



LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA COMO CIENCIA DE LA CULTURA*

di Peter Häberle**

(Traducción del alemán por Miguel Azpitarte Sánchez)

Introducción

Este breve texto parte del desarrollo histórico de nuestra disciplina, que se construye en tres escalones, siempre desde una perspectiva cultural: la *Teoría del Estado* (H. Heller, 1934), la *Teoría de la Constitución* (mi propia propuesta de 1982) y, finalmente, la Ciencia Jurídica Europea, que he desarrollado en pequeños pasos, por ejemplo, “*Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive*” (1983), así como las siete ediciones de mi *Europäischen Verfassungslehre* desde 2001/02, ahora una octava, mejorada gracias a la ayuda de M. Kotzur.

Nuestra disciplina está en crisis. En parte por las cinco crisis políticas de la Unión (la financiera, el terrorismo, la guerra en Ucrania -entre miembros del Consejo de Europa!, la económica y la de los refugiados). Pero también porque estamos ante una “Unión cada vez más estrecha”, en una Europa “de dos velocidades”, y en la que nos preguntamos si queremos “más o menos” Europa, pero sin saber cómo alcanzar una Europa mejor. Nuestra única salida es esforzarnos en cultivar el optimismo científico, pese a que los límites de la ciencia europea nunca se habían sentido de una forma tan dolorosa. Me gustaría pensar que

* Relazione introduttiva tenuta al Convegno “Los nuevos desafíos del constitucionalismo contemporáneo” l’11 maggio 2017 presso la Facoltà di Diritto dell’Università di Granada.

** Professore emerito di Diritto Costituzionale presso l’Università di Bayreuth.

la comprensión de la ciencia como una “búsqueda eterna de la verdad” (tal y como dijo W. von Humboldt o el TCFA) nos llevará un poco más lejos. No olvidemos que Europa, un gran éxito hasta ahora, fue un proyecto visionario, fruto de importantes dosis de idealismo (nacido a partir de visiones religiosas, artísticas, científicas y políticas de distintas épocas y países). Por ello, sigue siendo necesaria la soledad y libertad del estudioso, la pasión del político europeo y, no menos, la del ciudadano europeo. Hace falta humildad para no dejarnos engañar por el dominio económico; la casa común europea debe sujetar las fuerzas (nacionales) en estampida.

PRIMERA PARTE: REPASO HISTÓRICO.

1) Historia del desarrollo.

Desde el punto de vista del desarrollo histórico, a partir de la Segunda Guerra Mundial, ha ido surgiendo una disciplina parcial, a resultas del esfuerzo de personas e instituciones que deben ser recordadas -en la historia de las ideas. Esta disciplina ya estaba presente en Abbé de Saint Pierre (1773) e I. Kant (1795)-. Ciertamente, la Ciencia Jurídica Europea todavía no existía en 1945, pero ya un puñado de grandes europeos estaban generando los preliminares, por ejemplo, el Conde Coudenhove-Kalergi (Paneuropa), políticos como W. Churchill en su discurso de Zúrich de 1946 (“los Estados Unidos de Europa” – antes Víctor Hugo, 1871), personalidades como A. Spinelli y el manifiesto de Ventotene, en esencia desarrollado por él, en favor de un Europa libre y unida (1941-43); R. Schuman, Jean Monnet, W. Hallstein y A. De Gasperi; más tarde también Ch. de Gaulle y K. Adenauer, así como H. Kohl (hoy no hay nadie de genio comparable a estas personalidades).

Europa se ideó como proyecto de paz después de dos grandes guerras y bajo la sombra criminal de su pasado colonial. Su desarrollo ha sido paulatino. Debe mencionarse el Tratado que creó el Consejo de Europa (1949), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y el Convenio cultural europeo (1954, cuyo preámbulo habla de la “cultura europea”, y en los artículos 1, 3 y 5 se habla de “un patrimonio cultural común”). Asimismo, en el Preámbulo del CEDH se declara “reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo [...] Resueltos, en cuanto que Gobiernos de los Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho (...)”. En el preámbulo de la constitución del Consejo de Europa

(1949) aparecen como palabras claves “Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia” (en el mismo sentido artículo 1); en el Tratado de Maastricht de 1992, su preámbulo, respecto a los pueblos, se dispone que se observará su “historia, cultura y tradiciones”. Fueron textos audaces y de un sentido profundo, que han llegado a convertirse en “textos clásicos de la vida constitucional”.

