

DERECHO CONSTITUCIONAL COMUN EUROPEO (*)

Por PETER HÄBERLE

SUMARIO

I. PROBLEMA Y TESIS INICIAL: 1. El problema. 2. La tesis inicial.—II. ELEMENTOS INTEGRANTES CONSTITUTIVOS: 1. Textos y materias o campos temáticos, ejemplos de principios constitucionales «comunes» europeos. 2. Cauces de producción, es decir, procedimientos e instrumentos en materia de DCCE.—III. PERFILES DE UNA TEORÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMÚN EUROPEO: 1. El «Derecho común» como categoría científico-jurídica. 2. Estructura de los principios del DCCE. 3. Ventajas del reconocimiento y ulterior desarrollo del DCCE; posibles inconvenientes y limitaciones. 4. Las dos vías existentes de producción del DCCE. 5. La división del trabajo respecto de los géneros de literatura científica del DCCE.—IV. PERSPECTIVAS.

I. PROBLEMA Y TESIS INICIAL

1. *El problema*

En la actualidad, Europa se encuentra atravesando en muchos ámbitos tal etapa de desarrollo, que se hace necesario reconsiderar su identidad, sus raíces históricas y su posible futuro. Así, en el ámbito político, piénsese en los denominados países del Este europeo (por ejemplo, los países bálticos) y su «vuelta a Europa» mediante la reentrada en el círculo de países constitucionales a través de su alineación dentro del contexto comunitario constitucional

[Traducción de EMILIO MIKUNDA FRANCO] (**)

(*) El presente artículo fue desarrollado en un ciclo de ponencias de un mes de duración por el propio autor en la Universidad la «Sapienza», Roma, durante el mes de marzo de 1991, por invitación de dicha Universidad.

(**) Emilio Mikunda Franco es actualmente profesor titular de Filosofía del Derecho, Moral y Política en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

europeo-atlántico (puesta de manifiesto mediante la recepción activa de textos occidentales que les sirven de ejemplo); en el económico, mediante la integración completa del mercado interior europeo en 1992 y la creación de un espacio económico europeo comunitario, resultado de la victoria de la economía social de mercado; y en el cultural, al recuperar la herencia europea «común» gracias a la supresión del telón de acero, a la caída del muro de Berlín y al fracaso del marxismo-leninismo en 1989, dando lugar al renacimiento de los cinco *Länder* alemanes del Este como paisaje cultural, un milagro cultural de 1990, producido mucho antes del tan esperado «milagro económico». Todo ello es tan sólo una muestra de la profunda dimensión cultural y de la transformación experimentada en todo el Este de Europa, orientado ahora hacia la Europa integrada.

El Arte, con mayúscula, y en particular muchas artes concretas, las ciencias en abstracto y muchas disciplinas específicas parciales, se hallan también obligadas no sólo a servir de acompañante, sino a fomentar incluso tal desarrollo, y ello no sólo en calidad de comentaristas, sino de pioneros. La fuerza de los textos clásicos, estimulante e inspiradora, desde Aristóteles a Popper, de Beethoven (Tercera y Novena Sinfonías) hasta las interpretaciones de K. Masur, y también el ejemplo dado por el ex-presidente poeta checoslovaco Vaclav Havel, o el parentesco entre «Somos el pueblo» de G. Büchner (*Muerte de Danton*, acto I, escena II) y el movimiento similar surgido de la revolución pacífica de octubre de la otrora Alemania del Este, en 1989, todo ello actúa las más de las veces mejor que cualquier discurso jurídico. Al mismo tiempo, la ciencia jurídica, en todas sus ramas, se ve obligada a colaborar a su modo, es decir, con sus metodologías y sus materias, en la «europeización de Europa». De entre sus disciplinas o ramas parciales, la doctrina iuscivilista es la que ha conseguido notable ventaja en tanto que derivación del antiguo *ius commune* y gracias a su aquilatada tradición y a la técnica comparatista —pensemos en la aportación de H. Kötz: *Derecho civil comunitario europeo* (1981) (1), y en el artículo de E. A. Kramer «Derecho privado europeo comparado» (1988) (2); ambos autores bien podrían haberse sentido inspirados por textos clásicos de R. von Ihering (1852) (3) y por otros más recientes de

(1) Lo mismo en *FS K. Zweigert*, 1981, págs. 481 y sigs. También por H. KOTZ: *Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik*, en K. SCHMIDT (ed.): *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, 1990, págs. 75 y sigs.

(2) En *Juristische Blätter*, 1988, págs. 477 y sigs.

(3) R. VON IHERING: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, primera parte (1852), pág. 15: «La ciencia se ha rebajado al nivel de la jurisprudencia regional... Los límites de la ciencia... en la jurisprudencia coinciden con los de la política... Una forma humillante, indigna, de una ciencia...» (Darmstadt, 9.ª ed., 1953, pág. 15).

R. David (1969) y H. Coing (1986) (4)—. La ciencia jurídica europea «establecida» es la que ha proporcionado sus mayores aportaciones desde los comienzos del Mercado Común Europeo en 1957 (5). Mas, a pesar de todo ello, se encuentra limitada por su propia naturaleza: en el ámbito territorial, por los países de la Comunidad Europea —es decir, por los doce países miembros de que se compone actualmente—; en el material, por el Derecho comunitario —el cual, por cierto, no es el Derecho constitucional de cada Estado nacional—, si bien amplía ulteriormente determinados elementos constitucionales, como los de Estado de Derecho, derechos fundamentales y economía de mercado. Ni qué decir tiene que tanto el Consejo de Europa como la Comisión Europea de Derechos Humanos van mucho más allá, tanto más cuanto que en la actualidad países como Hungría, perteneciente al Este, o bien son ya miembros o, como el caso de Polonia, han iniciado ya las gestiones para su adhesión al seno de la Comisión Europea de Derechos Humanos. El Consejo de Europa y la susodicha Comisión forman los «pilares del Derecho europeo» en su más amplio sentido (incluyendo aquí, igualmente, a la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa).

El pensamiento jurídico de carácter comunitario (6) exigido «aquí y ahora» es el más apropiado a la hora de poner en práctica tales pretensiones en Europa, y, por su parte, también ha sido desarrollado en ella (7). Algo más difícil resultará lograr su ubicación territorial, ya que ¿a qué Europa: la histórica, la presente o la futura —geográficamente hablando—, se refiere uno cuando habla de la «Europa comunitaria» o del Derecho constitucional común europeo? En cualquier caso, la «afanosa» génesis del pensamiento europeo (8) se puede seguir en la historia yendo hacia atrás hasta Herodoto cuando distingue Asia de Europa designándolas como dos espacios cultural y vitalmente diferenciados en cuanto a sus bases. También podría citarse una de las crónicas anónimas que comenta la victoria de Poitiers, en el 732, con

(4) Véase en KRAMER, *op. cit.* (nota 2), pág. 477, y en KOTZ, *FS Zweigert*, como *ut supra* (nota 1), pág. 491, y nota 23 (notas, asimismo, 12 y 16).

(5) H. P. IPSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (1972); sobre A. BLECKMANN (*Europa-recht*, 5.ª ed., 1990) hasta T. OPPERMANN (*Europarecht*, 1991), por sólo citar literatura alemana.

(6) Cfr. J. ESSER: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1.ª ed., 1956 (4.ª ed., 1990), pág. 263, y pág. 390 del *Schlagwortverzeichnis*.

(7) Más al respecto, *ut infra* y en las notas 8 y sigs., 12, 16, 65 y sigs.

(8) Mejor formulado en M. FUHRMANN: «Herodot Kommt bis Brüssel», en *Eurogenesis*, FAZ del 30 de marzo de 1991, núm. 3, sobre «Europa en la Antigüedad» y sobre «El nacimiento de Europa»; especialmente, P. KOSCHAKER: *Europa und das Römische Recht*, 1947, págs. 5 y sigs., y *Europa als Gebiet der Rezeption*, págs. 143 y sigs. Respecto al nacimiento del *ius commune europeum*, vid. F. WIEACKER: *Privatgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., 1967, págs. 81 y sigs.

estas palabras: «Los europeos regresaron pronto a sus patrias con el ánimo alegre» (9).

Asimismo podría alegarse que Federico II, el Staufer, ante el peligro mogol, se decidió a usar como fórmula vinculante en los juramentos —común a todos los príncipes europeos— el nombre de Europa (10). La idea moderna «de una Europa plural» (Fuhrmann), basada en la premisa de una pluralidad de Estados soberanos nacionales individuales, deberá tener presente, también a nivel jurídico, esta dimensión tan profunda, al igual que la problemática situación en la que se «conjuró» el pensamiento europeo; a saber, como indicación de la existencia de un espacio cultural propio, para cuya salvaguardia y validez deberían quedar asegurados en su seno, en tiempos de crisis y guerras, la paz y demás valores fundamentales —como el bienestar—, sirviendo asimismo de baluarte defensivo común hacia el exterior (recuérdese la idea de la cruzada del papa Pío II contra los turcos en 1453).

Por tanto, el pensamiento europeo ya ha sido usado como correctivo contra egoísmos nacionales, y ello no sólo desde la primera y segunda guerras mundiales (11). La Europa de hoy debería servir menos como «defensa frente al exterior» y más como refuerzo de su condición de «puente», que abarca geográficamente, sin duda, la parte europea de la hasta hace poco denominada Unión Soviética e incluso a la misma Turquía dentro de sus «márgenes». Con ello, Inglaterra quedaría en una posición central en base a su tradición jurídica de la *common law*, tradición que bien podría actualmente ampliar el marco europeo dada su raigambre vetusta y moderna al mismo tiempo (12).

Hoy por hoy, se viene desgajando ya una tarea específica apenas tomada en consideración por la Teoría General del Derecho y del Estado de cuño nacional. En una época que permite hablar de la llegada de la hora «del Estado constitucional a nivel planetario» en base a las tempranas reformas introducidas por el presidente Gorbachov y sus efectos permanentes a largo plazo —incluso en los países en vías de desarrollo—, la Teoría General de la Constitución se encuentra, en la Europa actual, en un estado de auge único

(9) Cit. en FUHRMANN, *op. cit.*, nota 8. Vid. la obra clásica de KOSCHAKER *Europa und das römische Recht*, 1947, en la que responde a la pregunta de qué sea Europa (págs. 1 y sigs.) desde la óptica histórico-cultural y científico-cultural («fenómeno cultural», «elementos culturales», «círculo cultural europeo»); sobre la idea cultural de una Roma que se extiende paulatinamente por Europa, vid. *op. cit.*, págs. 45 y sigs.

(10) FUHRMANN, *op. cit.*, nota 8.

(11) Cfr. FUHRMANN, *ibidem*.

(12) Sobre el *ius commune* como Derecho «en común» y la tesis contraria a través de la legislación inglesa de la *common law*, vid. COING: «Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung», en el mismo autor: *Gesammelte Aufsätze*, 1974-1975, vol. 2 (1990), págs. 157 y sigs.

en su género (13). El lema de la «casa común europea» exige mantener una situación puntera en lo tocante a la ciencia jurídica civilista. Una de las vías en este sentido la configura el «Derecho constitucional común europeo», al crear las bases internas de dicha «casa común europea» (para conservar la terminología) al pergeñar estructuras comunes, como el «reglamento de uso interno» (para los espacios nacionales aún quedan suficientes márgenes y tiempo), mientras que la reconstrucción de la Europa del Este exige una teoría general de la Constitución que sea simultáneamente europea «y» nacional. La europeización de la Teoría General del Derecho y del Estado (14) es programa y proyecto a la vez y se encuentra ya en fase inicial de desarrollo. Las siguientes líneas intentarán bosquejar esta tarea de generaciones sobre la tesis de un Derecho constitucional común europeo. Sin embargo, hay que advertir que por más esfuerzos que pongamos en llevar esta empresa a cabo de la forma más cuidadosa y flexible, no por ello podremos evitar ciertas dosis de osadía, ya que la propia Europa jamás avanzaría un paso en su desarrollo sin unas gotas de utopía (15).

2. *La tesis inicial*

La tesis que adoptamos como punto de partida del Derecho constitucional común europeo viene a decir que todavía (*sic*) no existe tal Derecho constitucional europeo, toda vez que Europa como tal no forma un único Estado constitucional. Ello no obstante, cada vez va surgiendo un conjunto más y más amplio de principios constitucionales «particulares» que resultan «comunes» a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no. Tales principios comunes aparecen parcialmente en las constituciones de los Estados nacionales y en el seno del Derecho consuetudinario constitucional de éstos, derivado también en parte del ámbito de validez del «Derecho europeo» —como el de la Comunidad Europea, el del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, reforzado recientemente por el Consejo de Europa—, y el dimanante de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (que, como es sabido, vincula a Europa con el Atlántico).

(13) Al respecto, vid. P. HÄBERLE: «Die Entwicklungsländer im Prozess der Textstufendifferenzierung des Verfassungsstaates», en VRU 23, 1990, págs. 225-253.

(14) Completando con mi artículo polémico de 1990, en VVDStRL 50, 1991, págs. 156 y sigs.

(15) Cfr. G. NICOLAYSEN: *Europa und Utopia*, en FS Carstens, 1984, págs. 230 y sigs.; en general, P. HÄBERLE: *Utopien als Literaturgattung des Verfassungsstaates*, en *Ged.-Schrift Martens*, 1987, págs. 73 y sigs.

El Derecho constitucional comunitario aparece con frecuencia en forma de principios generales del Derecho o *standards*.

Los principios del DCCE —reseñados sin pretensión de exhaustividad— contienen de forma muy superficial y casual ideas jurídicas paralelas, análogas o similares. Se trata de profundizar en lo más hondo de la cultura jurídica de cada uno de los Estados constitucionales en particular, y sacar a la luz los factores comunes, lo concordante, lo familiar, yendo más allá de lo meramente jurídico-positivo. No conviene dejarse ofuscar la mirada al escudriñar el DCCE ni con las variantes puramente externas y formales de los textos jurídicos ni con las peculiaridades superficiales propias de cada nación. Aquello que se halla en el substrato común de la cultura jurídica y que, en última instancia, aboca en determinadas concepciones sobre la justicia, crece sobre un terreno de raigambre europea que descansa en la unidad histórica del viejo continente y que hoy se encuentra, de nuevo tras haber superado el horizonte del «futuro de Europa», en la actual conjunción de Estados nacionales europeos.

