

**METODOLOGÍA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO.
UN DERECHO CONSTITUCIONAL PARA LA INTEGRACIÓN
POLÍTICA DE EUROPA.
DEL PLURALISMO TERRITORIAL AL PLURALISMO IDEOLÓGICO**

ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ *

SUMARIO:

1. UNA NUEVA REALIDAD
2. UNA NUEVA METODOLOGÍA
3. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. LA COMPARACIÓN
4. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. UNA NUEVA REALIDAD

Cada nueva disciplina supone afrontar retos metodológicos que se ajusten al objeto de estudio ¹. Esto no es una excepción en el caso del derecho y hay suficientes ejemplos que muestran estas particulares transiciones en lo referente al método. Entre las más evidentes está la que nos llevó del derecho privado al derecho público. Si bien el primero como «alma mater» fundacional de lo jurídico ha seguido siendo durante mucho tiempo referencia fundamental (véanse las funciones que ha venido desempeñando

* Profesor Titular de Derecho constitucional. Universidad de Granada

¹ La absoluta imbricación entre objeto y método es unánimemente resaltada por la doctrina. Cfr. por todos F. BALAGUER CALLEJÓN, «Constitución normativa y ciencia del derecho» en AAVV, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997 y J.J. RUIZ-RICO, «Problemas de objetividad y neutralidad en el estudio contemporáneo de la política» en la actualidad en AAVV, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, op. cit.*

como mecanismo de integración de lagunas) pronto se alzó el segundo con un importante bagaje conceptual que incluía principios metodológicos más apropiados y específicos para la regulación de las relaciones entre la sociedad y el Estado.

De otro lado, hay que reparar con toda intensidad en la importancia de los problemas metodológicos. Porque, seguramente, uno de los mayores problemas que tiene la ciencia jurídica actual (problema que no sólo tiene la dogmática de la investigación sino la que se traslada a los alumnos a través de la docencia)² es que se hace derecho sin reflexionar sobre el método (o sin hacerlo explícito, de manera tal que las conclusiones a las que se arriban parecen las únicas posibles), una reflexión necesaria para evitar que los resultados de la investigación sean únicamente descriptivos o, lo que es peor, erráticos. Realmente esta huida del problema metodológico sorprende si se estima que buena parte de la disensión jurídica ha venido motivada por diferencias que al final versaban sobre el diferente concepto que se tenía del objeto de estudio: el derecho o la Constitución (así, la polémica Kelsen–Schmitt). Lo que hoy ocurre, a mi juicio, es que parece que hemos llegado al fin, no sólo de la historia, sino por lo que al método se refiere. En otras palabras, y como ha sido destacado por Azpitarte, hoy invocamos las palabras mágicas «Constitución normativa» y se conjuran todos los fantasmas³. En mi opinión, esto no deja de ser una afirmación puramente ideológica (es decir, justificativa de una realidad dada) que no se sostiene, tanto más cuanto que estamos en una senda que inaugurar, la de la creación de una nueva comunidad política. Pero el método no ha sido sólo la ocasión para la disputa doctrinal. También lo ha sido para que una comunidad académica intentemos hacer el Derecho constitucional del plu-

² En este aspecto quiero resaltar que a mi juicio la docencia es un elemento fundamental que el constitucionalista de la academia no debe nunca minusvalorar. La clase, el seminario, como ha mostrado a lo largo de su carrera el profesor Häberle, es el campo de pruebas a que se debe someter la investigación. La combinación de investigación e intercambio de ideas en el marco de las tareas docentes es lo que ha definido tradicionalmente la excelencia en las Universidades.

³ Cfr. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, «Constitución del pluralismo y método jurídico», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 21, 2008, pp. 447-459.

ralismo, que es la enseñanza que nos deja toda la obra del Prof. Häberle⁴.

Así las cosas, la pregunta por el método sirve de manera esencial para que el intérprete se posicione ante una cuestión que estimo fundamental: ¿debe el derecho ser únicamente cómo es o hay evoluciones posibles que el analista debe observar y postular reformas que se ajusten a una mayor adecuación a los principios que se consideren definitorios? Desde mi óptica, el Derecho constitucional no se puede reducir a escrutar lo que el derecho dice y ni siquiera lo que el Tribunal constitucional (o los Tribunales constitucionales) dice que dice (dando lugar a ese positivismo jurisprudencial tan en boga en unos años)⁵. Tiene que ir más allá⁶.