Luego vino la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (1951) y el Tratado de Roma (1957), cuyo espíritu no se hace evidente en su texto, sino que necesita una interpretación cultural. De hecho todavía en la década de los cincuenta, las clases de derecho en Tubinga, Bonn o Friburgo, prescindían del TEDH. Es cierto que ya existían personalidades como P. Koschaker y F. Wieacker, que fueron “juristas europeos”, invadidos por lo más profundo de la historia cultural europea. Trabajaron sobre los fundamentos jurídico-culturales de Europa, en especial en el ámbito del derecho privado y de algún modo actualizaron el derecho común que venía del derecho romano. En esta tradición se insertaría el CEDH o el ya citado Tratado cultural. Y en la misma línea, el “pensamiento de Friburgo”, partiendo de la Constitución (K. Hesse) alcanzó un lugar principal y todavía hoy es ejemplar el modo en el que los “Grundzüge” de K. Hesse (publicados inicialmente en 1968) estructuraron la Ley Fundamental. Después, poco a poco, llegaron al campo científico las Comunidades Europeas y con ellas el Derecho Europeo. Fueron pioneros H.P. Ipsen y la Escuela de Hamburgo, con su segunda y tercera generación, con G. Nicolaysen, E. Grabitz y hoy A. Hatje. En la práctica de Estrasburgo, J.A. Frowein fue influyente desde muy pronto. Los tribunales europeos de Estrasburgo y Luxemburgo fueron ganando estatura, fuerza normativa y autoridad, hasta el punto de que hoy los deberíamos identificar como “tribunales constitucionales”, puesto que, al igual que el Derecho Europeo, van generando momentos constitucionales.

Hoy tomamos por clásica la expresión de H. Conig, “de Bolonia a Bruselas” dicha en el “annus mirabilis” (1989). Van surgiendo muchos científicos europeos, tanto en el interior como en “el extranjero”, aunque ciertamente el término “extranjero” no es el más preciso por referencia a los otros países de Europa. Los grupos científicos que se han desarrollado en Italia, España y Portugal (bien comunicados por su cercanía lingüística) han aportado muchas ideas. En Alemania hallamos ya incluso algunas disciplinas (*venia legendi*) como el Derecho Europeo, el Derecho Penal Europeo (U. Sieber en Friburgo), y por encima de todo el Instituto Max-Planck (ha de citarse el *Handbuch Jus publicum Europaeum* de A. Bogdandy y

P.M. Huber) y P. –Ch. Müller-Graff en Heidelberg. Se trata de fundamentos institucionales con fuertes vínculos personales que todavía hoy cuentan: cátedras de Derecho europeo, el Colegio de Europa en Hamburgo, las Cátedras Jean Monnet, el Colegio de Europa en Brujas con su anexo en Natolin, algunas revistas como EuR, EuGRZ, el Zeitschrift für europäisches Privatrecht y la Europäisches Wirtschaftsrecht. Sin olvidar las grandes decisiones europeas del TCFA o de otros tribunales como el de Madrid o Brno. Habrían de ser suficientes palabras claves como Maastricht, Lisboa u OMT. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha sobrepasado al derecho constitucional nacional y, pese a las críticas de algunos autores, ha actuado de forma pretoriana en el sentido clásico.

Pero no caigamos en la autosatisfacción: hay ejemplos históricos que muestran la muerte de disciplinas científicas enteras (por ejemplo, desde 1989 ya no hablamos del “Derecho del Este”). La pregunta clave sigue siendo la misma: cuándo y cómo surgen las disciplinas científicas (¿por elementos personales/institucionales, en razón de crisis, fenómenos inesperados, revoluciones, cambios culturales?).

2) En especial: la política europea y la dogmática jurídica.

En primer lugar, debe distinguirse entre el Derecho Europeo en sentido estricto, referido al Derecho de la Unión, y en sentido amplio, relativo al Consejo de Europa y a la OCDE (1975). Debemos también recordar la vieja tesis que considera la Ley Fundamental, en el contexto del Derecho Constitucional Europeo, una Constitución parcial (2001). De manera recíproca, los Tratados como el CEDH son Constituciones parciales, en atención a su alto valor y los años de vigencia. Circunstancia que es hoy aún más válida frente a las dolorosas tendencias de renacionalización (“deconstitucionalización”). El TEDH, en consecuencia, responde a la lógica de un Tribunal Constitucional (parcial), algo que también se puede decir para el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, dada su actual atribución competencial.

