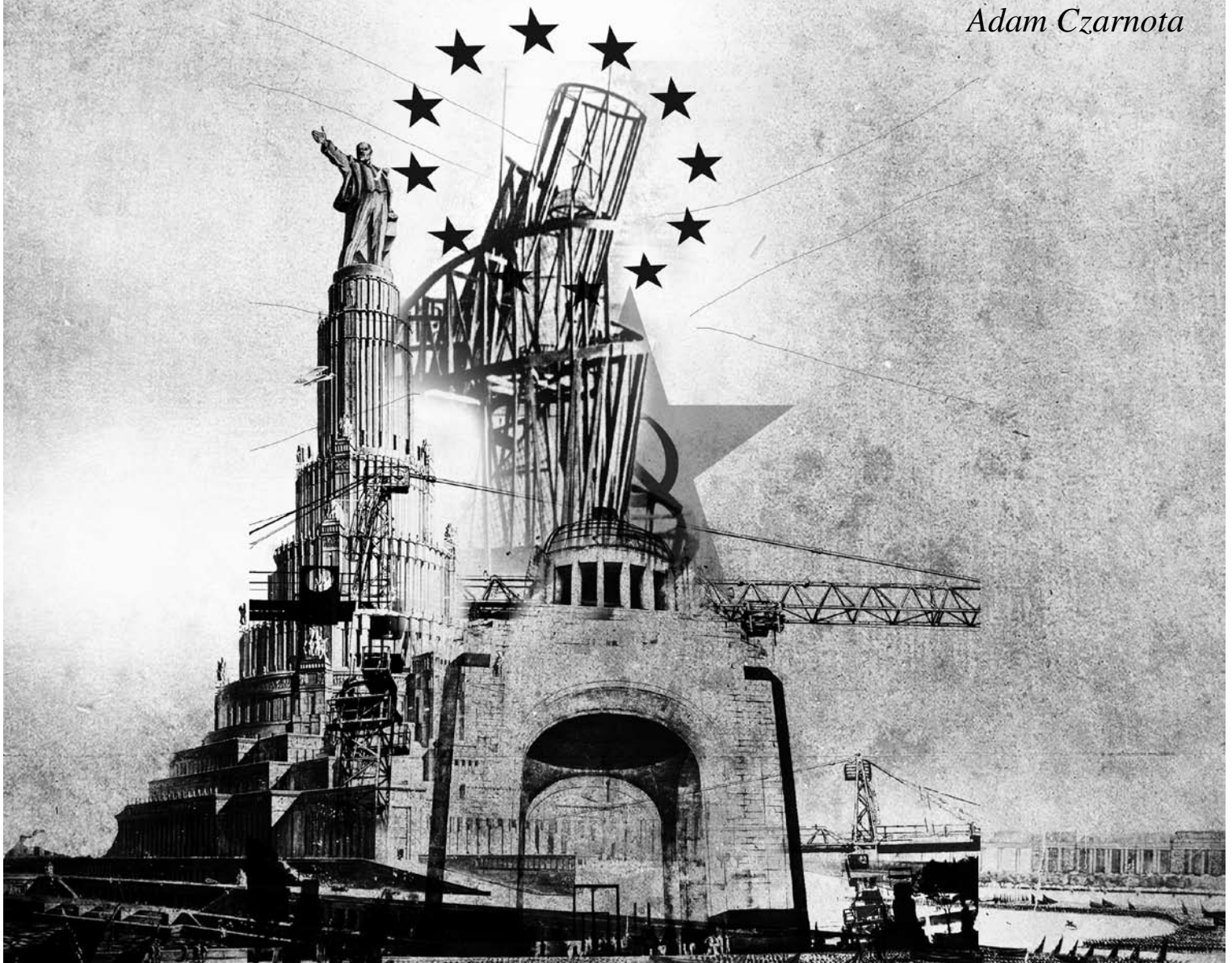


EL ESTADO DE DERECHO POST-COMUNISTA EN UNA UNIÓN EUROPEA POST-DEMOCRÁTICA. REFLEXIONES ESCÉPTICAS DE UN JURISTA SOBRE LA UNIDAD EUROPEA

Adam Czarnota



Escribir acerca de la unidad política de Europa es tarea ardua. Ya se discute sobre eso hace tiempo; sin embargo Europa aún continúa soñando con tal posibilidad. Algunos estados han manifestado su postura al respecto, aunque sus opiniones han variado dependiendo de la coyuntura política y económica. Desde el punto de vista jurídico, el problema de la unidad política está encapsulado en la idea de la “constitucionalización” de Europa. Como bien sabemos, la redacción de un Tratado Constitucional ha sido desbaratada y, en la

actualidad, la Unión Europea está dotada de un marco institucional denominado Tratado de Lisboa.

