

A LA BUSCA DEL JURISTA EUROPEO (*)

ALBRECHT WEBER (**)

Hablando, como lo hago, ante tantos y tan destacados juristas europeos y haciéndolo precisamente en la sede de este Instituto de Estudios de Derecho Europeo (ELSI) de la Universidad de Osnabrück y bajo el peso de su *genius loci*, tal vez pueda resultar sorprendente el tema que he escogido para una conferencia de despedida y hasta el título que le he dado. A la vista del imparable avance de la europeización del Derecho en todas sus facetas y de la cada vez mayor densidad del proceso de trasposición que resulta de los distintos instrumentos con vocación armonizadora del ordenamiento de la Unión Europea, ¿es que acaso no estamos formando ya, día a día, directa e indirectamente, a nuestros juristas en las distintas disciplinas parciales del Derecho europeo? Los especialistas en este Derecho —todavía una *rara avis* en los años setenta y en los primeros ochenta del pasado siglo—, que bregaron por hacerse, y al final lo consiguieron, un hueco propio entre los constitucionalistas y los internacionalistas, puede que contemplen retrospectivamente esta evolución con algún asombro y alguna dosis de autosatisfacción. El Derecho europeo se ha convertido en materia obligatoria, aunque ello tenga lugar a veces bajo la etiqueta poco feliz de «Derecho público III», como si, a pesar de todos los mandatos de integración incorporados a las constituciones de los distintos Estados miembros, el Derecho europeo no se hubiera transformado desde hace ya mucho tiempo, al menos desde la perspectiva del Tribunal de Justicia, en un ordenamiento jurídico propio y

(*) El texto original en alemán de esta lección de despedida de la cátedra, que el autor pronunció en la Universidad de Osnabrück el 25 de junio de 2010, será publicado en el número correspondiente a 2012 del *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, que dirige Peter Häberle.

(**) Traducción de Jaime Nicolás Muñiz.

autónomo. Y sin embargo, desde hace años me acecha la extraña sensación de que, a pesar de que se están proporcionando los conocimientos fundamentales y a pesar también de la diversificación y la penetración del Derecho europeo en las distintas asignaturas jurídicas parciales, incluidas las optativas y las de libre configuración, cada vez se corre mayor riesgo de perder de vista los fundamentos históricos comunes de Europa.

El planteamiento no es ciertamente nuevo. Uno de nuestros más destacados profesores de Derecho público, Peter Häberle, ya se planteó esta cuestión hace aproximadamente diez años en la conferencia que, bajo el título de «El jurista europeo», pronunció con ocasión de su despedida de la cátedra de St. Gallen, en la que, desde la perspectiva del Derecho comparado y del Derecho como ciencia de la cultura, esbozaba algunos perfiles de la cultura jurídica europea, entre los que hacía figurar la historicidad y el carácter científico del Derecho, la diversidad y la unidad, el particularismo y el universalismo de la cultura jurídica europea. No es mi propósito comentar en detalle esas ideas clave, sino —por recurrir a una imagen cara también al propio Häberle— apoyarme en sus hombros, como si de los de un gigante se tratara, y ganar así una perspectiva más amplia. Que yo haya querido hablar, más prudentemente, de «la busca» de ese jurista europeo no significa sólo la obviedad de que, en cuanto juristas, estamos siempre buscando encontrar la justa solución y construir un sistema lo más libre de contradicciones que sea posible o articular metódicamente unos estudios universitarios que puedan proporcionar, aun en el tiempo más corto posible (de ocho a nueve semestres), el necesario instrumental para la práctica del Derecho. Con mayor profundidad, si cabe, se plantea la cuestión del tiempo perdido —en el mismo sentido de *À la recherche du temps perdu* de Marcel Proust—, una cuestión que no es otra sino la de si no hemos de reencontrar nuestra identidad en un pasado bien lejano o con el que al menos nos sea dable conectar. Estoy pensando en el llamado *ius commune*, en el Derecho común que surgió en la Edad Media a continuación del Derecho romano y del Derecho canónico. Es éste un concepto que hoy se emplea lo mismo en el ámbito del Derecho civil que también, y con creciente intensidad, en el del Derecho administrativo y del constitucional para apelar a las viejas —y a las nuevas— tradiciones comunes europeas.

