo consciente y reiterado del pasado, de los males de los nacionalismos y de la *Matchpolitik*. Todas las sociedades modernas occidentales nacen de un movimiento de rechazo a la guerra civil hobbesiana. La referencia al Estado de naturaleza debe conducir a la conclusión geoméricamente demostrada por Hobbes según la cual a este estadio brutalmente confuso sucede la paz social del Estado, moderno Leviatán⁶.

Una guerra ilimitada está basada sobre el concepto instrumental y ficticio de “defensa”, consustancialmente ‘ilegítimo’, en cuanto que colocado *a priori* por encima y mas allá del Derecho Internacional y de sus mecanismos taxativos: la guerra ‘total’ es un sistema por su misma configuración y admisión ajeno a la lógica jurídica. La paradoja ideológica de la referencia a Hobbes se anida en la circunstancia por la que mientras en el autor inglés se conceptualiza una “estrategia de salida” iusnaturalista del estado de naturaleza, en las concepciones neoconservadoras se llega a una “dinámica de salida” iusnaturalista del derecho positivo⁷. La “estrategia de salida” del estado de naturaleza desemboca *de plano* en las leyes elaboradas por el soberano-Leviatán. Todo ordenamiento jurídico nace de un desgarramiento en el tejido social, de la guerra civil. Es cuanto, justamente

⁶ Cfr. J. H. HEXTER, *Thomas Hobbes and the Law*, en 65 *Cornell Law Review*, 1980, 471; J. BOYLE, *Thomas Hobbes and the Invented Tradition of Positivism; Reflections on Language, Power, and Essentialism*, en 135 *University of Pennsylvania Law Review*, 1987. 383.

⁷ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, trad. it. in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 164-65.

refiriéndose a Hobbes y al momento constitutivo de la sociedad y del Estado, Derrida denomina la 'fuerza mística del derecho'⁸. La fuerza plasma (y se anida en) el Derecho en su momento fundacional y, en un primer momento, es constitutiva del Derecho. Los términos antagónicos - Fuerza y Derecho - se entremezclan en una visión deconstructivista - que no marxista- de la sociedad. No hay que examinar ambos conceptos con lentes hagiográficas y graníticas: la primera forja el segundo y el segundo tratará de limitar la primera. El Derecho no puede ser visto como un compartimento estanco al margen de las otras actividades sociales⁹.

La misma situación actual no debe invitar a la consideración de una ausencia absoluta de una *rule of law* internacional, más bien a su revalorización en el contraste dialéctico y titánico con el uso de medios ilimitados y brutales¹⁰. Entre la tendencia a la desjuridificación y la abjura del Derecho Internacional *tout court* pasa un buen trecho¹¹. Al contrario, incluso se podría afirmar que la afanosa búsqueda de método de resolución de las controversias internacionales al margen del uso del Derecho, contribuye con renovado interés a la indagación de nuevas técnicas jurídicas¹². La dialéctica del *sword and scales*¹³, *reason and will*¹⁴, se proyecta en el actual *cosmos* delineando dos tendencias mayoritarias¹⁵: "el nuevo

⁸ "Here the discourse comes up against the limit: in itself, in its performative power itself. It is what I here propose to call the mystical. Here a silence is walled up in the violent structure of the founding act. Walled up, walled in because silence is not exterior to language.[...] I would take the use of the word 'mystical' in what I'd venture to call a rather Wittgensteinian direction"; J. DERRIDA, *Force of Law. The 'Mystical Foundation of Authority*, en *Cardozo Law Review*, 1990, 943; traducido en español *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Tecnos, Madrid, 1997.

⁹ A. D'ORS, *La violencia y el orden*, Criterio, Madrid, 1998.

¹⁰ E. LAMO DE ESPINOSA, *Bajo puertas de fuego. El nuevo desorden internacional*, Taurus, Madrid, 188 ss.

¹¹ L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Poder y Derecho Internacional: ¿un orden mundial imperial y desjuridificado?*, cit., 159 ss.

¹² L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *La provincia del Derecho Internacional*, Dickinson, Madrid, 2004, 21: "la inercia del Derecho acaba imponiendo su presencia".

¹³ M. LOUGHLIN, *Sword and Scales: an Examination of the Relationship between Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

¹⁴ P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, Chicago, 1999.

¹⁵ Cfr. O.A. HATHAWAY, *Between Power and Principle: an Integrated Theory of International Law*, en *University of Chicago Law Review*, 2005, vol. 72, 469 ss.

orden de la globalización [...] y el nuevo orden mundial de hegemonía”¹⁶. Claro está que la figura tradicional del Estado no es la única declinación de la gramática internacional, sino que se van abriendo camino otros artefactos sociales y jurídicos alternativos. Ya no es adecuada una visión hagiográfica del Estado, encerrado en su soberanía popular y pacíficamente gobernado por las leyes de su Parlamento nacional. El Estado, aun concebido en la tradicional configuración propia del siglo XIX y parte del siglo XX, está atravesado por tensiones y contradicciones internas de tipo social, jurídico y económico que, merced al proceso de globalización, terminan por entrar en conexión con los correspondientes factores internos de otros Estados. ¿Son estos factores internos a los Estados y transnacionales los que pueden contribuir a ejercer una especie de contrapunto institucional a la desjuridificación internacional?¹⁷

“El núcleo del concepto de Europa a partir de 1945 ha sido y es el rechazo de las ambiciones hegemónicas de los Estados emergidos tras la paz de Westfalia de 1648”¹⁸.

R. Cooper sostiene que Europa vive hoy en un mundo postmoderno, ya no basado sobre el equilibrio de potencia sino sobre el rechazo de la fuerza y sobre normas de conducta auto-impuestas¹⁹. Los europeos no viven en un mundo kantiano, como asevera Kagan, habitan en una comunidad muy compleja y democrática, zigzagueante²⁰, corolario probablemente de la teoría geométrica a nivel supranacional del estado de naturaleza hobbesiano. Europa proporciona una concepción del Poder y del Derecho, distinta a la americana, que trata de trascender la fuerza bruta del Poder ilimitado. “*L’essenza sta*

¹⁶ L. PÉREZ PRAT, *Poder y Derecho Internacional: ¿un orden mundial imperial y desjuridificado?*, cit., 162.

¹⁷ R. KOLB, *Réflexions de Philosophie du Droit International*, Bruylant, Bruselas, 2003, en part. pag. 120-121.

¹⁸ Discurso de J. Fischer en la Universidad de Humboldt en Berlín, 12 mayo 2000.

¹⁹ R. COOPER, *The Observer*, 7 abril 2002; IDEM, *The Post-modern State and the World Order*; Demos, London, 1996.

²⁰ Nos referimos a la posibilidad de rechazar libremente y democráticamente adelantos hacia una integración excesiva como es en el caso de la Constitución Europea.

nell'assoggettare al dominio della legge le relazioni fra gli Stati"²¹. La prohibición del recurso a la fuerza, entre otras cosas, no sólo caracteriza el *Rinascimento* europeo de la segunda mitad del siglo XX, sino que plasma toda relación entre las modernas democracias occidentales. Afirma justamente Nye que en su relación recíproca todas las democracias avanzadas provienen de Venus²². Sin embargo, en Europa este tipo de *soft power* se ha consustancialmente asociado a la misma consolidación de las constituciones modernas, forjando un nuevo modelo de internacionalismo que termina por desembocar en el constitucionalismo europeo. En Europa ha terminado por consolidarse y legitimarse, al menos en parte, un método de integración basado en los Estados y en las instituciones supranacionales y, más significativamente, en el Derecho. Se ha comprendido después del fracaso de los Estados legalistas, es decir basados exclusivamente sobre el derecho del legislador, que en las palabras de Montesquieu "todos los poderes sin límites no pueden ser legítimos" (Cartas Persas). No es el origen ni la finalidad que da legitimidad, sino el modo de ejercer el poder. Es decir, imponiéndole límites, por tanto, compartiéndolo con otros. Aquí se confrontan dos concepciones: una que se pone bajo el signo de la unidad, la otra de la pluralidad. Dentro del país la limitación del poder deriva de la independencia del poder ejecutivo, legislativo y judicial, así como de la pluralidad de partidos y fuentes de información. En la vida internacional, ella deriva del respeto de la soberanía de los otros Estados, si bien se tiene la capacidad de someterlos, y del respeto de los tratados y convenciones entre países, aún cuando se tiene la capacidad de violarlos²³.

²¹ S. EVERTS, *Unilateral America, Lightweight Europe? Managing Divergence in Transatlantic Foreign Policy*, Centre for European Reform working Paper, <http://www.cer.org.uk/pdf/cerwp9.pdf>, febrero 2001, 10. Cfr. también, C. PATTERN, *From Europe with Support*, en Yediot Ahronot, 28 octubre 2002

²² J. S. NYE JR, *Soft Power. The means to success in World Politics*, Public Affairs, 2004, 34.

²³ Las intenciones de los EEUU habían sido formuladas claramente en el *National Security Strategy*: "Si bien los EEUU estén dispuestos a hacer todos los esfuerzos para conseguir el apoyo de la comunidad internacional, no dudaremos, si necesario, en actuar solos".

“Perhaps the problem with the Rome Statute is not the fact that it promotes community interests, but rather that it does so through a new supranational institution”²⁴. En esta exploración del Derecho de ámbito supranacional, la Unión Europea tiene algo que decir²⁵ frente a la propensión estadounidense a regular sus relaciones jurídicas internas y sus acciones exteriores de manera tendencialmente unilateral²⁶. La clave de bóveda se halla probablemente en el fenómeno de *legalization*, ilustrado en el volumen monográfico de *International Organization*²⁷.

La absoluta ausencia de voluntad política por compartir valores y poder marca la mayor diferencia con el experimento europeo, siempre expuesto a posibles fracasos, sin embargo, tendencialmente - quizás obligatoriamente diría Kagan- abocado a buscar una “Unión cada vez más estrecha” entre sus miembros. Latente - en algunos casos incluso patentes, como en el *National Security Strategy* antes mencionado - flota la convicción en algunos sectores estadounidenses de que el Derecho sea un *corpus* jurídico no vinculante, o al menos sólo en parte, y, sobre todo, constituya el resorte de los débiles²⁸.

Las sinuosas trayectorias del *soft power* europeo parecen, sin embargo, haber seducido al propio Kagan el cual recientemente retorna sobre el asunto europeo para exhortar a sus compatriotas a “Abrazar Europa!”²⁹. A raíz del caso ucranio, el afamado columnista,

²⁴ M. BYERS, *Introduction*, en AA. VV., *United States Hegemony and the Foundation of International Law*, editado por Byers – Nolte, Cambridge University Press, 2003, 4.

²⁵ M. HARDT – A. NEGRI, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, cit., 339 afirman que “Finalmente dejaremos constancia de una propuesta de una nueva constitución global que no se funda en los modelos nacionales modernos, sino que apunta más bien hacia la experiencia de la Unión Europea”.

²⁶ E. KWAKWA, *The International Community, International Law, and the United States: Three in one, two against one, or one and the same?*, en AA. VV., *United States Hegemony and the Foundation of International Law*, editado por Byers – Nolte, Cambridge University Press, 2003, 25 ss. y p. 47 ss. ; AA.VV., *Do the Lessons of EU Legal Integration "Travel"?* en *ECSA Review*, Winter 2000, 2-6; y A. ORTEGA, *Dios armas y ley*, en *Foreign Policy*, edición española, diciembre enero 2005.

²⁷ J. GOLDSTEIN - M. KAHLER – A.M. SLAUGHTER, *Introduction* al volumen *Legalization and World Politics*, en *International Organization*, vol. 54, 2000, 385.

²⁸ J. S. NYE JR, *Soft Power. The means to success in World Politics*, Public Affairs, 2004; y R. KAGAN, *Of Paradise and Power. America and Europe in the New World Order*, NY, Alfred A. Knopf, 2003.

²⁹ Artículo publicado en el *Washington Post*, el 5 de diciembre de 2004 pag. B07.

ya discípulo de William Kristol³⁰, escribe como fulminado en el camino para Damasco: Europa no sólo no es un peligro, sino que puede servir a la causa imperial americana por cuanto que ejerce un poder de atracción hacia sus vecinos, su fuerza es comparable a un imán capaz de atraer hacia sí los Estados cercanos sin necesidad de recurrir a la fuerza³¹.

¿Pero cómo aunar esfuerzos entre Estados? Qué tipo de proceso de integración se puede verificar entre Estados soberanos? Cómo, en suma, reproponer en sede supranacional la lucha titánica entre Fuerza y Derecho, que, de cualquier manera, había encontrado solución en sede estatal?³² Dirijamos la mirada hacia Venus.

³⁰ AA. VV., *Peligros presentes*, editado por W. Kristol- R. Kagan, Almuzara, Córdoba, 2005

³¹ “*In confronting these dangers, Europe brings a unique kind of power, not coercive military power but the power of attraction. The European Union has become a gigantic political and economic magnet whose greatest strength is the attractive pull it exerts on its neighbors. Europe's foreign policy today is enlargement; its most potent foreign policy tool is what the E.U.'s Robert Cooper calls "the lure of membership"*”; R. KAGAN, *Embraceable Europe*, Washington Post, el 5 de diciembre de 2004 pag. B07.

³² Véase L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Poder y Derecho Internacional: ¿un orden mundial imperial y desjuridificado?*, en AA.VV., *El nuevo orden americano ¿La muerte del derecho?*, Almuzara, Córdoba, 2005, 159 ss.

2. Observando las revoluciones de Venus³³

¿Venus es realmente el planeta de la debilidad? Más allá del Océano, teorizando un modelo europeo de internacionalización, se asegura que “*while at first view, ‘unsettled Europe’ and its many ‘unsettled issues’ appear as a weakness of capacity, confusion, multiple arenas, and ambiguity of form and function, the system is more settled and more robust than is assumed in conventional academic writings on integration*”³⁴.

La construcción política de Europa presenta unas singularidades que la diferencia de todos los proyectos de construcción nacional. Europa, *rectius* la Unión Europea, se presenta siempre en términos gramaticales de oxímoron: se perfila como “potencia tranquila”, en ámbito militar³⁵, y una “fuerza gentil”³⁶, en sede político-jurídica.

Ella también nace en las postrimerías de una Guerra Civil (Europea), como la mayoría de las entidades estatales³⁷, pero con las primeras Comunidades Europeas y con la actual Unión Europea no se pretende la eliminación de una entidad antigua por una nueva. Probablemente es ésta una muestra de post-modernidad: si “con la noción de soberanía, la modernidad quiere poner fin a la guerra civil”³⁸, con la

³³ El término revolución asume en este párrafo un doble significado: ‘revolución’ relativa a la consecución de un espacio económico y constitucional correspondiente a los actuales Estados miembros de la Unión Europea, y revolución concerniente al movimiento dado por el planeta Venus recorriendo su órbita. En otro estudio ya se ha afirmado que “es fundamental investigar la influencia recíproca de las rotaciones de cada planeta. A Galileo sucede Newton: a la importancia de la declaración de un principio [del isocronismo] sigue el análisis de la interrelación entre entidades”; A. LAZARI, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: El ‘esquema de la crisis’*, en *Rev. Der. Comun. Europ.* 2005, 179.

³⁴ M. SMITH, *Europe's Experimental Union: Rethinking Integration*, Florence, KY, Routledge, 1999,

³⁵ T. TODOROV, *El nuevo desorden mundial*, Océano, Buenos Aires, 2004, cap. V: “Una potencia tranquila”.