Por otro lado, tampoco es fácil escribir acerca de lo que suele denominarse el “este” de Europa luego de la doble ampliación –es decir, la mayor de ellas, en 2004 y, luego, otra menor con la incorporación de Rumania y Bulgaria. Para empezar, es difícil decidir qué perspectiva debería adoptarse: una posibilidad es optar por la visión de un europeo del Este, tal como es mi caso. La segunda opción es la

[...] la legitimidad política que se basa en un relato histórico se concentra en valores superiores que, a menudo, resulta muy difícil, si no imposible, hacer operativos mediante instituciones legales específicas.

de optar por la perspectiva de un europeo occidental. Existe la posibilidad de una tercera opción: la de un observador externo. Finalmente, he decidido adoptar un enfoque diferente: ni la visión de un juez imparcial, ni tampoco la de fiscal o abogado defensor, sino más bien la de un abogado escéptico. Es decir, lo que en un procedimiento legal suele denominarse como “perito”. Los argumentos a favor de este enfoque resultan algo obvios. Soy un jurista académico con interés en la estructura constitucional de la Unión Europea. También soy un europeo del Este con algún conocimiento de los problemas que aquejan a los ciudadanos de los estados que se han incorporado en los últimos años a la Unión.

La estructura de este artículo es muy simple. En primer lugar, argumentaré que los ciudadanos del Este europeo siempre quisieron incorporarse a Europa, pero a la Europa del pasado, no a la actual Unión Europea. Luego trataré aspectos vinculados a los procesos de ampliación y constitucionalización de la Unión Europea. Finalizaré con algunos comentarios de carácter escéptico en cuanto a la perspectiva del estado de derecho en Europa.

Dos visiones sobre Europa: ampliación y constitucionalización

Hay cierta tendencia a discutir el proceso de ampliación de la Unión Europea desde una perspectiva de corto plazo. Esto es bastante normal, ya que, en última instancia, de esto se trata la política: no ha de enfocarse demasiado en el pasado al menos que pueda ser utilizado políticamente, ni tampoco en el futuro dado que no interesa demasiado al electorado. Lo que queda es el presente.

Sin dudas, se ha hablado más del proceso de ampliación que de la constitucionalización de Europa. Sin embargo, este último proceso es el que reviste mayor importancia desde una perspectiva de largo plazo, dado que determinará la dirección de la integración europea. Por lo tanto, se puede justificar el análisis de la ampliación desde el punto de vista constitucional. Otra justificación posible es de carácter histórico: la caída del comunismo fue un evento mundial y, desde un principio, el objetivo de la política exterior de los estados de Europa Central y Oriental era adherirse a la OTAN y a la Unión Europea. Los estados post-comunistas deseaban seguridad y prosperidad económica.

Desde el principio, la aproximación de estos estados a la Unión Europea estuvo orientada, en parte, por motivaciones de carácter utilitario (recibir dinero de Bruselas), y, en parte, por motivaciones de estatus (reunirse con Occidente). Dicho de otro modo, los estados de la Europa Central y Oriental post-comunistas tenían una visión propia de la Unión Europea y deseaban incorporarse a esa versión de la Unión, focalizando más bien su mirada en la Comunidad Económica Europea y no tanto en la Unión Europea. La diferencia yace en la percepción sobre la estructura constitucional de la Unión y el alcance de la soberanía de los estados. Los ciudadanos del Este europeo consideraban (y creo que aún hoy lo hacen) a Europa como una infraestructura volcada al beneficio económico. Sin duda que lo era, aunque hace mucho tiempo ya, en la época de las Comunidades Económicas Europeas. Aún antes del Tratado de Maastricht, que estableció la Unión Europea con los pilares II y III, y el Tratado de Ámsterdam, que profundizó la unión política, existía algo más que las Comunidades Económicas Europeas. Había una estructura constitucional basada en la supremacía de la legislación europea e instituciones compartidas, especialmente el Tribunal de Justicia.

La liberación de los países de Europa Central y Oriental del

yugo moscovita, junto con la disolución del Acuerdo de Yalta luego del “otoño de las naciones”, en 1989, han tenido una profunda influencia sobre las Comunidades Europeas tal como se las conocía por entonces.

Era obvio que el proceso de integración acabaría extendiéndose a los países al otro lado del río Elba. El primer integrante del ex bloque soviético en integrarse fue la ex República Democrática Alemana. Apenas lograron su soberanía, tanto Polonia como Hungría manifestaron rápidamente su deseo de “unirse a Europa”. Otros países, como Checoslovaquia (luego del “divorcio de terciopelo”, la República Checa y la República Eslovaca), los estados bálticos, Eslovenia, Bulgaria y Rumania, Croacia, Serbia y Moldavia siguieron el mismo camino. Muy pronto, todos los estados ex comunistas de Europa Central y Oriental, desde el mar Báltico al Adriático y desde el río Elba hasta la cordillera del Cáucaso empezaron a golpear a las puertas de la Unión Europea. Las únicas excepciones fueron Bielorrusia y Armenia. Resulta muy interesante la situación en Ucrania, donde el gobierno optó por Moscú y la ciudadanía por la Unión Europea.