La política europea y la dogmática jurídica del Derecho Europeo están en estrecha conexión, que se refleja en algunos hitos principales. Antes de nada, el llamado “Derecho Constitucional europeo nacional”, esto es, el sorprendente y creativo “artículo europeo” de muchas Constituciones. Lo encontramos en la Ley Fundamental (Preámbulo, art. 23, 24.1, 52.3.ª) y en las Constituciones de los Länder más antiguas, como Baviera (art. 3a, del año 1946/2003), Baden-Württemberg de 1953/2000 (en su preámbulo “Europa de las regiones”), el preámbulo de Brandeburgo de 1992 “dentro de una Europa unida”; el art. 12 de la

Constitución de Sajonia de 1992, “una Europa que crece unida”. Sin olvidar los numerosos artículos sobre Europa en los Estatutos regionales de España e Italia. Por ejemplo, el art. 1.2 y 3 del Estatuto de Apulia de 2004; art. 1.1 del Estatuto de la Calabria de 2004; art. 32.1 del Estatuto de la Marca de 2005; el preámbulo del Estatuto de Emilia-Romaña de 2004; el art. 1.4 de la Umbría de 2005; art. 4 del Estatuto del Abruzzo de 2007 y el art. 6 del Estatuto de la Lombardía de 2008. En España podemos citar particular los Estatutos de Cataluña y Andalucía, con más de cincuenta referencias a Europa, así como el art. 1.4 del Estatuto de Valencia (2006) el preámbulo del Estatuto de Aragón (2007); el art. 13.1 de Baleares (2007), e incluso el art. 1.2 de Castilla y León (2007), que afirma la condición de “Región de Europa”. Todos estos ejemplos prueban que a partir de pequeñas unidades políticas -Länder, Regiones, Municipios- se construye Europa desde un punto de vista político y jurídico. Se trata, sin duda, de una Europa cultural y es de lamentar que los trabajos científicos no hayan atendido lo suficiente a estos procesos. Por decirlo de algún modo, esta Europa que crece desde abajo (dicho de otro modo, desde el principio de subsidiariedad) protege el humus cultural de Europa en todas sus facetas. La Europa vivida se manifiesta cotidianamente, por ejemplo, en el Programa Erasmus o en el himno y la bandera europea, símbolos estos dos últimos, que encontramos en todos lados pese a que carecen de un específico fundamento legal – la cultura, como la lengua, alimenta la vida colectiva, el “Nosotros, el pueblo”. La ciencia, aquí, como suele ocurrir, interviene a posteriori. Así, en 1991, se empezó a trabajar con el concepto de “Derecho constitucional común europeo”, y J. Schwarze fue pionero en tratar el Derecho Administrativo europeo. En cualquier caso, en este campo también se hace evidente que la labor científica no es apolítica, y que nunca es fácil la distinción entre Derecho Constitucional y política.

SEGUNDA PARTE: LA CIENCIA EUROPEA HOY Y AQUÍ

1. Métodos, contextos, ideas centrales, dogmática y judicatura.

La Ciencia Jurídica necesita métodos pensados a conciencia y de manera específica, es decir, se han de abrir caminos de conocimiento con personas e instituciones que los practiquen con fe. En cualquier caso, la ciencia es “una búsqueda eterna de la verdad” y por ello precisamente ha de ser una ciencia cultural. Se trata de abrir caminos de conocimiento reflexivos, como, por ejemplo, los cuatro o mejor cinco métodos interpretativos (recuérdese la doctrina del Derecho comparado como “quinto método interpretativo”), con controles

judiciales ex post, una fina sensibilidad para con el contexto (tal y como se advirtió en 1979), así como la manifestación de la precomprensión y el método interpretativo, en el sentido de J. Esser. Debe usarse una dogmática “que sirva” y orientada con sinceridad a las teorías e ideas directrices (idées directrices, en el sentido de M. Hauriou, recibido en Alemania en 1962). Grandes ejemplos de estas ideas directrices podrían ser la doctrina del deber de protección o el feliz concepto de la “responsabilidad de integración”.