Habiendo reparado en la importancia del método y en la necesidad de que evolucione hacia sus nuevos objetos, pasemos a éstos. Europa es hoy la nueva e inexorable realidad; una realidad compleja desde el punto de vista jurídico. Es una comunidad constitucional en desarrollo a partir esencialmente de dos organizaciones: el Consejo de Europa y la Unión Europea. El primero supuso históricamente el primer jalón: la cooperación a través de los derechos que ha hecho posible una aproximación sustancial de las tradiciones jurídicas en la medida en que los ordenamientos europeos parten en su acepción actual de la democracia constitucional y del juego atribuido en ésta a los derechos fundamentales como emanaciones del concepto de dignidad humana. La Convención Europea de Derechos Humanos es, desde este punto de vista, un instrumento de cooperación a través de los derechos que se sustenta esencialmente sobre un mecanismo

⁴ Hay que recordar que este autor abrió el derecho a los ciudadanos (con su comunidad abierta de interpretes constitucionales), el derecho nacional a Europa (enriqueciendo éste a través de la comparación con terceros Estados a través de conceptos como el derecho constitucional común europeo y la utilización del comparatismo como quinto método de interpretación) y, *last but not least*, lo jurídico a la cultura (con su teoría de la constitución como ciencia de la cultura).

⁵ Cfr. el número inaugural de la Revista *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998.

⁶ El derecho constitucional debe ser panóptico. Debe someter todo a su criba: desde lo que es, a lo que puede ser; desde la Constitución o las Constituciones, a la normativa de desarrollo que pueda condicionar su eficacia real, porque no se puede limitar a plantear los problemas en el ámbito de la eficacia puramente jurídica.

jurisdiccional de protección (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Pero la CEDH no pretende, al menos inmediatamente, crear un nuevo espacio de definición entre lo individual y colectivo. A esto es a lo que se apresta la Unión Europea por lo que remitiremos a este nuevo constructo el resto del análisis.

La construcción europea, referida ahora específicamente a la UE, es una nueva realidad; más concretamente la podemos definir como un proceso dinámico (e inacabado) de creación de un nuevo espacio territorial a partir del derecho, a partir de los derechos, de los Estados miembros. La supraestatalidad es la verdadera esencia de la Unión y el dato crucial en el que radica la novedad que nos obliga a ajustar la metodología. Desde el punto de vista de la teoría de las fuentes se aprecia con toda claridad este hecho si hablamos de la complejidad ordinamental, de la existencia de diferentes ordenamientos en un mismo ámbito de validez territorial. Realmente la experiencia europea podría remitirse al Derecho constitucional del federalismo pero su misma singularidad no permite hacer una transposición perfecta de categorías. No obstante, es el modelo teórico que más se le aproxima y no es casual la correlación advertida, por ejemplo y entre otros, por G. C. Rodríguez Iglesias y J. Baquero Cruz⁷ entre *Costa Enel* y *Marbury v. Madison* y la conexión transoceánica de principios como el de poderes implícitos.

Y esta construcción es jurídica, como hemos señalado. Efectivamente, el surgimiento de esta nueva Europa ha tenido lugar con un instrumento fundamental: el Derecho. En este sentido me interesa resaltar que, de una parte, los instrumentos de los que la Unión se dota son los que forman parte del patrimonio jurídico (también, por tanto, cultural)⁸ de los Estados. Y las instituciones que se han traspasado han sido las adecuadas para cada momento de la Unión. Partiendo de su inicial cometido, limitado a la creación de un espacio económico común (y sustraída la economía de la políti-

⁷ G. CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS y J. BAQUERO CRUZ, «Funciones constitucionales del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas», en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 4, 2006 (Ejemplar dedicado a: La Rebelión de las Leyes).

⁸ P. HÄBERLE, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, Tecnos, 2000.

ca), lo que en principio se exporta pertenece al ámbito conceptual del derecho administrativo. Un conjunto de técnicas que el Rechtsstaat, l'État de droit o el Rule of Law han ido articulando para que una nueva administración (aunque ésta fuera la estatal) ejerza competencias tasadas bajo la égida de los Señores de los Tratados. Es la época del Derecho comunitario o del Derecho europeo. Ciertamente ya comienza a hacerse evidente que esta nueva realidad requiere principios nuevos, una metodología hasta ahora inexplorada. Y no puede ser de otro modo por dos razones: la diversidad de las tradiciones de partida y lo pionero de su objeto. De la síntesis resulta un nuevo cuerpo en el que hay piezas, entre otros, del derecho alemán, del francés y del británico. Pero aún no es el momento del Derecho constitucional europeo. Aún no hay, en realidad, Derecho constitucional europeo.