Esto no sólo requirió un cambio institucional para facilitar la gestión relativamente ordenada de un número mayor de estados miembros. Era claro que la profundización de la integración por fuera del área económica sería necesaria para mantener el proceso en marcha. El resultado de ello fue una aceleración de la integración durante los años noventa. El Tratado de Maastricht preparó el terreno político para una verdadera profundización del proceso de integración mediante la introducción del euro como moneda común. Mientras tanto, la violenta desintegración de la ex República Federal de Yugoslavia mostró la impotencia de los europeos en lo que se refiere a la coordinación de política exterior. Este tema fue abordado parcialmente en el Tratado de Ámsterdam, con la creación de la figura del Alto Representante de la Política Exterior y de Seguridad Común.

La aceleración de la integración política luego de Maastricht fue clara. También lo fue la creación de un núcleo duro para la integración: algunos países optaron por no incorporarse a la zona euro o al *acquis* de Schengen. La respuesta a esto fue una aceleración institucional, especialmente después del Tratado de Niza.

Dicho Tratado representó una respuesta a la ampliación según la lógica de las viejas pautas de integración. Esto es evidente en sus procedimientos de toma de decisiones y en la distribución de votos entre los estados miembros existentes y futuros en el ámbito del Consejo. Se hizo hincapié en el fortalecimiento de los pequeños estados a expensas de los más grandes. Este acuerdo institucional no satisfizo al centro de poder de la Unión Europea, especialmente a Alemania, y prolongó la vida de una estructura institucional no apta para una Unión Europea conformada por 25 o 30 estados miembros. Ya en la Conferencia Intergubernamental de Niza se comenzó a trabajar sobre cambios más radicales de las estructuras institucionales de la Unión Europea. Como es habitual, los seis miembros fundadores desempeñaron un papel crucial, especialmente Francia y Alemania. Como siempre, el resultado de la sucesiva Convención Europea fue un compromiso en el que, sin embargo, algunos objetivos fueron alcanzados. En particular, se logró simplificar las estructuras institucionales y el proceso de toma de decisiones. Esto hizo que la gestión de la Unión Europea resultara más sencilla. Hubo también algunos cambios en el campo de la integración política en asuntos exteriores y de defensa. El significado más importante de la propuesta que salió de los trabajos de la Convención Constitucional fue el reemplazo del proceso de toma de decisiones intergubernamental por el de la regla de la mayoría. Esto fortaleció a los estados de mayor tamaño ya que el voto sería ponderado y se basaría

también en el tamaño de la población.

Este no fue un cambio meramente simbólico, como sugirieron algunos. Si el Tratado Constitucional presentado por Valéry Giscard d'Estaing en Tesalónica hubiera sido aceptado, se hubiera producido un cambio radical en las pautas de integración europea. Luego de la introducción de las cláusulas del Tratado Constitucional, se habría desarrollado una estructura institucional para una nueva forma de gobierno que no tenía precedente en la historia: no se habría tratado de una organización internacional ni de un estado federal, sino de un sistema de gobierno que, para poder ser entendido, requería un nuevo enfoque sobre la cuestión de la soberanía, la democracia y la responsabilidad pública (*accountability*). Como es sabido, el Tratado Constitucional no fue aceptado, pero sus cláusulas han sido salvaguardadas por el Tratado de Lisboa.

Lo que quiero destacar es que los cambios en el proceso de integración de la Unión Europea y, especialmente, el proceso de constitucionalización de la Unión Europea son efectos secundarios del colapso del comunismo y el resultado directo de la ampliación.

¿Estaban preparados los países post-comunistas de Europa Central y Oriental para convertirse en miembros plenos de este nuevo sistema de gobierno? ¿Estaban preparados para aceptar las limitaciones a su recién lograda soberanía? Estos países estaban preparados en algunas áreas y no en otras. Es, quizá, más conveniente tratar las áreas problemáticas que tienen que ver con el proceso de ampliación. Sin embargo, la Unión a la que se integraron ya no era aquella que imaginaban. Los países de Europa Central y Oriental solicitaron su adhesión a una comunidad económica y se encontraron, en cambio, en un nuevo sistema de gobierno.

La ampliación de la Unión Europea hacia el Este: problemas y prospectivas

Para comprender las características propias de la ampliación hacia el Este debemos analizar con mayor detenimiento a los países que se han incorporado a la Unión Europea desde 2004. Antes, quisiera hacer una observación “historiosófica”. La adhesión a la Unión Europea fue un evento de gran importancia para toda la región. Abrió la puerta a que la periferia oriental de Europa se reconectara a las pautas centrales de desarrollo histórico, pero sin automatismo alguno.

La ampliación tuvo algunos rasgos llamativos. En primer lugar, con la excepción de Polonia y Rumania (que son países intermedios), se trataba de países pequeños.

En segundo lugar, incluyó países que no tenían una extensa tradición democrática y liberal. Distinto había sido el caso de anteriores ampliaciones, incluyendo a España, Portugal y Grecia, países que, aun autoritarios, no sufrieron el problema de la así llamada “simultaneidad” que caracterizó a las transformaciones post-comunistas. Mientras que los cambios de los países mediterráneos se centraron esencialmente en la esfera de la política, a los países post-comunistas les tocó la tarea de transformar la política, la economía y la sociedad de manera simultánea.