Dos causas han bloqueado durante mucho tiempo toda vía de acceso al DCCE: la primera, el Estado nacional absoluto (16) y la idea de soberanía existente en el siglo XIX; la otra —en parte también implicada en lo anterior—, la proximidad específica del Derecho constitucional al Derecho político de cada nación. Sin embargo, ambas, o sea, el Estado nacional «soberano» y la concepción del Estado constitucional como Derecho político del Estado, no se hallan enfrentadas —entiéndase bien— al posterior desarrollo y propia consolidación del DCCE. El Estado nacional, convertido hoy en «Estado cooperativo constitucional» (17), es en la Europa actual de 1991 tan imprescindible como relativo; es decir, está tan imbricado desde un principio en la trama formada por los principios jurídicos transnacionales —tan evidente en los pactos suprarregionales sobre derechos humanos y en los tratados más preponderantes (como, por ejemplo, el de creación de la Comunidad Europea)—, que ha terminado por disciplinar la soberanía nacional motivando y normalizando sus actuaciones. Es más, el «tipo» de Estado constitucional se caracteriza propiamente por el hecho de sustituir a la propia soberanía por

(16) Sobre la «dilución» del Derecho común en el nacional, vid. H. COING: *Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts*, 1986, pág. 11; *ibid.*, pág. 22, respecto de la vía que pasando por el Derecho comparado vuelve a la ciencia jurídica como ciencia europea unitaria. Sobre la «unidad de la ciencia jurídica europea en sus orígenes», vid. COING: *op. cit.*, *Obras*, 1947-1975, vol. 2, 1982, págs. 137 y sigs.

(17) Mi artículo homónimo en *FS Schelsky*, 1978, págs. 141 y sigs. Anteriormente, W. VON SIMSON: *Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart*, 1965, pág. 220: fin de la justicia propia del Estado.

fundamentos basados en el Derecho, es decir, en la «constitución de la sociedad abierta». La pertenencia de los Estados nacionales europeos al tipo de «Estado constitucional» se aproxima enormemente al hecho de que determinadas características de éste no son sino principios jurídicos reputados comunes. Reconocer que los Estados nacionales europeos se han constituido de forma «análoga» y que tales analogías son precisamente lo que de común tienen, al igual que lo que presupone su existencia, permite a cada Estado seguir su propio camino y, simultáneamente, contemplarse a sí mismo inmerso en el contexto común europeo.

Permítanse ahora dos palabras sobre Derecho político; la elaboración del DCCE no significa en modo alguno seguir una línea apolítica ni tampoco ser hostil a la política. El Derecho constitucional europeo es «político» en la misma medida en la que el Derecho constitucional lo es (18). Su creación parte de medios políticos, se refiere a la *res publica* y se desarrolla a la postre también mediante política. Lo «nuevo» en todo ello es tan sólo el reconocimiento de que lo político se halla impregnando el más amplio y profundo contexto de la unidad y variedad europea, al igual que no sólo facilita un mayor espacio para el desarrollo del DCCE, sino que incluso lo fomenta. Al Derecho político en cuanto tal y al específicamente nacional y propio de cada uno de los distintos Estados europeos todavía le queda, por cierto, un amplio margen individual irrenunciable. El DCCE no pretende ni paralizar ni sofocar el Derecho constitucional *sui generis* de cada nación, sino, al contrario, pretende ante todo colaborar en su fundamentación, asumirlo y, simultáneamente, potenciarlo.

II. ELEMENTOS INTEGRANTES CONSTITUTIVOS

Los siguientes elementos constitutivos sólo pueden señalarse de forma fragmentaria: una visión completa del DCCE exige, en conjunto, una perspectiva sincrónico-diacrónica simultánea, impensable hoy día en un único investigador.

1. *Textos y materias o campos temáticos, ejemplos de principios constitucionales «comunes» europeos*

Los principios que permiten captar el DCCE sin pretender por ello la creación de un Estado europeo son determinados principios constitucionales

(18) Tomado de K. STERN: *Das Staatsrecht in der Bundesrepublik Deutschland*, tomo I, 2.ª ed., 1984, págs. 14 y sigs.

de tipo estatal, como los relativos a los derechos humanos y a la democracia (incluso si cristaliza en un régimen de autogestión en la Administración municipal), al igual que ciertos fines del Estado, como son el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho. Mas, a pesar de ser todo tan «general» —como aquí es el caso—, se perfila, no obstante, un *ius constitutionale* de cuño genuinamente «común europeo», un *ius commune europeum* y un *ius publicum europeum* en cuyos contenidos se vislumbran factores comunes. Naturalmente que también en estos ámbitos se dan variantes nacionales *sui generis*; mas, pese a todo ello, igualmente se perfila ya un núcleo constitutivo común. Para ponerlo en evidencia, permítaseme aquí emplear un símil matemático: el de la fracción aritmética, compuesta por numerador y denominador. De este modo, cuantos más «numeradores» análogos se vayan dando a nivel tanto de Derecho europeo como de cada uno de los nacionales, tanto más claro resultará que disponen todos ellos de un «común denominador», es decir, de DCCE.

La siguiente secuencia plantea una perspectiva sistemática: textos positivos, textos no positivos (es decir, sentencias judiciales sobre todo), doctrina científica (Derecho de los juristas), todo ello manifestaciones objetivas que, al actuar de consuno, desarrollan por sí mismas ideas jurídicas que se dan en común en Europa.

1) Recordemos el texto más antiguo del Consejo de Europa, fechado el 5 de mayo de 1949 (19). En su preámbulo dice, entre otras cosas, y en el sentido de las cláusulas posteriores, relativas al legado cultural que tanto éxito han tenido (20):

... En inquebrantable unión con los valores ético-espirituales que forman el legado común de sus pueblos y que son substrato de libertad personal, de libertad política, y de la primacía de la Ley, base de toda democracia... (21).

También se evidencia la existencia de una cultura jurídica común europea en el preámbulo de la Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Europeo, de 1950:

... Con el nuevo afianzamiento de su fe profunda en las libertades básicas... y el mantenimiento esencial, por una parte, de un sistema político realmente

(19) Cit. en F. BERBER (ed.): *Völkerrecht, Dokumentensammlung...*, vol. I, 1967, págs. 357 y sigs.

(20) Más amplio en P. HÄBERLE: *Artenreichtum und Vielschichtigkeit von Verfassungstexten*, en *FS Häfelein*, 1989, págs. 225 y 237 y sigs.

(21) El artículo I habla de la «estrecha vinculación» entre los miembros para la defensa y promoción de los ideales y principios que forman su acervo y patrimonio común, así como de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y su posterior desarrollo.

democrático y, por otra, de la idea del respeto común de los derechos humanos de los que derivan; decididos, en cuanto gobiernos de Estados europeos, animados del mismo espíritu y poseedores de un legado común de bienes espirituales, tradiciones políticas, respeto de la libertad y primacía de la Ley... (22).

Dicha línea de referencia a un «legado cultural y jurídico común a todos los europeos en cuanto a sus fundamentos» prosiguió en los años sesenta, impulsada por la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, en la consideración de los derechos fundamentales como «principios generales del Derecho» respecto de la Comunidad Europea, en dos documentos muy relevantes, desarrollados al mismo tiempo y concretados en la «Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión», emitida en abril de 1977, en la que se formula el «principio de respeto del Derecho», lo que implica, «como así fue reconocido por la propia Corte europea», aparte de las normas contractuales y las derivadas del Derecho comunitario, «los principios generales del Derecho y, en especial, los derechos fundamentales, principios y derechos que forman el substrato del Derecho constitucional de los Estados miembros».

El Consejo de Europa habló, en su declaración sobre la democracia de abril de 1978 (23), de la elección general y directa de los miembros de la Asamblea como «excelente demostración del ideal democrático común a todos los Estados miembros», subrayando y precisando además que «los jefes de Gobierno consolidan su deseo de identidad europea tal y como lo manifestaron en la Declaración de Copenhague, y garantizan el respeto de los valores jurídicos, políticos y morales a los que se sienten vinculados, así como los principios de la democracia parlamentaria, del derecho, la justicia social y la protección de los derechos humanos» (24).

(22) Los límites de los derechos humanos respecto de la Comisión europea encargada de velar por ellos son: «seguridad nacional», en el seno de «un Estado democrático», o, en su caso, «de una sociedad democrática» (arts. 6.1, 8.2, 9.2, 10.2 y 11.2). Sin embargo, no exige que el citado *standard* deba necesariamente ser válido (Frowein, en FROWEIN-PEUKERT: *EMRK-Kommentar*, 1985, preparación al artículo 8.11), pero sí que se controle el margen de discrecionalidad judicial (*margin of appreciation*), es decir, que se aplique el baremo eurocomunitario. Vid. *infra*, nota 50.

(23) Ambos documentos se citan en vigor y/o con efectividad en BVerfGE 73, pág. 339 (especialmente, págs. 381 y sig.) = EUGR 10, 1987, págs. 21 y sig., lo que vuelve a poner de manifiesto una vez más el carácter comunitario del DCCE.

(24) *Ibid.*, hablando incluso de una «democracia pluralista». Sobre este documento (y sobre los demás EEA), vid. S. MAGIERA: «Die Einheitliche Europäische Akte und die Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union», en *Ged.-Schrift für Geck*, 1989, págs. 507 y sigs.; H. P. IPSEN: *Vier Glossen z. Einheitlichen Europäischen Akte*, en *FS Partsch*, 1989, págs. 327 y sigs.

El Acta Unica Europea, de febrero 1986, habla de la decisión de «actuar en consuno en pro de la democracia, en base a las constituciones y legislación de los Estados miembros, la Convención europea de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y los derechos recogidos en la Carta Social Europea, especialmente lo referente a libertad, igualdad y justicia social».

Con no menor solemnidad se proclamó la «idea europea», formulada como «deseo de los pueblos democráticos de Europa», apostando en ella por la obligatoriedad de los principios democráticos básicos y la «salvaguardia del Derecho y, en especial, de los derechos humanos» (25)

Aquí aparece una asombrosa continuidad abierta a un ulterior desarrollo; es más, incluso una relación entre los textos del Consejo de Europa y los pertenecientes a la Comunidad Europea. En este sentido, las declaraciones de los años ochenta de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa son la prueba documental de cómo el Derecho europeo dio nuevos impulsos al Derecho comunitario, en el más amplio sentido de la palabra, aunque desde una perspectiva neta y técnicamente jurídica ello tenga tan sólo el valor otorgado a las declaraciones de este tipo, lo que se denomina con el anglicismo de *soft law*.

Asimismo, el denominado «Documento de Copenhague», que gira en torno a la dimensión humana de la citada conferencia para la seguridad y cooperación en Europa, acuñó términos específicos clave, tales como «democracia plural y Estado de Derecho, elementos esenciales para la salvaguardia y respeto de todo derecho humano» (26); «ideales de democracia y pluralismo político»; Estado de Derecho «no sólo como pura fórmula jurídica, sino también como justicia», y todo un elenco de «elementos de justicia» (por ejemplo, elecciones libres, clara línea divisoria entre el Estado y los partidos políticos, independencia de la fiscalía), y señaló la restricción de derechos y libertades como los de opinión y libre sindicación, posibles únicamente de acuerdo con los «*standards* internacionales», y la amplia temática en torno

(25) Vid. la decisión del Parlamento Europeo del 13 de abril de 1989 (EuGRZ, 1989, págs. 204 y sigs., bajo d): «Considerando, que la identidad de la Comunidad al formular los valores comunes a los ciudadanos y libertades fundamentales», hay que señalar como importantes la indicación sobre la dignidad humana y las tradiciones comunes de los Estados miembros (preámbulo), la garantía de dejar incólume el contenido esencial de tales derechos (art. 26) y la cláusula de protección del artículo 27. La Declaración de Stuttgart, del Consejo de Europa (junio 1983), cit.; según J. SCHWARZER-R. BIEBER (eds.): *Eine Verfassung für Europa*, 1984, págs. 380 y sigs., desea «se fomente una más estrecha colaboración para consolidar la conciencia de un legado cultural común como parte de su propia identidad».

(26) Publicado en EuGR, 1990, págs. 239 y sigs.

a la protección de minorías nacionales como garantías de salvaguardia de su «identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa».

La Carta de París en pro de una nueva Europa, de noviembre de 1990 (27), se atreve a proclamar que «la única forma de gobierno de nuestras naciones» es la democracia. También se encuentran otros elementos textuales nuevos en proposiciones tales como «la democracia es la mejor protección para la libertad de opinión, la tolerancia frente a todo grupo social y la igualdad de oportunidades para todos», o los de «reiteremos que la identidad étnica, cultural y lingüística de las minorías nacionales deben gozar de protección» y «libertad y pluralismo político son elementos que necesitan nuestros esfuerzos comunes para desarrollar economías de mercado» (28)

La Carta europea para la autogestión municipal, de 1985-88, denominada frecuentemente «cuarto pilar del Consejo de Europa», junto a los tres restantes (29) (Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico Social y el Convenio Europeo para la Cultura) «por parte de los ciudadanos europeos», añade a los «ideales y principios» que forman su «legado común» y que se hallan reseñados en el preámbulo, «la consideración de que las corporaciones municipales forman una de las bases esenciales de todo régimen democrático común a todo Estado miembro del Consejo de Europa». Y aunque el citado preámbulo de por sí ya se considera una importante aportación para la construcción europea en cuanto a refuerzo y consolidación de la autogestión municipal en todos los Estados europeos «basada en principios de democracia y descentralización de poderes», lo importante es que de este modo van poco a poco apareciendo, en mero esbozo o como previa formulación, términos clave que actúan como eslabón de unión con el último de los documentos aquí examinados.

La decisión final adoptada por los participantes en la Conferencia de la «Europa de las Regiones» (30), que fue celebrada en Munich en octubre de

(27) Publicado en EuGR, 1990, págs. 517 y sigs.

(28) Con razón, H. STEINBERGER, VVDStRL 50, 1991, págs. 9-11, observa una «creciente tendencia a la recepción de principios estatales constitucionales», y en pág. 12, «el consenso de base fundado en los mismos valores».

(29) Textos en F. L. KNEMEYER (ed.): *Die europäische Charta der Selbstverwaltung*, 1989, págs. 273 y sigs. Sobre la «Europa de los ciudadanos», vid. el volumen homónimo editado por S. Magiera, 1990, con el artículo de W. Fiedler sobre aspectos culturales (págs. 147 y sigs.).

(30) De F. L. KNEMEYER: «Subsidiarität - Föderalismus - Dezentralisation», ZPR, 1990, pág. 173; U. PETERSEN: «Zur Rolle der Regionen in künftigen Europa», DOV, 1991, págs. 278 y sigs.; vid. W. BOTTCHER: «Europafähigkeit durch Regionalisierung», ZRP, 1990, págs. 329 y sigs.; M. HEINTZEN: «Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft», JZ, 1991, págs. 317 y sigs.; F. ESTERBAUERL-PERTHALER (eds.): *Europäische Regionalismus am Wendepunkt*, 1991; C. EISELSTEIN: «Europäische Verfassungsgebung», ZRP, 1991, págs. 18-21 y sigs.