³⁶ T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, il Mulino, Bologna, 2001.

³⁷ A propósito del proyecto inacabado de la modernidad, M. HARDT – A. NEGRI, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, Debate, Madrid, 2004, 275-276, sostienen que “la teoría y las prácticas de la soberanía moderna nacieron en respuesta a ese mismo problema, el de la guerra civil [...]. Las reflexiones de Hobbes sobre las guerras de los Treinta Años son momentos fundacionales de la corriente dominante del pensamiento europeo moderno. La guerra civil es el ejemplo negativo contra el cual se afianza el concepto moderno de orden político”.

³⁸ M. HARDT – A. NEGRI, *Multitud. Guerra y democracia en la era del imperio*, cot., 276.

coparticipación de la soberanía, la post-modernidad – diría Cooper³⁹ –, se pretende poner fin a la guerra civil europea. El «experimento comunitario» se basa en el concepto de integración entre ordenamientos, comunitario y nacional, antitético a la estructura piramidal kelseniana⁴⁰. “Ni Kelsen ni Schmitt!”- exclama Weiler a propósito del modelo de *Sonderweg* europeo. El constitucionalismo europeo predica la conjugación – que no exclusión – entre sistemas jurídicos. Se trata de una nueva forma política que se delinea como unión, pero que no sería concebible sin las partes componentes⁴¹. La traducción oficial de este nuevo principio constitucional se halla en la expresión genética de los Tratados europeo – “una Unión cada vez mas estrecha”- conceptualmente distinta de “*We the People*” estadounidense. En la doctrina europea MacCormick ha acuñado el término “*European commonwealth*”⁴² con el fin de convertir en términos jurídico-filosófico esta integración de tipo comunitario.

Es indudable que el proceso de integración se ha haya alimentado, al menos en una primera fase, de la metodología del Derecho: “*integration through law*”⁴³. Es una fenomenología de la experiencia comunitaria que conduce el análisis jurídico hacia una nueva dirección de investigación. A primera vista puede parecer una paradoja que se estructure «el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa» no «*en vez de*», sino «*en conjunción*» con las Constituciones nacionales⁴⁴. El predicado de una Constitución soberana es su exclusividad. La Constitución europea surge, sin embargo, en coincidencia y gracias al vigor de otras constituciones.

³⁹ R. COOPER, *The Post-modern State and the World Order*; Demos, London, 1996.

⁴⁰ M. CARTABIA – J. H. H. WEILER, *L’Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, il Mulino, Bologna, 2000, 173 ss.

⁴¹ M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, en AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Bari, 2002, 36.

⁴² N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999.

⁴³ M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. WEILER, *Integration through law: Europe and the American federal experience*, Berlin and New York, 1985.

⁴⁴ Cfr. E. SCODITTI, *Articolare le Costituzioni. L’Europa come ordinamento giuridico integrato*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004, 189 ss.

No sólo no abroga las constituciones nacionales, sino que las presupone.

Para entender su novedad hay que partir del presupuesto que la integración europea en su conjunto es un proceso cuya dinámica resulta de la tensión entre interestatalidad y supraestatalidad, un movimiento que protagonizan los Estados y que, al mismo tiempo, los supera. Es el concepto de *Aufhebung* hegeliano: superación crítica de una idea o una creencia.

El campo de juego de esta dinámica es el ámbito del Derecho, la *forza gentile del diritto*⁴⁵. El mayor logro conseguido por la instituciones comunitarias ha sido justamente llevar al campo jurídico temas y asuntos precedentemente de exclusivo monopolio político, es decir de pertenencia absoluta del soberano nacional⁴⁶. No solo *integration through law*, sino *pressure through law*, como tildan, con una dosis de escepticismo, el proceso evolutivo europeo Harlow y Rawling⁴⁷.

El proceso de integración, por tanto, no asume el semblante de un paseo idílico por las campañas europeas: es dialéctica, “lucha por el derecho” diría Jhering. La legalización, institucionalización o juridificación representan el motor evolutivo de la Unión Europea y desencadenan una estricta dialéctica con los intereses y los órganos nacionales. La fuerza gentil se perfila como diálogo y dialéctica entre instituciones comunitarias y nacionales. Cuanto más avanza el proceso de juridificación comunitaria, tanto más contundentemente reaccionan los gobiernos de los Estados miembros. La institucionalización de Europa requiere que de un momento de integración negativa, consistente en la eliminación de los obstáculos que impiden la creación del mercado interior (“*once the ECJ had announced, and national courts has accepted, the ‘constitutional’ doctrines of the supremacy and direct effect of EC law, the legal*

⁴⁵ T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, il Mulino, Bologna, 2001.

⁴⁶ AA.VV., *The Institutionalization of Europe*, editado por A. Stone Sweet – W. Sandholtz – N. Fligstein, OUP, Oxford, 2001.

⁴⁷ C. HARLOW, R. RAWLING, *Pressure Through Law*, London, Routledge, 1992.

system became a privileged site of negative integration"⁴⁸), se pase a una fase constructiva, en las que los agentes sociales, los jueces y las instituciones europeas presionan a los gobiernos nacionales para que cumplan los objetivos comunitarios. Trascendental promotor del constitucionalismo europeo – que no único- es el Tribunal de Justicia. *"The original treaties were transformed into a constitutional charter for the Union by the European Court of Justice and the Union's legal order assumed a federal character. In this way, law became the main source of public power in the system and central to the Union's regulatory capacity"*⁴⁹. A la primera fase de supina aceptación de los avances jurídicos del Tribunal de Justicia (*in primis*, principios de supremacía y efecto directo), que comienza a entrar en el juego del diálogo constitucional, sigue una tendencia reactiva y de contención del supuesto activismo judicial de la Corte comunitaria, hasta finalmente una actitud más prudente y juiciosa por parte del tribunal europeo⁵⁰. *"The member states of the EU created both a geographic (center-periphery), and a central government (four-branch) division of powers. They created the ECJ in line with the hypotheses outlined above. The ECJ has been a relatively successful conflict resolver and a quite active and successful law maker"*⁵¹.

El tribunal de Luxemburgo ha fomentado desde el principio un tipo de armonización no de tipo legislativo, que corresponde al legislador comunitario ex. arts. 94 ss (también en este ámbito ha contribuido determinadamente a desbloquear el *empasse* de los años 70 con la famosa sentencia Rewe⁵²), sino merced a un diálogo constante con las cortes nacionales. Aquí está la clave para entender una pieza imprescindible de los engranajes operativos del Tribunal de Justicia.

⁴⁸ N. FLIGSTEIN – A. STONE SWEET, *Institutionalizing the Treaty of Rome*, en AA.VV., *The Institutionalization of Europe*, editado por A. Stone Sweet – W. Sandholtz – N. Fligstein, OUP, Oxford, 2001, 35.

⁴⁹ M. SMITH, *Europe's Experimental Union: Rethinking Integration*, cit., 94.

⁵⁰ Se remite A. LAZARI, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: El 'esquema de la crisis'*, en *Rev. Der. Comun. Europ.* 2005, 177 ss.; y J. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University, 1999, 34.

⁵¹ M. SHAPIRO, contribución a AA.VV., *Do the Lessons of EU Legal Integration "Travel"?* en *ECSA Review*, Winter 2000, 3.

⁵² Sentencia de 16 diciembre 1976, Rewe, 33/76, Rec. p. 1989.

Para que esta conversación funcione, y la corte comunitaria adquiriera un poder incluso constituyente en el escenario político comunitario, la corte debe imponerse no mediante aseveraciones taxativas, principios absolutos; ha de calibrar sus principios, afinarlos con sucesivas sentencias⁵³. En este ámbito la sensibilidad o la ética judicial adquieren una dimensión fundamental. El juez comunitario es un novel Heracles del siglo XXI, diferente del correspondiente y omnisciente estadounidense de Dworkin⁵⁴, pues en una perenne encrucijada entre el paradigma nacional y el comunitario desempeña una necesaria labor comparativa: «*Situated at the cross-roads of different, yet closely intertwined, legal cultures, the Community judicature is by nature a 'comparative' institution*»⁵⁵.

Así surge la exigencia de fomentar la circulación de modelos jurídicos entre los ordenamientos comunitarios (circulación horizontal), pero sobre todo entre ellos y el estrato supranacional (circulación vertical). La clave del éxito del proceso de integración anida no sólo en el tradicional método de *imposition by law*, sino en la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia y en el proceso de *cross-fertilisation*. Claro está que la circulación entre sistemas jurídicos siempre ha existido⁵⁶; sólo que recientemente, con la instalación de un ordenamiento supranacional, adquiere una dimensión más estrictamente legal, no sólo cultural. “*The worries related to European integration, the reconciliation or the rapprochement of common law and civil law and that of socialist and civil law, [...] the problems of the recipient or importer of legal export are all tied up with the reality of reciprocal influences and thereby cross-fertilisation.*”

⁵³ K. LENAERTS, *Interlocking Legal Orders in the EU and Comparative Law*, en 2003, ICLQ 879: “*Knowing that Community legal order and the national legal orders are closely intertwined and even interdependent in that the former can only function properly if the latter are willing to ensure the correct application of Community Law, The Court of Justice [...] will want to avoid 'going too far' and may therefore opt for a solution which [...] has the advantage of being 'compatible' with the traditions of the Member States and of not hurting special sensitivities in certain Member states*”.

⁵⁴ R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

⁵⁵ K. LENAERTS, *Interlocking Legal Orders in the EU and Comparative Law*, cit., 900.

⁵⁶ Recientemente P.G. MONATERI, *The "Weak" Law: Contaminations and Legal Cultures*, en *Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 84.

*These influences are not just between legal systems but also between socio-cultures and legal systems, and legal culture and legal systems. In addition, they are the significant underpinning of multiculturalism and legal pluralism*⁵⁷. Si se quisiera describir hagiográficamente el ‘paraíso europeo’, parafraseando a Kagan, se podría afirmar que el mecanismo de *cross-fertilisation* es también manifestación de una armonización mediante el respeto de las culturas jurídicas nacionales y del multiculturalismo.

La labor de constitucionalización de los Tratados constitutivos se desarrolla mayormente en las herramientas de protección de los derechos conferidos por la normativa comunitaria⁵⁸. *“The EC was created by law, in the shape of the founding treaties, its institutions are bound by law and in turn the EC is a source of law. The main principles of Community law as developed by the European Court of Justice establish an authoritative legal order - in some people’s eyes, a form of constitution - that is independent of, although not separate from, national legal systems”*⁵⁹. Esta tarea constitucionalizadora del Tribunal de Justicia está necesariamente precedida por la decisión política de “aunar esfuerzos entre Pueblos” e implica la emersión de algunos elementos peculiares en la construcción de Europa: 1) origina un nuevo paradigma conceptual de Comunidad supranacional: la *Sonderweg* weileriana; 2) genera un nuevo método de difusión de este nuevo modelo de tolerancia constitucional mediante *judge made law*. Por tanto, *in primis* hay que explorar el terreno de la Unión mediante Derecho y ver la relevancia del concepto de *enforcement and management*; luego, analizar cómo se refleja este concepto en el campo de la protección de los derechos comunitarios, y especialmente en la responsabilidad del Estado por violación del

⁵⁷ E. ÖRÜCÜ, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, en *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 4.1, June 2000.

⁵⁸ “*Since the entry into force of the Treaty of Rome in 1957, the European Union gradually has evolved into a highly integrated polity resulting in a constitutionalization*” process that transformed European law from classical international law to a “quasi-Federal” law, massively enforceable by individuals before the national courts of Europe”; A. AFILALO, *Constitutionalization through the back door: a European perspective on Nafta’s investment chapter*, en *Intern. Law And Politics*, Vol. 34, 234.

⁵⁹ M. SMITH, *Europe’s Experimental Union: Rethinking Integration*, Florence, KY, Routledge, 1999, 83.

Derecho comunitario, donde con mayor evidencia aflora el nuevo paradigma comunitario.

3. *“The importance of being responsible” (la atadura de Ulises) y la cross-fertilisation (la estrechez de la atadura)*

La necesidad de un *rule of law* plantea necesariamente el interrogante de qué tipo de Derecho y con qué modalidades aplicarlo⁶⁰. En el panorama internacional el proceso de juridificación o *legalization*⁶¹ procede según tres líneas básicas: el grado de obligatoriedad de las reglas, la delegación de algunas funciones de interpretación y monitorización e la implementación a un órgano tercero.

La invocación de una mayor y mejor aplicación del Derecho para la consecución de los objetivos comunitarios se traduce en el reforzamiento de las técnicas de control del mismo Derecho. En la doctrina internacional se han evidenciado algunas líneas de pensamiento fundamentales⁶².

Según la teoría managerial *“the fundamental instrument for maintaining compliance with treaties at an acceptable level is an iterative process of discourse among the parties, the treaty organization, and the wider public”*⁶³. La teoría de la *fairness* del Derecho Internacional⁶⁴ comparte con los Chayes sobre todo la

⁶⁰ La huida de la normatividad implica “no sólo la aptitud [*que*] la aptitud del Derecho Internacional es la apropiada para regular las relaciones que se plantean en la sociedad internacional, sino que puede que lo que se necesite es más Derecho”; L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *La provincia del Derecho Internacional*, cit., 139.

⁶¹ J. GOLDSTEIN - M. KAHLER – A.M. SLAUGHTER, *Introduction a Legalization and World Politics*, en *International Organization*, vol. 54, 2000, 385.

⁶² Para una exhaustiva reseña de las teorías sobre el cumplimiento del Derecho internacional, cfr. M. BURGSTALLER, *Theories of Compliance with International Law*, Martin Nihoff Publishers, Boston, 2005.

⁶³ A. CHAYES – A. HANDLER CHAYES, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, London, Harvard University press, 1995, 25.

⁶⁴ T. M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford University Press, 1995.

constatación de un “*contemporary state of global interdependence*”⁶⁵. En ambas visiones las sanciones no constituyen la herramienta necesaria para llegar al cumplimiento de las normas del Derecho Internacional. Más adecuados se revelan otros métodos: la transparencia de las normas, el recurso a medios de resolución política, el incremento de la capacidad estatal de hacer frente a sus obligaciones, el uso de la persuasión más que de la sanción⁶⁶. El incumplimiento de las normas internacionales dependerá de una actitud involuntaria o una mala interpretación de reglas opacas. Franck sostiene, por otro lado, que “*if a decision has been reached by a discursive synthesis of legitimacy and justice, it is more likely to be implemented and less likely to be disobeyed*”⁶⁷.

Sin embargo, los remedios judiciales representan un elemento vital para las partes que se ven afectadas por una conducta ilícita realizada por el Estado. “*In this respect, it is significant that the number of international tribunals has increased alongside compliance mechanisms. In the decade between 1989 and 1999, almost a dozen international judicial bodies became active or were extensively reformed, bringing into effect some seventeen international judicial bodies and thirty-seven quasi-judicial bodies*”⁶⁸.

En efecto, Koh’s sostiene que en la “*transnational legal process theory*” se concentra la atención más sobre los mecanismos de interacción vertical dentro de los Estados y entre las arenas nacionales e internacionales que en las relaciones horizontales entre Estados. La conducta del Estado está influenciada por el Derecho Internacional mediante un proceso de “*interaction, interpretation, internalization, and obedience*” gracias al esfuerzo de varios agentes estatales por ‘internalizar’ las normas supranacionales⁶⁹. Cuando el

⁶⁵ T. M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, cit., 34.