Éste surge cuando la Unión se marca nuevos fines en el campo de la integración (cuando empieza a hablar un nuevo lenguaje). Y ahora es necesario abordar radicalmente las relaciones entre Europa y sus ciudadanos⁹. La política como definición del espacio común, como proyecto colectivo, como mecanismo de articulación de un pluralismo que ya no es solo territorial, aparece en escena¹⁰. Para ello el bagaje conceptual es el del Derecho constitucional, que nos ha hablado siempre de la disciplina de las fuentes, de los órganos, de los derechos, de la organización territorial del poder desde las categorías conceptuales de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (como dice el artículo 1.1. de nuestra Constitución). No es que antes no existieran estos sectores en el derecho europeo, pero los nuevos fines de la estructura hacen reordenar conceptualmente lo existente a partir de estos principios¹¹.

¿Cuál es el contenido del Derecho constitucional europeo? A mi juicio, (y siempre en el contexto de la integración comunitaria) éste está básicamente compuesto por dos vectores. El primero se integraría, a su vez, por el derecho europeo de dimensión constitucional (conceptos básicos,

⁹ Seguramente si tuviéramos que cifrar un momento para el surgimiento del Derecho constitucional europeo sería el del Tratado de Maastricht.

¹⁰ H. ARENDT, *The promise of politics*, Schocken Books, New York, 2005.

¹¹ De la misma manera que las fuentes no se tocan formalmente con la Constitución Española y sí se reelaboran conceptualmente tras la aprobación de la misma.

derechos, fuentes, órganos, reglas de distribución territorial del poder). De esta manera coinciden dos criterios de identificación: uno formal, la procedencia de la fuente, y otro, material, la relevancia del contenido sobre los elementos definitorios de la estructura jurídico-política. En esta definición hay un principio fundante y es el democrático. La democracia constitucional es el modelo que mejor ha logrado garantizar los derechos de los ciudadanos lo que lo convierte en el contenido mínimo a salvaguardar en cualquier hipótesis evolutiva. El segundo vector sería mucho más difícil de delimitar por definirse únicamente a partir de criterios materiales. Así, pueden considerarse Derecho constitucional europeo, de una parte, las propias constituciones de los estados miembros (no en cuanto suministradoras de estándares para el derecho europeo, porque eso sería un mecanismo de heterointegración, sino en cuanto delimitadoras de competencias)¹² y, especialmente, el Derecho constitucional interno que resulta modificado por acción del Derecho europeo. Un ejemplo del Derecho constitucional interno europeizado es, en mi criterio, la nueva concepción de principios bien asentados en los Estados miembros que resultan alterados por acción del derecho comunitario: dos casos enormemente sugerentes son, por ejemplo, la reconsideración desde bases renovadas del principio de responsabilidad patrimonial del legislador (que a partir de la necesidad de establecer un mecanismo de derecho interno para exigir la responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento de derecho comunitario se ve obligado a hacer lo propio para responder de similar manera cuando el incumplimiento tiene por objeto la norma constitucional) o los nuevos perfiles que se aprecian para la concurrencia del error judicial (desde la sentencia Köbler)¹³. En otros casos, nos encontraríamos ante principios asumidos por efecto del diálogo entre el Derecho europeo y el Derecho nacional (así por ejemplo, el principio de confianza legítima). Estos dos vectores representan respecto del método a plantear en el análisis de sus problemas una dinámica completamente diferente porque de lo que se trata, en el primer

¹² De la misma manera debemos admitir que los Estatutos de autonomía son también Constitución.

¹³ C-224/01.

vector, es de implementar estructuras más democráticas, y en el segundo de fortalecer los mecanismos para la integración.