1989, consolida en su proemio «la intención, con ayuda de la Obra para la Unificación Europea, de crear un contexto de libertad, paz, bienestar y justicia social», manifestando el convencimiento de que la «unión política europea de todos los pueblos y Estados del continente permanece expedita a todos aquellos que respeten los derechos humanos y se pronuncien por la democracia y el Estado de Derecho», para, a reglón seguido, añadir: «1) Que la riqueza de Europa consiste en la variedad de sus pueblos y etnias, sus culturas e idiomas, sus naciones, historia y tradiciones populares, sus países y sus regiones y sus comunidades políticas... 3) Que la subsidiariedad y el federalismo deben ser los principios arquitectónicos de Europa.»

2) La jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia respecto de los «principios generales» —contenida en sentencias pioneras como la «Stauder» (1969), la «Internationale Handelsgesellschaft» (1970) y «Nold» (1974), ésta tan próxima y encomiada por la ciencia— forma un «acervo» creciente de aspectos de DCCE «en acción». Se trata de «principios vinculados estructuralmente y también a simple vista con la Comunidad Europea», como los de democracia, Estado de Derecho, Estado Social de Derecho, protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y composición de la Comunidad Europea de forma similar a la del Estado federal, etc. (31). A todos ellos se añaden los principios constitucionales tradicionales de los Estados miembros (32).

(31) En este sentido, T. OPPERMAN: *Europarecht*, 1991, pág. 158.

(32) T. OPPERMAN, *op. cit.* nota 31. Algunos textos y citas de la literatura referida en el Tribunal de Justicia de la CE bajo: «Aus der Rechtsvergleichung zu entwickelnden allgemeinen Rechtsgrundsätzen»; también en A. BLECKMANN: *Europarecht*, 4.ª ed., 1985, págs. 104 y sigs. y 113 y sigs. («... en el marco iuscomparatista hay que tener en cuenta... la tradición constitucional viva que podría ser reflejada en las posturas adoptadas por el Parlamento Europeo»). B. BEUTLER-R. BIEBER-J. PIEPKORN-J. STREIL: *Die Europäische Gemeinschaft-Rechtsordnung u. Politik*, 3.ª ed., 1987, págs. 174 y sigs. («Como Derecho no escrito de la CE aparecen como principios generales del Derecho especialmente los derechos fundamentales y las tradiciones constitucionales de carácter general de los Estados miembros»); G. RESS, art. «Rechtsgrundsätze», en *Lexikon des Rechts*, vol. 1, grupo 4, 1990, págs. 1-3 (aquí diferencia y distingue su labor de colmar lagunas de ser recurso hermenéutico, y junto a ellas, la función de limitar y corregir aludida). Sobre derechos fundamentales como «principios generales del Derecho» y cómo se logran mediante un estudio iuscomparatista basado en criterios axiológicos, vid. I. Pernice, en E. GRABITZ (ed.), «Gemeinschaftsverfassung, art. 164, red., n.º 42,58 m.w.N.»; vid. *ibid.*, «Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz», NJZ, 1990, pág. 2409 (especialmente, págs. 2412 y sigs.), en panorámica sobre «perspectivas de cultura europea en materia de derechos fundamentales» (*ibid.*, págs. 2419 y sigs.).

Al crear el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —según sus propias confesiones— un «orden público europeo» mediante el que se expresa de forma colectiva su comunidad constitucional jurídica (33), acaba de sintetizar así su jurisdicción pretoriana en una acertada fórmula que deja entrever lo ingente de su detallada labor en la Comisión de Derechos Humanos, antes citada, al reescribir (por cierto, de forma muy sugestiva) el *Ius Publicum Europeum*. Su exégesis evolutiva y de una «efectividad mucho mayor», su pugna por lograr «standards europeos y principios de sociedad democrática», todo ello goza de una enorme reputación (34). Habría que nombrar aquí a los Tribunales Constitucionales nacionales junto con la Corte Europea de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues aunque su estilo jurisprudencial sea diferente en base a sus propias y genuinas tradiciones y a las diferentes mentalidades subyacentes —incluso tras realizar un cotejo recíproco—, no obstante sí que puede hablarse en todo caso de una «europeización de la justicia constitucional» (nacional) a medio plazo —incluso si se establece ésta como postulado—, lo que implica decir que ya se puede hablar de un cada vez más intenso proceso de integración por vía hermenéutica de principios europeo-constitucionales «foráneos» a nivel de Derecho comparado en su fase inicial.

La creciente tendencia al análisis iuscomparatista, o dicho de otro modo, la toma en consideración de criterios hermenéuticos por parte de la Comisión Europea de Derechos Humanos, al igual que de otros textos europeos (35), debe ser tan tenida en cuenta como las conferencias mantenidas por los Tribunales Constitucionales y que quedan debidamente reflejadas en la *Revista europea de Derechos Fundamentales* (EuGRZ), en la que se trabaja a nivel

(33) Al respecto, D. THURER: «Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft», VVStRL 50, 1991, págs. 97-106. Sobre las garantías no escritas del contenido esencial del Derecho en el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, vid. P. HABERLE: *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, Abs. 2 GG*, 3.^a ed., 1983, págs. 424 y sigs.

(34) Véase Gr. K. W. WEIDMANN: *Der Europäische Gerichtshof für MR auf dem Weg zu einem europ. Verfassungsgericht*, 1985, págs. 75 y sigs., 237 y sigs., 267 sigs.

(35) Cfr. Suiza: «BG im Blick auf die Mindestgrundsätze des Europarates f. die Behandlung von Gefangenen» (cit. de J. P. MULLER: *Elemente einer Schweizer Grundrechtstheorie*, 1982, págs. 174 y sigs.: «Y puesto que la base de convicciones jurídicas comunes de los miembros del Consejo de Europa allí se hallan, deberán ser asimismo tenidas en cuenta a la hora de concretar las garantías de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución federal»). Digno de tener en cuenta también por su tendencia, el fallo del llamado «caso Niccolo» respecto de Francia (Consejo de Estado francés), publicado en EuGR, 1990, págs. 99 y sigs. Cfr. al respecto LUDET-STOTZ: «Die neue Rechtsprechung des Conseil d'Etat zum Vorrang Völkerrechtlicher Verträge», EuGR, 1990, págs. 93 y sigs. Además, C. LERCHE: «Ein Sieg für Europa?», ZaoRv 50, 1990, págs. 599 y sigs.

informal como fase previa y que no es, en modo alguno, menos eficaz por ello (36).

El Consejo Superior del Poder Judicial del Tribunal Constitucional federal alemán se halla muy cercano, tanto ideológica como materialmente, a un Derecho europeo constitucional. Su informe número 75.223 (págs. 243 y sigs.) señala que «los Estados miembros desean crear un Tribunal en el seno de la Comunidad ante el que aparezcan expeditos cauces de acceso al Derecho como los que han ido surgiendo a lo largo de siglos de cultura y tradiciones jurídicas en común» (37). Asimismo, «los acuerdos comunitarios deben ser entendidos a la luz de la tradición y cultura jurídica comunes a Europa». Líneas antes, el susodicho Tribunal había manifestado (Decisión 73, 339-378): «Todos los órganos superiores de la Comunidad se han pronunciado desde entonces con toda relevancia en el sentido de dejarse guiar en el ejercicio de sus atribuciones y en cuanto a la prosecución de sus objetivos comunitarios por el respeto ante los Derechos fundamentales como máxima de deber jurídico, tal y como se desprende en especial de las Constituciones de los Estados miembros y de la Comisión Europea de Derechos Humanos» (38). Finalmente, los límites de los principios comunitarios constitucionales se perfilan igualmente en su papel de «recurso hermenéutico subsidiario» de dicha Comisión (39).

3) La Ciencia o, formulado de forma más precisa, las teorías del Derecho y del Estado de cuño europeo (tanto la alemana como las restantes) que se dedican al comentario y estudio del Derecho a nivel comparado, es un tercer

(36) Cfr. la segunda conferencia (EuGR, 1974, págs. 81 y sigs.) y la cuarta sobre: «Bestand und Bedeutung der Grundrechte» (EuGR, 1978, págs. 426 y sigs.)

(37) Le siguen indicaciones sobre Derecho romano, *common law* inglesa, Derecho común, al igual que formación de principios generales del Derecho en Francia, etc.

(38) Vid. *ibid.*, pág. 386 = EuGR, 1987, pág. 23: «Estándares mínimos en cuanto a la estructura de los derechos fundamentales.» Vid. al respecto decisión «transitoria», del Tribunal Constitucional federal alemán, comentada por H. P. IPSEN, EuGR, 1987, págs. 1 y sigs.

(39) Vid. EuGRZ, 1987, págs. 203-206: «A la hora de interpretar la ley fundamental hay que tener en cuenta contenidos y desarrollo de la Convención Europea de Derechos Humanos (*sic*); por ello es útil también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como recurso para determinar contenido y envergadura o alcance de los derechos fundamentales, así como los principios jurídico-estatales de los fundamentos de la Ley Fundamental de Bonn.» Vid. EuGRZ, 1990, págs. 329-331, y el voto privado de MAHRENHOLZ, en EuGRZ, 1990, págs. 333-334, el cual caracteriza esta forma de actuar como de ya «clásica». Otras reseñas en A. BLECKMANN, *Staatsrecht*, II: *Die Grundrechte*, 3.ª ed., 1983, pág. 87, con la siguiente aclaración: «Esto puede ser entendido en el contexto científico-hermenéutico como prueba tangible de la tradición constitucional occidental existente en común.» Vid. P. HÄBERLE: *Wesensgehaltgarantie*, 3.ª ed., 1983, pág. 410.

implicado que colabora, a sabiendas o no, en la creación de un DCCE. Sus aportaciones derivan, en parte, por vía de reelaboración dogmática de los textos anteriormente citados, así como a través de los comentarios de la normativa promulgada en la Comisión Europea de Derechos Humanos (40), al igual que de la del Tribunal de Justicia de la CE y de las de los Tribunales Constitucionales de cada país a medida que éstos se «europeízan» (¡europeización de la justicia constitucional!), y en parte también mediante la preparación de los respectivos proyectos normativos, es decir, de los textos legales, al aventurar una «política de reserva científica», cara a una ulterior jurisprudencia. Aquí habría que anotar algunos logros de la labor científica alemana como vehículos de creación del DCCE; veamos tan sólo algunos de los términos como prueba.

En primer lugar, hay que destacar la literatura jurídica, que ha allanado el camino del Tribunal Europeo hacia los derechos fundamentales a través de los principios generales del Derecho —léase vía tradiciones comunitarias constitucionales de los países miembros— (41). Al exigir la ciencia jurídica europea como condición material un mínimo de «homogeneidad de principios respecto de las estructuras constitucionales» (42), indica así a la vez de forma implícita elementos de DCCE (43).

Finalmente, remisiones «a la homogeneidad de las decisiones valorativas», «a la herencia común de los pueblos de Europa», «a los bienes generales europeos», todas ellas expresiones que no traducen sino la idea de un pensamiento jurídico común europeo constitucional (44).

(40) La literatura sobre la Comisión Europea de Derechos Humanos habla de «standards europeos comunes»; cfr. K. DOERING, *Allgemeine Staatslehre*, 1991, pág. 229 (*infra*, indicación de Frowein).

(41) Pionero fue P. PESCATORE desde 1968 (vid. T. OPPERMANN, *op. cit.* nota 31, pág. 1599). PESCATORE: «Bestand und Bedeutung der GR im Recht der EG», *EuGRZ*, 1978, págs. 441 y sigs., donde señala la «Declaración de Copenhague sobre Democracia» de 1978 y la realizada de consuno en 1977 (*ibid.*, págs. 442-443). El autor habla en el contexto de principios de la libre democracia y de la condición no escrita de integración europea. Más datos, en A. BLECKMANN: *Europarecht*, 4.ª ed., 1985, págs. 104 y sigs.; OPPERMANN, *op. cit.*, págs. 158 y sigs.; R. STREINZ: *Bundesverfassungsrichterlicher Grundrechtsschutz u. Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1989, págs. 367 y sigs. y 378 y sigs.

(42) H. P. IPSEN: *Über Verfassungs-Homogenität in der EG*, en *FS Dürig*, 1990, páginas 159-160.

(43) Sobre «prelación de principios constitucionales» de la CE, en IPSEN: «Europ. Verfassung-Nationale Verfassung», *EuR*, 1987, págs. 195 y sigs., lógicamente advirtiendo, en la pág. 196, que «la Constitución conlleva ciertamente a la referencia del Estado, lo que es prohibitivo en el caso de la Comunidad». Esto es válido, asimismo, para el DCCE.

(44) C. O. LENZ: «Gemeinsame Grundlagen u. Grundwert des Rechts der EG», *ZRP*, 1988, págs. 449 y sigs. (v.gr.: «Los países miembros son todos democráticos, entidades alineadas

D. Thuerer ha adelantado en una de sus frases lo siguiente: «En el seno del Consejo de Europa, el Estado constitucional europeo acaba de configurarse de manera unitaria, firme y vinculante» (45); análogamente, J. Schwarze (46) ha impulsado a su vez el desarrollo de un «Derecho comunitario europeo administrativo».

La Teoría del Derecho y del Estado y la ciencia jurídica europea, junto con sus disciplinas integradoras, como el Derecho administrativo y el de protección del medio ambiente, y el Derecho social y cultural, todas ellas verán reforzada en el futuro cada vez con mayor vigor su propia participación en el incipiente desarrollo del DCCE, además en la misma medida en la que ya lo están logrando a nivel de Derecho comparado; es decir, al comentar e interpretar textos, y mediante su fecunda labor de creación de categorías y conceptos jurídicos, tarea que facilita en parte la que deben realizar previamente los órganos decisorios y jurisprudenciales. El Derecho comparado opera, ciertamente, con textos en vigor en manos de juristas y científicos del Derecho, pero también opera con aquellos otros textos que, no estando formalmente en vigor, un día podrían estarlo (por ejemplo, con declaraciones o *soft law*). En este sentido sí se puede decir que el Derecho comparado se convierte en cultura comparada (47).

Resumiendo: legisladores, jurisprudencia constitucional y ciencia jurídica (constitucional) constituyen en Europa un substrato jurídico común indisoluble que contiene elementos del tipo «Estado constitucional», es decir, ante todo respeto a la dignidad humana, democracia pluralista, derechos humanos y libertades fundamentales, Estado de Derecho (imperio de la ley), justicia social, autogestión administrativa a nivel municipal, subsidiariedad, tolerancia

dentro del Estado social de Derecho de carácter comunitario. Por todo ello, sus Constituciones ostentan ciertos niveles de homogeneidad en cuanto a las decisiones de carácter axiológico... El Derecho no es sólo parte del legado común europeo... Junto a las decisiones valorativas básicas figuran los métodos hermenéuticos de la jurisprudencia y del desarrollo del substrato común de Europa.»