⁶⁶ Cfr. L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *La provincia del Derecho Internacional*, cit., 188.

⁶⁷ T. M. FRANCK, *Fairness in International Law and Institutions*, cit., 481.

⁶⁸ C. P. R. ROMANO, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, en 31 *N.Y.U. J. Int. Law Pol.*, 1999, 709.

⁶⁹ H. H. KOH, *The 1998 Franckel Lecture: Bringing International Law Home*, en 35 *HOUS. L. REV.* 623, 644-55 (1998); IDEM, *How is International Law Enforced?*, en 74 *Ind. L.J.* 1397, 1999, 1414.

proceso de internalización está completamente realizado⁷⁰, entonces los Estados obedecerán. Se pone el acento sobre el proceso de transposición interna de las normas internacionales mediante la participación de varios actores no-estatales.

Más realista parece la teoría de Guzman⁷¹, el cual señala la función disuasoria de las sanciones con vistas también a las posibles repercusiones en la reputación internacional del Estado infractor: “*sanctions prevent defection*”⁷². El control de las obligaciones del Derecho Internacional mediante sanciones es el fulcro de la propuesta doctrinal de autores con un provocador interrogante: “*Is the good news about compliance good news about cooperation?*”⁷³. Los gobiernos nacionales cumplen sus obligaciones, en primer lugar, porque *a priori* no se vinculan de manera estricta, de la misma manera que una orquesta que escoge piezas musicales según su habilidad profesional. La vinculatividad de los Tratados internacionales está caracterizada por el grado de profundidad de cooperación. La propuesta avanzada por los tres autores norteamericanos adolece, sin embargo, de una solución efectiva al incumplimiento mediante la labor de una institución *super partes*, confiriendo tal resolución a unos Estados, o a un solo Estado, capaces de imponer la ‘fuerza de la ley’⁷⁴. Volveríamos a la aporía kantiana. El método del *compliance through enforcement* es realizable en la medida en que existan instituciones supranacionales a las que los Estados miembros confieran libremente la función de monitorización y control. Es la propuesta avanzada por la escuela del institucionalismo neo-liberal⁷⁵. Si los Estados se demuestran refractarios a cumplir con determinadas obligaciones, han de

⁷⁰ H.H. KOH, *Why Do Nations Obey International Law?*, cit., 2657: “when an international norm is incorporated into the domestic legal system through executive action, judicial interpretation, legislative action, or some combination of the three”.

⁷¹ A. T. GUZMAN, *A Compliance-Based Theory of International Law*, en 90 *Cal. L. Rev.* 1823, 2002, 1826.

⁷² A. T. GUZMAN, *A Compliance-Based Theory of International Law*, cit., 1844.

⁷³ G. W. DOWNS – D. M. ROCKE – P. N. BARSOOM, *Is the good news about compliance good news about cooperation?*, en 50 *Intern. Org.* 379, 1996, 383.

⁷⁴ Cfr. J. FEARON, *Bargaining, Enforcement, and International Cooperation*, en *International Organization*, 1998, 52, 269-305.

intervenir otros agentes internos a la 'caja negra' estatal. Se crea, así mismo, una presión de tipo social-mediático y jurídico que empuja al Estado infractor a revisar las consecuencias de una violación de la norma internacional. Las instituciones internacionales proporcionan oportunidades políticas a los agente privados "*encouraging their connections with others like themselves and offering resources that can be used in intra-national and transnational conflict*"⁷⁶. Mediante esta presión "*from below and from above*"⁷⁷, los ciudadanos pueden cambiar los cálculos que supone la violación de una norma internacional, esencialmente incrementando el coste del incumplimiento⁷⁸.

El mayor error detectado en las teorías mayoritarias anida precisamente en la unicidad de la visión básica acerca del incumplimiento. Es cierto que una violación de una norma internacional obedece a una estrategia predeterminada, pero también puede ser fruto de la falta de medios o de una incorrecta internalización. Se conviene plenamente con Börzel⁷⁹ donde afirma que "*monocausal explanations, as prominent as they may be in the International Relations literature, are unlikely to account for the observed variations in non-compliance*"⁸⁰. El recurso al 'palo' del

⁷⁵ A. BOYLE, *Saving the World? Implementation and Enforcement of International Law through International Institutions*, en *Journal of Environmental Law* 1991, 229-245; AA.VV., *The Implementation and Effectiveness of International Environmental Commitments*, editado por D. Victor - G. K. Raustiala, - E.B.Skolnikoff, Cambridge, MIT, 1998; P.A. WEITSMANN -G. SCHNEIDER, *Risky States: Implications for Theory and Policy Making*, en AA.VV., *Enforcing Cooperation. Risky States and Intergovernmental Management of Conflict*, editado por G.Schneider - .A.Weitsmann.London:Macmillan, 1997, 283 ss.

⁷⁶ S. TARROW, *Beyond Globalization: Why Creating Transnational Social Movements is so Hard and When is it Most Likely to Happen?* en *Annual Review of Political Science*, 2001, 5.

⁷⁷ A. BRYSK, *From Above and From Below: Social Movements, the International System, and Human Rights in Argentina*, en *Comparative Political Studies* 26, 1993, 259 ss.

⁷⁸ T. BÖRZEL, *Improving Compliance through Domestic Mobilisation? New Instruments and the Effectiveness of Implementation in Spain*, en AA.VV., *Implementing EU Environmental Policy: New Approaches to an Old Problem*, editado por C.Knill - A.Lenschow, Manchester, Manchester University Press, 2000, 221-250; T. BÖRZEL., *Non-Compliance in the European Union. Pathology or Statistical Artefact?* en *Journal of European Public Policy*, 2001, 8, 803 ss.

⁷⁹ T. BÖRZEL., *Non-Compliance in the European Union. Pathology or Statistical Artefact?* en *Journal of European Public Policy*, 2001, 8, 803 ss.

⁸⁰ T. BÖRZEL., *Non-Compliance in the European Union. Pathology or Statistical Artefact?* en *Journal of European Public Policy*, cit., 45.

enforcement no impide un equilibrado desarrollo de la ‘zanahoria’ del *management* o *persuasion methods*.

En esta perspectiva, en efecto, el entramado institucional de la Unión Europea proporciona un ejemplo de control de decisiones extremadamente vinculante para sus destinatarios. En relación a la estrategia de la ‘profundidad de la colaboración’ formulada por Downs, Rocke y Barsoom sostiene Prodi que “*l’intuizione geniale dei padri fondatori era costituita nel tradurre un’ambizione politica estremamente elevata in una serie di decisioni concrete, quasi tecniche. Questa specie di ‘deviazione’ ha permesso di andare avanti*”⁸¹. La intención, primero política y luego jurídica, de crear instituciones supranacionales y mecanismos legales necesarios para la consecución de un mercado interior ha sido aceptada en los años de mayor desarrollo del proceso de integración. El mecanismo persuasorio o del *soft law*⁸² ha funcionado hasta un cierto punto; desde el principio, la propia Comisión ha percibido la necesidad de mecanismos de refuerzo del control del Derecho comunitario. De aquí que se haya desarrollado por parte del Tribunal de Justicia un conjunto de principios relativos a la tutela judicial de los derechos comunitarios, que han indudablemente reforzado el método del *enforcement* y del principio de responsabilidad extra-contractual⁸³. A la disyuntiva formulada por Harlow⁸⁴ entre el palo o la zanahoria - y que conlleva una solución a favor de la segunda - se debe responder que ambos contribuyen en distintos campos al objetivo de la juridificación⁸⁵ del Derecho comunitario⁸⁶. Si es cierto que “[The

⁸¹ Discurso de Romano Prodi en el Institut d’Etudes Politiques, Paris, 29 mayo 2001.

⁸² F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institution, Processes, Tools and Techniques*, en *56 Modern Law Review*, 1993, p.19-32.

⁸³ Sobre la importancia creciente de la responsabilidad en ámbito internacional, cfr. R. HIGGINS, *Problems and Process, International Law and How We use it*, Oxford, Clarendon, 1994.

⁸⁴ C. HARLOW, *State Liability. Tort Law and beyond*, Oxford university Press, 2004, 87.

⁸⁵ J. GOLDSTEIN - M. KAHLER – A.M. SLAUGHTER, *Introduction a Legalization and World Politics*, en *International Organization*, vol. 54, 2000, 285.

⁸⁶ KRISLOV – EHLERMANN – WEILER, *The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community*, en AA.VV., *Integration Through Law, Methods, Tools and Institutions: Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process*, editado por M. Cappelletti, M. Seccombe, J. Weiler, Berlin, 1986, 3-112; Weiler 1988; Snyder 1993; From and Stava 1993; Mendrinou 1996; Tallberg 1999.

*debate between management and enforcement theorists] has deep roots; at its heart it reflects a fundamental division about the nature of law that permeates domestic as well as international jurisprudence”⁸⁷, es igualmente indiscutible que la conjugación de ambas técnicas no puede sino que contribuir al desarrollo jurídico del proceso europeo de integración. La tesis de Börzel dirigida a demostrar la compatibilidad de los métodos de *enforcement* y *management* se ve corroborada a nivel europeo por el exhaustivo análisis conducido por Tallberg, que demuestra cómo “*enforcement and management mechanisms are most effective when combined*”⁸⁸.*

4. La (e)lección de Ulises: la necesidad de un paradigma conceptual comunitario

En la tesis de Harlow, sin embargo, destaca un claro intento de reducir el recurso a la responsabilidad del Estado que denota, a su vez, una visión del mundo y de Europa de estampo claramente diceyiano. Si todos los autores antes mencionados coinciden con variada intensidad en la apertura del Estado hacia agentes internos, Harlow se enroca en una visión monolítica e intangible del Estado. La técnica managerial de la ‘zanahoria’ sirve no tanto para conseguir un grado de cumplimiento más elevado, sino, todo lo contrario, para dejar al Estado un margen de maniobra mayor. La defensa de la profesora de la *London School of Economics* radica esencialmente en dos puntos: contrariedad al principio de responsabilidad y contrariedad a su origen y consolidación por medio de *cross-fertilisation* judicial.

Aflora en el análisis de la Harlow la defensa a ultranza del paradigma estatalista: “*reparation is a matter of inter-state election and*

⁸⁷ K. RAUSTIALA – A.M. SLAUGHTER, *International Law and Compliance*, en AA.VV., *Handbook of International Relations*, editado por W. Carlsnaes – T. Risse – B. Simmons, London: Sage, 2002, 586.

⁸⁸ J. TALLBERG, *Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union*, en *International Organization* 56, 3, 2002, 609.

monetary awards to individuals are not necessary contemplated"⁸⁹. La capacidad de los órganos estatales, y del parlamento *in primis*, de gobernar las cuestiones sociales se vería gravemente mermada por la intervención de los jueces conectado entre ellos. "*Globalization [...] is producing a cascade effect, whereby developments in one system are coming out routinely to influence and trigger change in others*"⁹⁰.

La *black box* del Estado se vuelve a cerrar con llave mientras desde hace décadas se habla de relaciones transnacionales en términos de "*contacts, coalitions, and interactions across state boundaries that are not controlled by the central foreign policy organs of government.*"⁹¹ La circulación de modelos jurídicos y las redes transgubernamentales están, por tanto, consideradas en clave perjudicial para los intereses de los Estados (*cross-infection*⁹²), mientras, más allá de la discrepancia acerca de los métodos para el cumplimiento de las normas internacionales, Abram y Antonia Chayes y Harold Koh han enérgicamente enfatizado la relevancia de una interacción regular y estricta⁹³. El punto de partida y llegada de Harlow es plenamente respetable: sólo en la estructura del Estado es posible encontrar la solución a la cuestión hobbesiana de la convivencia pacífica entre hombres⁹⁴. El paradigma estatalista se basa en la tradicional visión de la soberanía y de los mecanismos institucionales de ejercicio de la misma⁹⁵. El principio de responsabilidad aplicado al legislador y el método de aplicación del propio principio mediante circulación judicial impulsada por el Tribunal de Justicia minan desde los cimientos esta concepción.

⁸⁹ C. HARLOW, *State Liability. Tort Law and beyond*, cit., 54-55.

⁹⁰ C. HARLOW, *State Liability. Tort Law and beyond*, cit., 42.

⁹¹ AA.VV., *Transnational relations and world politics*, editado por Joseph S. Nye, Jr. y Robert O. Keohane, 1972, xi.

⁹² C. HARLOW, *State Liability. Tort Law and beyond*, cit., 84.

⁹³ Cfr. H.H. KOH, *Transnational Legal Process*, en *Nebraska Law Review* 75 (1996); A. CHAYES - A.H. CHAYES, *The new sovereignty: compliance with international regulatory agreements*, cit., 45 ss.

⁹⁴ Cfr. L. SIEDENTROP, *Democracy in Europe*, Penguin Books, London, 2001.

⁹⁵ A propósito de los diferentes paradigmas conceptuales, sugestivo es el trabajo de A. VON BOGDANDY, *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law*, en *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, 896.

La tesis defendida por Harlow se perfila de manera diametralmente opuesta a la formulada por Slaughter. Ambas juristas encuentran el escenario privilegiado de sus tesis en el sistema jurídico de la Unión Europea, donde se enfrentan sus diferentes visiones de responsabilidad del Estado y *cross-fertilisation*.

Las razones de la novedad del Estado de Derecho Comunitario y de la responsabilidad del Estado residen precisamente en el argumento por el que «*national courts took on a role enforcing European law against their governments*»⁹⁶. Este proceso se traduce, a nivel de teoría general, en una mutada relación de fuerzas entre gobiernos nacionales e instituciones comunitarias, entre la propia política nacional y las normas comunitarias. La clave de bóveda del proceso de constitucionalización comunitaria reside en la propia esencia del Estado de Derecho, es decir «*extending the shadow of law into the political process itself*»⁹⁷. Para percibir el alcance político de la labor del tribunal europeo es suficiente ver las reacciones políticas a unas sentencias del TJCE en tema de responsabilidad del Estado legislador (por ejemplo en el caso Factortame V) o bien los comentarios políticos de la sentencia de condena del legislador nacional pronunciada en la reclamación de los daños causados a Canal Satélite Digital⁹⁸, o en Italia con la decisión sobre la retribución de los médicos MIR, precedida por interpelaciones parlamentarias y huelgas de médicos. Detrás de la pugna normativa por la implantación del *European rule of law*⁹⁹, se hallan las líneas de tensión de una lucha política más sutil y de difícil interpretación.

⁹⁶ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2002, 2.

⁹⁷ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, cit., 2.

⁹⁸ Canal Satélite Digital, en *Gaceta jurídica de la UE*, 2003, 227, p. 3-15.

⁹⁹ Es suficiente ver el art. 6 TUE para comprender la importancia del concepto de Estado de Derecho en el marco de la actual Unión Europea. En particular, hay que evidenciar la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia en la construcción de la noción de Estado de Derecho comunitario. Cfr. TJCE, SS. 23-04-1986, Les Verts C/Parlamento y dictamen de 14.12.1991. Cfr. S.A. SCHEINGOLD, *The rule of law in European integration: the path of the Schuman plan*, New Haven, Yale University Press, 1965; M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *National Judge and Community Law: the Paradox of the Two Paradigms of Laws*, en *Maastricht Journal of Comp. Law*, 1997, 143 ss.; IDEM, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, 124 ss.