En tercer lugar, sus economías e infraestructura estaban muy atrasadas con respecto al promedio de la Unión Europea. Es decir, existían enormes discrepancias en la eficiencia de las economías entre los viejos estados comunistas y los estados miembros de la Unión Europea del otro lado del río Óder.

Por último, y no menos importante, no todos estos países tenían una larga historia de estados nacionales soberanos. En consecuencia, eran extremadamente sensibles a cualquier intento por limitar su soberanía nacional.

No resulta difícil percibir que todas estas cuestiones tienen que ver con instituciones políticas y sociales así como con la conciencia colectiva de cada pueblo. Una manera de analizarlas es hacer una distinción entre tres tipos de legitimidad constitucional: legitimidad política, legitimidad del régimen y legitimidad del desempeño (*performance legitimacy*)¹.

- Legitimidad política:

Por legitimidad política podemos entender el apoyo general al sistema político en cuestión. Dos elementos están presentes en esa noción: un elemento político –i.e. el grado de autonomía de la autoridad política– y un elemento comunitario –i.e. el sentimiento de adhesión e identificación colectiva al sistema de gobierno.

Desde los años noventa, los países de la Europa Central y Oriental post-comunistas no han tenido ningún problema de escasez, sino, por el contrario, de sobre-abundancia de legitimidad política. Todos están muy orgullosos de haber recobrado o logrado la independencia nacional tanto que algunos sociólogos sostienen que no estaban preparados para unirse a la Unión Europea porque no habían gozado su recientemente recobrada soberanía durante tiempo suficiente. Por ende, hubiera sido difícil para ellos ceder soberanía a favor de la Unión Europea cuando apenas habían empezado a disfrutar de ella.

La lucha política contra el comunismo había sido alimentada principalmente por la ideología nacionalista. El apoyo a la independencia nacional fue compartido por un amplio espectro de opiniones políticas en estas sociedades. Esto se refleja todavía en la *invención de tradiciones* del glorioso pasado de cada nación y en la creencia de que una nación sólo puede florecer bajo la forma de un estado-nación independiente. Existen numerosos ejemplos de creciente nacionalismo. Los textos de las constituciones de estos países expresan el espíritu romántico de ese nacionalismo, que considera como fundamentos de la nación los lazos de sangre, la cultura y el idioma. La nación es vista como una entidad pre-política y pre-constitucional. El estado pertenece a la nación y la nación es más que una mera comunidad política de ciudadanos. Los ciudadanos son portadores de derechos, pero esos mismos derechos son subsidiarios de los intereses de la nación². Los textos constitucionales no son expresiones exclusivas de nacionalismo constitucional, pero se encuentran más cerca del nacionalismo constitucional que del liberalismo constitucional³.

La legitimidad política se expresa, por lo general, en el preámbulo de la constitución de cada estado miembro, bajo la forma de un gran relato histórico. La misma cumple un papel importante en el sistema legal del estado y en el funcionamiento (o no funcionamiento) del estado de derecho. Además, el relato histórico dota de coherencia normativa al sistema legal. Sin embargo, la legitimidad política que se basa en un relato histórico se concentra en valores superiores que, a menudo, resulta muy difícil, si no imposible, hacer operativos mediante instituciones legales específicas.

La legitimidad política brinda a los ciudadanos de una nación una hoja de ruta para responder a las preguntas: ¿de dónde venimos? y ¿hacia dónde vamos? Este tipo de legitimidad es usualmente subestimada por los abogados constitucionalistas y los teóricos del derecho. Sin embargo, el hecho de que sea subestimada por los juristas no significa que no exista.

La legitimidad política no es estática y se encuentra en permanente estado de cambio; pero los procesos de su transformación son algo lentos. Sin embargo, necesita siempre de un elemento: el *demos*. No existe a nivel de la UE ningún tipo de *demos*, ya sea bajo la forma de ciudadanía o nación, comunidad política o bajo la noción romántica de nación. Estas naciones existen dentro de los estados miembros o futuros estado-nación, pero esto no significa que la suma de todos los *demos* tendrá como resultado el *demos* de la Unión Europea. La Unión Europea como nuevo tipo de sistema político no posee su propio *demos*. Esta es la razón por la cual no ha habido hasta el momento una discusión europea acerca del futuro de la Unión Europea. Tampoco existe un mito fundacional compartido.

Como mencioné antes, sólo los estados-nación necesitan y dependen de la legitimidad política. La Unión Europea es un nuevo tipo de sistema político y no requiere ese tipo de legitimidad. Esto no excluye la posibilidad de que la Unión Europea logre crear una en un futuro lejano.

En el ruido del debate acerca de constitucionalización de la

A pesar de que la Unión Europea no está organizada según los principios del constitucionalismo democrático y liberal, se ha presentado como la guardiana de esos principios entre los estados miembros.

Unión Europea se escucharon algunas tímidas voces que expresaron la esperanza de que los países del Este pudieran dar nueva vida al proceso de integración e incluso contribuir a sentar las bases para la legitimidad política. Esto fue solo una ilusión (*wishful thinking*).