(45) D. THÜRER: «Der Vf-Staat als Glied einer Eur.-Gemeinschaft», VVDSiRL 50, 1991, págs. 97 y 106, y LSL 4, pág. 137.

(46) Cfr. *infra*, nota 52.

(47) Sobre los cuatro niveles de comparación o cultura jurídica básica, «Derecho básico del DCCE», «standards de derechos fundamentales del DCCE», entre otros. Mejor enunciado en H. STEIGER (debate): «Respecto de los derechos fundamentales podemos decir que nos encontramos, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en vías de desarrollar un Derecho europeo en común.» Sobre Derecho comparado en la rama publicista, R. BERNHARDT, ZaoRV, 1964, págs. 431 y sigs.; J. M. MOSSNER: «Rechtsvergleichung u. Verfassungsrechtssprechung», AoR 99, 1974, pág. 193; P. HÄBERLE: *N. Vf. in der Schweiz*, cit. Sobre Derecho comparado y metodología del Derecho europeo comunitario, véase el homónimo trabajo en H. W. DAIG, FS Zweigert, 1981, págs. 395 y sigs.

y protección de minorías, regionalismo y federalismo. Cuanto mayores sean las variantes de las formas particulares y mayor asimismo el grado de diferenciación y abstracción o, en su caso, de concreción de los principios, tanto más variadas serán las formas en las que se ponga en evidencia la remisión al «legado común» y a los «valores ético-espirituales», pasando por los principios generales del Derecho contenidos en cada una de las constituciones hasta alcanzar los *standards* europeos, la homogeneidad conceptual y la categoría de «Estado europeo constitucional».

Europa se vuelve comprensible desde los principios generales del Derecho que ostenta y que simultáneamente se muestran como legado o herencia constitucional y programática. La «constitucionalización de Europa» se efectúa sobre el terreno de su propia cultura jurídica, que aún en su seno unidad y variedad.

Los ámbitos jurídicos «subconstitucionales», como el Derecho privado y el Derecho del trabajo, al igual que cada vez en mayor medida el de protección del medio ambiente y el Derecho social (en tanto que el Derecho penal protege los bienes jurídicos), también se hallan involucrados de antemano y son altamente efectivos. El esquema tradicional jerárquico de fuentes del Derecho de disposición vertical sólo ostenta en este contexto un valor relativo, es decir, el resultante a la hora de comprender la interacción mutua del DCCE y del homólogo civil. Otro tanto puede decirse respecto de textos positivos meramente formales, como, por ejemplo, los preámbulos de las declaraciones, los textos positivos y consuetudinarios del Derecho constitucional y todas aquellas disposiciones relativas a derechos humanos —incluyendo sus respectivas jurisprudencias—, al igual que de la dogmática científica y su categorización conceptual. La relevancia que le otorga el hecho de ser potencialmente un recurso hermenéutico «universal» en todo momento o, si se terciara, «regional» es precisamente característica «común» de todos sus instrumentos y contenidos, por lo que será de ahí justamente de donde arranque el desarrollo del DCCE. Limitarse al mero hecho de «colmar lagunas» sería una función demasiado precaria para caracterizar la calidad de su labor, aparte de que no se ajusta a los procesos de creación de disposiciones jurídicas realizados en régimen de cooperación impulsados por el pensamiento comunitario. No se puede crear ni derivar toda una cultura jurídica común limitándose a colmar lagunas en Europa. Dicha cultura brota y se extiende desde un substrato básico común enraizado tanto en el pasado como en el presente y orientado hacia el futuro de Europa.

2. *Cauces de producción, es decir, procedimientos e instrumentos en materia de DCCE*

Un segundo aspecto sistemático deriva de la cuestión tendente a dilucidar qué sujeto, es decir, qué órgano o fuente material, y qué procedimientos han contribuido a la formación del DCCE y si en el futuro seguirán igualmente contribuyendo. Hagamos un primer balance: lo primero de todo sería nombrar a los legisladores constitucionales de cada nación que se hallan trabajando a nivel comunitario europeo mediante sus propios textos constitucionales, es decir, mediante su progresivo desarrollo resultante de aplicar el paradigma que ofrecen los niveles hermenéuticos (48). En este contexto habría que incluir tanto los procedimientos de revisión total como los parciales, toda vez que, incluso en el caso de que el mismo texto difiriera según los respectivos contextos nacionales de referencia, ello no obstante su contenido seguiría siendo «común» a todos ellos. Así, por ejemplo, cuando las nuevas constituciones cantonales de Suiza preconizan la protección de la «dignidad humana» están, a su vez, perfilando un *standard* europeo común en el que actúan múltiples instancias y funciones dentro del plano de la efectividad comunitaria europea (49).

Algo similar puede predicarse respecto de la jurisprudencia constitucional tanto a nivel europeo como, respectivamente, nacional (50) en cuanto a la ciencia jurídica constitucional se refiere e incluso respecto de todas las entidades consagradas a la exégesis constitucional, donde necesariamente se va incluyendo, por supuesto, tanto al poder legislativo como a los tribunales de cualquier instancia. Las líneas divisorias «nacionales» se han vuelto por ello algo más que meramente «permeables»: la sociedad abierta de los intérpretes

(48) Véase a este respecto mi artículo en *FS Partsch*, 1989, pág. 555, así como en VRU 23, 1990, págs. 225 y sigs.; el paradigma evolutivo del análisis textual por niveles no excluye «irregularidades en el tiempo», sino que las considera necesarias, recordando casi la teoría de la evolución biológica; los argumentos de selección y variación son los reseñados aquí.

(49) Cfr., como reseña, los textos de P. HÄBERLE ya citados sobre Suiza y el constitucionalismo en JoR 34, 1985, pág. 303 (especialmente, págs. 424 y sigs.), y sobre dignidad humana en HdBStR, vol. I, 1978, págs. 815 y sigs. Además, la especial referencia a Suiza en el artículo «Schweiz, Verfassungspolitik im Blick auf Gesamteuropa», en NZZ, 20 de noviembre de 1990.

(50) Cfr., en general, K. W. WEIDMANN: *Der europ. GH f. MR auf dem Weg zu einem Europ. GH*, 1985; I. MAIER (ed.): *Europäischer MR-Schutz*, 1982; J. A. FROWEIN-W. PEUKERT: *Europ. MR-Konvention (Kommentar)*, 1985; cfr. *supra*, notas 22 y 31-33; FROWEIN: «Der Europ. MR-Schutz als Beginn einer europ. VfG-Rechtssprechung», *JuS*, 1986, págs. 845 y sigs.; J. SCHWARZE (ed.): *Der EuGH als Vf-Gericht...*, 1983.

constitucionales —siendo nacional— (51) es la que ha tendido los puentes de unión al crearse el DCCE; más todavía, cada vez destacan con mayor evidencia sujetos y estructuras, trámites y procedimientos que dimanan de la susodicha sociedad abierta de intérpretes constitucionales a lo largo de toda la geografía europea. Todos ellos colaboran en el DCCE, a veces de forma indirecta, cuando crean modelos que difieren entre sí al producir conscientemente variantes y alternativas del legado cultural jurídico europeo y del presente cultural del Derecho comunitario. Un claro ejemplo lo vemos en el concepto de «principios generales» del Derecho tal y como lo entienden jueces y magistrados de la Corte Europea; es decir, como correa de transmisión en sentido técnico, idónea para el conocimiento y posterior elaboración del DCCE, especialmente en lo referente a derechos fundamentales. Algo similar puede decirse igualmente del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, ya que si bien no se trata en sentido estricto de un Tribunal Constitucional, no obstante está impulsando con inusitado vigor la elaboración de los principios del DCCE en base a los escasos textos de la Comisión Europea de Derechos Humanos. No hay que olvidar que son los textos del Consejo de Europa los vehículos más importantes y el fermento del DCCE.

Un participante realmente «excepcional» es la propia ciencia; es decir, cada una de las comunidades científicas nacionales y la mismísima ciencia jurídica europea en su más amplio sentido, a condición de no dedicarse exclusivamente a un «Derecho administrativo europeo» (52), a un Derecho privado europeo (53), a un Derecho europeo del trabajo (54) y a un Derecho penal europeo (55), sino que sea consciente de trabajar de forma mediatizada allí donde se concentran los campos jurídicos más simples, digamos, en los principios fundamentales o básicos del Derecho que integran cada una de las materias jurídicas, para concentrar sus esfuerzos finalmente, y en toda su extensión y profundidad, en los principios que informan el DCCE.

(51) Vid. mi referencia propuesta en «Die offene Gesellschaft der Vfs-interpreten», JZ, 1975, págs. 297 y sigs.

(52) Sobre ello, vid. el trabajo de pionero de J. SCHWARZE: *Europ. Verwaltungsrecht*, 2 vols., 1988, así como el libro dirigido por él *Europ. VW-Recht im werden*, págs. 19 y sigs.; U. EVERLING: «Auf dem Wege zu einem VW-Recht», JuS, 1987, págs. 1 y sigs.

(53) Vid. al respecto P. C. MULLER-GRAFF: *Privatrecht und Europ. Gemeinschaftsrecht*, 1989, pág. 15: «El Derecho privado que Europa tiene en común como herencia cultural», y *Binnenmarktziel u. Rechtsordnung*, 1989, pág. 65: «Crecer y redescubrir una Comunidad Europea».

(54) Cfr. R. BIRK (ed.): *Europäisches Arbeitsrecht*, 1990.

(55) Al respecto, vid. U. SIEBER: «Europ. Strafrecht, Europ. Einigung (Bochumer Strafrechtslehrtagung, 1991)», ZgesStrW, 1991.

Cuando en el ámbito del Derecho administrativo europeo se habla del principio configurador del Estado de Derecho (56), en ese momento precisamente se está haciendo mención implícita a todo esto, del mismo modo que en el ámbito Derecho europeo del trabajo con relación a las ideas del Estado Social de Derecho o en el Derecho penal europeo en cuanto al principio «nulla poena sine lege» (57). La comunidad científica cada vez se vuelve más comunidad eurocomunitaria en el sentido de traspasar sus Estados nacionales de Europa a Europa. Hoy ya no se puede hablar de la europeización de la teoría del Derecho y del Estado como visión de futuro. Ya hace tiempo que se van perfilando proyectos concretos basados desde un principio en datos europeos comunes —como, por ejemplo, la investigación sobre el derecho de los partidos políticos de La Haya (58) o la ciencia jurídica medioambiental— (59). El ámbito cultural de la Comunidad Europea, al igual que los «elementos europeos del Estatuto de Radiodifusión», adoptados en forma de Convención sobre Televisión del Consejo de Europa y las directivas al respecto de la Europa comunitaria de 1989, han producido ciertos «standards mínimos europeos», al igual que un «Derecho constitucional de los medios de la Europa comunitaria» (60). También se les puede denominar foros y marcos institucio-

(56) Cfr. J. SCHWARZE, *op. cit.* nota 52, vol. II, 1988, págs. 843 y sigs. (Seguridad jurídica y protección de la confianza) y págs. 1135 y sigs. (Principios jurídico-estatales de procedimiento administrativo).

(57) En este sentido se manifiesta la conferencia de profesores de Derecho penal de Zurich en su debate; vid. VVDStRL, 50, 1991, pág. 56.

(58) Vid. en el contexto las aportaciones de D. Tsatsos, en TSATSOS-D. SCHEFOLD-H. P. SCHNEIDER (eds.): *Parteienrecht im europ. Vergleich*, 1990; con estudios iuscomparatistas de M. MORLOK (*ibid.*, págs. 655 y sigs.); y TSATSOS: «Zu einer gemeinsamen europ. Parteienrechtskultur?», DoV, 1988, págs. 1 y sigs.

(59) Cfr., en general, M. KLOEPFER: *Umweltrecht*, 1989, págs. 289 y sigs.; I. PERNICE, *infra*, nota 91. La dependencia interconstitucional de la Ley Federal de Bonn en países como Portugal, España, Polonia, Grecia y Suiza, magistralmente presentada por U. BATTIS-E. G. MAHRENHOLZ-D. TSATSOS (eds.): *Das GG im internationalen Wirkungszusammenhang der Vf.*, 1990, así como los informes de D. Schefold y P. Ridola sobre Italia (págs. 69 y 81). Vid. el volumen sobre los cuarenta años de la Ley Federal de Bonn editado por STERN-STARCK en 1990, *GG u. Dt Vfs-Rechtsprechung im Spiegel aust. Vf-Entwicklung*. Una valoración sistemática de estos tres tomos, completada con otros paralelos agrupados en torno a Italia (Constitución de 1947), España (Constitución de 1978), Francia y Suiza (Constitución de 1874), llevaría muy de cerca a los contornos del DCCE.

(60) Vid. lit. de IPSEN: «Der Kulturbereich im Zugriff der EG», *Gedtschrift Geck*, 1989, págs. 339 y sigs.; W. FIEDLER: *Impulse der EG im Kulturbereich*, en S. MAGIERA (ed.): *Das Europa der Bürger*, 1990, págs. 147 y sigs.; B. MOWER-M. SCHMIDT-VOCKENHAUSEN: «Europ. Elemente der Rundfunkordnung», *Jura*, 1991, págs. 113 y sigs.; M. SCHWEITZER: *EG-Kompetenzen im Bereich von Kultur und Bildung*, en D. MERTEN (ed.): *Föderalismus und EG*, 1990, págs. 147 y sigs.

nales, como el Instituto de Estudios Europeos de Florencia, el programa Erasmo y tantos otros proyectos iniciados por la CE en común (por ejemplo, en Budapest y Salzburgo); lo decisivo de todo ello es que la comunidad científica en cada una de las disciplinas particulares se incline «tendencialmente» hacia la meta eurocomún.

Todo ello no significa en absoluto rechazo alguno de la ciencia jurídica como disciplina «nacional», permaneciendo como tal en mayor medida todavía que si se limitara al papel de simple «proveedor». Sin embargo, ello significa que la dimensión actual y potencial europea debe ser tomada en consideración ya desde un principio, en toda cuestión jurídica tanto nacional como estatal, a nivel constitucional.

Metodológicamente, el afianzamiento del Derecho comparado a nivel de Derecho constitucional puede considerarse el «quinto» método exegético y vehículo de perspectiva eurocomún (61). La integración de la metodología iuscomparatista en la de Savigny no se limita, por cierto, tan sólo a comparar los ordenamientos jurídicos europeos en materia constitucional (62). El método comparatista, empero, puede ser empleado en Europa preferentemente como método exegético en base al hecho de que, pese a toda su variedad, sigue desarrollando una cultura común europea de consuno. Se trata de la unidad cultural de Europa, cuya raigambre forma el substrato del DCCE (63).

La elaboración general de la «historia del Derecho europeo», actualmente en fase de profundización, forma también un elemento más del mosaico de

(61) Vid., completando mi lección magistral de Madrid, «Grundrechtsgeltung u. GR-Interpretation im Vf-Staat», JZ, 1989, pág. 913, y más en profundidad en VRU 23, 1990, págs. 225 y sigs.