En este ámbito el choque es de carácter institucional-político. «*Monitoring and enforcing the Treaty was not the Court's primary role*»¹⁰⁰, pues en un principio este cometido correspondía a la competencia de la Comisión Europea en los cauces procesales previstos por el artículo 226 TCE. «*The ECJ was created primarily to protect member status and private firms from excess by the High Authority*»¹⁰¹. Es evidente que la función de control del Derecho Comunitario encomendada a la Comisión no es suficiente de por sí para garantizar un ordenamiento jurídico realmente independiente y sobre todo eficaz¹⁰². Según Weiler, la existencia de un Estado de Derecho se refleja en la sustracción de algunos temas de competencia comunitaria al juego político de los gobiernos nacionales¹⁰³. Se someten algunas parcelas de la política estatal a la fuerza jurídica de las normas comunitarias de carácter superior. El escenario de la relación de fuerza entre Política y Derecho, entre los intereses nacionales y los comunitarios, muda profundamente cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas comienza a elaborar unos principios que permitirán un mayor acceso de los particulares en el juego institucional europeo. Surge, así, la primera generación de tutela judicial comunitaria: las normas comunitarias que disponen de las características de la claridad e incondicionalidad pueden ser directamente aplicadas ante y por los tribunales nacionales. El principio de supremacía del Derecho Comunitario sobre las normas nacionales se aplica a cualquier regla estatal, incluso

¹⁰⁰ Siempre K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, cit., 7.

¹⁰¹ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, cit., 2002, 6.

¹⁰² A. M. BURLEY - W. MATTLEY, *Europe Before the Court*, en *Intern. Organ.*, 1993, 70 ss.; F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, en *Modern Law Review* 56 (1), 1993, 38 ss.

¹⁰³ E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, en *Amer. J. Intern. Law*, 1981, 6: «*Had the Court followed the Government, Community law would have remained an abstract skeleton, and a great variety and number of Treaty violations would have remained undisclosed and unredressed*».

posterior a la emanación de la norma comunitaria¹⁰⁴. Esta transformación mediante una interpretación jurisprudencial permite a la corte comunitaria valerse de los particulares en calidad de «*private attorneys*» del Derecho Comunitario, alterando incluso el curso de la política nacional¹⁰⁵. Ampliando los métodos de control del cumplimiento del Derecho Comunitario también a los particulares afectados, esta norma restringe lo que Weiler define *Exit option*, es decir, la capacidad de los Estados miembros de eludir sus obligaciones procedentes de los Tratados.

El conflicto entre el paradigma nacional y comunitario se queda a nivel embrionario en la aplicación nacional de la primera generación de los medios de tutela judicial. A los primeros principios jurisprudenciales corresponde el estadio de integración negativa. Se otorga la preeminencia a las normas comunitarias respecto de las estatales, pero en su formación y aplicación el legislador nacional, y por extenso también la soberanía nacional, quedan siempre en las manos de los gobiernos nacionales. Como se adelantaba anteriormente, los Estados miembros simplemente toleran la primera fase de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con el fin de llegar a un mercado interior. Sin embargo la crisis de la silla vacía aclara a todas luces que las riendas del proceso de integración están en manos de los Estados.

La aplicación continuada del principio de eficacia induce posteriormente

al nacimiento de una segunda generación de *remedies* de corte minimalista. La superación de la época anterior de tutela judicial consiste precisamente en un mayor grado de intromisión de la jurisprudencia comunitaria en la esfera estatal¹⁰⁶. No se trata sólo de afirmar que las normas del ordenamiento comunitario son superiores

¹⁰⁴ Muy clarificadora sobre este principio es la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, C-106/77, Rec. 1978, p. 629. Cfr. A. MANGAS MARTÍN, *La obligación de derogar o modificar el Derecho interno incompatible con el Derecho Comunitario*, en *Rev. Inst. Europ.*, 14, 2, 1987, p. 311 ss.; M. C. ALONSO GARCÍA, *La facultad del juez ordinario de inaplicar la ley interna posterior contraria al Derecho Comunitario*, en *Rev. Adm. Públ.*, n. 138, 1995, p. 203 ss.

¹⁰⁵ Cfr. J. D. JANER TORRENS, *El papel de los particulares en la constatación de conductas contrarias al DC*, en *Gac. Jur. de la Unión UE y de la Competencia*, n.º 214, 2001, pp. 31 ss.;

y dotadas de eficacia directa, como en la fase defensiva¹⁰⁷, sino que ha de elaborarse

un conjunto de normas puestas a protección de tales normas supranacionales.

Los tribunales estatales han de dotar de eficacia a los medios judiciales contra la violación del Derecho Comunitario, según los principios de equivalencia y de eficacia. Esta nueva jurisprudencia se resume y se explica en la sentencia *Rewe* de 1979¹⁰⁸. La nueva tendencia jurisprudencial estaba dirigida a incentivar la protección del Derecho comunitario mediante las instituciones internas, evitando, asimismo, una crisis de rechazo hacia métodos más invasivos de tipo comunitario. «*The second generation cases avoided the potential political conflict*»¹⁰⁹. El Tribunal de Justicia establece criterios mínimos comunitarios (equivalencia y eficacia), tratando de activar un primer rudimental esbozo de armonización de las normas procesales nacionales. «*Consequently, once the Rewe-test is satisfied, divergences in national procedural law remain unaffected*»¹¹⁰. Sin embargo, el respeto de los procedimientos nacionales provocaba naturalmente la consiguiente disparidad de trato entre las diferentes formas de protección nacionales: la exigencia de efectividad y de uniformidad indujo al Tribunal de Justicia a tratar de armonizar las categorías de protección y sanción del Derecho Comunitario siempre en el respeto de la *conversation* con los jueces nacionales.

¹⁰⁶ T. EILMANS BERGER, *The Relationship between Rights and Remedies*, cit., 1216: “*Offensive remedies were not really required in any of these cases*”. El mismo autor titula el párrafo 2.4: “*The need for a second generation. Why invocation may not be quite sufficient?*”.

¹⁰⁷ Relaciona esta primera fase ‘defensiva’ de la primera generación con la ‘*negative economic integration*’ W. VAN GERVEN, «*Bridging the gap between Community and national law*», en 32 *CML Rew*, 1995, 690.

¹⁰⁸ Sentencia de 20 de febrero, *Rewe*, 120/78, Rec. p. 350.

¹⁰⁹ B. CAROLAN, *Winning isn't Everything: National Judicial Protection of Rights under European Community Law*, en 5 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.*, 110.

¹¹⁰ T. HEUKEL - J. TIB, *Towards Homogeneity: Convergence and Divergence*, en AA.VV., *Convergence and Divergence in European Public Law*, editado por P. Beaumont, C. Lyons, N. Walker, Hart Publishing, 2002, 116.

En esta primera fase no existe una *cross-fertilisation* judicial y ni siquiera una voluntad real de condenar las actuaciones nacionales contrarias al Derecho Comunitario.

Con el advenimiento de la fase constituyente, a principios de los años 90 la corte comunitaria considera llegado el momento de llevar hasta sus últimas consecuencias el proceso de constitucionalización mediante la introducción en el ordenamiento jurídico comunitario de un instituto típico de los modelos nacionales de Estado de Derecho: la responsabilidad pública¹¹¹. La puesta en juego sobreentendida en la sentencia *Francovich* estaba claramente delineada también para los mismos políticos: se trataba de desplazar el centro de gravedad de la soberanía efectiva desde los legisladores nacionales al legislador y al juez comunitarios.

Está también claro que la introducción de un principio de responsabilidad incrementa indudablemente la función de monitorización e implementación del Derecho comunitario por parte de los jueces nacionales y de los ciudadanos. Ello se traduce en una mayor juridificación del proceso de integración. Por otro lado, es sumamente significativo que el control de la soberanía nacional se consume a través de un método dialogante y mediante la aportación de los jueces estatales¹¹².

Esta tensión dialéctica revela también la lógica institucional entre centralización o descentralización de los recursos por violación del Derecho Comunitario: entre «*police-patrol*» *enforcement* y «*fire-alarm*» *enforcement*¹¹³. En los Estados Unidos es, sin duda, más advertida la necesidad de excluir «*sensitive polycentric issues from*

¹¹¹ C. PÉREZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad del estado frente a particulares por incumplimiento del Derecho Comunitario*, Tirant, 2001, 50 ss., define la responsabilidad del Estado como cierre del sistema que regula las relaciones entre el Derecho Comunitario y los Derechos internos.

¹¹² Contrarios a la admisión de este principio por vía judicial son los representantes de los gobiernos nacionales. Cfr. A. LAZARI, *La cross-fertilisation y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: El 'esquema de la crisis'*, cit., 198.

¹¹³ J. TALLBERG, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply*, Routledge Advances in European Politics, Routledge, 2003.

*the ambit of judicial enquiry»*¹¹⁴. El ejercicio de la función legislativa, tanto a nivel federal como estatal es preeminente respecto del posible control judicial. Esta concepción termina por reflejarse inevitablemente en la responsabilidad por violación de normas supraestatales. Mientras la corte europea esta empeñada en una lucha dialéctica por imponer el principio del Estado de Derecho a los Estados miembros, con una serie de sentencias del mismo periodo de la *Francovich* y *Factortame* “*the Court [of USA] has set for itself the task of defending the rights of member states*”¹¹⁵. El paradigma comunitario no se repropone en la arquitectura federal americana, donde no existe un grado de constricción del parlamento estatal asimilable al que se impone con la aprobación de una directiva comunitaria, por ejemplo. Pervive un paradigma estatista-legista incluso en la estructura federal norteamericana. “*A governmental unit would not normally be liable for failure to enact legislation. Legislation is, by its very nature, a matter of the exercise of political choice*”¹¹⁶.

El paradigma comunitario es evidentemente más invasivo¹¹⁷ no sólo respecto a las generaciones anteriores de tutela judicial, sino también comparado con las soluciones legales adoptadas en otros sistemas federales¹¹⁸. Es la traducción en términos jurídicos del periodo de

¹¹⁴ Imprescindible es la aportación de M. ANDENAS - D. FAIRGRIEVE, *Sufficient Serious? Judicial Restraint in Tortious Liability for Public Authorities and the European Influence*, en AA.VV., *English Public Law and the Common Law of Europe*, London, 1998, 293. Cfr. J. E. PFANDER, *Member state liability and constitutional change in the United States and Europe*, en *Amer. J. Compar. Law*, 51 (2): 237-274 SPR 2003.

¹¹⁵ J. PFANDER, *Member State Liability and Constitutional Changes in the United States and Europe*, en *Amer. Journ. Comp. L.*, 51, 2003, 274. Opinión plenamente compartida por C. CRAWFORD LICHTSTEIN, *Public liability in U.S. Court and Brasserie du Pêcheur and Factortame in the European Court*, en AA.VV., *Liber amicorum Slynn*, editado por D. O’Keeffe, 2000, 287 ss.

¹¹⁶ F. MORRISON, *The Liability of Governments for Legislative Acts*, en *Amer. J. Comp. L.*, 46, 1998, 542. Sobre la insindacabilidad de las áreas de competencia política, “*susceptible to policy analysis areas*”, cfr. también B. A. PETERSON – M. E. VAN WEIDE, *Susceptible to faulty analysis*, en *Notre Dame L. Rev.*, 1997, 72, 447 ss.

¹¹⁷ A propósito de la mayor juridificación del principio de responsabilidad comunitario, notable es el análisis de D. BEACH, *Between Law and Politics – taking the law seriously in rationalist models of judicial autonomy in the EU*, Copenhagen: DJØF Publishing, 2001 y <http://www.sam.sdu.dk/~dbe/ECJarticle.pdf>

¹¹⁸ C. HARLOW, *State Liability. Tort Law and beyond*, cit., 87: “*It is more likely to respond to political measures of assistance and persuasion than to the coercitive sanctions, fines, and awards of damages*”.

*“positive integration”*¹¹⁹ contra el cual Harlow invoca *“Carrot rather than stick!”*. El naciente paradigma mina en profundidad el modelo nacional, desmitificando el Dios-parlamento nacional: el legislador puede cometer ilícito y debe compensar su conducta ilegal. Las cuestiones sociales internas pueden ser solventadas por obra del legislador supranacional y el eventual conflicto entre estos dos paradigmas de gobernanza se resuelve no sólo con la preeminencia del derecho supranacional sino que conlleva incluso a eventuales condenas pecuniarias. Los defensores del paradigma nacional¹²⁰, al contrario, aseveran que *“the many hard choices involved in compensation are best left to government and legislators. Legislators remain the legitimate arbiters between collective and individual interests”*¹²¹. El legislador se auto-limita y cuando a causa de la aprobación de una ley se verifican daños y perjuicios a los ciudadanos el parlamento provee a indemnizar, que no resarcir *“The King can do no wrong”* también porque no se hallan por encima de su entidad instituciones conceptualmente y jurídicamente superiores. Más allá de cualquier aspecto socio-político, Tallberg sostiene justamente que *“The supranational organization serves the EU compliance system well, making it more effective in inducing compliance than interstate systems, where enforcement and management functions are executed by the signatories themselves”*¹²².

En el actual ordenamiento de la Unión Europea subsisten métodos de *management* o persuasión preventiva y *enforcement* centralizada (mediante la labor de la Comisión y el Tribunal de Justicia: arts. 226 ss. TCE) y descentralizada (mediante los principios de tutela judicial – efecto directo, preeminencia y responsabilidad – llevados a cabo a

¹¹⁹ J. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., cap. 2.

¹²⁰ A.VON BOGDANDY, *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law*, en *European Journal of International Law*, Vol. 15, 2004, 896 define esta concepción: *“State Sovereignty as a Paradigm”*. En el panorama internacional, añade von Bodgandy *“George W. Bush’s responsibility only towards the American people is legally relevant, and enforcing national security against Afghanistan or Iraq contains a democratic dimension”*.

¹²¹ C. HARLOW, *State Liability. Tort Law and beyond*, cit., 122.

¹²² J. TALLBERG, *Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union*, en *International Organization* 56, 3, Summer 2002, 610.

través de la colaboración juez nacional-juez comunitario). Existen al menos cuatro distintos métodos de prevención de eventuales incumplimientos del Derecho Comunitario. Primero, la Unión Europea dispone de consistentes fondos económicos que están dirigidos a fomentar el reajuste de las estructuras nacionales con el Derecho comunitario. Los fondos LIFE tienen por objeto apoyar el cumplimiento en las áreas de protección medioambiental, los Fondos FEDER están pensados para favorecer el acercamiento de las estructuras de determinadas zonas con los parámetros comunitarios de libre circulación.

En segundo lugar, la Comisión negocia ajustes transitorios con los futuros miembros de la Unión Europea con el fin de permitirles que asuman las conductas sociales y económicas adecuadas al mercado interior comunitario. Tercero, la Comisión favorece el intercambio de oficiales encargados del control y monitorización del Derecho comunitario, por ejemplo el programa *Karolus*, con el fin de tratar soluciones entre funcionarios que hacen frente a problemas análogos. Por último, la Comisión puede contar con el control de cumplimiento del Derecho comunitario establecido por los arts. 226 ss.

Al sistema managerial de seguimiento del Derecho comunitario se acompaña en la última década una mayor participación de los ciudadanos también mediante el principio de responsabilidad del Estado infractor. La mayor juridificación de la Unión Europea reside en que *“the EU compliance system reaches a high degree of effectiveness in combating violations by combining instruments of coercive enforcement with mechanisms of managerial problem solving”*¹²³. A la desagregación del Estado corresponde una *“deeper shift”* conceptual¹²⁴.