I

Permítanme ahora un breve excursus de carácter histórico, que no persigue otro propósito que el de examinar la idoneidad de ese concepto desde el trasfon-

do del Derecho racional secularizado y las grandes codificaciones nacionales y en el marco de una sociedad industrial globalizada.

El redescubrimiento del Derecho romano clásico en las universidades del norte de Italia, pero sobre todo en Bolonia, constituyó inicialmente el factor decisivo del despliegue del *ius commune*. Con el *corpus iuris civilis* justiniano como punto de partida, los glosadores dieron origen a una recepción crítica del Digesto que posibilitó un acercamiento científico al Derecho romano en los términos del estilo jurídico de la curia imperial y de la técnica discursiva de la pedagogía del *trivium*, con su división en lógica, gramática y retórica. Es así como von Wieacker puede calificar la fundación en 1088 del Estudio boloñés, con maestros específicamente retribuidos, como lugar para la formación de servidores públicos ni más menos que del «nacimiento de la ciencia del Derecho en Europa» (*Privatrechtsgeschichte*, pág. 49). La nueva escuela habría servido para juridificar y racionalizar la vida jurídica europea. En refuerzo de estos fenómenos vino, desde el Derecho del Reich, la llamada doctrina de la *translatio imperii*, esto es: la transferencia de la idea imperial de la Roma clásica, a través del Imperio Romano de Oriente, al Sagrado Imperio Romano de la Nación Germánica. Bolonia se erigió en el punto de arranque del estudio del Derecho romano en unas sesenta universidades, desde Nápoles hasta Uppsala, Oxford y Cambridge, pasando por Cracovia y Viena, en todas ellas conforme a un plan de estudios esencialmente igual. Desde finales del siglo XIII, llegaron a Bolonia, pero también a Padua, Perugia o Pavía, entre otras, un gran número de estudiantes alemanes, que formaron en cada centro la correspondiente nación, la *natio theutonica*; lo mismo, o similar, puede decirse de Francia en relación de las escuelas de Orléans, Angers, Montpellier y Aviñón, donde también se crearon las respectivas comunidades estudiantiles alemanas. Como algo más que una fugaz nota a pie de página de la historia contemporánea ha de entenderse, pues, que la reforma de los grados universitarios gestada entre nosotros hace ya diez años lleve justamente el nombre de Bolonia.

A consecuencia de una interpretación del Digesto que continuaba orientándose por las fuentes del Derecho romano, los estudios en las universidades del norte de Italia adoptaron espontáneamente unos contenidos formativos ampliamente coincidentes. Sin embargo, la forma en que se han articulado los planes de estudios de la reforma «Bolonia», aun bajo el disfraz de «coordinación abierta» con que se los presenta, traiciona una euforia planificadora y una fe engreída en la capacidad de conformación, muy propia de los años setenta, que se centra en la adaptación formal de los planes de estudios en vez de preocuparse a fondo de si los contenidos formativos y los grados resultan comparables y entre ellos se puede establecer la buscada transferencia. Da que pensar, y a la vez resulta

esperanzador, que sean precisamente los estudiantes quienes en Austria y Alemania protestan contra la presión formalista adaptadora y contra la creciente «escolarización» de las Universidades, para tratar así de conseguir una reforma de la reforma. Un colega, germanista en la Queen Mary University de Londres, donde dirige su instituto de relaciones germano-británicas, tituló un artículo en la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* como sigue: «Bolonía: más o menos tan inspirada como la reforma de la ortografía del alemán».

Para que no se me malinterprete: una formación de carácter dual como la de los títulos de grado especializados tal vez constituya una alternativa plenamente razonable para determinados ámbitos de actividad de los juristas en la economía, los bancos o los seguros; harina de otro costal es que, pese a la equivalencia de los diplomas, la formación recibida pueda marcar a los «juristas europeos» en un sentido más profundo, y consuela así saber que entretanto hasta Italia considera la posibilidad de distanciarse de la reforma de Bolonia.