(62) En mi conferencia «1789 als Teil der Geschichte, Gegenwart und Zukunft des Vfs-Staates», JoR 37, 1988, págs. 35 y sigs. También en H. STEINBERGER, *Der Vfs-Staat als Glied*, cit.

(63) Hasta hoy permanecen como ejemplos los escritos iniciales y pioneros de E. RABEL en materia de Derecho comparado, especialmente en aspectos de jurisprudencia internacional (cfr. *Ges. Aufs.*, vol. II, 1965; vol. III, 1967). En las págs. 3 y sigs. del vol. III aparecen términos muy relevantes hoy como «comparación histórica», «introspección de ideas básicas», «diversificación de las reservas de soluciones», «crítica jurídica, política», etc.; cfr., asimismo, el vol. II, pág. 1: «Si la tarea primera y primordial del Derecho comparado consiste en probar y relacionar sistemas jurídicos buscando semejanzas, diferencias y mutuas influencias...» M. REINSTEIN es el otro clásico del moderno iuscomparatismo que vuelve más modesto a todo iuspublicista que se precie. Cfr. sus grandes artículos en *Ges. Schriften*, vol. 1, 1979, págs. 251 y sigs. («clases de recepción»); 1956, *id.*, págs. 261 y sigs., bajo la frase: «La ciencia jurídica adoptará de nuevo, como a principios del siglo XIX, su rol de preservadora de la unidad cultural jurídica» (pág. 262). Al respecto, H. COING: «Aufgaben der Rechtsvergleichung in unserer Zeit», NJW, 1981, págs. 2601 y sigs. (especialmente, pág. 2604: «Epoca que se extiende... hasta un nuevo *ius commune*»).

«europeización de las ciencias jurídicas», es decir, del campo que acota el Derecho comparado en su dimensión histórica (64).

III. PERFILES DE UNA TEORÍA DEL DCCE

1. «El Derecho común» como categoría científica

La categoría aquí propuesta como DCCE se incardina en la tradición conceptual propia de las ciencias jurídicas que le pudieran reportar utilidad en su futura carrera, véase tanto en el aspecto formal como material. En primer lugar, y en calidad de modelos y precursores, se encuentran los textos y materias del «Derecho civil comunitario» —hoy por hoy, foco de discusión por parte de la ciencia jurídico-privatista—, vinculado a conciencia con el antiguo *ius commune* europeo de los siglos XIII a XVIII (65). En cualquier caso, no hay que dejar de mencionar aquí fenómenos más antiguos si cabe, como el desarrollo del «Derecho común francés» (66) durante el siglo XVI ni pasar por alto las divergencias exegéticas que fue necesario superar a mediados del XIX en los Estados de la Confederación Alemana del Norte respecto de la Ordenanza General Cambiaria y Código Mercantil (alemán) (67). Y si en Alemania se dio una especie de forma predecesora de lo que más tarde sería la Federación de Estados (*Länder*), en Francia, en cambio, aquélla fue una etapa de unificación que arrancó de los usos y costumbres existentes a lo largo de toda la geografía francesa y desembocó en el Derecho común francés, base del Código de Napoleón. En todo caso, siempre fueron los textos y materias del Derecho común el vehículo y la forma de expresión de una unidad jurídico-político-cultural que se extendió allende las fronteras. Por

(64) Características al respecto son las publicaciones del Instituto Max-Planck, de investigación histórica, en cuanto a la colección «*Ius commune*», con números como el de E. V. HEYEN (ed.): *Geschichte der VW-Rechtswissenschaft in Europa*, 1982, y *Wissenschaft und Recht in der Verwaltung des Ancien Régime*, 1984. Vid. los FS de Gagner (editados por M. STOLLEIS y otros, 1991) bajo el título *Studien zur Europ.-Rechtsgeschichte*. Recientemente, D. WILLOWEIL, en R. SCHULZE (ed.): *Europäisches Recht und Vfs-Geschichte*, 1991, págs. 141 y sigs.

(65) H. KOLTZ: *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, en FS K. Zweigert, 1981, págs. 481 y sigs. (especialmente, pág. 490); E. A. KRAMER: «Europ. Privatrechtsvereinheitlichung», *Juristische Blätter*, 1988, págs. 477 y sigs., con indicaciones de otras fuentes, como COING: *Ursprüngliche Einheit der Rechtswissenschaft*, 1986; F. GESCHNITZER: *Schaffung eines gemeinsamen europäischen Zivilrechts*, 1960. Kramer pondera de forma precisa los argumentos pro-contra en la creación de un «Derecho comunitario europeo civil» (*ibid.*, págs. 485 y sigs.). Impresionante el trabajo de COING en «Europäisierung der Rechtswissenschaft», NJW, 1990, págs. 937 y sigs. También H. P. MANSEL, JZ, 1991, págs. 529 y sigs.

(66) Vid. KOTZ, *op. cit.*, pág. 499.

(67) Vid. KOTZ, *op. cit.*, pág. 489.

ello, no es nada fortuito que la obra, hoy ya clásica a nivel de teoría del Derecho y Derecho comparado, de J. Esser *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado* (1956; cuarta edición, 1990) polemice por doquier en torno a un «pensamiento jurídico en común», configurando así una terminología jurídica clave que alcanzará hasta los mismos principios de las ciencias de la cultura (68).

En el campo del Derecho público aparecen cada vez con más frecuencia ideas jurídicas comunes respecto del Derecho estatal y el eclesiástico por una parte, y por otra (69), como eslabón de unión entre el Derecho público y el privado (70); finalmente —y esto es lo relevante en este contexto—, también en el Derecho constitucional alemán en cuanto «Derecho constitucional común a todos los alemanes» (71), ampliado desde la óptica iuscomparatista al Derecho constitucional suizo común, extremo este constatado en el respectivo debate sobre la materia (72). En particular, en los últimos tiempos se dan algunos indicios aislados que apuntan a un Derecho comunitario europeo o a fórmulas similares (73) en el propio seno del Derecho europeo y en su más

(68) Vid. *supra*, nota 6: «herencia jurídica común» (pág. 221); «pensamiento jurídico común de la jurisprudencia» (pág. 263); «principios de Derecho común» (pág. 287); «la destrucción de esta base comunitaria... es... producto de tres factores: absolutismo, ilustración y Estado nacional» (pág. 293); «Derecho común contenido en los principios generales del Derecho (*principes généraux du droit*)» (pág. 345). Sobre los principios jurídicos de las naciones basadas en el régimen de Estado de Derecho, generalmente reconocidos, vid. *ibid.*, págs. 34 y sigs. y 387 y sigs.

(69) Vid. P. HÄBERLE: «Gemeinrechtlich-kirchliche Gemeinsamkeiten der Rechtsprechung staatlicher und kirchlicher Gerichte?», *JZ*, 1966, págs. 384 y sigs.; más adelante, de forma paralela, en sentido de un «concepto jurídico unitario» respecto a la «integración del Derecho eclesiástico en una categoría más amplia que la secularmente dualista», vid. K. SCHLAICH: «Kirchenrecht und Kirche», *ZevKR* 28, 1983, págs. 337 y sigs. (especialmente, pág. 359).

(70) M. BULLINGER: *Oeffentliches Recht und Privatrecht*, 1968.

(71) P. HÄBERLE: «Landesbrauch oder Parlamentarische Rechtssystem?», *JZ*, 1969, págs. 613 y sigs. (con referencias jurisprudenciales). Sobre Derecho administrativo alemán «común» a todos los *Länder* (aspectos históricos), en FORSTHOFF, *VwR* 1, 10.^a ed., 1973, pág. 51; sobre «Derecho del Estado "común" a todos los alemanes», vid. M. FRIEDRICH, *JoR* 34, 1985, págs. 1 y sigs.

(72) Cfr. el artículo: «Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz...», *JoR* 34, 1985, págs. 303 y 340 y sigs. Vid. reseñas en nota 94.

(73) Cfr. H. P. IPSEN: *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, pág. 108 («el Derecho comunitario es Derecho que todos tienen en común»); E. RIEDEL: «Entschädigung für Eigentumsentzug nach Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK - Zur Herausbildung eines gemeineuropäischen Standards», *EuGRZ*, 1988, págs. 333-338; J. A. FROWEIN: *Eigentumschutz in Europarecht*, en *FS Kutscher*, 1982, págs. 189-200 («standard europeo común, proceso de toma y daca entre niveles nacional y europeo»); del mismo autor: *Die Herausbildung europ. Vfs-Prinzipien*, en *FS Maihofer*, 1988, págs. 149 y sigs. En general, véase COING: *Gemeines Recht und Gemeinschaftsrecht in Europa*, en *FS Hallstein*, 1966, págs. 116 y sigs.

estricto sentido (es decir, en el Derecho de la Comisión de Derechos Humanos, en el del Consejo de Europa y el dimanante de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa).

A nivel de política general, como el de la discusión sobre protección de minorías respecto de los alemanes residentes en los otrora territorios alemanes de Polonia, se habla ahora, en 1991, de una regulación elaborada en base a «*standards europeos*», reflejada en el denominado tratado de buena vecindad, actualmente en vía de negociación (74). ¿Qué podemos colegir de esta reseña? Pues bien, que la categoría «Derecho común» es la adecuada en gran medida para designar y fomentar el desarrollo de un Derecho de objetivos comunes, impulsado por legisladores, científicos y juristas que lo aplican en la praxis a todo nivel y que además manifiestan su eficacia allende las fronteras, apuntando a objetivos básicos que se desarrollan, finalmente, en un substrato de raigambre y cultura jurídica comunes. (Aquí se incluye el factor tiempo en cuanto idea de un desarrollo a corto y a medio plazo.)

Esta función heurística del «pensamiento jurídico común» se muestra altamente eficaz en las más diversas constelaciones ético-jurídicas de la vieja Europa, alentando así a su asunción hoy, en vistas a la Europa contemporánea, como DCCE.

La participación de Inglaterra en Europa y su plena integración jurídicamente institucionalizadas (a nivel CE, Comisión de Derechos Humanos y Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa) pone también de manifiesto que su tradición basada en la *common law* —muy justamente traída a colación por la ciencia jurídica privatista en vistas a la obtención de un Derecho común— (75) más que obstaculizar lo que hace es precisamente lo contrario: fomentar el desarrollo de un Derecho común en nuestra Europa.

2. Principios estructurales de DCCE

Teóricamente, la cuestión de principios respecto del DCCE es altamente significativa por referirse a algo fundamental y no al mero detalle formalista,

(74) Cit. del FAZ, 6 de marzo de 1991, pág. 1. Declaraciones del ministro federal alemán H. D. Genscher en vistas al convenio de buena vecindad con Polonia: «En conjunto, se ha logrado reflejar por escrito en el citado convenio, cobrando por ello validez internacional, una parte esencial del *standard* mínimo europeo existente sobre derechos de minorías, como el que consta en el documento final del encuentro de Copenhague sobre la dimensión humana de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa y anteriores recomendaciones del Consejo de Europa» (FAZ, 18 de mayo de 1991).

(75) Cfr. ESSER: *Grundsatz*, cit. (nota 6), págs. 183 y sigs. 225 y sigs.; vid. también E. A. KRAMER, *op. cit.* (nota 65), pág. 486, como posible contraargumento. COING, NJW, 1990, pág. 937, cita la *common law* americana como ejemplo cara a la posibilidad de una «ciencia jurídica supraestatal».

al tiempo que indica apertura y flexibilidad. El concepto de «principio» ha experimentado ya hasta el presente y a todos los niveles de la ciencia jurídica sus cualidades específicas: en el ámbito meramente iusprivatista europeo común, en la forma elaborada por J. Esser en su gran proyecto: *Principio y norma*, antes citado, y en el del estatal, en lo tocante a derechos fundamentales (76).

El reconocimiento de la existencia intrínseca de principios de Derecho constitucional común europeo hace que éste sea especialmente adecuado para el cumplimiento de sus objetivos, por lo que no debe unificar de forma inflexible, sino actuar de forma no dogmática tras el Derecho positivo (escrito —*sensu stricto*— o consuetudinario); debe facilitar, al participar en su tarea, el recurso a principios ético-jurídicos, ampliando la panorámica de la cultura jurídica. En último extremo, la cuestión de principios —a saber, la de los principios constitucional-común-europeos, o principios del DCCE— hace que la relativa a las fuentes del Derecho pase a ocupar, en el mejor de los casos, un lugar secundario, si no la convierte, en último término, en algo puramente tangencial (muchos argumentos se han aducido ya desde hace tiempo en pro de la supresión de la locución «fuente del Derecho»); la existencia de algo que se va desarrollando al paso de los complejos estadios que surgen en la creación y exégesis de textos jurídicos, cuando en ellos participan muchos implicados, así lo sugiere.

La validez y su respectivo ámbito, o sea, la forma en la que aparece el DCCE, son sólo aspectos secundarios, aunque puedan, de hecho, ostentar las máximas cotas jurídicas dentro del Derecho nacional constitucional; sin embargo, en ciertas circunstancias, será suficiente con leyes ordinarias —con las que, por ejemplo, se sancionan a nivel estatal convenios como el fundacional del Consejo de Europa— y con principios generales del Derecho (no positivados) (77) puestos de manifiesto a través de la magistratura de Tribunales

(76) R. ALEXEY: *Theorie der Grundrechte*, 1985; véase, igualmente, del mismo autor: «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», *Der Staat*, 29, 1990, págs. 49 y sigs. Del mismo modo, mi «referencia» al respecto en VVDStRL 30, 1972, pág. 186, debate sobre si *Grundsatz und Norm*, de J. Esser, es adecuado o no para tratar la temática de los derechos fundamentales». Finalmente, F. BYDLINSKI: *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, 1988.

(77) El recurso a los principios generales del Derecho es sólo aglutinante específico para procesos de reunificación en el seno de varias culturas jurídicas, tanto si se hallan firmemente positivados (por ejemplo, el art. 215.2 del Tratado de Constitución de la CEE; el art. 123.2 de la Ley Fundamental de Bonn; el art. 38.1.c) del estatuto alemán IGH; el art. 7 de la ley de navegación suiza; también el núm. 7 de la ABGB) como si no lo han sido; no obstante lo cual, pueden ser entendidos como componente «inmanente» y prueba tangible de una «generalidad» material, arraigada en último extremo en aspectos comunes culturales. Todo lo que no se encuentra en un estado suficientemente denso, desde el punto de vista jurídico —es decir, precisamente lo

Constitucionales —tanto en sentido estricto como en el más amplio— (por ejemplo, el Tribunal Federal suizo y el mero Derecho europeo, como el Acta Unica Europea de 1986 y las dimanantes de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación de Europa; por ejemplo, respecto de la «dimensión humana» de Copenhague y París, de 1990).