En este sentido, el Tribunal de Justicia profundizó y enriqueció el concepto de ciudadanía europea, que es al mismo tiempo un logro político y jurídico europeo. Recuérdese también la creación conceptual de la “Staatenverbund (P. Kirchhof y el TCFA) en referencia a la Unión, luego desarrollado a través de la idea de “Verfassungsverbund” (de I. Pernice). Tales conceptos claves, “invenciones jurídicas”, en el sentido de H. Dölle, sellos lingüísticos o “conceptos hitos” son irrenunciables para la ciencia viva al servicio de la justicia. Vistos desde una perspectiva más profunda, son expresiones culturales, conducen a una cultura jurídica europea plural y merecen la mejor valoración incluso en situaciones críticas como la actual.

Europa como Comunidad constitucional en formación (2000), que encierra la esperanza de un sentimiento de comunidad, es otro buen ejemplo de la búsqueda de un espacio público europeo y del interés europeo. Desde hace décadas se ha emprendido una conversación cultural en torno al interés general; dentro de ella, desde hace mucho critico sin éxito la metáfora dominante que afirma la existencia “de un sistema de diversos niveles” porque manifiesta una concepción jerárquica. Ni siquiera en el Estado federal, la Federación se encuentra arriba y los Estados abajo. Por lo demás, debemos distinguir entre la Ciencia europea en plural (que incluye la política, la economía y la historia) y la Ciencia jurídica europea, que igual que las anteriores está orientada como una concepción cultural de Europa. Por “cultura” entendemos lo hecho por las personas, en contraposición a la naturaleza. La cultura es la “segunda creación”.

2. Géneros nacionales y “extranjeros”. La praxis pretoriana.

El Derecho Europeo recibe tratamiento científico a través de una variedad de géneros que se comunican entre ellos con todo tipo de intensidad. Existen manuales, tratados, monografías, introducciones, análisis jurisprudenciales, comentarios y libros homenajes. Alemania es un ejemplo de primer nivel. Están los manuales, con sus numerosas ediciones, de R. Streinz, T. Oppermann, y más recientemente el de M. Herdegen; facilitan una primera

lectura a la vez que estimulan reflexiones ulteriores. Hay mucha bibliografía sobre el método del Derecho Europeo (los métodos pueden iniciarse como un esfuerzo artesano y llegar a ser un arte), sobre el Derecho Económico Europeo, el Derecho Procesal Europeo (Ch. Hillgruber/Ch. Goos), el Derecho Penal Europeo y el Derecho Privado Europeo. También la mirada al exterior es fructífera. En Portugal han de citarse los trabajos de J. Miranda, J. Gomes Canotilho y Fausto de Quadros, en Italia los de P. Ridola, F. Lanchester, A. D'Atena, S. Gambino, entre otros, en Grecia D. Tsatsos y en España el círculo en torno a F. Balaguer, en especial la *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Respecto a los jueces europeos en Luxemburgo han de citarse: U. Everling, V. Skouris y M. Zuleeg. W. von Simson supo ligar de manera especialmente brillante la praxis (abogado en Luxemburgo) y la ciencia. La famosa doctrina sobre los derechos fundamentales como “principios generales” (una prueba del *numerus apertus* de las fuentes del derecho) comenzó con P. Pescatore y hoy, en el sentido de los paradigmas textuales, la encontramos en el artículo 6 TUE. W. Hallstein fue uno de los primeros juristas europeos de nuestro tiempo, y con todo acierto, I. Pernice nombró su Instituto en Berlín en honor a este primer presidente de la Comisión.

TERCERA PARTE: LA CIENCIA EUROPEA COMO CIENCIA DE LA CULTURA, SU CONCRETIZACIÓN.

1. El punto de partida.

El clásico trabajo de H. Heller sobre la Teoría del Estado como Ciencia de la cultura nunca estará sobrevalorado. Yo me quiero alzar sobre los hombros de este gigante, más aún cuando la actualidad de esta propuesta científico-cultural se ha visto reafirmada por el Tribunal Penal Internacional al declarar como crimen de guerra la destrucción de la ciudad de Tombuctú por parte de los islamistas de Ahmad al Faqi al Mahdi. De este modo tan espectacular, el derecho internacional también ha cobrado una dimensión científico-cultural (los documentos de la Unesco van en el mismo sentido).