Pero, tras esta mirada de soslayo a la situación actual de nuestros universitarios de Bolonia, volvamos otra vez al Sacro Imperio Romano. Un buen ejemplo lo encontramos, como es sabido, en la Cámara imperial, el supremo tribunal del Reich, creado en 1495, en cuyas sentencias participaban a partes iguales «sabios», esto es: expertos instruidos en Derecho romano, y consejeros procedentes de la nobleza imperial, que, a su vez, también «deberían ser jurisperitos [...] en caso de poderlos encontrar, y, si ello no fuera posible, al menos personas con experiencia y desenvoltura en la práctica de los tribunales». La recepción del Derecho romano y el Derecho canónico se desplegó en el trabajo de los comentaristas a lo largo del siglo XIV y constituyó la base del Derecho común en Alemania, impregnando junto con los Derechos territoriales y locales el ordenamiento jurídico del viejo Reich hasta bien entrado el siglo XVII. Con el desarrollo de la Ilustración, el Derecho natural de cuño racionalista y la era de la codificación, esta base se fue diluyendo a lo largo del siglo XIX y sólo pervivió a modo de trasunto de una ciencia unitaria del Derecho, como, por ejemplo, en la escuela histórica de Savigny. Ciertamente es que, si consideramos ese proceso de desarrollo, no parece posible ver una conexión inmediata con el *ius commune*. Y, sin embargo, la búsqueda de los principios y reglas básicas comunes de los ordenamientos jurídicos europeos, en el sentido de un «Derecho común», dista de carecer de interés y actualidad. Todo lo contrario: la diversificación de las culturas jurídicas nacionales durante el siglo XIX reclama y fomenta la idea de la búsqueda de un denominador común en el proceso de la integración europea. Tal vez el mejor ejemplo nos lo brinden los prolongados esfuerzos por llegar a un marco conjunto de referencia en el ámbito del Derecho de las obligaciones

y de los contratos, que en Osnabrück, en colaboración con otros institutos y organismos europeos, encuentran su específica sede.

La búsqueda del *ius commune* se continúa en las materias del Derecho administrativo y sus disciplinas parciales bajo las especies de un Derecho administrativo europeo y de un Derecho administrativo europeizado así como también bajo el aspecto de la cada vez más intensa administración mixta europea y nacional. En su última monografía, la profesora Galetta se ha referido a la declinante autonomía procedimental de los Estados miembros en virtud de la acción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión como un «unsafe haven of procedural autonomy» y, haciendo un guiño al *Paradise Lost* de John Milton, no sin ironía ha hablado de la posible pérdida del Paraíso. Claro que uno puede preguntarse si acaso la preservación de las culturas administrativas nacionales podría asegurar la permanencia en él. La cuestión de la disolución de las tradiciones jurídico-administrativas nacionales es a todas luces una consecuencia insoslayable de la comunitarización de nuestros ordenamientos jurídicos y, en cuanto parte de una cultura administrativa madura, también constituye un elemento de la identidad nacional que precisamente el Tratado de Lisboa pretende asimismo proteger. Aquí, lo mismo que en otras encrucijadas, se patentiza como una de las tareas permanentes del jurista europeo la búsqueda de la delimitación entre la identidad europea y la nacional de las culturas jurídicas. En el ámbito del Derecho constitucional comparado —al menos de los Estados de la Unión y del Consejo de Europa— parece algo evidente la destilación, vía comparación, de unos principios comunes o unos fundamentos jurídicos generales que en esencia, aunque no de modo exclusivo, se alimentan del Derecho racional de la Ilustración. Todo jurista europeo conoce, o al menos debería conocer, la prolongada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión sobre los Derechos fundamentales y los principios del Estado de Derecho. También aquí, al igual que en la esfera del Derecho administrativo a través de la jurisprudencia cautelar, se acomete tanto la fundamentación de un Derecho común como su formulación sistemática por la ciencia, de modo no muy distinto a como surgió en su día el viejo *ius commune*.