Las mismas ideas se dan, con frecuencia, en forma progresiva en los más dispares ámbitos de validez del ordenamiento jurídico y, poco a poco, en casi todas las fuentes del Derecho para así hacerse valer como substrato común europeo, apareciendo en las constituciones de las naciones del continente (por ejemplo, el art. 28.1, ap. 2, de la Ley Fundamental de Bonn; el art. 9 de la Constitución portuguesa de 1976; el preámbulo de la Constitución española de 1978 y en el más reciente de la húngara de 1949-89 «... la economía social de mercado que hace realidad el Estado de Derecho»; el de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de análogo tenor; la declaración en común de la Comunidad Europea, de abril 1989: ... «Europa refuerza la existencia de una comunidad jurídica basada en la salvaguardia de la dignidad humana y de los derechos fundamentales»; el Acta Unica Europea, de 1986 [salvaguarda de la ley]; finalmente [1990], la Carta de París de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa [subordinación del poder del Estado al Derecho]).

3. *Ventajas del reconocimiento y desarrollo del DCCE; posibles inconvenientes y límites*

La exigencia de una labor abierta y consciente respecto del DCCE tiene un trasfondo teórico y otro práctico. Veamos primero el práctico: el legislador y el intérprete constitucional nacional pueden enriquecerse ambos de la exigencia de un cúmulo de principios reputados corrientemente comunes o, en todo caso, capaces de convertirse en ello a nivel constitucional. También pueden sacar partido de la experiencia que otros hayan realizado anteriormente en Europa a la hora de resolver problemas jurídico-constitucionales, así como también resolver los suyos propios gracias a una labor iuscomparatista basada en textos análogos «foráneos». Otro tanto puede decirse en cuanto a lograr un balance equilibrado mediante «préstamos» de textos y normativas legales, caso de existir déficit. Las ciencias jurídicas en general y la doctrina consti-

cultural—, puede convertirse en principio del Derecho a través del vehículo de los «principios generales del Derecho». El método iuscomparatista es justamente el de «concretización de los principios generales del Derecho» (formulación similar en K. LARENZ, JZ, 1962, págs. 269 y sigs.). Los *standards* son una versión moderna de tales principios. Ambos conceptos tienen carácter de principios.

tucional en particular no son todavía lo suficientemente conscientes de su propia envergadura empírico-científica. Las experiencias obtenidas por otros Estados constitucionales europeos como soluciones, y las respuestas que de ello dimanan, tanto a nivel político como exegético-jurídico, pueden ser integradas mediante su «recepción». Las constituciones nacionales europeas asemejan un gran «taller» en el que a fin de cuentas existen unos procesos de producción y recepción jurídica comunes a todos. A nivel interno, en los Estados federales ya se puede comprobar este aserto de forma casi modélica (por ejemplo, en Suiza, respecto de los movimientos de revisión parcial o total de los años sesenta) (78).

En el ámbito europeo podría decirse algo similar (por ejemplo, de la CE, del Consejo de Europa y de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa), si bien no se ha tomado todavía suficientemente conciencia de ello ni tampoco se designa por su nombre. Donde también se observa especialmente es en la Europa del Este, donde resulta más fácil crear estados constitucionales, ya que allí siempre puede decirse, desde la óptica occidental, que ciertos principios constitucionales no corresponden en el fondo sino a «*standards europeos comunes*».

Respecto del trasfondo teórico, bien pueden añadirse dos palabras: por una parte, el paradigma usado en los análisis de niveles en los textos indica cuán efectivo se halla el tipo denominado «Estado constitucional» a lo largo y ancho del planeta, especialmente allende el Atlántico. La especial proximidad geográfica y la vecindad de ciertos Estados constitucionales concretos en la vieja Europa posibilita procesos de intercambio por el mero hecho de que Europa tiene «una» cultura (79). Este aspecto cultural, denominado con más precisión conceptual «cultura jurídica», es motivo suficiente para acercar a todo legislador e intérprete constitucional europeo mucho más todavía, por tener siempre a mano el posible recurso de acceder o reconducir su trabajo al DCCE. La Europa del Este en especial puede recuperar su identidad cultural tras el vacío dejado al desplomarse el marxismo-leninismo, reafirmando su pertenencia a la Europa cultural. Consecuentemente con ello, ya se empiezan a vislumbrar por doquier en todo el Este los efectos de la imitación como ejemplos de textos constitucionales occidentales.

Por otra parte, la consecución del mercado interno europeo, que se consumará en 1992, exige un Derecho constitucional económico unificado (efec-

(78) Vid. al respecto mi trabajo *Neuere Verfassungen u. Vfs-Vorhaben in der Schweiz*, cit., págs. 303 y sigs.

(79) Vid.: mi trabajo homónimo respecto de las perspectivas jurídico-constitucionales de la cultura y respecto de Europa en JoR, 1983, págs. 9 y sigs. En general, P. MORAND: *L'Europe galante*, 1988, y O. MOLDEN: *Die europäische Nation*, 1990.

tivo bajo los principios de la economía social de mercado y extensible a las libertades económicas y a los aspectos de seguridad social). El cada vez más amplio tráfico económico allende las fronteras (80) no sólo exige soluciones unificadas a nivel de Derecho privado, sino de Derecho constitucional: he aquí una muestra del DCCE.

La integración europea, empero, no se efectúa sólo a nivel económico, sino fructificando a nivel cultural y profundizando en el jurídico, impulsada por el desarrollo del DCCE, que debe tener en cuenta en todo caso previamente, por supuesto, la diversidad cultural europea a la hora de reflejarse a nivel positivo como reacción. La Europa del Este en particular sólo puede reinsertarse en el contexto global europeo a nivel de los estratos más profundos, independientemente de la manera en que lleve a término su integración; es decir, tanto si lo hace desde la más estricta, mediante su adhesión a la CE, como si es de otra más tenue mediante la inclusión en el Consejo de Europa o por pertenecer a la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa (factor que últimamente se ha reforzado adoptando el anglicismo *soft law*), con todo lo cual colabora intensamente en la consecución de un DCCE (cfr. *supra*).

Grosso modo, la toma de conciencia del DCCE ya existente y el cuidado desarrollo del nuevo pueden conducir al tantas veces soñado refuerzo de la «identidad europea» (81).

Mas tampoco hay que silenciar posibles inconvenientes y limitaciones. No en vano todo europeo está orgulloso de la diversidad de su continente (82) tanto a nivel cultural como al jurídico, todo ello sin hablar aquí de la solución denominada «*tabula rasa para todos*» a la hora de la unificación jurídica europea de T. Mayer-Maly. Sin embargo, es justamente esta diversidad la que ilumina, en último extremo, la unidad cultural del continente y sus últimos (y penúltimos) principios de justicia, hoy asumidos por numerosas constituciones, que no son en el fondo sino idénticos. Aparte de que no se trata de sumar y cuantificar sólo a nivel numérico, sino de evaluar con baremos de justicia y análogos criterios. Deducir el DCCE únicamente puede llevarse a cabo con sumo cuidado y con una gran sensibilidad frente a todo lo no «europeo común» (82), ya que lo nacional es lo que atribuye carácter especí-

(80) Cfr. respecto del campo civilista H. KOTZ, *op. cit.* (nota 65), y FS Zweigert, págs. 488 y sigs.

(81) Ejemplarmente desarrollado en el campo privatista por E. A. KRAMER, *op. cit.* (nota 2), pag. 487: «En todo caso, el Derecho europeo privado no es sólo un producto cultural secundario marginal, sino uno de sus componentes centrales en base a su vieja tradición y alta calidad formal y material.»

(82) Tiene razón E. A. KRAMER (*op. cit.* [nota 2], págs. 486) en este contexto.

fico y es piedra de toque precisa donde radica la diversidad jurídico-cultural europea. El tener siempre bien presente el contenido «nacional» específico de cada Derecho constitucional de un Estado concreto o país es lo que, en último término, puede evitar que se incurra en el error de reducir «a común denominador» de forma precipitada justamente aquello que debe ser y permanecer «diferente»; piénsese en los preámbulos de textos legales en cuanto a su dimensión de resumen expositivo de la historia nacional, en las garantías de las festividades nacionales y en tantos otros textos constitucionales repletos de símbolos (83). Tampoco se debe allanar toda diferencia en la estructura federal de países como, por ejemplo, Suiza, Alemania y Austria —en lo tocante a la autonomía de sus *Länder*— más allá de lo meramente teórico de todo arquetipo de Estado federal comunitario europeo. Pues bien, a pesar de todo ello, también aquí aparecen con mayor vigor características comunes, como la posibilidad de crear un Derecho común a todos los alemanes (84) e incluso a todos los ciudadanos residentes en los cantones, al igual que la idea de la federación (85).

4. *Las dos vías existentes de producción del DCCE*

El DCCE no es un producto acabado. Debe ser todavía rigurosamente elaborado y desarrollado, a la par que reflexionado, por más alcanzables que parezcan sus materias ya desarrolladas, en potencia o de hecho. Visto *grosso modo*, podrían diferenciarse dos vías sobre las que formular el DCCE: 1) la jurídico-política del legislador, y 2) la exegética de la judicatura. Ambas se diferencian sólo en su aspecto básico, interfiriéndose con frecuencia: el intérprete crea un gran marco jurídico-político y viceversa; la política aplicada al campo del Derecho presupone varios momentos hermenéuticos previos (por ejemplo, al tratar del análisis comparado de niveles existentes en los textos).

(83) Más amplio en mis trabajos de reelaboración: *Präamble im Text und Kontext von Verfassungen*, en FS Broermann, 1982, págs. 211 y sigs.; *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987.

(84) Cfr. *supra*, nota 72; *infra*, nota 94.

(85) Al respecto, vid. K. STERN: *Das Staatsrecht der BRD*, 2.ª ed., 1984, págs. 699 y sigs.; J. ISENSEE: *Ide u. Gestalt des Foederalismus im GG*, cit., págs. 599 y sigs.; U. HAFELIN-W. HALLER: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 2.ª ed., 1988, págs. 94 y sig.; C. STARCK (ed.): *Zusammenarbeit der Gliedsstaaten im Bundesstaat*, 1988; P. PERNTHALES: *Allgemeiner Staats-u. Vfs-Lehre*, 1986, págs. 430 sigs. Puede verse un trabajo ejemplar de iuscomparatismo federal en T. FLEINER, VVDStRL 46, 1988, págs. 123-126 (debate). Sobre la totalidad, véase mi trabajo «Aktuelle Probleme des dt. Foederalismus», *Die Verwaltung*, 1991, págs. 169 y sigs.

1) *Política jurídica en materia de DCCE*. En principio, se dedican a una labor jurídico-política quienes pergeñan el Derecho constitucional, empezando por el legislador constitucional de cada nación, pero también quienes redactan sus reformas, tanto parcial como en su totalidad, al preparar los proyectos y borradores e ir comparándolos, conscientes de ello o no. El análisis de los niveles que existen en los textos puede sacar a la luz esta labor comparatista (86). Comparar significa reelaborar tanto lo igual como lo desigual. Quienquiera que desee elaborar un nuevo proyecto constitucional para su propio país en Europa podrá reconocer, en base a un amplio estudio del continente, qué principios se consideran de hecho «comunes» y cuáles deben permanecer como propios y específicos de cada país. Las constituciones y análogos proyectos de la Europa del Este de cuño más reciente, y sobre todo los relativos a los nuevos *Länder* alemanes, evidencian en cuántos campos se da ya el substrato jurídico común de principios constitucionales, de recibo en el Este de Europa, configurado como *ius commune constitutionale*; la economía social de mercado, los derechos fundamentales clásicos y los procedimientos de protección jurídica pertenecen a este apartado (87), al igual que la apertura del Este de Europa y sus procesos actuales de adaptación al Derecho constitucional occidental (que a veces resultan ser elementos de una «constitución modelo») son allí prueba reforzada de la consolidación de principios constitucionales concordantes de Derecho europeo en común. Los derechos fundamentales de la Comisión de Derechos Humanos, si bien a nivel nacional no siempre se sitúan ni se interpretan al mismo nivel de los derechos constitucionales, son, no obstante, el núcleo central del DCCE (88). Frente a la interacción existente entre el Derecho puro y simple y el constitucio-

(86) Sobre Suiza, vid. mi trabajo *Neuere Verfassungen... Schweiz*, cit., págs. 303 y sigs., proseguido por U. BATTIS-E. G. MAHRENHOLZ-D. TSATSOS (eds.), *op. cit.*, pág. 17. Respecto de los países en vías de desarrollo, cfr., asimismo, mi aportación en «Die Entwicklungslander im Prozess der Textstufen Differenzierung des Verfassungsstaates», VRU 23, 1990, págs. 225 y sigs.

(87) Cfr. los textos de Hungría en JoR 39, 1990, págs. 258 y sigs., y sobre los estados federales de los antiguos territorios alemanes del Este, págs. 373 y sigs. Sobre el desarrollo constitucional en la Europa del Este, véase mi trabajo homónimo en *FS Kitagawa*, 1991.

(88) Suiza menciona el rango constitucional de la «Comisión de Derechos Humanos del Parlamento Europeo». Cfr. al respecto J. P. MULLER: *Elemente eine schweizerischen GR-Theorie*, 1982, pág. 177; también, M. E. VILLIGER: «Die europäische MR-Konvention u. die schweizerische Rechtsordnung», EuGRZ, 1991, págs. 81 y sigs. Sobre Austria, véase L. K. ADAMOVICH-B. C. FUNK: *Oesterr. Vf-Recht*, 2.ª ed., 1984, pág. 82. Sobre los principios generales del ordenamiento jurídico de todos los Estados miembros de la susodicha Comisión, vid. H. MIEHSLER *Inkomm-EMRK*, 1986, Rdnm. 86 y sigs. (referente al art. 6).

nal (89) no se debería subestimar la labor jurídico-política conseguida al reunificar *de iure* a Europa a tenor de lo dispuesto en el artículo 100 y 100.a) del Tratado fundacional de la CEE, pues si bien desde un punto de vista puramente formal se halla ubicado un peldaño más abajo que la Constitución (90), bien podría elevarse a medio plazo en base a los reglamentos y a las directivas comunitarias para lograr una efectividad de mayor envergadura capaz de servir de modelo reunificador; dicho de otro modo, se trata de cooperaciones constitutivas en vías de consecución de un DCCE. Todo lo hasta ahora dicho es válido, por ejemplo, para el Derecho que regula el medio ambiente (91). Por lo demás, también hay que citar como hitos todos los esfuerzos encaminados a la revisión del DCCE «primario», es decir, eventos tales como la creación conjunta de un Acta Unica Europea, al igual que los simples proyectos de una Constitución europea (92). Todas estas partes presuponen estudios comparados previos y pueden señalarse como labor *ex ante* en vistas a la creación de un DCCE.