Mi propuesta científico cultural del año 82 alcanza su formulación más específica en el párrafo que dice (p. 19): “solo con descripciones jurídicas, textos, instituciones y procedimientos no se logra nada. La Constitución no solo es orden jurídico a interpretar según las viejas y nuevas reglas jurídicas; también es una guía para los ciudadanos. La Constitución no es tan solo un texto jurídico o un conjunto de reglas, sino expresión de una situación cultural en desarrollo, es un medio para la autocomprensión cultural del pueblo,

espejo de su herencia cultural y fundamento de sus esperanzas. La Constitución vivida como obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta es el medio y la expresión de la cultura, el marco para la reproducción cultural, recepción y silo de las tradiciones culturales, experiencias, acontecimientos, sabidurías”. Afirmaciones que se sintetizan de manera hermosa, en la paráfrasis de Heller sobre la imagen de Goethe, la Constitución es “forma acuñada que se desarrolla a través de la vida”.

A la luz de los interrogantes que presentan los ejemplos actuales, lo más importante es saber qué aportan una Ciencia jurídica europea como ciencia de la cultura y una Europa culturalmente abierta. Pero antes un inciso sobre la específica comprensión cultural de los derechos fundamentales. Sin duda son derechos subjetivos públicos, pero igual de importante es tener en cuenta que son un producto cultural fruto del uso de la libertad. El ejercicio de los derechos fundamentales también es cultura. Esto no siempre se subraya adecuadamente, aunque está claramente presente en la comprensión institucional de los derechos fundamentales (1962). La religión, la educación, la ciencia, individual y colectivamente, son “creaciones”, “obras” irrenunciables (palabra clave: función cultural de los derechos fundamentales).

2. Cuestiones científico-culturales y sus consecuencias.

Comencemos con el concepto abierto de cultura, sea para ligarlo a su contenido o a su geografía. Debe recordarse la diferencia entre la alta cultura (la triada ilustración, ciencia y arte, por encima de la religión como comienzo de la dignidad humana), la cultura popular (por ejemplo, Suiza y Baviera) y la cultura alternativa (los Beatles, que luego se han convertido en alta cultura, como ahora Bob Dylan). En el caso europeo se debe partir siempre de un concepto de cultura plural y abierta. Los distintos textos jurídicos que ya se han citado, nos dan desde hace mucho pistas en este sentido. ¿Definimos Europa como un concepto cultural antes que histórico?, ¿usamos las dos aproximaciones?, ¿es Anatolia Europa?, fue la pregunta que en el año 2000 nos formuló W. Graf Vitzthum. ¿En qué medida pertenece Rusia a Europa? Llegados a este punto es oportuno recordar la teoría de los tres o cuatro elementos del Estado, incluso si Europa es una “Comunidad constitucional”, pero no un Estado. Desde la definición de G. Dürig sobre la cultura como cuarto elemento, yo he ido más allá hasta considerarla el primer elemento configurador del Estado. El concepto de “Comunidad constitucional”, que se ha ido desarrollando en pequeños pasos, encontró su primer apoyo

en W. Hallstein (conscientemente él usó el término “comunidad”). Europa posee fronteras relativamente abiertas, como han demostrado las sucesivas ampliaciones. La invulnerabilidad de las fronteras fue en la Europa posterior a 1945 garantía de la paz. Rusia, con la invasión de Crimea ha vulnerado este principio. Aunque también soy escéptico respecto a la asociación de Ucrania con la Unión e incluso frente a una entrada de Ucrania en la OTAN, puesto que han de tenerse en cuenta las necesidades de seguridad de Rusia. Sería suficiente si Ucrania (con una organización cuasi federal) mantuviese un estatus neutral al estilo de Austria, incorporándose a medio plazo a la Unión. Sea como fuere todas estas cuestiones difícilmente se pueden responder en términos geográficos. Yo, desde luego, no tengo la respuesta. Nos encontramos en la frontera del conocimiento científico, incluido de la Ciencia europea como ciencia de la cultura. Incluso siendo alemán, tengo que reconocer mi impotencia.