En cuanto parte de una identidad europea, el núcleo constitucional común de la Unión europea —con independencia de cómo se rubriquen los tratados, ya sea como Constitución, como Tratado de la Unión o como Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea— se erige en un campo de creciente actuación no sólo para el Tribunal de Justicia de la Unión y para los tribunales supremos nacionales, sino también para el nuevo jurista europeo. En este ámbito, el Derecho comparado no extrae sus materiales primariamente a partir de los círculos jurídicos o de las familias jurídicas, sino de los valores y principios

comunes de la Ilustración que conforman al moderno Estado constitucional de Occidente, Inglaterra incluida, pese a sus particularidades históricas. Justamente por ello hay que señalar cómo una historia constitucional europeizada constituye una exigencia de los tiempos, esto es: una historia de las Constituciones europeas que, junto a los contextos nacionales, vaya destilando simultáneamente vía comparación los fundamentos comunes. Que nosotros no podamos ni concebir ni enseñar la historia del Derecho alemán más que como una historia europea del Derecho es algo que hace tiempo es patrimonio común de los historiadores del Derecho; entre los cultivadores de la historia constitucional, sin embargo, esta idea, como hace tiempo han exigido Dietmar Willoweit y Reiner Schulze, parece abrirse paso sólo lentamente. Sea como sea, hoy contamos con colecciones de textos que ponen a nuestra disposición, en parte de manera bilingüe, los documentos constitucionales históricos a la par que se los brindan a los estudiantes universitarios como material de aprendizaje.

II

Nos ocuparemos ahora de la búsqueda de la identidad constitucional europea y nacional. El respeto a la identidad nacional encontraba acogida ya en el Tratado de Maastricht y, por su parte, Amsterdam y Niza lo dejaron expresado en el artículo 6, ap. 3, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. La Convención Constitucional y el artículo 4.2 del Tratado de Lisboa han concretado este mandato de respeto con las miras puestas en las estructuras básicas constitucionales y políticas, con inclusión del autogobierno regional y municipal, y lo han complementado con el de observancia de las funciones, igualmente básicas, del Estado. En ello quedan comprendidos los principios esenciales de ordenación y estructurales del Estado, lo que vendría a ser equivalente en buena medida a la identidad constitucional nacional; su protección viene asegurada en la mayoría de los supuestos por las cláusulas de contenido esencial o nuclear de las Constituciones nacionales o al menos perfilada, con formulaciones distintas, por la jurisprudencia de los tribunales constitucionales. No sólo ha sido el Tribunal Constitucional Federal alemán el que, en una jurisprudencia que se remonta muchos años en su historia, ha atribuido un valor especial a la tutela de los contenidos nucleares de carácter material; también otros tribunales del mismo rango, si bien menos intensamente y sin la misma fuerza explicativa, han circunscrito los contenidos centrales de las distintas Constituciones europeas. El mandato de respeto impone a la Unión y a sus órganos el deber de preservar la identidad constitucional nacional y representa un límite extremo para el ejer-

cicio de las competencias de la propia Unión. No ha de sorprender, pues, que en su sentencia sobre Lisboa la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal recurra a este punto de apoyo en su argumentación y exprese su parecer de que la garantía constitucional y comunitaria de la identidad constitucional nacional marchan acompasadamente (así en los fundamentos jurídicos, número marginal 240). A todas luces, en opinión de la Sala (número marginal 241), sólo el Tribunal Constitucional Federal resulta competente respecto de la constatación de una violación de la identidad constitucional y de la existencia de un acto de la Unión lesivo del orden competencial (*ultra vires*). Mientras que a lo primero cabe asentir en amplia medida, lo segundo ha topado, y justificadamente, con una crítica en parte muy acerba. Es cierto, sin duda, que a medida que crece la densidad de la integración y se produce una cada vez mayor transferencia de nuevas competencias, el problema de la legitimación democrática de la Unión se plantea también con mayor apremio que hace veinte años, antes de la puesta en marcha de la Unión Monetaria y de la comunitarización de la cooperación policial y judicial en la esfera de la libertad, la seguridad y el Derecho y antes de los primeros pasos hacia una Unión política. La Sala Segunda declara acertadamente que también la ciudadanía europea, introducida ya en Maastricht, no es algo que «preceda cultural o normativamente a los tratados entonces vigentes», ya que deriva de la ciudadanía nacional y sólo constituye un estatuto complementario. El pueblo alemán preserva su existencia en la medida en que la ciudadanía de la Unión no sustituye ni desplaza a la de los Estados miembros. La capacidad creadora de identidad de la ciudadanía de la Unión, que se concreta sobre todo en los libertades fundamentales de movimiento, el Derecho europeo de sufragio en el plano local y la tutela consular y diplomática, es algo que tampoco se debería subestimar. En cualquier caso, sigue siendo cuestionable que el principio democrático o el de subsidiaridad, tal y como piensa la Sala, autoricen la delimitación desde la perspectiva legitimatoria de la democracia en los ámbitos políticos centrales del espacio para el desarrollo personal y de la conformación social de las condiciones vitales, entre las que figuran de modo muy especial el Derecho penal material y formal, la disposición del monopolio de la fuerza policial y militar, las decisiones fiscales básicas o ámbitos de especial relevancia cultural como el derecho de familia, el sistema escolar y formativo o la regulación constitucional de la religión. Aunque nadie duda de la legitimidad de la definición jurídico-constitucional de estos ámbitos, no es menos cierto que ello se debería producir con consideración recíproca de los otros ordenamientos constitucionales. En la búsqueda de criterios nacionales de identidad se nos pueden presentar como merecedores de tutela algunos ámbitos de despliegue del poder soberano con sensibilidad hacia los derechos fundamentales y ciertas