5. La desagregación del Estado y de la creencia en el Dios-parlamento

¹²³ J. TALLBERG, *Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union*, cit., 632.

¹²⁴ A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, 2003, 43.

La crisis innegable de la soberanía de los Estados nacionales induce a la desaparición del monopolio estatal en la producción del Derecho. El legislador nacional no es el único productor de normas jurídicas, máxima manifestación de la soberanía nacional, como sucedía en la visión decimonónica. Por tanto, el sistema de fuentes del Derecho se ha ido haciendo permeable a los influjos externos, máxime en la Unión Europea. “Es por esto que debemos preguntarnos: ¿es posible propiciar un cambio de paradigma [...] más allá del viejo esquema estatal?”¹²⁵.

Fascinante, a este propósito, es un libro de reciente publicación y de la misma colección del ya citado “*El nuevo orden internacional: la muerte del Derecho?*”: “*¿Quedan Dioses en la ciudad. El Parlamento en su laberinto?*”¹²⁶. El sutil hilo conductor de estas dos monografías se encuentra en la muerte o debilitación de un canon jurídico incardinado en el Derecho monolítico de producción estatal y en su hacedor único: el legislador. En la ciudad occidental “el poder legislativo se convirtió en el Dios de la ciudad, bien es cierto que un dios completamente distinto a los otros, pues su naturaleza era de índole mecánica”¹²⁷. La sociedad funciona a partir de ficciones que resulta absurdo plantear. La existencia de un poder legislativo dota de legitimidad al sistema político. El legislador, y la política como actividad de organización social, forman parte de la mitología jurídica del Estado de Derecho¹²⁸. Se trata de una convicción, de una creencia orteguiana¹²⁹, más que de una realidad legal y social¹³⁰. La política entendida como máxima expresión de la soberanía queda ajena a

¹²⁵ L. FERRAJOLI, *Por una esfera pública del mundo*, en AA.VV., *El nuevo orden americano ¿La muerte del derecho?*, Almuzara, Córdoba, 2005, 87.

¹²⁶ P. FERNÁNDEZ-VIAGAS, “*¿Quedan Dioses en la ciudad? El Parlamento en su laberinto*”, Almuzara, Córdoba, 2005.

¹²⁷ P. FERNÁNDEZ-VIAGAS, “*¿Quedan Dioses en la ciudad? El Parlamento en su laberinto*, cit., 16.

¹²⁸ Véase M. GARCÍA PELAYO, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, y también pag. 1645; B. HENRY, *Mito e identità. Contesti di tolleranza*, Edizioni ETS, Pisa, 2000; P. GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, cit., 2003.

¹²⁹ J. ORTEGA Y GASSET, *En torno a Galileo (esquema de las crisis)*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1982, part. 52 ss.

¹³⁰ Sobre el tema de la lucha contra el mito en el Derecho, cfr. T. R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador*, cit., 22.

cualquier reglamentación legal que comporte su responsabilidad jurídica. Las tesis del iusnaturalismo inglés y la teoría de la auto-limitación alemana corroboran el mito del legislador.

En la esfera del paradigma nacional, defendido por Harlow, no existen, o son muy esporádicas, sentencias de condena del legislador nacional, ni mucho menos consta una consolidada teoría de la responsabilidad del legislador en base a sentencias declaratorias de inconstitucionalidad o por la omisión del propio órgano¹³¹. La conducta del legislador encuentra un obstáculo y un límite en las normas constitucionales,

pero éstas son dictadas por el poder constituyente *una tantum* y sin ninguna pretensión de incidir en la vida política cotidiana por medio del instituto de la responsabilidad. En la arquitectura constitucional y cultural occidental «*The King can do no wrong*». También los eventuales fallos del soberano no están considerados en términos de errores: mantienen tan sólo la apariencia de injusticia¹³². El cuerpo electoral sustituye

en los sistemas occidentales el cuerpo místico del monarca¹³³: ello se configura como fuente de la irresponsabilidad de la actividad de sus mismos representantes. La creciente constitucionalización del poder interna al sistema nacional entraña indudablemente un progresivo aumento del poder de control judicial (en el entramado constitucional

¹³¹ La visión no justiciable de la actividad del legislador nacional emana de la obra de S. COTTA, *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de Jesús Ballesteros, Eunsa, Pamplona, 1978. Cfr., E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», en *Rev. Adm. Púb.*, 159, 2002, 173 ss.; IDEM, «El principio de la ‘responsabilidad de los poderes públicos’ según el art. 9.3 de la Constitución y responsabilidad patrimonial del Estado legislador», en *Rev. Esp. Der. Const.*, 2003, 15 ss.; contra E. GUICHOT, *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, 2001. Cfr. G. DOMÈNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños derivados de una ley inconstitucional», en *Rev. Esp. Derecho Adm.* 2001, 432 ss.

¹³² P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, cit., 76: «*Since the king can do no wrong, error had to be explained as a false appearance. The double character of the king’s body allowed such an explanation. The deceiving king was only an appearance: the truth of the king did not lie in his physical presence or apparent behaviour. His physical appearance operated as a potentially ironic play on the royal truth [...] We find a similar distinction entering the political theory of popular sovereignty in Rousseau’s distinction between the will of the people, which never errs, and the will of all, which may be a false appearance of the former*».

¹³³ Acerca del tema de la mistificación del cuerpo del monarca, cfr. E. KANTOROWICZ, *The King’s Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, Princeton UP, 1957.

español se destaca el art. 9.3 Const.¹³⁴). «El principio de responsabilidad de los poderes públicos formulado por nuestra Constitución no pretende resolver ningún problema técnico de responsabilidad patrimonial y menos aún el formidable tema de la responsabilidad patrimonial del Legislador»¹³⁵. El legislador, y la política como actividad de organización social, forman parte de la mitología jurídica del Estado de Derecho¹³⁶. La *longa manus* del Derecho no llega a la provincia de la política¹³⁷.

La defensa a ultranza de la inmunidad del legislador asume en las palabras críticas de Duguit una misión divina: «*est devenue une sorte de mythe religieux*»¹³⁸.

En su tiempo Rousseau advertía que ‘serían necesarios dioses para dar leyes a los hombres, pues ‘para describir las mejores reglas sociales que convienen a las naciones sería preciso una inteligencia superior, capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna’¹³⁹. La divinidad temporal sólo podía encontrarse en la razón, que no era una mera abstracción pues se encarnaba en la comunidad, en la República, que expresaba su voluntad al organizar la ciudad.

Hasta mediados del siglo XXI la comunidad occidental ha estado viviendo en un mundo regido por el paradigma parlamentario, que por fin, al extenderse a todos, parecía haberse completamente realizado. El proceso de creación de un mundo nuevo y racional, soñado por los jacobinos, había sido culminado. “Gobernar por la Ley, y sólo por la Ley, era algo nuevo en la historia; la formidable apuesta de instaurar esta nueva técnica de gobierno humano terminaría

¹³⁴ Cfr. E. GARCÍA ENTERRÍA, «El principio de ‘la responsabilidad de los poderes públicos’ según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», en *Rev. Esp. Der. Const.* 2003, 15 ss.

¹³⁵ Una vez más, E. GARCÍA ENTERRÍA, *El principio de ‘la responsabilidad de los poderes públicos’ según el art. 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador*, cit., 26.

¹³⁶ Véase M. GARCÍA PELAYO, *Obras completas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, y también pag. 1645; B. HENRY, *Mito e identità. Contesti di tolleranza*, Edizioni ETS, Pisa, 2000; P. GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, cit., 2003.

¹³⁷ T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998.

¹³⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Fontemoing, 1911, 555.

¹³⁹ J.J. ROUSSEAU, *El contrato social*, Edaf, 1985, cap.VII, 70-71.

imponiéndose, desplazando a los viejos misticismos que difícilmente encubrían un mando humano desnudo y personal”¹⁴⁰.

Después de la Segunda Guerra civil europea se desvela la ficción de la intangibilidad jurídica y moral del legislador: la aprobación de leyes raciales en Italia y Alemania pone de manifiesto que la consecución del suficiente número de voto en el hemiciclo parlamentario no garantiza la bondad de la medida legislativa. La desmitificación de la actividad del legislador lleva aparejado la auto-limitación de los Estados ¹⁴¹. La concienciación de los límites del paradigma parlamentario, reflejo, por otro lado, de la peligrosidad de la absoluta libertad estatal en el campo internacional, implica que la reconstrucción política y social se consume en todas las democracias occidentales en la necesaria limitación al legislador nacional por medio de normas e instituciones de rango constitucional y en la paralela participación en organizaciones internacionales. Límites internos y externos que confluyen significativamente en la figura del Juez. “*Governing with judges*”¹⁴². Cuando el carácter sagrado de la ley desaparece, la sumisión del juez al poder legislativo disminuye hasta asumir el papel privilegiado de portavoz de los derechos humanos y de los principios fundamentales de las democracias occidentales.

El Derecho estatal, como su soberanía, seguirán existiendo pero serán depurados del totalitarismo y absolutismo anterior. Es cierto que el Estado se refuerza con el desarrollo del proceso evolutivo comunitario, pero eso no quiere decir que sea igual a sí mismo, como afirma Milward¹⁴³. Al Estado y a su legislador “*gli si è tolto l’uso*

¹⁴⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa, Derecho público y Justicia administrativa*, en AA.VV., *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, 53.

¹⁴¹ T. RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1998.

¹⁴² A. STONE SWEET, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, OUP, 2000.

¹⁴³ A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation State*, University of California Press, Berkeley, 1992.

esclusivo e incontrollato delle armi e degli altri processi di oppressione e di aggressione”¹⁴⁴.

Esta desmitificación de tipo jurídico de la soberanía estatal y de su máximo representante ha sido llevada a cabo por medio de la creación y consolidación del Estado de derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia. *“The growth of European law has been central to the broader process of European integration. The accretion of power by the European Court of Justice (ECJ) is arguably the clearest manifestation of the transfer of sovereignty from nation-state to a supranational institution, not only in the European Union but also in modern international politics more generally”¹⁴⁵.*

Si bien respetables y profundamente argumentadas, las tesis que tienden a defender el Estado como mónada leibniziana no tienen en consideración que ya tras la Segunda Mundial en las democracias occidentales, excepto Inglaterra, todas las constituciones modernas han vinculado íntimamente el origen y consolidación de la nueva estructura con la pertenencia a las organizaciones internacionales. *“Under German constitutional law, the openness of Germany towards international legal regimes of a cooperative nature is constitutionally required. The same is true for the European Union. Such openness can also be deduced from the constitutional principle of democracy”¹⁴⁶.* La disgregación o metamorfosis del Estado mueve sus primeros pasos precisamente por voluntad de los gobernantes nacionales.

Es la elección del Ulises de Jon Elster¹⁴⁷: atarse al mástil para no oír las sirenas nacionalistas. *“An act of submission can often be simultaneously an act of emancipation and liberation”*, apunta Weiler empleando una parábola bíblica para inculcar la esencia del

¹⁴⁴ T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, cit., 39.

¹⁴⁵ G. GARRETT – R. DANIEL KELEMEN – H. SCHULTZ, *The European Court of Justice, national governments and legal integration in the European Union*, en *Intern. Organ.*, 1998, 1.

¹⁴⁶ A.VON BOGDANDY, *Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization, and International Law*, cit., 901.

¹⁴⁷ J. ELSTER, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002, 317.

Sonderweg europeo¹⁴⁸. Pero vincularse uno a sí mismo es una operación reflexiva, que resulta inviable en el sentido material de la operación. “Podemos encontrar casos [como han sido los seis Países fundadores en los años 50 o Grecia, España y Portugal en los años 80 o los pueblos del Este de Europa de los siglo XXI] de autorestricción mutua a favor de una entidad superior”¹⁴⁹. A las “*voices of difference*”¹⁵⁰ de Harlow, que agudamente hace notar cómo, en definitiva, es arduo vincular al legislador estatal si no se respetan en sede supranacional las culturas nacionales y sus mecanismos democráticos, hace de contrapunto en la metáfora musical la constatación de que estas mismas voces nacionales se disipan en el vacío si no existe una partitura que les impongan compromisos y orden. “Cada artista espera que los demás respeten las normas convencionales de un determinado género, que tiene motivos para hacerlo él también”¹⁵¹. El discreto encanto del proceso de integración fundamenta también en la combinación de *enforcement* y *management*, conferida a instituciones supranacionales independientes de los intereses estatales.

“What is particular about the EU’s combination of enforcement and management in this comparative perspective is the operation of these functions by independent supranational institutions and empowered societal interests. As opposed to most international regimes, where the signatories themselves play a central role in executing enforcement and management functions, the EU has supranational institutions in charge of capacity building, monitoring,

¹⁴⁸ J. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe’s Sonderweg*, en Harvard Jean Monnet Working Paper, 2000, 12.

¹⁴⁹ J. ELSTER, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, cit., 318.

¹⁵⁰ C. HARLOW, *Voices of difference in a Plural Community*, en AA.VV., *Convergence and Divergence in European Public Law*, editado por P. Beaumont – C. Lyons – N. Walker, Hart Publishing, 2002, 199 ss.

¹⁵¹ J. ELSTER, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, cit., 318-319.

rule interpretation, and sanctioning, with assistance from transnational societal interests"¹⁵².

El período histórico correspondiente a la 'atadura' de cada Estado europeo coincide precisamente con la salida de momentos extremadamente trágicos, tiñendo la creación de las primeras comunidades europeas del 'color derridiano' del elemento místico del Derecho¹⁵³.

Se pregunta agudamente Elster "**¿Cómo Ulises habría podido protegerse a sí mismo de los cantos de las sirenas si hubiese sido lo suficientemente fuerte como para romper cualquier sujeción que le atara al mástil?**"¹⁵⁴. Trasponiendo esta pregunta a nivel político, habría que preguntarse si la fuerza de Europa, su *soft power*, su *forza gentile* no surge del momento de debilidad hobbesiana siguiente a las guerras civiles y las transiciones después de los periodos de dictadura.

6. La estrechez de la atadura : la cross-fertilisation como paradigma « gramatical »¹⁵⁵-judicial

La atadura de Ulises corresponde, fuera de metáfora, al recurso a métodos legales para conseguir la integración regional entre Estados. Es el paradigma conceptual que reviste el principio de responsabilidad del Estado miembro. La mayor juridificación ha confluído en un conjunto de normas impuestas por instituciones supranacionales y, con variada intensidad, cumplidas por los Estados miembros. La culminación del proceso de constitucionalización europea ha sido probablemente la sentencia Factortame de 1996.

¹⁵² J. TALLBERG, *Paths to Compliance: Enforcement, Management, and the European Union*, cit., 635.

¹⁵³ J. ELSTER, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, cit., 323.

¹⁵⁴ J. ELSTER, *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, cit., 326.

¹⁵⁵ J.H.H. WEILER – A.M. SLAUGHTER – A.STONE SWEET, *Prologue – The European Court of Justice*, en AA.VV., *The European Court of Justice and national courts*, Hart Publishing, 2000, iii: "*the premise and defining approach of the entire volume is that the construction of the Community legal order is a tale in which national courts have played as important a role as the European Court of Justice itself; that constitutionalization is above all a conversation with a uniquely interesting **grammar and syntax***"[énfasis añadida].

Los dos paradigmas - conceptual y gramatical - están lógicamente entrelazados y forman parte del proceso general de constitucionalización del Derecho.