- Legitimidad del régimen

Este tipo de legitimidad se refiere al tipo de organización de un estado, o sea al arreglo institucional y los principios básicos de su funcionamiento, su estructura constitucional y su organización socio-política. La legitimidad del régimen es un área de disputa política y, a diferencia de la legitimidad política, no se refiere sólo a altos valores sino a *los valores y su implementación puntual* en las prácticas institucionales. Es interesante comparar la Unión Europea y los estados de Europa Central y Oriental desde esta perspectiva. Si bien la Unión Europea tenía algunos problemas con la legitimidad del régimen, estos no fueron percibidos como graves hasta que apareció la perspectiva de la ampliación. En todo caso la Convención Europea fue pensada para mejorar estos tipos de problemas.

En el contexto de la ampliación hacia el Este, se profundizaron los problemas en lo que respecta a la legitimidad del régimen, además de las críticas habituales referidas a la cuestión del déficit democrático.

Hasta ahora, las críticas principales se han focalizado sobre este último punto. Según el criterio dominante del liberalismo democrático-constitucional, la estructura institucional de la Unión Europea no cuadra en esta matriz. La misma no expresa los principios básicos de la legitimidad política democrática –un voto por persona o la regla de la mayoría–, ni tampoco los principios básicos del constitucionalismo, tales como la clara división entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Aun la independencia del poder judicial se podría poner en duda, dado que algunos jueces del Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea se limitan a la interpretación teleológica de la legislación europea.

Si bien todo esto es cierto, considero que la crítica es errónea, ya que la Unión Europea no es un estado en un sentido tradicional. No es un estado con plena autoridad, sino un nuevo tipo de sistema político que no ha terminado de conceptualizarse aun. Este nuevo tipo de sistema se asemeja a las organizaciones en red (*network organisations*). Desde el punto de vista constitucional, vale la pena tratar de aplicar el llamado nuevo constitucionalismo a los análisis del funcionamiento del régimen institucional de la Unión Europea⁴. Este enfoque tiene mayor poder explicativo que el constitucionalismo tradicional, centrado en la soberanía. Un distinguido teórico y ex parlamentario europeo ya fallecido (también miembro de la Convención Europea) lo llamó “*sui generis*”⁵.

A pesar de que la Unión Europea no está organizada según los principios del constitucionalismo democrático y liberal, se ha presentado como la guardiana de esos principios entre los estados miembros. La ampliación hacia el Este ha cumplido un rol importante en este sentido. Por mucho tiempo, la Unión Europea ha tenido una constitución funcional, basada en la distribución funcional del poder al interior de la UE y entre ésta y los estados miembros, pero no una formal. Se podría decir que, en lo que se refiere a la gobernanza, en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea, ha habido dos tendencias principales.

En primer lugar, un enfoque populista que se centra en la elección de representantes para cargos europeos por parte de la “mítica”

población europea. Este enfoque se basa en la presunción de que los estados mantienen su soberanía y que cada uno de ellos posee plena autonomía, la cual intercambia por otros bienes mediante acuerdos. Supone que es posible salir de la Unión en cualquier momento y retornar al *status quo ante* de plena soberanía. Este enfoque destaca la igualdad de los actores en la Unión Europea. Sin embargo, los límites de la soberanía son imprecisos. En la práctica, los actores más fuertes pueden manipular a los miembros más débiles en la Unión.

El segundo enfoque es de carácter legal y plantea que el soberano es la propia ley. La política no es percibida como una arena para la lucha por el poder sino como un arte para conseguir ciertos objetivos. El punto crucial en este enfoque es la autonomía de las instituciones de la Unión, que tienen poder de decisión sobre las reglas del juego a través de la ley. En esta visión, los miembros fuertes deberían controlar las instituciones legislativas para garantizar su poder.

Antes de la ampliación hacia el Este, la cuestión del régimen político no estaba articulada. El problema surgió cuando los ex estados comunistas comenzaron a golpear las puertas de la Unión Europea. Los criterios para la adhesión fueron codificados con la adopción del *acquis communautaire*, detallado en la reunión del Consejo Europeo de Copenhague, en 1993. En lo que se refiere a los criterios políticos, el Consejo adoptó lo que Wojciech Sadurski llamó el “criterio canónico” (*canonical yardstick*). Según éste, para poder aspirar a ser miembro pleno de la UE, el estado solicitante debe demostrar que goza de “una estabilidad institucional que garantice la democracia, el estado de derecho, los derechos humanos y el respeto y protección de las minorías”. Así, la membresía queda condicionada al cumplimiento de algunos criterios mínimos de régimen referidos a las democracias constitucionales liberales.

Es interesante observar que todos los estados de la Europa Central y Oriental eran ya, en ese momento, miembros del Consejo Europeo. Esto significa que ya habían ratificado y cumplían con la Convención Europea de Derechos Humanos y estaban siendo monitoreados por el sistema establecido por el Consejo de Europa. A partir de 1990, este Consejo estableció la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, también conocida como la Comisión Venecia, con el objetivo de colaborar en la elaboración de las constituciones de los estados de Europa del Este.