esferas vitales particularmente marcadas por la cultura. Pero, pensando en las tradiciones y experiencias específicas de los Estados miembros, ¿por dónde ha de transcurrir la frontera para que la comunidad política siga siendo «sujeto de legitimación democrática»? ¿Puede un Estado miembro —pongamos el caso de Alemania y su Tribunal Constitucional— fijar unilateralmente los límites de la cesión de soberanía y frenar de esa manera el desarrollo de la Unión Europea? Es verdad que otros Tribunales Constitucionales protegen también el núcleo de la identidad constitucional y ejercen su control en caso necesario, pero en lo que atañe a la fijación de hasta dónde puede llegar la cesión de Derechos de soberanía se comportan claramente con mayor cautela. ¿Acaso no es tarea primordial de los Parlamentos y Gobiernos, legitimados democráticamente como lo están y actuando en colaboración con el poder constituyente, establecer los límites respectivos de la transferencia de soberanía? Sin duda alguna, es función de los Tribunales Constitucionales ejercer lo que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha llamado una «responsabilidad integradora» tomando como rasero la identidad constitucional, la alemana en este caso. ¿Significa esto que se debería atender a la identidad constitucional europea en su desarrollo específico, pongamos por caso, del principio democrático? ¿Lo que hay no es más bien una relación de complementariedad entre el plano nacional y el europeo, tal y como, aunque fuera en términos, por lo demás asimétricos, lo había interpretado ya el TCF en su sentencia sobre Maastricht? El Tribunal Constitucional checo lo ha apuntado ya en la primera de sus sentencias sobre Lisboa, y en la segunda, que hizo posible definitivamente la ratificación del tratado, incluso ha interpretado esta relación legitimatoria como una relación dual, de complemento recíproco.

Desde la perspectiva de una concepción cultural de la identidad constitucional nacional y europea, hoy ya no parece posible un retorno al concepto de Alemania como nación cultural en los términos en que bajo la presión de la primacía napoleónica lo propugnaba el romanticismo alemán, sobre todo Novalis y Fichte. En una poesía inacabada sobre la «grandeza de Alemania», Schiller se refiere a la dignidad alemana como a una magnitud moral fundada en la cultura; y según Novalis, el alemán, al tener cerrada la vía hacia la nación política, pone todo su ahínco en integrarse en una cultura superior. En sus propias palabras: «Todos los pueblos tienen su día en la historia, pero el día de los alemanes es la cosecha de toda ella». Inicialmente, en Novalis y Fichte la misión de Alemania se formulaba aún en términos universalistas, pero ese alcance se encoge ya en los discursos de Fichte a la nación alemana de 1807/1808 al proclamar al pueblo alemán —el pueblo germánico primigenio— como el sujeto de la libertad. Más afín al entendimiento actual de la diversidad de las culturas y al carácter interrelacionado de la identidad europea y la nacional sería la concepción de

Herder de las culturas populares, que desarrollan sus posibilidades a través de procesos de delimitación e intercambio y de enriquecimiento recíproco: «¿Qué es una nación? Un gran jardín sin cuidado alguno, rebosante de buenas y malas hierbas. Ningún pueblo es el único pueblo elegido de Dios en la tierra; la verdad es algo que todos tienen que buscar, y el jardín de lo que para todos es mejor es una huerta que todos han de cultivar... No es posible, pues, que ningún pueblo de Europa se aisle de los demás y, perdida la razón, proclame: En mí, y sólo en mí, habita la sabiduría.»