Tratando la problemática constitucional, Snyder sostiene que existe un proceso constitucionalizante que atañe a la “(re)institutionalisation of norms”¹⁵⁶. El mecanismo de circulación de modelos jurídicos se erige a método de juridificación, del mismo modo del segundo grupo de “constitutionalising processes” relativo a la eficacia del Derecho. “*The European Court of Justice has created a judicial liability system, involving the direct effect of directives, the interpretative obligation, partial harmonisation of national remedies, and the remedy of damages against a Member State*”¹⁵⁷.

La cuestión ahora consiste en el ‘método de propagación’ del principio de responsabilidad por violación del Derecho comunitario. En la metáfora formulada por Elster el tema se traduce en la cuestión relativa a la “estrechez óptima de las ataduras”. Si los Estados miembros fueran excesivamente fuertes romperían sus vínculos, como han tratado de hacer en la Conferencia Intergubernamental de 1996 en el capítulo relativo a los poderes del Tribunal de Justicia y de la sentencia Francovich. Sin embargo, si fueran débiles se verían dañados, sofocados por los mismos nudos. Ésta es la postura de Harlow¹⁵⁸ y Legrand¹⁵⁹.

Los Estados miembros han rechazado, y siguen rechazando, a todas luces la implementación de las normas comunitarias mediante un

¹⁵⁶ F. SNYDER, *The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Processes and Culture*, in AA.VV., *European Constitutionalism Beyond the State*, editado por Joseph H.H. Weiler – M. Wind Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 59: “*Re-institutionalisation is one of the basic constitutionalising processes of the EU. One of its aspects is ‘juridification’, the creation of legal norms from normative raw material which was previously not legal in character. Another aspect is the re-institutionalisation of legal norms, that is, the statement or development as basic principles of EU law of legal principles drawn from other legal orders. [...] The numerous examples include proportionality, legitimate expectations, extra-contractual liability, state liability, and, most notably, human rights*”.

¹⁵⁷ F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, en 56 *Modern Law Review*, 1993, 19.

¹⁵⁸ C. HARLOW, *Voices of difference in a Plural Community*, en AA.VV., *Convergence and Divergence in European Public Law*, editado por P. Beaumont – C. Lyons – N. Walker, Hart Publishing, 2002, 199 ss.

¹⁵⁹ P. LEGRAND, *Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists Contribute?*, *ibidem*, 225 ss.

mecanismo tan contundente de *enforcement*. Ha de descartarse, de momento, la definición del principio de responsabilidad por vía legislativa (*by imposition*) bajo forma general de Código Civil¹⁶⁰ o de directiva¹⁶¹: el único modo para establecerlo consiste en los delicados mecanismos judiciales¹⁶². Los tribunales representan, por tanto, el punto neurálgico de este fenómeno comunitario. Han contribuido a realizar el verdadero cambio de paradigma conceptual: desde el plano estatal a la cota supranacional-comunitaria. “*Effectiveness of the ECJ and the ECHR is linked to their power to hear claims brought by private parties directly against national governments or against other private parties. Such "supranational" jurisdiction has allowed the European courts to penetrate the surface of the state, to forge direct relationships not only with individual citizens but also with distinct government institutions such as national courts. Over time, this penetration and the deepening relationships between supranational jurists and domestic legal actors have led to the evolution of a "community of law", a web of nominally **apolitical** relations among subnational and supranational legal actors*”[énfasis añadida]¹⁶³.

Sin embargo, ¿la *judicial conversation* de la que discute Weiler ha terminado sofocando las *mentalités* nacionales¹⁶⁴? El Derecho ha

¹⁶⁰ Se baraja la hipótesis de introducir un Código Civil europeo, pero todavía persisten amplias áreas doctrinas de resistencias. G. BETLEM, *Torts, A European Ius Commune and the Private Enforcement of Community Law*, en [2005] *Cambridge Law Journal* 126, subraya justamente la imprescindible obra judicial también en el caso de intervención legislativa “*The prime consequence of this partial legislative intervention is an enhanced role for the judiciaries of those jurisdictions: they are inevitably entrusted with the fine-tuning of the interaction between domestic and EC private law. Alien concepts make their entry into a Member State’s Civil Code or common law doctrine that do not necessarily easily fit (one scholar has called these “legal irritants”*”.

¹⁶¹ Cfr. P. C. MÜLLER-GRAFF, *EC Directives as a Means of Private Law Unification*, en AA.VV., *Towards a European Civil Code*, editado por Hartkamp, 2nd. ed., Nijmegen 1998, 71.

¹⁶² W. VAN GERVEN, *ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law?*, en *5 European Review of Private Law*, 1997, 293 ss.; AA.VV., *The Gradual Convergence*, editado por B.S. Markesinis, Oxford, 1994; J.M. SMITS, *A European Private Law as a Mixed Legal System*, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1998, 5.

¹⁶³ L. HELFE - A.M. SLAUGHTER, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, en *Yale Law Journal*, Vol. 107, No. 2, 1997.

¹⁶⁴ Más emblemático es el caso inglés, a propósito del cual afirma P. LEGRAND, *Public Law, Europeanisation and Convergence: Can Comparatists Contribute?*, cit., 234: “*the mentalités are even irreconcilable in the case of continental and English law. Epistemologically, the reasoning in common*”

contribuido mayoritariamente al proceso de integración comunitario¹⁶⁵, pero qué categoría de Derecho se ha aplicado para crear un sistema de responsabilidad comunitario? De la “*Institutionalisation of Europe*”¹⁶⁶ (la juridificación o constitucionalización de Europa¹⁶⁷) a la “*Europeanization*”¹⁶⁸ (los mecanismos de permeabilización mutua del Derecho comunitario en los Estados miembros, a saber “*Europeanization is, at its most basic, a process that is driven by the inter-action of national and supranational forces*”¹⁶⁹).

La disciplina comunitaria acerca de la responsabilidad del Estado prima la conjugación con las desinencias de los sistemas nacionales mediante elaboración jurisprudencial. Respecto a los sistemas tradicionales de ámbito nacional, tal término designa una matriz principal que confiere forma a la sucesiva y necesaria operación nacional. Asimismo, se va extendiendo en el campo de la responsabilidad del Estado un único paradigma comunitario de corte jurisprudencial que asume formas y colores nacionales. Scoditti define el principio comunitario en términos de «*un illecito interfacciale*»¹⁷⁰, resultado híbrido de una dialéctica entre ordenamientos comunitario

law is inductive with an emphasis on facts and legal precedent; in civil law the focus is on systematization”.

¹⁶⁵ N. FLIGSTEIN - A. STONE SWEET, *Introduction a AA.VV., The Institutionalisation of Europe*, editado por N. Fligstein, - W. Sandholtz - A. Stone Sweet, Oxford, Oxford University Press, 2001, 5: “*The operation of the legal system, through art. 177 procedures has pushed the integration project a great deal further than member state governments, operating under existing legislative rules, would have been prepared to go on their own*”. Cfr. F. SNYDER, *The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Processes and Culture*, en AA.VV., *European Constitutionalism Beyond the State*, editado por J. H.H. Weiler – M. Wind, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 55-73.

¹⁶⁶ AA.VV., *The Institutionalisation of Europe*, editado por Fligstein, N., W. Sandholtz - A. Stone Sweet, Oxford, Oxford University Press, 2001.

¹⁶⁷ Cfr. K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, 2002; . H. H. WEILER, *The Constitution of Europe: “do the new clothes have an emperor?”, Cambridge University Press, 1999.*

¹⁶⁸ A. GORDON, *The Europeanization of United Kingdom Public Law*, en *Yearbook of European Studies* 14, 2000, 83 ss.; N. GRIEF, *The Pervasive Influence of European Community Law in the United Kingdom*, en AA.VV., *The Europeanisation of Law*, editado por T.G. Watkin, London, UKNCCL, 1998.

¹⁶⁹ A. GORDON, *The Europeanization of United Kingdom Public Law*, cit., 83; IDEM, *UK Public Law and European Law: The Dynamics of Legal Integration*, Hart Publishing, Oxford, 2002.

¹⁷⁰ E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, en *Danno e responsabilità*, 2005, 12.

y nacionales. El fenómeno de *cross-fertilisation* se distingue de la operación de trasplante jurídico, porque «*it implies that an external stimulus promotes an evolution within the receiving legal system*», de manera que «*the new development is a distinctive but organic product of that system rather than a bolt-on*»¹⁷¹. La circulación de modelos jurídicos sobreentiende dos elementos: externo, el paradigma comunitario de responsabilidad; e interno, la disciplina nacional de responsabilidad del Estado. “*In particular, a cross-fertilization analysis highlights the manner in which processes of Europeanization may be structured around the needs and demands of the domestic order*”¹⁷². Los cuatro años de «silencio de oro» en la fórmula acuñada por Harlow¹⁷³ para definir la exigua respuesta de las jurisdicciones nacionales al impulso *Francovich* no ha de considerarse en términos de *sanction of inaction*, como afirman los juristas neofuncionalistas¹⁷⁴, sino un síntoma de un profundo rechazo cultural al nuevo paradigma comunitario.

A fin de lograr la aplicación del paradigma comunitario de responsabilidad, los jueces comunitarios se apoyan en el diálogo judicial con los jueces nacionales. Si este diálogo se interrumpe, por consiguiente, se complica también la misma labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia. En el planteamiento *Factortame* se perfila no sólo una circulación en dirección descendente (desde el tribunal comunitario a los tribunales nacionales), sino que, anteriormente a ello, se produce una fuerte tendencia ascendente hacia la comparación y la consiguiente determinación de un modelo comunitario de responsabilidad estatal¹⁷⁵.

¹⁷¹ J. BELL, *Mechanism for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, en AA.VV., *New Directions in European Public Law*, editado por J. Beatson - T. Tridimas, Hart Publishing, Oxford, 1998, 147.

¹⁷² A. GORDON, *The Europeanization of United Kingdom Public Law*, cit., 83.

¹⁷³ La expresión es de C. HARLOW, *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, cit., 202.

¹⁷⁴ J. TALLBERG, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply*, cit., 35
título significativamente un párrafo «*When inaction is more effective than action*».

¹⁷⁵

La fase descendente de *cross-fertilisation* adquiere sentido y vigor si la labor previa de comparación y creación de la corte ha sido realizada de manera satisfactoria. En efecto, las primeras respuestas positivas de los jueces nacionales han llegado tras la revisión del estándar valorativo de la violación suficientemente caracterizada¹⁷⁶. «*There is no mellowing down, but consolidation and studied deference*»¹⁷⁷. Esta nueva configuración de la responsabilidad comunitaria ha reavivado su aplicación en ámbito nacional tras un periodo de inaplicación grave. «*Legal integration is not simply the issuing of legal decisions which create new doctrine, but more importantly the acceptance of this jurisprudence within national legal systems and by national politicians*»¹⁷⁸. La instauración de un parámetro mayormente general y flexible de responsabilidad ha promovido claramente un fenómeno de *cross-fertilisation*, a su vez impulsado por un grado superior de 'aceptabilidad' del mismo nuevo parámetro. Este diálogo cultural entre el Tribunal de Justicia y las cortes nacionales, que recientemente había visto en el centro de la escena los tribunales estatales, en los últimos meses se reaviva gracias a una reciente sentencia del tribunal comunitario que establece la responsabilidad del Estado por actos judiciales¹⁷⁹. Una

¹⁷⁶ Cfr. sentencia del Trib. di Caltanissetta, 15 septiembre 1997, en *Danno e Responsabilità* 1998, 3, 334-350, con nota de A. LAZARI, «'Eppur si muove!': Galileo, i giudici e la responsabilità statale per violazione del diritto comunitario»; y la decisión de la *House of Lords*, 28 octubre 1999, en *Danno e Responsabilità*, 2000, 1187-1202, IDEM, «*La responsabilità dello Stato legislatore in Inghilterra: la rivoluzione della cross-fertilisation*».

¹⁷⁷ T. TRIDIMAS, *Liability for Breach of Community Law: Growing up and Mellowing down?*, en *CML Rev.*, 2001, 332.

¹⁷⁸ K. ALTER, *Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, en AA.VV., *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, editado por Anne-Marie Slaughter, Alec Stone Sweet - Joseph H. H. Weiler, Oxford, Hart Publishing, 1999, 227.

¹⁷⁹ Sentencia del 30 septiembre 2003, C-224/01, Gerhard Köbler v Austria, en *European Law Review* 2 (2004) 236-247, *State liability for judicial wrongs and Community law: the case Gerhard Köbler v Austria*; P. MARTÍN RODRÍGUEZ, «La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario», en *Rev. Der. Comun. Europeo*, 2005, 145 ss.; en *Foro it.* 2004, IV, 4, con comentario de E. SCODITTI, 'Francovich' presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale. Sobre el tema en Italia, Tribunale Roma, 28-06-2001 - Rel. Lamorgese - Mediobanca e altro c. Pres. Cons. Ministri, en *Giurisprudenza di merito*, 2002, 2, I, 359: *Qualora la violazione del diritto comunitario sia asseritamente riferita alla decisione di un giudice, la responsabilità dello stato italiano si configura con riferimento all'esercizio della funzione*

vez más, como en la sentencia *Brasserie* de 1996, la corte de Luxemburgo lanza un mensaje perentorio, que también esta vez a las puertas de la ratificación de la Constitución para Europa está destinado a suscitar polémicas. Desde la fase de la «*studied deference*»¹⁸⁰ se pasa a un estadio más invasivo del sistema de responsabilidad: el choque con los interlocutores privilegiados —las cortes nacionales—¹⁸¹, está asegurado.

Los fenómenos de reluctancia a la asimilación del esquema comunitario han de ser

leídos en la óptica de una profunda dialéctica cultural, donde el juez nacional endosa las vestiduras del novel Hércules, no tanto en el sentido dworkiano, por su grandiosa capacidad de dominar el panorama jurídico, sino porque se encuentra en una encrucijada¹⁸²: ¿defensor a ultranza de los cánones nacionales o portavoz de la nueva tendencia comunitaria¹⁸³? La *cross-fertilisation*¹⁸⁴ no constituye, por tanto, un mecanismo jurídico legal asimilable a la armonización de legislaciones estatales, previsto por los arts. 94 e 95 TCE; se mueve por debajo de la superficie jurídica¹⁸⁵ y es también muestra de que existen parámetros culturales diferentes que entran en conflicto. Este contraste conceptual no se perfila en términos de *aut-aut*; es

giurisdizionale, e quindi la tutela risarcitoria del privato deve esplicitarsi con le forme e nei modi previsti dalla l. n. 117/1988, non disapplicabile dal giudice nazionale.

¹⁸⁰ T. TRIDIMAS, «*Liability for Breach of Community Law: Growing up and Mellowing down?*», en *CML Rev.*, 2001, 332.

¹⁸¹ J. H. H. WEILER, *A quiet revolution: the European Court of Justice and its interlocutors* [part of a special issue on the new constitutional politics of Europe], 26 *Comparative Political Studies* 510 (1994).

¹⁸² Cfr. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *Poder judicial e integración europea (La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión)*, Civitas, Madrid, 2004.

¹⁸³ Cfr. D. ROSSA PHELAN, *Revolt or Revolution: The Constitutional Boundaries of the European Community*, Round Hall, Dublin, 1997.