Querría hablar ahora del sugerente papel de los preámbulos, entendidos desde la aproximación científico cultural. Es posible crear una teoría sobre los preámbulos desde Europa (yo la desarrollé primero para el Estado constitucional en 1982). Los preámbulos, antes de nada, dan forma a un texto cultural (pensemos por ejemplo en el sudafricano, el polaco o el tunecino). Son musicales y hemos de tomarlos en serio en cuanto que formato de la narrativa europea (basta recordar la referencia al “espíritu” en el preámbulo del CEDH). Los preámbulos profundizan en la historia, esbozan el presente y ofrecen expectativas de futuro, son cercanos al ciudadano en virtud del lenguaje ceremonioso que utilizan. A ellos, se les han de añadir los densos artículos sobre Europa en los distintos contextos de la Federación y los Länder, o en los Estatutos regionales de Italia y España. Muchos de los preámbulos europeos son expresión del “principio esperanza” o de utopías concretas. Por ello, en los tiempos actuales de crisis, deberíamos estar atentos a ellos. Sus términos esenciales son libertad, paz, Estado de derecho, democracia, bienestar y educación. Sin duda, merece la pena referirnos al preámbulo del TUE que remite al patrimonio cultural, religioso y humanista de Europa, así como a su historia, cultura y tradiciones; todo ello sin olvidar los fines y valores de la Unión recogidos en los artículos 2 y 3. Concretamente el artículo 167 del TFUE dispone: “La Unión desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación” (en el apartado segundo se habla de “la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos” y del patrimonio cultural de importancia europea”. En el apartado la palabra clave es “la diversidad de sus culturas”).

En relación con el espacio público europeo como cultura, conviene recordar las palabras de Goethe: “Quien tiene ciencia y arte, tiene religión, quien no tiene ninguna de esas dos, tenga religión”. La religión, el arte y la ciencia, esto es, lo que lleva de la producción a la obra de arte, dan la forma de lo que hoy es Europa. En todas las naciones han existido épocas doradas o clásicas, que han generado la pluralidad de Europa. En este sentido, no es necesario pensar las libertades fundamentales antes citadas solo desde un prisma subjetivo, puesto que también hemos de analizarlas como resultados culturales, obras, innovaciones, cristalización. Han hecho de Europa un continente de la pluralidad en el específico sentido cultural. Son capitales de la cultura europea Atenas, Roma, Chartres, París, St. Petersburgo, Londres, Madrid, Granada (en virtud de su patrimonio islámico), Ámsterdam, Viena, Budapest, Basilea y Berlín (sin olvidar el título de capitalidad europea, que fue una feliz idea de Melina Mercuri). En muchos de los textos citados se refleja lo dicho y al menos desde 1983, se ha de hablar de Europa en una “perspectiva cultural”. El espacio público europeo supone la actualización de esta pluralidad cultural. Lamentablemente, el día a día se llena de escándalos políticos. Pero la libre circulación de personas es un vehículo para la intercomunicación cultural en Europa. Por eso es tan doloroso el Brexit, que podríamos calificar como Brexodus, ¿Habrà un Brexit duro?

Son necesarias algunas observaciones respecto al Brexit, también en una perspectiva científico-cultural. En mi opinión el Brexit es algo más que un accidente, es un desastre, una pérdida cultural de primer rango. ¿Ha nacido una pequeña Europa? ¿Se iniciarán reformas críticas de la UE (con más subsidiariedad, más solidaridad, integración diferenciada? Sin duda, el Reino Unido debe permanecer siendo una parte de Europa en sentido amplio, un miembro vital del Consejo de Europa y del CEDH. Respecto a la salida, las dos partes se están perdiendo en una cuestión de dinero, casi al modo de vulgares tenderos; apenas se discuten elementos culturales. Pero la pérdida para el continente es muy alta. Desde el punto de vista cultural hemos de realzar el pragmatismo británico, su experiencia como vieja potencia mundial, la Commonwealth, el arte de Shakespeare, la vida musical de Londres en los siglos diecisiete y dieciocho, sus compositores como E. Elgar o B. Britten, las pinturas de W. Turner, la novela del diecinueve (J. Austen) e incluso las novelas de A. Christie, algunas manifestaciones deportivas, el humor británico pese a su aburrida comida, el inglés como *lingua franca*, que después de la salida ya no será lengua oficial aunque se hable en Irlanda y Malta.