Es evidente que con la mera creación de textos constitucionales concordantes sólo se da un primer paso en la vía de acceso al DCCE, reiteradamente aludido, al igual que es sabido también que formas textuales idénticas en modo alguno significan garantía de contenidos idénticos, toda vez que dichos textos ostentan a veces o bien un contenido indeterminado o bien incluso equívoco. Este argumento, que relativiza el paradigma de análisis antes aludido a nivel de los textos, debe ser tomado muy en serio. Y viceversa, el DCCE puede aparecer bajo distintas redacciones debido al hecho de que, pese a toda diferencia, el proceso interpretativo depende, en último término, de cada una de las concepciones y valores que se atribuya a la justicia en las diferentes naciones.

No existe ningún artículo, a nivel de Derecho constitucional, similar en su tenor literal al artículo 100 del Tratado constitutivo de la CEE; quiero decir con esto que no existe institución jurídica alguna en toda Europa dedicada a la unificación jurídica —por muy buenas razones—, pese a lo cual la

(89) Al respecto, P. LERCHE-STILLER: *Vfs-Wandel als aktuelles Politicum*, en *FS Mainz*, 1971, págs. 285-286; P. HÄBERLE: *Die Wesensgehaltgarantie...*, cit.

(90) Sobre el artículo 100 del Tratado fundacional de la CEE, vid. A. KRAMER, *op. cit.* (nota 2), pág. 480.

(91) Cfr. I. PERNICE: «Auswirkungen des europ. Binnenmarkts auf das Umweltrecht-Gemeinschafts-(Verfassungs)-rechtliche Grundlagen», *NVwZ*, 1990, págs. 201 y sigs.

(92) Al respecto, véase R. LUSTER (ed.): *Bundesstaat Europ. Union, Ein Vfs-Entwurf*, 1988. Vid. también el proyecto constitucional de una unión europea presentado por la fracción del «Europäische Volkspartei» (septiembre 1983) en J. SCHWARZE-R. BIEBER (eds.): *Eine Verfassung für Europa*, 1984, págs. 571 y sigs.

actividad jurídica del Consejo de Europa (y de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa), la de la Comisión de Derechos Humanos y la del Consejo de Seguridad, todas ellas trabajando en materia de derechos fundamentales, han dado como resultado una ingente labor que calificamos como «labor previa». Así, pensemos en las iniciativas presentadas en materia de protección del medio ambiente y en las que regulan los medios de comunicación. Por cierto, que también habría que preguntarse si con todo ello, paralelamente a los gremios como sucede en el Derecho civil (93), no debería ser tarea científica la de proceder a una investigación, mediante el método comparatista, de la totalidad del Derecho constitucional europeo que alcanzara incluso a sus propias propuestas político-constitucionales.

En todo caso, hay que advertir del peligro de incurrir en exageraciones; sea cual fuere la alegría del descubridor y pionero respecto a los elementos del DCCE, se impone asimismo el respeto de sus límites, entre los que se encuentra la soberanía constitucional de cada nación y la individualidad de los respectivos Estados como factor condicionante de «lo común», dimanante todo ello de la diversidad cultural viva de Europa. El DCCE no debe convertirse en mero instrumento de allanamiento o nivelación uniforme ni de igualamiento forzoso de todo Derecho constitucional nacional en una Europa unida puramente imaginaria o en una que lo pretenda llegar a ser. El vigor y la fuerza del DCCE dependen de su riqueza, incluyendo el «sentido particular» y las «dislocaciones» de cada uno de los tipos de derechos contenidos en sus constituciones nacionales. Lo válido a nivel federal para relacionar cualquier Derecho constitucional alemán o suizo con las constituciones de sus propios *Länder* o cantones (94) es, asimismo, válido *a fortiori* para relacionar el DCCE y el Derecho constitucional nacional (subsidiariedad).

2) *La vía exegética de la judicatura en el reconocimiento del Derecho.*

La segunda vía para reconocer y/o desarrollar el DCCE es la exegética. He aquí un campo donde la metodología científica debe realizar todavía su tarea previa. También la jurisprudencia constitucional debería ocuparse y responsabilizarse de ello en la práctica. Las doctrinas sobre metodología de la interpre-

(93) Cfr. H. KOTZ, *FS Zweigert*, cit. (nota 1); KRAMER, *op. cit.* (nota 2), págs. 479 y sigs.

(94) Al respecto, mis aportaciones: *Neuere Verfassungen...*, cit. (nota 86). Amplía la literatura las jornadas de Passau mantenidas por profesores de Teoría del Derecho y del Estado, publicadas en *VVDStRL* 46, 1988; por ejemplo, VITZHUM, págs. 7 y 13 y sigs.; G. SCHMID, págs. 92 y 113, y B. C. FUNK, pág. 174 (debates). Preferentemente críticos, cfr. C. STARCK, *ibid.*, págs. 156.

tación constitucional (95) se han decidido ya a la ampliación de la dimensión europeo-comunitaria. Concretamente, se trata de la dedicada al estudio comparado a nivel científico-cultural. Tanto si se «canoniza» el método iuscomparatista como quinto método, según Savigny (96), como si se renuncia a atribuir esta denominación tan sugestiva —lo reconozco—, todo ello es puramente contingente. Lo esencial es que el estudio comparado de las constituciones ya se practica de hecho abiertamente y a conciencia, sobre todo en cuanto a derechos fundamentales, aunque también aparece en cuestiones de Derecho constitucional primario a nivel nacional y no solamente en las relativas al Derecho europeo en sus aspectos técnicos. Con esto debe quedar muy claro que no siempre se puede o se debe «reconocer» el DCCE de forma «automática». El método iuscomparatista constitucional puede inducir, por ejemplo, a la creencia de que sólo entre los tres cantones alemanes de Suiza, Alemania y Austria surge «lo común» o a tomar conciencia de ello, como, por ejemplo, en el ámbito de la problemática del Estado federal («Derecho europeo regional común»). A partir de un momento dado, la cantidad se transforma en calidad, dando lugar a una «metodología axiológico-iuscomparatista», como, por ejemplo, la existente en materia de derechos fundamentales, toda vez que muchos Estados constitucionales europeos ya han hallado soluciones concordantes que traspasan el ámbito de la propia Comisión Europea de Derechos Humanos, como las reflejadas en la más reciente declaración de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa. De esta manera, los intérpretes del Derecho constitucional nacionales que no difieran sensiblemente en este punto pueden involucrar a «los otros europeos» como medios de ayuda a la interpretación. Así se europeíza la sociedad abierta de intérpretes constitucionales. Las doctrinas nacionales sobre el Estado de Derecho desempeñan en todo ello un rol de pioneros y tienen una responsabilidad especial: la de formar la comunidad científica europea.

Cada vez se hace más necesaria una doctrina sobre la metodología común

(95) Es ya un clásico P. SCHNEIDER-H. EHMKE: *Ppziern. der Vfs-Interpretation*, 1963; asimismo, K. HESSE: *Grundzüge des Vfs-Rechts der BRD*, 17.ª ed., 1990, págs. 19 y sigs.; R. DREIER-SCHWEGMANN (eds.): *Probleme der Vfs-Interpretation*, 1976.

(96) Vid. las propuestas de Constitución en JZ, 1989, págs. 913-916, desarrolladas más ampliamente en VRU 23, 1990, págs. 225-244. El método jurídico ya ha comenzado a integrar, en sus compendios, el método iuscomparatista (en principio). Cfr. H. M. PAWLOWSKI: *Methodenlehre für Juristen*, 2.ª ed., 1991, págs. 117 y sigs. («acceso al acervo de experiencias y conocimientos», con indicación a la tesis del autor sobre el «quinto» método hermenéutico). El método iuscomparatista se aborda en F. MULLER: *Juristische Methodik*, 2.ª ed., 1976, págs. 124-146 y sigs., 164; 4.ª ed., 1990, págs. 21, 198, 210; vid. K. LARENZ, puntualizando, en *Methodenlehre*, 5.ª ed., 1983, págs. 227, 233.

europaea. Esbozada ya en materia de Derecho civil (97), es todavía hoy por hoy un *petitum* o *desideratum* en Derecho constitucional.

Así, pues, no se trata de «disciplinar» con todo ello la franqueza y la fuerza creadora de todo acto interpretativo por el que se conozca de forma vinculante «de qué manera precisa» hay que combinar cada uno de los métodos de la hermenéutica constitucional (98). En lugar de ello, en cambio, las metodologías nacionales se deberían ocupar, con más intensidad de lo que han venido haciendo hasta ahora, de elaborar sistemáticamente lo que se da en común a nivel de Derecho constitucional en todo Estado constitucional europeo (incluyendo los requisitos de comprensión previos «comunes» del Derecho y sus correspondientes técnicas de racionalización, etc.). Así, mientras que, por ejemplo, en Suiza ya se practica con gran interés el Derecho comparado en materia de derechos fundamentales (99), en Francia, y pese a su propia autoconciencia de grandeza, sigue existiendo una gran oscuridad —en cuanto a estudios análogos se refiere— en este campo. La Teoría General del Estado en Italia (100), al igual que sucede en España (101), se halla, en cambio, mucho más avanzada al respecto.

(97) Cfr., con referencia a Coing, H. KOTZ, *op. cit.* (nota 1). Una aportación imponderable en el desarrollo del DCCE aparece en el artículo 7 de la ley de la navegación suiza, posiblemente influido por el artículo 1.2 del Código Civil homónimo, a cuyo tenor dice: «En caso de que el legislador federal... no haya establecido ninguna norma al respecto, el juez juzgará según los principios secularmente reconocidos del Derecho marítimo, y a falta de éstos, según las normas que él mismo establecería si fuera legislador, teniendo presente que al hacerlo así debe respetar tanto el Derecho legislado como el consuetudinario y tanto la ciencia como la jurisprudencia de los Estados que practican la navegación.»

(98) Vid. mi comentario al respecto, o sea, «Kommentierung statt Verfassunggebung?», en DVBI, 1988, págs. 262-267.

(99) Ejemplar es J. P. MULLER, *op. cit.* (nota 35) (referente a la literatura jurídica angloamericana y alemana), y del mismo autor, *Die GR der schweizerischen Verfassung*, 1991, págs. 4 y sigs., 87 y sigs., 112 y sigs., y P. SALADIN: *Grundrechte im Wandel*, 3.ª ed., 1982, págs. 391 y sigs., 419 y sigs.

(100) La Teoría del Derecho y del Estado italiano no sólo cita desde hace tiempo la literatura jurídica alemana, sino que la reelabora en todos sus géneros. Cfr., en general, R. SCHULZE (ed.): *Di. Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrh.*, 1990. También en revistas, como A. CORASANITI: «Note in Tema di Diritti fondamentali», *Diritto e Società*, 1990, págs. 189 y sigs.; en estudios monográficos, como M. CARDUCCI: *L'accordo di coalizione*, 1989, págs. 3, 15, 125 y *passim*; P. RIDOLA: *Democrazia pluralistica e libertà associative*, 1987, *passim*; en libros de texto, como P. GROSSI: *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, 1, 2.ª ed., 1991, págs. 97, 145, 281, etc.; F. SORRENTINO: *Le fonti del Diritto*, 1987, págs. 145, 152; A. PACE: *Problematica delle libertà costituzionali (Parte generale)*, 1985; en obras de recopilación, como A. A. CERVATTI: *Le garanzie costituzionali nel pensiero di C. Mortati*, 1990, pág. 418; *Dottrine generali e costituzionali della Repubblica italiana*, 1962; A. BALDASARRE: *Libertà, problemi generali*, en *Enciclopedia giuridica*, 1, 1988, págs. 1, etc.; A. D. ATHENA: *Adattamento del Diritto interno al Diritto internazionale*; F. LANCHES-

Pero por más «avanzadas» que vayan hoy las comunidades científicas nacionales respecto del conocimiento del Derecho constitucional de sus vecinos europeos, lo que depende de su propio temperamento visible —sin ir más lejos, en las diferencias en cuanto a estilo y argumentación—, no le vendría tampoco nada mal a la nueva Alemania reunificada constituirse en «foro para la elaboración del Derecho constitucional comparado», dada su situación central y su papel de mediador. De este modo podría adelantar el trabajo preparatorio en vistas al desarrollo del DCCE, orientado tanto al Este como al Oeste, efectuándolo a dos niveles: jurídico-político y hermenéutico.

La reunificación alemana, que ha de realizarse a nivel de concienciación a pequeña escala, ya posee, a gran escala, su paralelo en el ámbito cultural al servir de puente entre los países del Este y el Occidente de Europa. Nuevamente vuelve a aparecer aquí la unidad en la variedad cultural que ha servido de base al lema «Que crezca unido lo que pertenece unido».

5. *La división del trabajo respecto de los géneros de literatura científica del DCCE*

La teoría del Estado, o mejor dicho, la llamada teoría de la Constitución, puede y debe impulsar los trabajos del DCCE de forma diferenciada según la clasificación de los textos jurídicos (102). En primer lugar debemos colocar al libro de texto, siguiendo el modelo del Código Civil (103).

TER: «Stato», en *Enciclopedia del Diritto*. En comentarios literarios se da un cierto déficit por permanecer desde hace tiempo muy introvertida en el aspecto nacional; cfr. sólo V. CRISAFULLI-L. PALADIN (eds.): *Commentario breve*, 1990.

(101) La Teoría del Derecho y del Estado en España, por su parte, en intensísima relación con la italiana (y todo ello no sólo desde la última Constitución de 1978), se ocupa intensamente también de la literatura alemana; así, por ejemplo, J. J. ENCINAR: *El Estado unitario federal*, 1985; A. E. PÉREZ-LUÑO: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2.ª ed., 1986; P. CRUZ VILLALÓN: *La formación del sistema europeo del control de constitucionalidad (1918-1939)*, 1987. Las jornadas hispano-alemanas sobre Derecho comparado, dirigidas por A. López Pina (Madrid, 1989), se ocupan tanto del «*Ius commune* constitucional» como del «regionale» (por ejemplo, *Competencias ejecutorias de la Generalitat de Cataluña*, 1989). Anteriormente, A. RANDELZHOFFER (ed.): *Deutsch-Spanisches Verfassungsrechtkolloquium*, 1982. La literatura jurídica sobre la Comisión de Derechos Humanos actúa como elemento central «nuclear» del DCCE (por ejemplo, Portugal: *Coloquio sobre direitos fundamentais e convenção europeia dos direitos do homem*, 1983). Los más tempranos pioneros, a través del «Simposio Internacional de la Fundación Humboldt» (1978), en *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht*, ed. por T. BERBERICH y otros, 1979. Digno de tener en cuenta es H. U. ERICHSEN (ed.): *Lateinamerika und Europa im Dialog*, 1989.

(102) Sobre las doctrinas constitucionales dentro del campo de fuerza de los géneros literarios, véase mi artículo homónimo en *FS Kaufmann*, 1989, págs. 15 y sigs.