¹⁸⁴ Agudo es el análisis de R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional como juez europeo a la luz del Tratado Constitucional*, en *The National Constitutional Reflection of European Union Constitutional Reform*, Conference, Madrid (Universidad Carlos III), 5-7 September 2004

¹⁸⁵ P. BIRKINSHAW, *European Public Law*, Oxford University Press, 2003, 7: «*There is a sense of anti-globalisation and anti-Europeanisation behind such attacks and perhaps a fear of some sense of pending legal imperialism driven by economic and commercial determinism. As between different cultures, legal or otherwise, I join in with an exclamation of 'Vive la difference!' But we should refuse to deny the obvious benefits that may be gained by influences and developments outside our own or to close our eyes to the degree of mutual influence that is taking place*».

decir defensa de los principios nacionales o introducción de un Derecho supranacional *by imposition*¹⁸⁶. “*Legal cross-fertilization represents the relationship between EU law and national laws in less absolute terms and stresses how the interaction of internal and external norms can occur in an evolutionary and beneficial manner. The central premise of legal cross-fertilization, therefore, is an understanding that external norms can, at least in theory, inform internal legal developments in a manner which complements, rather than contradicts, the structures of the domestic order*”¹⁸⁷. Se trata de una categoría de Derecho que siempre ha existido (la circulación de modelos jurídicos por vía jurisprudencial asumía una dimensión fundamental en el Derecho medieval¹⁸⁸), pero que ha encontrado nueva linfa con la desagregación del Estado y de la quintaesencia de la soberanía nacional (el legislador) y con la institución de un tribunal de dimensión supranacional. La fuerza del proceso de *cross-fertilisation* reside esencialmente en que el paradigma gramatical dibujado por el Tribunal de Justicia no se va aplicando sólo a los casos donde emerjan violaciones del Derecho comunitario, sino también en los principios internos de responsabilidad estatal¹⁸⁹. A nivel cultural, en los interrogantes suscitados por Legrand relativos a la resistencia de la *mentalité* nacional a la *Europeanisation*, se ha de remarcar que no existe actualmente una cultura legal monolítica, de corte metafísico: le *mentalités* culturales “*are continuously contested, imagine and reimagined, transformed and negotiated, both by their members and through their interaction with others*”¹⁹⁰. La defensa a

¹⁸⁶ Siempre A. GORDON, *The Europeanization of United Kingdom Public Law*, cit., 91:

“*Europeanization discourse need not be cast in terms that can only endorse absolutely or reject in their entirety the processes of interaction and integration. Drawing upon the imagery of legal cross-fertilization, it has been argued that the limits to Europeanization should not be seen as immutable, but rather should be seen as (at least potentially) open to change*”.

¹⁸⁷ A. GORDON, *The Europeanization of United Kingdom Public Law*, cit., 86.

¹⁸⁸ Cfr. G. GORLA; *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981; L.

ANTONIOLLI DEFLORIAN, *La struttura istituzionale del nuovo diritto commune europeo: competizione e circolazione dei modelli giuridici*, Trento, Università degli Studi, 1996.

¹⁸⁹ A. GORDON, *The Europeanization of United Kingdom Public Law*, cit., 86; M. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

¹⁹⁰ J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, 11. cfr. AA.VV., *Comparing Legal Cultures*, editado por D. Nelken, Aldershot, Dartmouth, 1997.

ultranza de las culturas nacionales en un sentido metafísico corre el riesgo de incurrir en la paradoja de la famosa nave de Teseo, que, tras muchos periplos y la sustitución de múltiples partes de su estructura, huía a todo criterio de identidad consigo misma¹⁹¹. Precisamente la sociedad inglesa bajo el mandato de T. Blair se ha demostrado muy receptiva al impulso comunitario¹⁹², si bien con varios matices. Lord Irving of Lairg asegura que con el influjo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la visión victoriana del Derecho y del Estado - que comparte expresamente Harlow - está cediendo el paso a otra concepción más aperturista del Estado, de su soberanía y de las relaciones con los jueces: “*judicial adoption of a substantive theory of rule of law would involve a much greater exercise of power by courts*”¹⁹³. Ello conlleva un nuevo constitucionalismo de origen comunitario y un nueva *mentalité* abierta a las influencias conceptuales y jurídicas: “*in recent years English law has grown more receptive to the influence of other legal orders, both domestic and transnational[...].Crucially this permeation of English law is to occur through the subtle influence of cross-fertilisation, rather than by crudely transplanting into English law a regime which is unsuited to its political and legal culture*”¹⁹⁴. En el terreno de la responsabilidad del Estado, este mecanismo se ha demostrado extremadamente activo en los últimos años¹⁹⁵, también en el campo social y cultural¹⁹⁶.

¹⁹¹ F. ORILIA, *Ulisse, il quadrato rotondo e l'attuale re di Francia*, Pisa, Edizioni ETS, 2002.

¹⁹² En el ámbito jurídico y social exhaustivo es el análisis de A. GORDON, *The Europeanization of United Kingdom Public Law*, cit., 86 ss.

¹⁹³ L. IRVINE OF LAIRG, *Constitutional Changes in the United Kingdom: British Solutions to the Universal Problems*, en *The 1998 National Heritage Lecture*, Us Supreme Court, 11 mayo 1998, 8.

¹⁹⁴ L. IRVINE OF LAIRG, *Constitutional Changes in the United Kingdom: British Solutions to the Universal Problems*, cit., 9.

¹⁹⁵ Cfr. M. ANDENAS – D. FAIRGRIEVE, *Misfeasance in public office, governmental liability, and European influence*, en *Inter. Comp. L. Quart.* 2002, 757 ss.; AA.VV., *New Directions in European Public Law*, editado por J. Beatson – T. Tridimas, Hart Publishing, 1998; A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.

¹⁹⁶ E. ÖRUCÜ, *Law as Transposition*, en *Intern. Comp. L. Quart.*, 2002, 219: “*influences are not just between legal systems but also between socio-cultures and legal systems, and legal cultures and legal systems*”.

7. El viaje de Ulises: Do the Lessons of EU Legal Integration 'Travel'?¹⁹⁷

¿El mayor grado de juridificación logrado por el ordenamiento comunitario, al que apuntan todos los juristas antes mencionados, se puede reproponer más allá de los confines europeos? Es la tesis propugnada por Slaughter.

Existe un evidente y esporádico fenómeno de *cross-fertilisation* judicial a nivel transnacional¹⁹⁸. En Estados Unidos es la figura del juez Breyer, que se encarga de auspiciar una mayor confluencia e intercambio con otros sistemas jurídicos¹⁹⁹. La causa de mayor importancia reside probablemente en la debilitación del edificio estatal de soberanía, en cuyos meandros se van paulatinamente insinuando estos mecanismos transnacionales. Buxbaum establece una relación directa entre el progresivo ocaso de la soberanía en el sentido granítico y tradicional del término y el origen de la *cross-fertilisation* judicial²⁰⁰. Significativamente “[w]hile the Court has not been as hospitable to international law and ‘constitutional cross-fertilization as its counterparts throughout the world, the Court has not operated in an isolated, legal cocoon, oblivious to all transnational law”²⁰¹.

¹⁹⁷ M. SHAPIRO – K. ALTER – L. R. HELFER, *Do the lessons of EU legal integration 'travel'?*, en *ECSA Review* 13, 1 (2000), 2-6.

¹⁹⁸ F. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-fertilisation of legal Systems: The European Court of Justice*, en 38 *Tex. Int. L. J.*, 2003, 547 ss.; C. L'HEUREUX-DUBÉ, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, en 34 *TULSA L.J.* 15, 16-27 (1998); A.M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, en 44 *HARV. INT'L L.J.* 191, 192-204 (2003)); A.M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, en 40 *VA. J. INT'L. L.* 1103, 1109-23 (2000).

¹⁹⁹ *Nixon v. Shrink Mo. Gov' t PAC*, 528 U.S. 377, 402-03 (2000) (Breyer, J., concurring); *Foster v. Florida*, 537 U.S. at 993 (Breyer, J., dissenting); *Knight v. Florida*, 528 U.S. at 995-97 (Breyer, J., dissenting); *Printz*, 521 U.S. at 977-78 (Breyer, J., dissenting); S. BREYER, *The Supreme Court and the New International Law*, Keynote Address to the 97th Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, D.C., Apr. 4, 2003, en http://www.supremecourtus.gov/publicinfo/speeches/sp_04-04-03.html: "What could be more exciting for an academic practitioner or judge than the global legal enterprise that is now upon us?". Cfr., E. GREATHOUSE, *Justices See Joint Issues With the EU*, en *Wash. Post*, 9 julio 1998, A24.

²⁰⁰ H. BUXBAUM, *A Post Colonial View of Transjudicialism*, en *Indiana J. global Studies*, 2004, 183 ss.

²⁰¹ J. K. LEVIT, *Going Public With Transnational Law: The 2002-03 Supreme Court Term*, en 39 *Tulsa L. Rev.*, 155.

Todo análisis realizado acerca de la aplicación transnacional de modelos jurídicos sitúa al centro del estudio el diálogo entre el tribunal de Luxemburgo y los jueces nacionales. Una vez más, la principal fuente de investigación reside en la peculiaridad de la relación y en el tipo de Derecho que se propaga con tal mecanismo pretoriano.

Sin embargo, la necesidad de establecer una respuesta contundente y general a los retos globales²⁰², no produce directamente la consagración de la *cross-fertilisation* a nivel transnacional. Este mecanismo se propaga en Europa siguiendo determinados cánones y requisitos: la existencia de una corte realmente y eficazmente supranacional, una estrecha red de intercambio de opiniones judiciales mediante el cauce del art. 234 TCE tanto hacia la corte europea y desde la corte europea como entre los jueces nacionales; la “lucha por el Derecho” entre el Tribunal de Justicia y los gobiernos nacionales; y, sobre todo, una cierta creencia en la legitimidad y validez del Derecho como uno de los requisitos de la integración europea: el fundamento místico de Derrida. La extemporaneidad de la *cross-fertilisation* internacional o transnacional es claro síntoma de que las mallas de los Estados están todavía bastante bien cerradas. La deseabilidad del fenómeno de circulación jurídica depende de la voluntad política de compartir el destino común²⁰³, su *telos*. Los *global networks* asumen fuerza y sentido en un marco unificado donde emerja la voluntad real de fomentar esta apertura judicial, de otra manera, sería, y es, sólo un fenómeno aislado y escolástico.

²⁰² L. HELFE - A.M. SLAUGHTER, *Towards a Theory of Effective Supranational Adjudication*, en 107 *Yale L.J.*, 1997, 273: “Networked threats require a networked response”.

²⁰³ Párrafo cuarto del preámbulo del *Proyecto de Constitución* y párrafo primero del preámbulo de la Parte II. Los términos aquí empleados juridificación o institucionalización (“*institutionalization as a process that binds together*”) reflejan el mismo mecanismo de edificación de un proyecto común por medio de métodos legales. “*Institutions constitute community, shaping how individuals see themselves in relation to others, and providing a foundations for purposive actions*”; A. STONE SWEET – N. FLIGSTEIN – W. SANDHOLTZ, *The Institutionalization of European Space*, en AA.VV., *The Institutionalization of Europe*, editado por A. Stone Sweet – W. Sandholtz – N. Fligstein, OUP, Oxford, 2001.

Cuanto ha caracterizado la *sonderweg* europea²⁰⁴ es su paradigma supranacional -“*the deeper shift*” de la que habla Slaughter²⁰⁵ - a caballo entre federalismo y intergubernamentalismo. En parte es cierto que este giro conceptual ha de ser realizado mediante “*the lenses of disaggregated rather than unitary states*”²⁰⁶. En un mundo de Estados desagregados, los formantes jurídicos internos a los Estados no sólo interaccionan más fluidamente entre ellos, sino que mantienen relaciones interactivas con los órganos análogos de otros sistemas. Es la circulación de los formantes jurídicos transnacionales ya teorizada con clarividencia por Rodolfo Sacco²⁰⁷. Está *in rebus* que los jueces intercambien pareceres, argumentaciones y lógicas como ocurre recientemente con las opiniones del juez Breyer o del juez Kennedy en *Roper v. Simmons*²⁰⁸.

“*What is relatively new and certainly controversial is that American judges are, or ought to be, bound not only by the Constitution and the laws and treaties made under it, but also by the emerging global jurisprudence of human rights law as developed by foreign national courts and supranational courts*”. ¿Esto bastará para impulsar el fenómeno de “*cross-fertilisation in a new world order*”, como auspiciado por Slaughter? La jurista estadounidense sostiene que “*old ways of thinking about state sovereignty — the final authority to make and enforce law — must be abandoned*”. ¿Pero cómo? ¿Son capaces los jueces o los funcionarios de la administración pública o los legisladores (*the global networks*) de desarrollar *motu proprio* un sistema alternativo de Derecho transnacional?

La *legalization* o juridificación no puede prescindir del respaldo social y político. La evolución del proceso legal de integración es la historia

²⁰⁴ J. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, en *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 2000, 10.

²⁰⁵ A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, 2003, 43.

²⁰⁶ A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., 56.

²⁰⁷ Sobre el tema cfr., R. SACCO, *Mute Law*, en 43 *Am. J. Comp. L.* 455 ss.; A. J. ARNAUD, M. J. FARIÑAS DULCE, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III - BOE, Madrid, 1996, 292 ss.

²⁰⁸ 112 SW 3d 397 (2003).

del controvertido apoyo de la sociedad al proyecto común europeo²⁰⁹. Es también la historia del imprescindible contrafuerte político inicial a la aventura europea y de la dialéctica político-institucional entre instituciones comunitarias y Estados. El paradigma comunitario – es bien repetirlo – no prescinde de las culturas, estructuras²¹⁰ y derechos nacionales: los supone. Weiler denomina esta colaboración-cohabitación institucional “principio de tolerancia constitucional”²¹¹. El rechazo al Tratado Constitucional pone de manifiesto esta dialéctica trilateral (Estados, instituciones comunitarias y sociedad), sin la cual la constitucionalización de Europa perdería todo sentido. Es cierto que “*fully legalized institutions bind states through law: their behavior is subject to scrutiny under the general rules, procedures, and discourse of international law and, often, domestic law*”²¹², pero igualmente innegable es que sin la interacción continua con las vertientes sociales los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia serían una caja vacía. El paradigma comunitario no es sólo un paradigma jurídico: es un paradigma social a la *Habermas*²¹³. La llamada *Europeanisation* representa un mecanismo social, político y jurídico. Quizás una sinergia de factores de análoga pujanza sería capaz de romper el esquema tradicional de los Estados como *black boxes*²¹⁴. Como ya visto, la juridificación del proceso de integración ha sido una respuesta a cuestiones de orden social, de organización de la sociedad de los Estados miembros tras la Guerra Civil europea o a los

²⁰⁹ Es el dilema del prisionero, que no sabe realmente si puede contar con la colaboración de su compañero de celda para romper las cadenas del “viejo paradigma”. Cfr. E. BENVENISTI, *Judicial Misgivings regarding the Application of International Law: an Analysis of Attitudes of National Court*, en *EJIL*, 1993, 160 ss.

²¹⁰ E. BENVENISTI, *Judicial Misgivings regarding the Application of International Law: an Analysis of Attitudes of National Court*, cit., 168: “What is therefore a precondition to increasing judicial application of international law is a community-wide commitment to cooperation. The model of the European Communities is the best evidence for the effect that changing commitments can have on judges' willingness to cooperate”.

²¹¹ J. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, en *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 2000.