La identidad cultural nacional encuentra su anclaje normativo en el «artículo cultural» del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Según ese artículo 167, la Unión contribuye al florecimiento de las culturas de los Estados miembros en la medida en que garantiza su diversidad nacional y territorial a la vez que destaca la herencia cultural común. Teniendo en cuenta el Preámbulo, la competencia de fomento de la cultura también apunta a la mejora y difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos así como a la preservación y tutela del legado cultural de ámbito europeo. El artículo en cuestión contiene una competencia cultural complementaria de la Unión y una cláusula transversal según la que la Unión Europea —de modo similar a lo que sucede en la tutela del medio ambiente, la sanidad o la protección de los consumidores— siempre ha de actuar teniendo en consideración los aspectos culturales. La competencia complementaria, sin embargo, no lleva consigo otra de carácter armonizador; si de lo que se trata es de fomentar las culturas nacionales, una competencia así constituiría un mal sueño europeo, cuando, bien al contrario, siempre ha de quedar sujeta al principio de subsidiaridad. Entendido el concepto de cultura en un sentido amplio, entre los valores culturales comunes también puede figurar el legado jurídico-cultural. La herencia cultural común se plasma aquí en los antes mencionados principios e instituciones del Derecho común de nueva impronta.

La relación de especial interacción y la dialéctica entre la identidad nacional y la europea se despliega en última instancia en el canon axiológico de la Unión. Según el artículo 2 del Tratado de la Unión, ésta se basa en el respeto de la dignidad de la persona humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y la garantía de los Derechos humanos y los Derechos de las minorías. Estos valores se corresponden con los valores y principios fundamentales y las libertades de los Estados miembros, pero en el seno de la Unión despliegan también unos rasgos específicos. Aún hay que esperar para ver cómo los Tribunales Supremos interpretan esos valores en su interacción con los principios y valores fundamentales nacionales, también desde la óptica del ingreso de la Unión Europea en la Convención europea de Derechos humanos.

En la percepción pública y en su tratamiento por los medios de comunicación, la definición de las fronteras de las identidades nacional y europea, con toda su diversidad, está conectada en el fondo con el problema, sumamente práctico, de las competencias respectivas de la Unión y de los Estados miembros. En última instancia, el lugar central lo ocupa la cuestión de la virtualidad del principio de subsidiaridad, no sólo en el sentido técnico-jurídico, sino en un sentido general. Que la Unión concentra demasiadas competencias o que cuando menos en muchas materias procede a dictar regulaciones hartamente detalladas es una idea que se ajusta bien a la percepción general. Esto culmina con frecuencia en una censura global de la burocracia de Bruselas, que cual vulgar Leviatán echa sus garras sobre los miembros de los cuerpos nacionales. En la jerga común, aderezada con una buena ración de populismo, Bruselas sirve como el oportuno chivo expiatorio de todas las insuficiencias y de todos los apuros posibles que se experimentan en el plano nacional. A todo ello, con frecuencia se pasa por alto que si bien la Comisión cuenta con la iniciativa legislativa, son innumerables los impulsos que proceden de las representaciones de los Estados miembros o de los grupos de presión situados en Bruselas. Obviamente, no disponemos, y tampoco es fácil que podamos disponer, de una estimación estadística de esas iniciativas informales. En el futuro, por otra parte, también el Parlamento Europeo podrá, a través de sus propuestas dirigidas a la Comisión, hacerse sentir con mayor intensidad en el plano de la iniciativa legislativa.