Así nace el Derecho constitucional europeo como disciplina académica que, como todo método, aúna un carácter descriptivo y prescriptivo. Por lo que se refiere al primer aspecto, el Derecho constitucional europeo sistematiza lo existente, da cuenta de los elementos constitucionales de la Unión, pero, —y ahí está su carácter prescriptivo, puramente constitucional— no puede sino concluir que es un proceso en ciernes, que no está cerrado. El Derecho constitucional europeo busca traspasar el umbral. Cómo bien ha señalado F. Balaguer¹⁴, lo que hay tras la llamada por algunos «revuelta de los Tribunales constitucionales» y una parte de sus exegetas, no es el temor a la cesión de soberanía: es la pretensión de que ésta se lleve a cabo bajo los principios que hoy hacen reconocibles, no las constituciones, sino el constitucionalismo. Por eso el déficit no es el déficit de Parlamento, fórmula habitual durante muchos años para criticar la Unión. El déficit de Parlamento no sería sino un epifenómeno de un déficit mucho más consistente y definitorio: el déficit de constitución o de constitucionalismo¹⁵. Este déficit sigue existiendo tanto en el momento originario (por el hecho de que las definiciones fundamentales siguen siendo intergubernamentales)¹⁶ como en la forma concreta que adoptan las estructuras de funcionamiento de la Unión. Por poner un ejemplo, a mi juicio claro, de esta cuestión, se ha destacado como un bastión fundamental de la construcción comunitaria, el Tribunal de Justicia, sigue sin ser un Tribunal constitucional. O más precisamente es a la vez un Tribunal Constitucional y un Tribunal de lo contencioso-administrativo¹⁷. Y al Derecho constitucional eu-

¹⁴ «Los Tribunales constitucionales en el proceso de construcción europea», *ReDCE*, núm. 7, enero-junio de 2007, 327-375.

¹⁵ Cfr. G. CÁMARA VILLAR, «Perfiles históricos del Derecho Constitucional Europeo», *ReDCE*, núm. 11, enero-junio. Granada, 2009

¹⁶ F. BALAGUER CALLEJÓN, «El Tratado de Lisboa en el diván. Una reflexión sobre estatalidad, constitucionalidad y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, pp. 57-92.

¹⁷ R. ALONSO GARCÍA, *Justicia constitucional y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2005.

ropeo le corresponde señalar que sin jurisdicción constitucional habrá serios problemas para centrar las polémicas constitucionales que, por tanto, quedarán desdibujadas.

Pasamos, pues, del individuo al Estado y de éste a la Unión, sin que, no obstante, se advierta (ni deba advertirse, por otra parte) una superación «strictu sensu» de cada uno de los paradigmas de referencia. El Estado (y con él sus elementos identificativos: el valor, al menos simbólico, de la soberanía; el concepto de pueblo o de opinión pública) no ha devenido inexistente, ni mucho menos; sólo ha dejado de ser el único elemento jurídicamente relevante. La nueva realidad es, pues, el resultado de un proceso de agregación que finalmente concluye en una modificación cualitativa (de la misma manera que la elevación gradual de la temperatura del agua la hace finalmente cambiar del estado líquido al gaseoso).

2. UNA NUEVA METODOLOGÍA

Caracterizada pues la nueva realidad debemos centrarnos en las reglas metodológicas que han de presidir su estudio. ¿Cómo debe ser, a mi juicio, la metodología con la que abordar el Derecho constitucional europeo?

En primer lugar, adecuada a la nueva disciplina. De la misma manera que no es correcto analizar la configuración jurídica del derecho de propiedad a partir del principio de la libre autonomía de la voluntad, no podemos explicar la forma de gobierno en la Unión Europea a partir del principio de división de poderes. Debemos explicarlo a partir de nuevos parámetros que permiten reflejar mejor la realidad: en este caso, el equilibrio institucional. Este concreto ejemplo nos pone sobre una nueva pista. En la labor de adecuación debemos separar claramente cuáles son las categorías de las que podemos prescindir y cuales nos remiten a una realidad que debemos preservar. Efectivamente, si bien el principio de división de poderes en su sentido estatal no resulta adecuado, sí que debemos exigir que el correlato comunitario permita el control del poder que desde el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se presenta como un activo esencial del constitucionalismo. La adecuación no significa, por tanto, plegarse a todo principio necesario para la integración,

porque la integración no es el objetivo: el objetivo es la integración política, en aquel sentido en que política y libertad se entendían como conceptos equivalentes. Y a día de hoy hay que advertir que la esencia de la construcción europea es la supraestatalidad y que (mientras que estemos en este camino) las tensiones fundamentales en el seno de la Unión son de alcance interterritorial y no puramente ideológicas. La disensión política representa un papel muy marginal en el debate jurídico político comunitario, lo que constituye un campo abonado para una paradoja de la que es muy difícil salir: puesto que estamos en el camino de superar definitivamente las fronteras estatales, las polémicas versarán sobre la definición competencial, y sólo podremos alcanzar la supraestatalidad cuando la discrepancia política salga de los círculos nacionales¹⁸. El Derecho constitucional europeo ha de concebirse desde estos planteamientos lo que debe conducirle a valorar muy positivamente todos los instrumentos normativos previstos para alentar una conciencia política europea: desde aquellos referidos, por ejemplo, a la intervención parlamentaria sobre la designación de los candidatos a la Comisión europea¹⁹, a los que postulan la creación de partidos políticos de dimensión europea²⁰.