El Reino Unido es la madre de la democracia parlamentaria como “democracia cultural”; hemos de recordar la gran tradición del common law, y la especial posición del juez, incluidos

sus rituales, encabezados por su Reina. Podríamos pensar en modelos de asociación como Noruega, Suiza o Turquía. Hasta ahora solo Groenlandia y Argelia habían sido ejemplos de la salida de la Unión. El artículo 50 del TUE, en términos científicos todavía no se ha cerrado. Y existen problemas derivados como la relación de Escocia (que quizá pida un nuevo referéndum de independencia) e Irlanda del Norte. Estamos ante problemas sin fin; son máximas las exigencias para la Ciencia jurídica europea. Los tribunales y la doctrina deben trabajar duro para mantener al Reino Unido lo más cerca posible, y conservar al menos un mercado interior. Y pese a que la economía también es vehículo de la cultura, los problemas económicos son solo una parte de la cuestión. Europa es antes cultura que mercado. Los medios, con razón, nos informan de una crisis cultural de la economía, que se ha convertido en un fin en sí mismo y se ha orientado a un crecimiento sin límites. ¿Es el euro una historia de éxito? ¿Existen mentalidades distintas entre el norte y el sur? ¿Ahorramos nosotros y gastan ellos?

Otro reto de la Unión que proviene del exterior es Turquía. Sin duda, pertenece a Europa en sentido amplio, en tanto que miembro del Consejo de Europa y del CEDH, pero se discute su ingreso en la Unión. Hace cuatro años se hablaba de una “cooperación privilegiada”. Hoy, sin embargo, se discuten puntos esenciales del ingreso. Estamos en una nueva fase cualitativamente distinta por dos razones. De un lado, Europa se ha hecho dependiente de Turquía en razón de la crisis de los refugiados; irónicamente podría decirse que en 1864 los turcos se sublevaron frente a Viena y fueron vencidos (con la ayuda de los polacos), pero hoy es la Unión la que está en manos de Turquía en lo que se refiere a los refugiados. Por otro, el golpe de Estado en Turquía de julio de 2016 tuvo como consecuencia un contragolpe del Gobierno de Erdogan. Miles de jueces, de científicos, de periodistas e incluso soldados fueron suspendidos y condenados. Es obvia la vulneración del principio de división de poderes y del Estado de derecho democrático; a lo que hay que añadir la guerra contra los turcos en su propio país. La recuperación de la pena de muerte sería contraria al CEDH, aunque la situación de excepción encuentra su sostén en el artículo 15 del CEDH. Es innegable que la historia de Turquía nos ofrece grandes logros en el ámbito arquitectónico, en la pintura o en la literatura (pensemos en la “Marcha turca” o “El rapto del Serrallo” de Mozart –un claro enriquecimiento fruto del contacto con otras culturas). La cuestión, sin embargo, es entender el modo de actuar de la Unión, también en su dimensión cultural. Pensemos también en las sociedades turcas dentro de Alemania o Francia, formadas por trabajadores que en los inicios fueron muy bien recibidos.

Es indiscutible el fracaso de la Unión en la crisis de los refugiados, tal y como he manifestado en otras ocasiones. Si no se acomete una protección segura de sus fronteras exteriores, será imposible un reparto equilibrado de los refugiados entre los 27 Estados miembros (afortunadamente ha fracasado el referéndum en Hungría de 2016). “La confusión entre Dublín y Schengen” es un lío incluso para los expertos. ¿Es posible un derecho único para los refugiados y solicitantes de asilo? Italia se ha quedado sola a menudo, pese al Frontex. Falta tanta solidaridad como acción común (J.-C. Junker ha sido desilusionante). ¿Es suficiente el llamado proceso de Bratislava, bastan los logros que se han alcanzado en materia de seguridad interior y exterior, migración y refugiados, con sus políticas de crecimiento e inversión? El mar Mediterráneo es el mar de la muerte para muchos, y ha perdido a corto plazo su condición de “mare nostrum” o “mare constitucionale”. Pero también es cierto que la identidad cultural europea se inunda en interrogantes, cuando millones de refugiados de otros círculos culturales llegan cada año (aunque no podemos olvidar, por ejemplo, la riqueza que han aportado a la cultura alemana hugonotes y polacos). No hay tiempo para tratar otras cuestiones específicas del derecho de asilo en Alemania, aunque cabe dejar algunas palabras claves: una pérdida puntual del control sobre las fronteras, la falta de una diferencia entre los solicitantes de asilo y los migrantes (para estos segundos sí cabe una regulación mediante la reserva de ley), la relevancia constitucional de las “fronteras” y el territorio estatal como elemento culturalmente determinado). El artículo 16 de la Ley Fundamental, dogmáticamente puede configurarse como un derecho de prestación bajo la reserva de lo posible, en el sentido de la conceptualización que se fijó en los debates de Ratisbona (VVDStRL 30 (1972), p. 43 (107 y ss., 114, 139 y ss-).