Da que pensar en todo caso cuando esta crítica se formula con desmesura también desde el campo intelectual. En un temprano artículo publicado en la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* ya el Presidente federal Herzog se había pronunciado sin recato en contra de lo que a su juicio constituía una intromisión del Tribunal de Justicia de la Comunidad en su sentencia del *caso Mangold*, un supuesto de discriminación por razón de edad en el que estaba en juego la ley alemana de igualdad. Y en enero de este año, en un artículo titulado abreviadamente *La Unión Europea daña la idea de Europa* y firmado junto con otros dos autores, uno de ellos Bolkestein, el otrora comisario de mercado interior, el propio Herzog lanzaba toda una filípica contra las ansias regulativas de Bruselas, lo que empero no le impedía al mismo tiempo reclamar nuevas competencias en el ámbito de la tutela climática, las energías renovables y en parte también en materia de defensa del consumidor. Aún más provocativo y hasta casi satírico, Hans Magnus Enzensberger, en un artículo titulado «Guardaros bien de una democracia bananera» publicado en ese mismo periódico, lectura obligatoria para todos los juristas que nos ocupamos del Derecho europeo, escribía un duro alegato contra las ansias competenciales de Bruselas en materias como «Quesos, condones y crucifijos», palabras todas que en alemán empiezan por

la «K», criticando el peculiar carácter aliterativo de la partitura, y culminando en la nota de pasada de que «Mucho ya no queda en Europa sobre lo que Bruselas no tenga la competencia. La reeducación de más o menos 500 millones de personas resultaría así una tarea casi hercúlea. La cuestión ya es sólo la de si nuestros tutores están a su altura». Tabaco bien fuerte, que sólo se puede apreciar en su versión más exageradamente satírica. Detrás de ello se oculta en todo caso la preocupación básica por la eficacia del principio de subsidiaridad. Incorporado ya en el Tratado de Maastricht en calidad de regla para el ejercicio de las competencias, resulta determinante para el ejercicio de las competencias concurrentes o compartidas atribuidas a la Unión siempre que «los objetivos perseguidos no sean alcanzables, o no lo sean en medida suficiente, y por ello, a causa de su ámbito o de su acción, se los puede alcanzar mejor en el plano comunitario». La debilidad estructural del principio de subsidiaridad no estriba en su falta de justiciabilidad por el Tribunal Europeo de Justicia, incluso cuando éste, bien tímidamente, por cierto, se decide a utilizarlo, como en el caso de la publicidad de los productos de la compañía British American Tobacco. El protocolo de la subsidiaridad, además, junto al sistema de alarma temprana de los Parlamentos nacionales contempla también las posibilidades de denuncia de los Estados miembros o de sus Parlamentos o Cámaras. En su sentencia sobre Lisboa, el Tribunal Constitucional alemán ha subrayado con acierto la significación del quórum de las minorías en la Dieta federal a la hora de interponer la acción procesal en defensa de la subsidiaridad. También se ha de prestar atención al hecho de que la Comisión, el Parlamento Europeo y el Consejo, en el momento de presentar sus propuestas o enmiendas hayan de fundamentar la falta de subsidiaridad, por mucho que esto suceda formulariamente en la mayoría de los casos. Comoquiera que sea, el principio ha evidenciado hasta la fecha una clara debilidad para imponerse, aunque no sólo desde Lisboa las posibilidades de control en el seno del llamado sistema de alerta temprana han crecido también con no menos claridad. Garantes de la subsidiaridad —uno de los principios constructivos básicos de toda ordenación federal o prefederal— no son sólo los órganos legislativos de la Unión, sino también los Parlamentos y los Gobiernos nacionales. A la hora de valorar los criterios de subsidiaridad, el Tribunal de Luxemburgo ya no va a poder limitar la densidad de su control judicial al margen de discrecionalidad de que dispone el legislador. La efectividad —como lo pone de manifiesto también la experiencia habida en Alemania con la legislación concurrente— depende de la apreciación por los Tribunales Supremos del criterio de la proporcionalidad de unas normativas cuya virtualidad rebasa las fronteras nacionales. Desde la perspectiva comparatista de los estudios federales, de aquí surgen para el jurista europeo en ciernes nuevos e intensos campos

temáticos también en lo que concierne a la distribución de las competencias entre la Unión y los Estados miembros. Si pensamos en las experiencias unitarizantes de sistemas federales como los de los Estados Unidos o el Canadá, también aquí se nos presenta como irrenunciable un enfoque histórico-comparado para poder ampliar la perspectiva europea.