²¹² J. GOLDSTEIN - M. KAHLER – A.M. SLAUGHTER, *Introduction a Legalization and World Politics*, en *International Organization*, vol. 54, 2000, 387.

²¹³ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, 469 ss.

²¹⁴ L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, *Sociedad civil y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

periodos de transición después de regímenes dictatoriales. Por tanto, no es oportuno asimilar la experiencia europea con otros fenómenos de integración regional entre Estados²¹⁵, como apunta Slaughter “*it is possible to disaggregate international organizations as well, to see "vertical networks" between national regulators and judges and their supranational counterparts. Examples include relations between national European courts and the ECJ or between national U.S., Mexican, and Canadian courts and NAFTA arbitral tribunals*”²¹⁶. En definitiva, la propuesta de Slaughter de un nuevo orden mundial necesita encontrar el *eros* weileriano, su interacción con la sociedad civil (desde abajo) y con los factores políticos (desde arriba): ningún juez estadounidense está actualmente dispuesto a despojarse de su toga nacional (el paradigma nacional) para endosar una vestimenta comunitaria. La Unión europea se desarrolla en los cauces de *eros* nacional (apego a las culturas nacionales) y *civilisation* comunitaria (sustrato superior de valores iluminados).

Los Estados miembros de la Unión Europea-Ulises han debido atarse al mástil para superar la prueba del canto de las sirenas: ¿son capaces los Estados actuales de hacer lo mismo?

Además, es difícil imaginar una *judicial cross-fertilisation* acéfala, una red de jueces-Hercules sin la dirección de una corte supranacional o transnacional formulada por Slaughter. “[D]omestic judges, at least in the United States are beginning to articulate their responsibility to ‘help the world’s legal systems work together, in harmony, rather than at cross purposes.’ Such cooperation includes not only procedural mechanisms of deference and collaboration, but also substantive evaluation of the degree of convergence between domestic and foreign law. This cooperation has been made possible by “a deep sense of participation in a common global enterprise of

²¹⁵ Opinión compartida por Laurence R. Helfer, *Do the lessons of EU legal integration 'travel'?*, en *ECSCA Review* 13, 1, 2000, 8-9; que detecta bien siete puntos de diferenciación; y A. AFILALO, *Constitutionalization Through the back door: a European perspective on Nafta's Investment Chapter*, en *N.Y.U. J. Intern. Law and Politics*, 2001, 34.

²¹⁶ A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, cit., 19.

judging”²¹⁷. La aventura europea debe, entonces, ser bien calibrada en su contexto si no se quiere que Ulises cumpla un acto de *hybris*: “al arribar a aquella boca estrecha donde Hércules plantara sus columnas, para que el hombre más allá no fuera”, en el intento de ir más allá de los límites, naufragó “hasta que el mar cerró sobre nosotros”²¹⁸.

8. Consideraciones finales: la Sonderweg comunitaria y San Manuel

El contexto histórico y el “fundamento místico del Derecho”²¹⁹ juegan un papel inevitablemente diferenciador entre la Unión Europea y las otras organizaciones internacionales como NAFTA. La vivencia de una tragedia comparable a la guerra civil indujo a algunos gobernantes europeos de la mitad del siglo, y a los, que tras experiencias significativamente similares se adhirieron en las varias ampliaciones posteriores, a sacrificar parte de su soberanía estatal a favor de la creación de un ordenamiento jurídico supranacional²²⁰. En *Agamenón* de Esquilo el conocimiento o sabiduría (*sophronein*) está vinculado a la conciencia de los límites y al sufrimiento: *ton pathei mathos thenta kyrios echein*²²¹.

*“The deep level of constitutionalization of Europe was inspired by the fundamental historical purposes of European integration, which went well beyond purely economic integration goals. The advanced institutional development of Europe reflected its broad integration goals”*²²². Por tanto, el proceso de juridificación o *constitutionalization*

²¹⁷ A.M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, en 40 VA. J. INT. L. 1103, 2004.

²¹⁸ D. ALIGHIERI, *La Divina Comedia*, Infierno, Canto XXVI, 142.

²¹⁹ Cfr. la declaración Schuman de 1950, allí donde se subraya que “sin una Europa Unida tuvimos la Guerra”.

²²⁰ D. INNERARITY, *El horizonte cosmopolita*, en *El País*, 8 de septiembre 2005, 16: “Si el contrato social fue inventado para terminar con las guerras civiles, lo que algunos llaman alianza de civilizaciones, otros multilateralismo, y que yo llamo cosmopolítica, sería el marco que permitiera resolver de manera civilizada, política, los nuevos conflictos que acompañan a la mundialización”.

²²¹ ESQUILO, *Agamenón*, 180-183. Cfr. S.NATOLI, *L'esperienza del dolore*, Milano, 1993;

G.PADUANO, *La lunga storia di Edipo Re. Freud, Sofocle e il teatro occidentale*, Torino, 1994.

²²² A. AFILALO, *Constitutionalization Through the back door: a European perspective on Nafta's Investment Chapter*, en N.Y.U. J. Intern. Law and Politics, 2001, 34. Opinión compartida por F.G. JACOBS, *Judicial Dialogue and the Cross-fertilisation of Legal Systems: the European Court of Justice*, en 38 *Tex. Inter. L.J.*, 2003, 547 ss., donde el Abogado General concluye que, comparado con la

impulsado por el conjunto de principios establecidos por el Tribunal de Justicia – el principio de responsabilidad por violación del Derecho comunitario *in primis* – es difícilmente exportable *tout court* fuera de las columnas de Hércules europeas. Ello no significa que no se pueda reforzar una *transnacional cross-fertilisation* o que el principio de responsabilidad por violación de normas internacionales no pueda ‘agarrar’ en otros terrenos. En el horizonte cosmopolita²²³ es imprescindible, sin embargo, una voluntad real de someterse a condenas contrarias a los intereses de los gobiernos nacionales, instituyendo órganos judicantes independientes, cuya jurisdicción penetre dialécticamente en las culturas jurídicas nacionales²²⁴: “a *third part resolution*”²²⁵. Actualmente “*the ECJ is more similar to the US Supreme Court than to the International Court of Justice or the dispute panels of the North American Free Trade and World Trade Organization*”²²⁶.

La profunda juridificación del proceso de integración no debe inducir a pensar que con el Estado de derecho comunitario cualquier cuestión social - nacional e internacional - se solucione con procedimientos exclusivamente jurídicos. La aporía de la madera torcida de Kant proyecta sus sombras ineludiblemente también a nivel comunitario²²⁷. Puesto que la obligación jurídica se apoya únicamente en la

circulación jurídica en órganos judiciales de otras organizaciones internacionales, “*within the EU there has been a remarkable degree of judicial dialogue and cross-fertilisation*”.

²²³ D. INNERARITY, *El horizonte cosmopolita*, en *El País*, 8 de septiembre 2005, 16: “Cosmopolitar significa estrategias para autolimitar reflexivamente a los beneficios de su propio interés; desde el punto de vista cultural, conseguir que las civilizaciones y las culturas comprendan la dependencia que les vincula a otras para la propia definición y el enriquecimiento que suponen los procesos de traducción, intercambio e hibridación”.

²²⁴ A. AFILALO, *Constitutionalization Through the back door: a European perspective on Nafta’s Investment Chapter*, cit., 35: “*The European system of constitutionalization arose, and was accepted in the Member States, out of a dialogue that began in 1957 and is continuing to this day among the national and supranational judiciaries and political branches of government*”

²²⁵ A. STONE SWEET, *Constructing a supranational constitution: dispute resolution and governance in the European Community*, en *Amer. Pol. Science Rev.*, 1998, 47; IDEM, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000.

²²⁶ G. GARRETT – R. DANIEL KELEMEN – H. SCHULTZ, *The European Court of Justice, national governments and legal integration in the European Union*, en *Intern. Organ.*, 1998, 1. Del mismo parecer H. A. JOHNSON, *Judicial Institutions in emerging federal systems: the Marshall Court and the European Court of Justice*, en *J. Marshall L. Rev.*, 2000, 1063 ss.

²²⁷ Cfr. C. RUÍZ MIGUEL, *La aporía de la inactividad del legislador*, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 2, 2000, p. 99-110.

posibilidad de una constrictión externa que haga efectivamente posible la coexistencia de las voluntades individuales²²⁸, la coacción viene a formar parte integrante de la obligación jurídica. El Derecho se funda sobre la figura del soberano y sobre su fuerza coactiva para desarrollar la función ordenadora. La ley necesita de la intervención coercitiva del soberano, pero éste es a su vez un ser animal que necesita de un dueño²²⁹.

El Derecho no es una panacea ni un maná caído del cielo. El Estado de derecho comunitario ha logrado desplazar las riendas de algunas cuestiones sociales del Parlamento nacional a los legisladores comunitarios y consiguientemente a los jueces, pero la conmistión Derecho-Política seguirá existiendo siempre. *Sword and scales* en la metáfora de Loughlin²³⁰. Justamente el jurista inglés fotografía no sólo la inextricable conmistión entre política y Derecho, sino que en relación con el caso *Factortame* detecta - quizás involuntariamente - el origen de un nuevo paradigma comunitario, donde afirma que “*issues of legal interpretation are now placed at the centre of the political process*”²³¹, contraponiéndolo a la tradicional visión británica de un caso análogo de 1964²³², cuando a una sentencia favorable a la indemnización de los daños provocados por la administración estatal durante la guerra sigue la intervención del Parlamento nacional que corrige y anula el veredicto anterior.

La metodología de este análisis no tiende a demostrar la bondad en términos absolutos de la opción de la juridificación europea, interpretada en clave de debilidad por Kagan: sólo ha pretendido explicar los motivos por los que se ha desarrollado un proceso de integración basado en los instrumentos legales y en el principio de

²²⁸ I. KANT, *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, UNAM, México, 1968.

²²⁹ I. KANT, *Idea de una historia universal en sentido cosmopolita*, El Colegio de México, Traducción de Eugenio Imaz, Ciudad de México, 1941.

²³⁰ M. LOUGHLIN, *Sword and Scales: an Examination of the Relationship between Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

²³¹ M. LOUGHLIN, *Sword and Scales: an Examination of the Relationship between Law and Politics*, cit., 41.

²³² *Burmah Oil v. Lord Advocate* [1965] AC 75. La ley de signo contrario es el *War Damage Act* 1965.

tolerancia constitucional weileriano (la *Sonderweg*)²³³, sin que ello implique juicios de valores. Al contrario, es bien precisar que la Unión Europea continúa su proceso de constitucionalización siguiendo recientemente las vías más propiamente sociales que jurídicas, involucrando cada vez más a los Pueblos de Europa, más que las frías salas del tribunal de las colinas de Kirchberg y que este camino no se dirige hacia ninguna tierra prometida, al contrario, conoce estrepitosos y saludables retrocesos. Sólo se ha pretendido señalar la existencia de una vía del Derecho en Europa, de una *integration through law*²³⁴; vía que se desarrolla con determinados presupuestos históricos y sociales, sin ánimo de dar una idea monolítica y absolutamente positiva de Europa. El rechazo democrático al Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, al contrario, confirma que el Derecho sólo es *un* - no *el* único - empuje hacia la integración europea. *Eros y civilization*.

Así mismo, Marte es un planeta con sugestivas y bellas franjas donde al *Patriot Act I y II* (HR 3162) legislativo y a la decisión de rechazar firmar el Protocolo de Kyoto se ha respondido con recientes sentencias en sentido contrario²³⁵. Marte y Venus son mundos que giran alrededor de su órbita y que tienen paisajes muy variados.

Por otro lado, el Derecho desarrolla su función (ficción, dirían los estudiosos de los *Critical Legal Studies*) en un contexto social de legitimación y aceptación de las normas jurídicas. En estas condiciones socio-culturales el Derecho, en todas sus variantes *by imposition* o *by cross-fertilisation*, desarrolla una función de

²³³ J. WEILER, *Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, en *Harvard Jean Monnet Working Paper*, 2000.

²³⁴ En el sugestivo libro de M. LOUGHLIN, *Sword and Scales: an Examination of the Relationship between Law and Politics*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 23 se identifica el proceso de globalización con la *politics of state sovereignty* y el proceso de integración europea con *law of state sovereignty*.

²³⁵ Cfr. sobre las detenciones ilícitas en Guantánamo, cfr. US Supreme court, *Rumsfeld v. Padilla*, 4 de abril 2004, US SC, 542; US Supreme Court, 8 agosto 2005, *SALIM AHMED HAMDAN, v. D. RUMSFELD*; acerca de las demandas de indemnización por la política llevada a cabo por la administración Bush, véase la reciente sentencia de condena del U.S. District Judge Jeffrey White el 25 de agosto 2005. A. BUNCOMBE, *Washington to Be Sued over Global Warming*, en *The Independent UK*, Friday 26 August 2005. Otro dato relevante para 'desagregar' también EE.UU. está en la circunstancia por la que nueve Estados, contrarios al rechazo del gobierno federal de adherir al Protocolo de Kyoto, han decidido comprometerse a reducir 5, 2% la emisión de los gases contaminantes entre 2008 y 2012.

ordenación de la comunidad²³⁶. ¿Es ficción que esconde meramente la relación de fuerzas económicas y sociales? Si, pero quizás sea una ficción necesaria para la organización social. En definitiva, la controversia que ha generado el caso Factortame - es decir el derecho a faenar en las aguas del Gran Sol - dio lugar a mortíferas guerras entre el Reino Unido y España en siglos anteriores. La metodología que aquí se ha perseguido se adhiere a la propuesta de Kahn acerca del estudio cultural del Derecho, es decir adentrarse en el análisis de los fundamentos del *rule of law* occidental con 'distancia'. "*Distance from one's own beliefs is a necessary condition of such scholarship, yet that distance is not easily obtained*", pero "*distance does not mean abandonment*"²³⁷. Si el Dios-parlamento está herido de muerte, sus sacerdotes gozan de buena salud. A propósito del papel social e institucional desempeñado por los jueces²³⁸, Kahn sostiene que "*these institucional and rethorical forms shape not just the external appearance of the judge and court; they shape the self-apprehension of the judge as well. [...] They are like priest, believing what others believe about themselves*"²³⁹. El hecho de mirar al Derecho con distanciamiento no implica abandonar el planteamiento occidental. Sólo hay que mirar a nuestras instituciones jurídicas con una justa medida, más bien crítica y deconstructiva, del mismo modo con que analizamos la religión. El Estado de Derecho presenta defectos congénitos a la propia concepción del Estado en la cultura occidental, pero...

«Yo estoy para hacer vivir a las almas de mis feligreses, - [*dice don Manuel*] para hacerles felices, para hacerles que se sueñen inmortales y no para matarles. Lo que aquí hace falta es que vivan

²³⁶ A nivel internacional véase por ejemplo R. FALK, *Law in a emergente Global Village. A Post-Westfalian Perspective*, Transnational Publishers, New Cork, 1998.

²³⁷ P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, University of Chicago Press, Chicago, 1999, 3.

²³⁸ Cfr. el fascinante estudio sobre la actividad judicial de D. KENNEDY, *The Critique of Adjudication. Fin de siècle*, Harvard University Press, 1999, esp. pag. 317-318 sobre la *loss of faith in law*.

²³⁹ P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, cit., 81.

sanamente, que vivan en unanimidad de sentido, y con la verdad, con mi verdad, no vivirían”²⁴⁰.

²⁴⁰ M. UNAMUNO, *San Manuel Bueno mártir*, Madrid, Cátedra, 1995, 96.