A pesar de las promesas realizadas por estos estados en las áreas de la democracia, del estado de derecho y de los derechos humanos, la Unión Europea no dejó de tener sospechas. Se elaboraron informes anuales que evaluaban el cumplimiento con los criterios políticos de condicionalidad de cada país solicitante, aunque dudo de que hayan tenido un peso significativo en el proceso de desarrollo de una cultura respetuosa de los derechos humanos y de una cultura constitucional en Europa Central y Oriental. Es verdad que la República Eslovaca, suspendida del proceso de asociación por su condición política interna, fue nuevamente admitida en dicho proceso luego de la derrota electoral del gobierno de Vladimír Mečiar. Pero en el conjunto de los ocho estados, este criterio fue poco significativo. Sí, en cambio, cumplió un rol más importante en la adhesión y pos-adhesión de Rumania y Bulgaria.

Como arma simbólica, permitió hacer la distinción entre “vieja” y “nueva” Europa, parafraseando los dichos del secretario de Defensa de los Estados Unidos, Donald Rumsfeld, aun si en una situación totalmente diferente. Esto pone en evidencia el trato ambivalente hacia los países pobres y pequeños del Este europeo viciados por un pasado comunista. Según la interpretación más indulgente (desde el punto de vista de la Unión Europea) se estaba ayudando a los países de Europa

Central y Oriental para que desarrollaran instituciones semejantes a las de Europa Occidental. Una postura más cínica sostiene que los criterios políticos fueron diseñados para mantener un control discrecional sobre el proceso por parte de los viejos estados miembros.

Los criterios políticos empleados para los europeos de “clase B” comenzaron a ser mencionados, como un efecto búmeran, en relación a los países de la vieja Europa. En el artículo 6.1 del Tratado de Ámsterdam (en su versión consolidada) se puede leer: “La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como del Estado de Derecho, principios que son comunes a los estados miembros”⁶. De esta manera, los criterios políticos de Copenhague se convirtieron con el Tratado de Ámsterdam en precondiciones explícitas para ser miembro de la Unión Europea⁷.

Por parte de los nuevos estados miembros hubo importantes expectativas sobre la mejora de la eficiencia del gobierno y la administración, y la también sobre la cuestión estructural de la organización de las instituciones. Esas expectativas resultaron no ser realistas.

De hecho, los países recibieron presiones por parte de la Unión Europea y otros países dirigidas a modificar la estructura de sus instituciones. Por ejemplo, las instituciones aduaneras y de control fronterizo en el marco del *acquis* de Schengen o el sistema judicial de los nuevos estados miembros. Sin embargo, debemos tener presente que dentro de la Unión Europea las instituciones de los estados miembros cumplen un rol fundamental en la implementación del derecho comunitario europeo y sus políticas. La relación entre la Unión Europea y sus estados miembros no se basa en la clásica distribución de competencias sino, más bien, en la dependencia y la cooperación.

Esto me lleva a una de las cuestiones clave, la del estado de derecho en los países post-comunistas y su relación con la ampliación. ¿Hasta qué punto el hecho de que la Unión Europea se basa sobre el estado de derecho podrá influenciar la actitud hacia la ley por parte de los nuevos miembros? Uno de los problemas clave que limitan la legitimidad de los regímenes en Europa Central y Oriental está vinculado con dificultades de orden público y retrasos en la aplicación de justicia. El primer problema está en parte relacionado con un estado casi permanente de crisis de las finanzas públicas, el segundo con decisiones de índole constitucional e institucional. La mayoría de las causas judiciales de países de Europa Central y Oriental ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo se originan en retrasos en los plazos de la justicia.

Uno de los problemas es que la ineficiencia en los sistemas y procedimientos de los tribunales tiene un impacto negativo en la operación de los mercados. La implementación del derecho comunitario en los estados miembros se ha realizado principalmente, durante años, a través de la aplicación directa de las leyes por parte de los tribunales estatales, empezando por el escalafón más bajo en la magistratura. Dos principios básicos del derecho comunitario –la primacía del derecho comunitario por sobre el derecho de los estados miembros y la aplicabilidad directa– fueron garantizados por el apoyo provisto por los tribunales nacionales.

El principal dispositivo jurídico que opera en la implementación del derecho comunitario es la vía prejudicial que permite a los jueces locales formular las preguntas legales a los jueces en el Tribunal de Justicia y en el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea. Esto requiere jueces competentes en derecho comunitario, no sólo en el propio sistema judicial. Tengo dudas sobre que los jueces en los países de Europa Central y Oriental estén preparados para utilizar estos dispositivos jurídicos. No confío en que estén lo suficientemente familiarizados con el derecho comunitario. Uno de los indicios en el caso de Polonia podría ser la utilización directa de la Constitución polaca por parte de los tribunales ordinarios. En los últimos años, los jueces han sido capaces de hacerlo, pero temen aplicar esa cláusula. Muchos años de formación en la interpretación jurídica positivista y un pensamiento “jurídico dependiente” dejaron a los tribunales mal preparados para embarcarse en el proceso de integración al espacio jurídico europeo.