¹⁸ Aunque cada vez se aprecien más casos de disensión puramente ideológica como puede verse en el supuesto de la directiva sobre el tiempo de trabajo que ha supuesto el primer supuesto el que se frustra el procedimiento de codecisión. Bienvenida sea la frustración si nos permite discutir sobre un aspecto tan esencial para la conformación de nuestras sociedades.

¹⁹ Un momento de los pocos en los que puede hablarse de una polémica europea sobre bases ideológicas. Otros supuestos como los de las «vacas locas» (Encefalopatía espongiforme bovina) remiten a una realidad bien diferente. Ciertamente el problema se cifró en el ámbito de validez territorial de la Unión pero lo de que ésta se requería no era sino una actuación diligente en el control y la prevención de problemas sanitarios.

²⁰ Desde este punto de vista no podemos sino observar con preocupación el modo en que se han desarrollado las recientes elecciones al Parlamento Europeo en junio de 2009 y, en particular, la ausencia de coordenadas políticas para explicar las razones que llevaron a apoyar al mismo candidato a Presidente de la Comisión Europea a Estados gobernados por opciones ideológicas bien diferenciadas (al menos sobre el papel).

En segundo término, he de poner de manifiesto que la metodología con la que se aborde el Derecho constitucional europeo debe ser crítica²¹. Desde los propios postulados que mantienen los Tratados constitutivos y, lo que es, a mi juicio, más importante, desde los propios principios definitorios del constitucionalismo. Debemos desvelar las contradicciones en el primer sentido en tanto que, también en el Derecho comunitario, existe la tensión irreductible entre la constitución y las fuentes infraconstitucionales, que adopta aquí la forma de Derecho originario y derivado. En segundo término, la metodología con la que abordar el Derecho europeo ha de partir de los conceptos de derechos, democracia, libertad, igualdad o pluralismo como principios con los que juzgar las respuestas jurídicas producidas por los órganos comunitarios. Ha de resaltarse sobre este particular que el principio de constitucionalidad del artículo 9.1 de nuestra Constitución queda completamente a salvo siempre que estos elementos constitutivos del constitucionalismo se observen, cualquiera que sea la fuente formal que les sirva de base (la Constitución española o la europea). No puede admitirse, por el contrario, que el Derecho europeo no satisfaga las exigencias que han sido el resultado de un proceso reivindicativo de siglos²². Contrastar las soluciones del Derecho europeo con estos principios nos empuja también ante el horizonte utópico del constitucionalismo, el horizonte que Constituciones como la nuestra incorporan especialmente en el Capí-

²¹ El constitucionalismo o es crítico o no lo es. Realmente hablar de constitucionalismo crítico es un pleonismo que sólo tiene sentido atendiendo a una realidad muy concreta. Me refiero a aquella en la que la doctrina y las élites intelectuales abandonan el compromiso con la democracia para pasar a engrosar las filas (y no es un mero descuido la utilización del lenguaje castrense) de quien ocupe el poder. Cfr. S. S. WOLIN, *Democracia S.A. La democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*, Katz Editores, Madrid, 2008 (especialmente el Capítulo 9 titulado: «Las élites intelectuales contra la democracia»).

²² Y no es una situación extravagante o imposible en la que nos situamos si pensamos, por ejemplo, en que muy recientemente el Tribunal de Justicia en el asunto C 345-06 de 10 de marzo de 2009 ha considerado carente de fuerza vinculante al Anexo del Reglamento (CE) núm. 622/2003 sobre Seguridad aérea por contradecir el principio de publicidad normativa, ya que el Anexo citado, en el que figuraban los objetos que no se podían portar en las aeronaves, no se había hecho público.