El Islam es el último punto en discusión en relación a las exigencias que se imponen sobre el pensamiento de naturaleza cultural. Deberíamos discutir las situaciones jurídicas en los distintos Estados miembros de la Unión y más allá de ésta. La prohibición del burka en Francia ha sido aceptada por Estrasburgo. Alemania se encuentra ante la pregunta de determinar si han de prohibirse al menos parcialmente las vestimentas que cubren todo el cuerpo, al menos allí donde mostrar el rostro es necesario para una correcta comunicación. En mi opinión, en Alemania sería admisible una prohibición parcial del Burka en la calle, en los tribunales, en la escuela o en las oficinas de la administración pública. Seguiremos discutiendo con intensidad. Pese a la pasión y respeto por Oriente, debemos recordar las palabras de Goethe y F. Rückert: ¿pertenece el Islam verdaderamente a Europa?, ¿pertenecen los musulmanes a Alemania?, ¿puede haber un Islam ilustrado?, ¿puede haber un Islam

alemán? (tal y como afirma W. Schäuble). ¿Es suficiente la tesis que sostiene que la Ley Fundamental recoge la esencia de la cultura alemana?

Conclusión

El esfuerzo acometido en estas páginas, a saber, comprender Europa desde un punto de vista cultural, arroja solo una parte de la verdad. Otras perspectivas, sea desde la economía o desde el derecho positivo, también reclaman su posición. La proposición cultural no es una “comprensión mundial”, una “teoría general; más bien se ha de incluir en el modelo teórico de Popper, por más que este no haya fundado su famosa “sociedad abierta” desde un punto de vista cultural. Conscientemente he buscado las zonas problemáticas que son hoy para Europa dramáticamente actuales. Quizá esté demasiado presente el aspecto de la crisis, pero no quería dejar a un lado las dificultades que se agolpan frente a los juristas. Al menos a vista de pájaro, es indudable que la cultura Europea se diferencia de la cultura asiática, africana o latinoamericana, siendo muchos, no obstante, los puentes entre Europa y Latinoamérica. Y no es menos cierto que junto a la identidad europea encontramos las identidades nacionales. He de reconocer que no he citado todos los ámbitos en crisis: por ejemplo, los procesos pendientes frente a Polonia (donde curiosamente el derecho constitucional procesal es “derecho constitucional concreto” que se utiliza contra la propia Constitución, en especial el principio de división de poderes y el Estado de derecho), o la reunificación de Chipre. Desde mi punto de vista la subsidiariedad y la solidaridad, la Unión como comunidad de paz y de derecho son todavía los conceptos esenciales. Pero todos han de tener claro hacia adónde vamos. Europa siempre ha sido reformable. Una política de integración diferenciada quizá sea el futuro. Me gustaría quedarme con la siguiente precomprensión: la imposibilidad de renunciar al optimismo científico en relación con la “casa abierta” de Europa, que a su vez ha de luchar mediante métodos culturales frente al pensamiento económico dominante (Europa como lugar para la memoria y objetivo educativo en las escuelas, con fundamento en las cláusulas europeas que darían lugar a una “interpretación pedagógica”).

Hoy nos encontramos a menudo con la “cabeza de medusa” denunciada por H. Kelsen. Frente a ella debe situarse con firmeza la política de la paz (una cultura de la paz). No debemos caer en una dicotomía norte/sur, o en una tensión entre el este y el oeste de Europa. Y las exigencias pesan especialmente sobre la próxima generación de juristas europeos, que se han encontrado el regalo de Europa y lo dan por supuesto. A la luz de la globalización

hemos de construir una “casa europea duradera y estable, y abierta al intercambio con otros continentes. Aquí también cabe el texto clásico de Goethe: “Dios es del Oriente, Dios es de Occidente, el Norte y el Sur se mecen en la paz de sus manos”.