La extrema centralización del sistema de tribunales no promueve una armonización eficiente del derecho interno con el *acquis communautaire*. La armonización no es sólo responsabilidad de las legislaturas nacionales sino que puede, y debería, ser llevada a cabo por la actividad de los tribunales. Durante el período de candidatura esto no ocurrió, puesto que el método de armonización por medio de los tribunales fue controlado por los órganos judiciales superiores de carácter nacional⁸.

- *Legitimidad de desempeño*

Este tipo de legitimidad –a veces también denominado “legitimidad por los resultados” (*output legitimacy*)– concierne a la capacidad del estado para desempeñarse de manera efectiva y eficiente a partir de ciertos criterios que cada comunidad política considera importante. Se centra en la “provisión de bienes”, entendida no solo en un sentido económico. Este tipo de legitimidad está vinculado estrechamente a la legitimidad del régimen y, a veces, es difícil analizarlos por separado.

La misma se refiere entonces a la capacidad de ofrecer resultados, de entregar aquello que se ha prometido durante las campañas electorales –y las expectativas en Europa Central y Oriental son el problema principal. En los ocho países existe un problema de eficiencia del gobierno, de administración ineficiente, de corrupción y de todos los males vinculados al “capitalismo político” en el que un cargo en la administración pública es utilizado para obtener una renta económica. El límite borroso entre la esfera pública y la privada, ligado al desvío de fondos públicos hacia manos privadas, es otro obstáculo para obtener una economía eficiente desde el punto de vista de los ciudadanos. El fenómeno fue descrito por un sociólogo como un “sistema de propiedad recombinada” o “propiedad de tipo híbrida”⁹. También existen mercados organizados con ingreso restringido dependiendo de las decisiones políticas.

Los ciudadanos de los países de Europa Central y Oriental tenían la expectativa de que, con su ingreso a la Unión Europea, los problemas de administración ineficiente y corrupta serían resueltos por Bruselas o la Comisión. La sorprendentemente alta participación en los referéndums acerca de la adhesión mostró que las expectativas eran bastante altas. La elección de los votantes a favor del tratado tuvo un marcado carácter civilizatorio. Ellos votaron por la eficiencia y el bienestar económico y creyeron que la Unión Europea les proveería la infraestructura necesaria para una “vida digna”. Por supuesto, esto no podía ser provisto exclusivamente por la Unión Europea. Luego de la crisis financiera en Europa se ha nublado el panorama para los nuevos estados miembros. Parece que no podrán utilizar el total del presupuesto comprometido, debido a la ineficiencia de la administración pública nacional. El alto nivel de corrupción, como muestra el caso de Bulgaria, también juega un rol importante.

Al mismo tiempo, la estrategia de Lisboa no favorecía a los países subdesarrollados que se integraron a la Unión Europea, sino que beneficiaba a los países desarrollados del núcleo duro de la Unión Europea, que deseaban estimular sus propias economías estancadas. Los elevados estándares tecnológicos, ecológicos y sociales no se correspondían con los intereses económicos de los nuevos estados miembros. Tampoco en aquel momento estaba entre sus intereses prioritarios intentar competir con Estados Unidos en la así llamada frontera tecnológica.

En otras palabras, las economías de los nuevos estados miembros antes de la plena convergencia –lo que llevaría por lo menos una generación– requerían normas más suaves para la regulación del mercado. El ejemplo de la ex República Democrática Alemana, que está estancada desde 1996 a pesar de los generosos subsidios del presupuesto federal de Alemania, muestra cómo no deben ser integrados los mercados de la Europa Central y Oriental.

El ajuste a esta dura realidad económica por medio de regulaciones más suaves de carácter excepcional podría, sin embargo, chocar con las expectativas en lo que respecta a la eficiencia de la legis-

Dentro de la Unión Europea coexisten dos tendencias [...] en lo que respecta a la visión sobre su gobernanza. La decisión sobre la dirección a seguir (más orientada hacia el estado de derecho o de naturaleza populista) tendrá un profundo efecto sobre las perspectivas del estado de derecho en los nuevos estados miembros.

lación, ya que el estado de derecho requiere un marco legal claro, estable y predecible. Por el contrario, una regulación suave (*soft law*) en campo económico se basa en la discrecionalidad, y eso favorece la corrupción u otros tipos de abuso del sistema.

Una de las especialidades de Europa Central y Oriental son las operaciones informales debido a la histórica suspicacia de las autoridades¹⁰. Este fenómeno fue descubierto a principios del siglo veinte de manera independiente, en dos partes distintas de la región, por León Petrazycki, quien lo denominó la “ley intuitiva”, y por Eugen Ehrlich, quien lo llamó la “ley viviente”. La informalidad presente en los estados de Europa Central y Oriental se convirtió en un fenómeno llamativo al interior de la Unión Europea. Según los sociólogos del derecho, estas prácticas informales tienden a corromper el estado de derecho. ¿Podrá la integración a la Unión Europea ser una solución para las prácticas informales? ¿Podrá ésta proveer un estímulo adicional para fortalecer la extrema fragilidad del estado de derecho en la Europa Central y Oriental post-comunista? No existe una respuesta clara al respecto. Una manera de abordar la cuestión es mostrar las tendencias presentes en la Unión Europea y luego especular sobre su impacto sobre el estado de derecho en estos países.