III

En esta tercera y última parte, permítanme que retome la perspectiva de la historia de las ideas. La comparación científica del constitucionalismo europeo, que constituye un elemento necesario tanto del Derecho constitucional europeo como de la teoría europea de la Constitución, apenas tiene sentido sin la perspectiva histórica de la propia historia constitucional europea. La búsqueda del jurista europeo, vista bajo esa perspectiva, representa también una búsqueda de la identidad europea. No es sólo una autoconstrucción normativa que se ajusta a los objetivos de la Unión, a los principios del Estado constitucional y a los valores de la ciudadanía europea o la simbología de la Unión, que en Lisboa volvió a experimentar un cierto alejamiento, sino que también conecta dialécticamente con un proceso de concienciación a largo plazo. Sin la perspectiva histórico-comparada, el jurista europeo apenas resulta merecedor de ese nombre. En una contribución aparecida hace ya veinte años en la *Juristenzeitung* (1990, pág. 605), el historiador del Derecho de Würzburg Dietmar Willoweit y el civilista y comparatista de Münster Bernhard Großfeld dejaron la siguiente constancia: «El desconocimiento de los fundamentos de nuestra cultura jurídica y la incapacidad para orientarse por los problemas teóricos de nuestro orden social y político han adquirido unas dimensiones que apenas pueden intuir los juristas de las generaciones mayores, que han perdido el contacto con la juventud, con unos jóvenes además, como los de hoy, que no tienen una formación humanista, sino científico-natural.» Expresado con radicalidad, tal vez sea éste un juicio duro, pero no es muy distinto el que resulta de mis experiencias personales cuando, lo mismo como profesor que como investigador, he planteado interrogantes de carácter histórico o teórico. Tal vez también nosotros, en nuestra calidad de docentes, nos deberíamos plantear autocríticamente la pregunta de si de los juristas que se han de formar para Europa no deberíamos esperar más de lo que nosotros estamos dispuestos o simplemente en condiciones de dar. No deberíamos continuar diluyendo las disciplinas fundamentales de carácter histórico-jurídico y teórico y desplazando el centro de interés hacia disciplinas monográficas, obligatorias u optativas, donde por lo mismo sólo una pequeña

proporción de los estudiantes, a la vista de la situación del mercado de trabajo, optará por las materias relacionadas con la economía y el ejercicio de la abogacía. La falta de una *venia legendi* específica en el nombramiento como profesor no debería ser razón suficiente para no asumir la impartición de lecciones de carácter histórico-jurídico o teórico en ámbitos como la historia del Derecho, la teoría del Estado, la filosofía o la teoría del Derecho que pertenecen a la dotación básica del jurista europeo. Por todo lo que hemos venido diciendo, la «escolarización» que trae consigo el proceso de Bolonia no parece propiciar una formación más profundizada.

Bajo presidencia austríaca, en 2006 la secretaría general del Consejo de la Unión Europea ha puesto en marcha una iniciativa bien interesante para reunir y publicar selectivamente todas las reflexiones y todos los proyectos que a lo largo de los siglos se han producido en relación con la unidad europea. Este volumen, bajo el título *Europa-Eine Idee nimmt Gestalt an* y la dirección del antiguo Asesor jurídico del Consejo Jean Paul Jacqué, reúne aportaciones que van desde la *Monarquía universal* de Dante hasta los planes europeos de Jean Monnet y Robert Schuman, pasando por la *Paz Perpetua* de Kant y otros nombres y proyectos menos conocidos como el *Gran plan* de Sully, un amigo de Enrique IV, el de *Reorganización de la sociedad europea* en forma de un parlamento europeo bicameral del conde Saint-Simon, el presocialista, o la *Organización de la Unión europea de Estados* que concibiera Johann Caspar Bluntschli para configurar Europa como una liga de Estados. Estos planes muestran los esfuerzos seculares en pro de un orden de paz y justicia dentro y fuera de Europa y la permanente búsqueda de la forma constitucional de Europa como una liga de Estados soberanos o como un sistema de corte más federal. En la cuna de Europa estaba el mito griego de la princesa fenicia que Zeus, en forma de toro, secuestrara y llevara a Creta, que tanto ha inspirado a la literatura y las artes plásticas. Hoy, Europa es más que un mito vivido, es una realidad constitucional viva, a la que el jurista europeo del siglo XXI queda comprometido.