(103) Cfr. H. KOTZ: «*Gemeineurop. Zivilrecht*», en *FS Zweigert*, 1981, págs. 481-489.

Respecto de las materias jurídicas, la sistemática y la dogmática —que incluyen puntos de vista de política legislativa y, en su caso, variantes político-constitucionales, posibilidades y alternativas—, se debe elaborar el libro de texto de tal modo que la interacción disciplinaria incluya a toda Europa. En el proceso de preparación se podrían delimitar sus ámbitos parciales en concreto, como el de los partidos políticos y estructuras democráticas (104), derechos fundamentales (105), justicia constitucional (106), incluso administración autonómica y municipal (107). Lo esencial es tan sólo que se traspasen las fronteras nacionales «desde un principio y de manera consciente», viéndose todo ello en retrospectiva, es decir, a nivel de hacienda constitucional (también aquí allende las propias fronteras), mediante la visión contemporánea actualizada que ofrecen los estudios de constituciones y derechos fundamentales a nivel comparado. Historia constitucional y análisis comparado de las propias constituciones son dos aspectos que traslucen con evidencia su íntima vinculación: la de ser dos facetas del mismo evento; en suma, la comparación dentro del espacio y del tiempo (108). Algunas monografías, conceptos y artículos e incluso colecciones ya deberían ir por delante, siendo no menos cierto que de todo ello ya se dan algunos ejemplos (109). Otro problema de distinto cariz es el relativo a los comentarios jurídicos. El libro *Jurisprudencia constitucional comentada* (110) gira en torno a fallos y sentencias del Tribunal Constitucional, sin olvidar reseñar a grandes rasgos los precedentes históricos. Sin embargo, no necesita aportar al libro de texto ningún tipo de sistemática comparada en temas de DCCE. Es natural que, limitado a cada «caso», en

«El libro de texto sobre Derecho europeo civil (iniciado en materia contractual y delictiva) exige y puede citar algunos ejemplos para acotar un campo jurídico específico, desde un principio, desde la perspectiva europea.»

(104) Cfr. *supra*, nota 58.

(105) Ejemplar es el trabajo de J. P. MULLER, *op. cit.* (nota 35). Más específico, J. ILIOPOULOS-STRANGAS (ed.): *Extremisten und Oeffentlicher Dienst*, 1981.

(106) Ejemplos: A. AUER: *Die Schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1984; W. KALIN: *Vfs-Gerichtsbarkeit in der Demokratie*, 1987; C. STARCK-A. WEBER (eds.): *Vfs-Gerichtsbarkeit in Westeuropa*, 2 vols., 1986.

(107) Así, por ejemplo, D. THURER: *Bund und Gemeinden*, 1986; prólogo de KNEMEYER (ed.), *supra*, nota 29.

(108) H. KOTZ: *Rechtsvergleichung*, cit. (nota 1), emplea la metáfora de designar al Derecho comparado y a la Historia comparada «hermanas gemelas».

(109) Cfr. la obra recopilatoria del Derecho húngaro-alemán en clave iuscomparatista: *Die Verfassung als Katalysator zw. Gesellschaft und Staat*, ed. por A. ADAM y H. SCHOLLER, 1990 («Internationale Festschriften um den nucleus eines europ. Gelehrten gestaltet, können Spiegel gemeineurop. Rechtswissenschaft sein»).

(110) Así, mi libro homónimo, 1979.

algo deba profundizar en particular: debe integrar el método iuscomparatista como «quinto» método hermenéutico dentro del canon metodológico, adelantándose (paradójicamente, *ex post*, por así decirlo) de esta manera a la tarea de los Tribunales Constitucionales nacionales.

El aludido quinto método hermenéutico aparece así como la «clave común europea», como el método de elaboración del contexto europeo por excelencia aplicado a casos judiciales nacionales.

Y puesto que los tribunales nacionales —normalmente sometidos todos ellos a presión en cuanto a tiempo de trabajo— pueden ir aprendiendo poco a poco a resolver las polémicas que surgen en el Derecho constitucional nacional en base al acervo común europeo, constatamos que la ciencia jurídica puede ejercer en este contexto un papel de pionera. Será, pues, mucho más tarde, cuando cuaje el comentario jurídico-constitucional elaborado con base a lo común europeo, el que ensamblará el mosaico, compuesto de múltiples decisiones y comentarios separados, en un bloque único (111).

A través de todo lo hasta ahora dicho se ve cuán fomentada se encuentra la Teoría del Derecho y del Estado como ciencia a la hora de elaborar el DCCE, ya que es ella quien debe ir por delante con todo su amplio acervo de principios y la amplitud de su temática y puede llegar a ser la que dé los primeros pasos de un *ius commune* (ahora léase *constitutionale*), como ya lo dio la ciencia jurídica privatista en los pasados siglos al pergeñar un «*ius civile europeum*», que hoy se sigue manteniendo. No se interprete esto como un argumento para minimizar oclulta o abiertamente la gran cultura iusprivatista europea; más bien al contrario: su carácter y su fuerza han sido reiteradamente ensalzados como ejemplares. Más aún, la ciencia del Derecho constitucional y la iusprivatista nunca deben ser alentadas en sentido de pugna mutua por construir o reconstruir hoy el *ius commune*. Cada una de ellas trabaja en buena parte en la consecución de una cultura jurídica en la Europa contemporánea. No hay que olvidar que tanto el Derecho constitucional como el privado deben ser entendidos cada uno dentro de su propio ámbito de validez y en sus propias coordenadas (112).

Sería muy de desear que así se lograra desde el intercambio fructífero de

(111) En especial, la ciencia jurídica europea como disciplina del Derecho europeo debería trabajar a su vez a nivel comparatista en sus planos más nacionales, es decir, evaluando su Derecho constitucional-administrativo como formas previa o paralela de su propio pensamiento jurídico. Así, por ejemplo, J. SCHWARGE: *Legislation for Europe, 1992, 1989*; del mismo autor, *Europäisches VW-Recht*, 2 tomos, 1988.

(112) Al respecto, K. HESSE, *op. cit.*, 1988; P. HÄBERLE: *Verfassung und Privatrecht*, en M. HALLER-H. HAUSER-R. ZACH (eds.): *Addendae*, 1990.

perspectivas sobre planteamiento y solución de problemas hasta el reto por conseguir la mejor metodología común europea (113).

Ciertamente, el trabajo en pro de un DCCE evidenciará la necesidad de crear un campo futuro donde se elabore el Derecho de los juristas (*Juristenrecht*). La teoría del Derecho y del Estado podría acotar un campo de acción que no le fuera sustraído demasiado rápido por la respectiva jurisprudencia constitucional de cada nación (114).

De esta manera se habría constituido a nivel europeo, legitimándose sobre una nueva base: como teoría iuscomparatista constitucional, la cual no sólo adoptaría el Derecho constitucional nacional respectivo como ejemplo histórico de forma mejor o peor lograda, sino que simultáneamente desarrollaría en profundidad el posible Estado europeo constitucional, en parte ya experimentado a nivel superior, como tipo ideal.

Unidad y variedad europeas —evidentes desde 1989, año que hizo época— quedarían reforzadas de este modo. La teoría constitucional, si bien madurada en el seno del Estado nacional, podría fructificar como ciencia cultural europea, puesto que así se perfila en los textos clásicos desde Aristóteles hasta Tocqueville, Hauriou, Heller y Mortati, pasando por Locke y Montesquieu (115). A hombros de tales gigantes podría extender su visión un poco más allá (de un confín a otro de Europa) sin sobredimensionarse a sí misma. Mas también los autores «clásicos» y «los posglosadores» deben tener su oportunidad en esta tarea, hasta que un buen día el DCCE contemporáneo alumbre a sus propios clásicos (como, por ejemplo, J. Madison), del mismo

(113) Las revistas especializadas desempeñan un gran papel como vehículo de transmisión y reflexión del DCCE y sus contenidos en Europa (por ejemplo, la *EuGRZ* desde 1974). Hay que destacar la *Revue Européenne de Droit Public*, en varias lenguas, desde 1989. También la antigua *ZVgl RWiss*. Constituir una ciencia jurídica europea puede hacerse mediante artículos, recensiones y comentarios de sentencias, todo ello en colaboración y diálogo entre colegas, a nivel nacional y allende las propias fronteras. También hay que incluir los «anuarios», sean de tipo «general» (como el *JoR* y como el *Yearbook der University of Rome II, Department of Public Law*), sean de tipo «limitado a una temática concreta» (por ejemplo, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Université Aix, Marseille II*, vol. 2, 1986).

(114) Sobre si la Teoría del Derecho y del Estado (alemana) se agota en sus comentarios sobre jurisprudencia constitucional, cfr. B. SCHLINK: «Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Vfs-Gerichtbarkeit», *Der Staat*, 28, 1989, págs. 161 y sigs.; también mis artículos «Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat», *JZ*, 1989, pág. 913, y «Praktische Grundrechtseffektivität», *Die Verwaltung*, 22, 1989.

(115) Sobre H. Heller, cfr. C. MULLER-I. STAFF (eds.): *Der Soziale Rechtsstaat*, en *Gedächtnisschrift für H. Heller (1891-1933)*, 1984, y mi aportación al respecto en *DVBl*, 1985, págs. 949 y sigs.; sobre C. Mortati, C. MULLER-I. STAFF (eds.), *op. cit.*, 1986; M. GALIZIA-P. GROSSI (ed.): *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, 1990; sobre M. Hauriou, P. HÄBERLE: *Wesensgehaltsgarantie...*

modo que la rama iusprivatista ya los posee. Pienso en Savigny, Von Ihering, Huber y Zweigert (116). La formación cotidiana de los juristas también debe ser, *a fortiori*, europeizada (117) como preparación de una ciencia jurídica común europea y de su respectiva praxis.

IV. PERSPECTIVAS

Europa —y ahora se puede decir ya toda Europa—, la del Norte y la del Sur, la del Este y la Occidental, se origina en cierto modo «en la economía»; el atractivo de la economía social de mercado ha sido puesto en evidencia nuevamente por los propios países del Este al reencontrarse a sí mismos. La economía no debe ser subestimada en modo alguno, ni como factor configurador de la historia ni como motivo de revoluciones. Y, sin embargo, no es ella ni la última ni la más profunda de las causas: Europa se origina en su cultura y es hoy consciente de ello como nunca en su anterior historia, reencontrándose de forma específica con la cultura de los Estados Unidos de América, a la que se halla vinculada en materia constitucional, herencia claramente admitida.

La economía, tanto en su vertiente ideal como real respecto del tipo «Estado constitucional», se encuentra al servicio del ser humano, como así lo proclaman reiteradamente algunos de sus textos más antiguos y también los más recientes (118). La dignidad humana, premisa cultural antropológica del Estado constitucional (119), forma uno de los logros culturales del actual Estado constitucional más arduamente desarrollado y que más veces se ha visto amenazada, pese a salir siempre airoso en último extremo, refiriéndose a toda la humanidad en conjunto y no sólo al individuo aislado, según F. Schiller (1789). El Estado constitucional europeo se basa en la cultura de la dignidad humana, positivada hasta en sus más ínfimos detalles. Puesta de manifiesto por Europa, encierra tendencias de universalidad. El principio de

(116) De manera programática: K. ZWIGERT, *op. cit.*; «Rechtsvergleichung...», *RabelZs* 15, 1949-50, págs. 5 y sigs.

(117) Al respecto, cfr. KRAMER, *op. cit.* (nota 2), y COING: «Europäisierung der R-Wissenschaft», *NJW*, 1990, págs. 937-940; F. OST-M. HOECKE: «Für eine europ. Juristenausbildung», *JZ*, 1990, págs. 911 y sigs. Sobre el significado pedagógico del iuscomparatismo, puede verse H. KOTZ, *cit.*, *JBl*, 1982, págs. 355-357.

(118) P. HÄBERLE: «Wirtschaft als Thema neuerer Verfassungstaatlicher Verfassungen», *Jura*, 1987, págs. 577-578 y sigs.; el mismo, *Textstufen usw. cit.*, en *FS Partsch*, 1989, págs. 554-567 y sigs.

(119) Vid. mi artículo al respecto en *HdbStR*, I, 1987, págs. 815 y sigs., titulado «Menschenwürde als Grundlage der staatliche Gemeinschaft».

«responsabilidad» (H. Jonas) obliga al Estado europeo constitucional y lo vincula a nivel mundial a causa de la doble consideración que existe sobre la dignidad humana.

Dicha dignidad es un elemento del desarrollo de los principios de justicia elaborados a lo largo de la historia europea: desde los textos clásicos de Aristóteles (*Ética a Nicómaco*) hasta los angloamericanos del *due process* o a los rawlsianos de justicia (justicia *as fairness*). Si se consigue con estos simples bosquejos que Europa tome conciencia en serio de que su tarea actual es desarrollar el DCCE y que ya se halla en el mejor de los caminos de comprenderlo, entonces se podrá constatar que todo esto no es sino expresión de un proceso de análisis sobre los diferentes niveles existentes en los textos jurídicos, proceso jurisprudencial y proceso de pura ciencia, en lucha, a la postre, por la consecución de la justicia.

Cada una de las ciencias jurídicas conserva todavía un poco de esta referencia sin igual, pero podrían ganarla del todo de nuevo si trabajaran tendencialmente hacia lo común europeo. La teoría de la Constitución, en comparación con la ciencia jurídica privatista y sus bien consolidados métodos, que incluyen los principios de justicia, tiene mucho que recuperar en este campo y no hay por qué silenciarlo ni soslayarlo. Esperemos que en la Europa del 91 pueda recuperar una gran parte. El proceso incoado a nivel mundial en cuanto a recepción y producción normativa en materia de Estado constitucional y a algunos de sus elementos textuales se refiere, desde el marco geográfico de la Europa del Este hasta aquellos países africanos y latinoamericanos en vías de desarrollo, todo ello da pie para un moderado optimismo.

La labor ya concluida en la Europa actual respecto del perfeccionamiento del análisis de niveles existentes en textos jurídicos, fundado en la cultura y en una sana apreciación y mutuas influencias, que por todo ello la labor conjunta de creación de una ciencia jurídica común europea —jurídico-constitucional—, en el sentido expuesto en este trabajo, ha dejado de pertenecer al reino de la utopía. Puede hacerse y debe ser todo un éxito. Hay que dar una oportunidad al DCCE como aspecto parcial cuando suene la hora del «Estado constitucional a nivel planetario» (120).

(120) Dedicado a mis anfitriones durante la estancia en Roma en 1991 (marzo); a saber: A. A. Cervatti, F. Lanchester y M. Frh. von Bieberstein, así como al anfitrión de Madrid (mayo 1989): A. López Pina (cfr. «La garantía constitucional de los derechos fundamentales»).