Dentro de la Unión Europea coexisten dos tendencias, descritas arriba en el contexto del debate constitucional, en lo que respecta a la visión sobre su gobernanza. La decisión sobre la dirección a seguir (más orientada hacia el estado de derecho o de naturaleza populista) tendrá un profundo efecto sobre las perspectivas del estado de derecho en los nuevos estados miembros. Cualquiera sea el caso, la estructura institucional existente en la Unión Europea favorece al poder ejecutivo. Considerando la debilidad del sistema jurídico, el futuro no se presenta muy prometedor para el estado de derecho.

En lugar de un resumen: *infra-nacionalismo* y el estado de derecho post-comunista

Existe un fenómeno adicional que muestra algunas similitudes entre la Unión Europea y los estados de Europa Central y Oriental. Algunos brillantes juristas y politólogos han observado una novedad en lo que respecta a la gobernanza de la Unión Europea. Joseph J.H. Weiler la denominó *infra-nacionalismo*. El mismo consiste en que:

[...] porciones cada vez más amplias de normas comunitarias se realizan a nivel intermedio de gobierno (*meso-level of governance*). Los actores involucrados son funcionarios públicos de nivel medio de la Comunidad y de los estados miembros en conjunción con distintos actores privados y semi-públicos. Desde el punto de vista constitucional, [...] el *infra-nacionalismo* no es constitucional ni inconstitucional. Está fuera de la Constitución. El vocabulario constitucional se constituye en torno a “ramas” del gobierno, en torno a las funciones constitucionales, en torno al concepto de delegación, de separación, de los sistemas de control y equilibrio de los poderes del Estado, etc. El *infra-nacionalismo* es semejante a la aparición de un nuevo virus para el cual los antibióticos, destinados al control de microbios y gérmenes, no tienen efectividad alguna. El *infranacionalismo* deja vacíos a la nación y al estado, y sus

instituciones carentes de propósito como vehículo para comprender y controlar al gobierno [...]”¹¹.

Si Weiler tuviese razón, y personalmente pienso que sí, entonces los países de Europa Central y Oriental post-comunistas, con sus propias redes y su estado de derecho de fachada estarían bien preparados para integrarse a una Unión Europea *infra-nacional*¹². En este sentido, el estado de derecho post-comunista se uniría a una Unión Europea posdemocrática; pero entonces, ese “matrimonio” sería a expensas del ciudadano común a ambos lados del río Elba.

Notas

¹ Neil Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism”, en *Modern Law Review*, vol. 65, n. 3, 2002, pp. 317-359; *Id.*, “EU Constitutionalism in Transition: The Influence of Eastern Enlargement”, en *European Law Journal*, vol. 9, n. 3, 2003, pp. 365-385.

² Adam Czarnota, “Constitutionalism, Nationalism, and the Law. Reflections on Law and Collective Identities in Central European Transformation”, en *Teoria prawa, filozofia prawa, wspolczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń, Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, 1998, pp. 29-48.

³ Véase János Kis, *Constitutional Democracy*, Budapest, Central European University Press, 2003.

⁴ Joseph H. H. Weiler, *The Constitution of Europe. ‘Do the new clothes have an emperor?’ and other essays on European integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 221-86.

⁵ Neil MacCormick, *The New European Constitution. Legal and Philosophical Perspective*, Warszawa, Leon Petrazycki Lecture, 2003.

⁶ El texto consolidado del Tratado de Ámsterdam se encuentra en: http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12002M/pdf/12002M_ES.pdf.

⁷ Manfred Novak, “Human Rights ‘Conditionality’ in Relation to Entry to, and Full EU membership in, the EU”, en Philip Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford-New York, Oxford University Press, pp. 689-90.

⁸ Zdenek Kuhn, “Application of European law in Central European candidate countries”, en *European Law Review*, vol. 9, n. 5, 2003, pp. 551- 560. Para un resumen acerca del problema del sistema de administración de la justicia en los estados post-comunistas, véase Jiří Přibáň, Pauline Roberts, James Young (eds.), *System of Justice in Transition. Central European Experiences since 1989*, Aldershot-Burlington, Ashgate, 2003.

⁹ Jadwiga Staniszkis, *Postkomunizm. Proba opisu*, Gdansk, Słowo/obraz terytoria, 2001, pp. 190-227; and David Stark and Laszlo Bruszt, *Postsocialist Pathways. Transforming Politics and Property in East Central Europe*, Cambridge, Cambridge University Press 1998.

¹⁰ Véase por ejemplo Denis James Galligan and Marina Kurkchian (eds.), *Law and Informal Practices. The Post-Communist Experience*, Oxford, Oxford University Press 2003.

¹¹ J. H. H. Weiler, *op. cit.*, pp. 98-99 (traducción propia).

¹² Véase Maria Łos y Andrzej Zybortowicz, *Privatizing the Police-State. The Case of Poland*, Basingstoke, Macmillan Press Ltd. 2000.