tulo de los principios rectores de la política social y económica²³. La metodología crítica plantea la exigencia de las posibilidades. Hay que avanzar en la democracia y eso implica descartar en el Derecho europeo la idea de necesidad, de inevitabilidad (incluso frente a la política económica)²⁴, la idea de que hay que plegarse ante lo existente, de forma que se reconozca únicamente a lo fáctico fuerza normativa (lo que supone el rechazo de la concepción material de la Constitución). Por el contrario, el Derecho europeo debe empaparse de la categoría häberliana de la constitución como pensamiento de la posibilidad («Möglichkeitsdenken»)²⁵, lo que significa acentuar las categorías metodológicas que alientan la capacidad de transformación, de remoción de trabas para la igualdad real y efectiva²⁶. Y en este sentido, por ejemplo, la metodología crítica, que nos habla de lo que podría ser²⁷, debe apoyar, entre otros empeños, una categorización de las fuentes del derecho europeo en la que la legitimidad democrática de la fuente quede de manifiesto y su órgano de control actúe en consecuencia. El paradigma de partida de este derecho crítico que versa sobre la integración europea no puede ser otro que el principio democrático y así se habrá se

²³ C. DE CABO MARTÍN, «El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo», en *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle* (coord. por Francisco Balaguer Callejón), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 47-56.

²⁴ Hay que recoger aquí las demandas constantes del Prof. Häberle en torno a la necesidad de un marco constitucional del modelo económico. Cfr. «Siete tesis para una teoría constitucional del mercado», *ReDCE*, núm. 5, 2006.

²⁵ Seguramente la primera idea de este autor que obtuvo justo eco en España como consecuencia de la recepción de E. GARCÍA DE ENTERRÍA en *La constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Cívitas, Madrid, 1981.

²⁶ Aquí hay que reparar especialmente en que la integración europea se está produciendo en el contexto de lo que se denomina globalización. Cfr. C. DE CABO MARTÍN, «Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador», *ReDCE*, núm. 11, enero-junio, 2009.

²⁷ «Vivir en un mundo legal requiere que uno no sólo conozca los preceptos, sino también sus conexiones con estados de cosas posibles y plausibles. Requiere que uno integre no sólo el «ser» y el «deber ser», sino el «ser», el «deber ser» y el «podría ser». Cfr. R. COVER, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 24

observar con toda cautela la intervención de agentes no legitimados popularmente en el establecimiento de reglas jurídicas comunitarias (los lobbies o el Banco Central europeo)²⁸.

La metodología del Derecho constitucional europeo ha de ser inquisitiva. Quiero subrayar con ello una evidencia en la que, no obstante, creo necesario reparar dadas las peculiaridades del nuevo objeto de estudio y sus diferencias con el Derecho constitucional interno. Me refiero a que debemos de estudiar específicamente la manera en la que el Derecho comunitario se concreta. Ciertamente, la producción jurídica en la Unión Europea tiene una diversidad, tanto orgánica como procedimental, desconocida en los Estados miembros y esto exige una atención muy concreta al modo en que se implementan las políticas. De ahí la importancia del principio comunitario de elección de la base jurídica. Lo que podríamos llamar en abstracto la confusión en el sistema de fuentes europeo exige del Derecho constitucional europeo que mantenga como principio a observar la claridad. No debe confundirse esto con la articulación de un sistema vertebrado al modo estatal (ni mucho menos una nueva reivindicación del trono del que fue apeada en los Estados para la jerarquía). La directiva siempre seguirá siendo la fuente definitoria de la construcción europea pero debemos mantener, como se hacía en el Tratado constitucional, que las categorías formales sirvan para identificar al autor de la norma. Sólo así es posible el control del poder, principio a asumir con muy especial cuidado en los proceso de descentralización con el objeto de evitar que termine haciéndose ilocalizable y por tanto irreductible.

En cuarto lugar, apuntaremos que se trata de una metodología abierta ya que su objeto de estudio es inestable y está sometido a una evolución permanente de sus presupuestos fundadores. Esta apertura tiene diferentes acepciones. En primer lugar, supone que no debemos considerar el Derecho constitucional europeo como patrimonio de los juristas. Lo era el derecho europeo y así ha sido recogido de alguna manera por el Tribunal de

²⁸ Al respecto P. RIDOLA, «La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa», *ReDCE*, núm. 3.

Justicia (que por diferentes razones, bien explicadas, entre otros, por Weiler ha asumido un papel constituyente)²⁹ y por autores que, como Poiáres Maduro, realizan una descripción del poder constitucional en la Unión Europea en la que el elemento predominante con toda claridad es el circuito judicial³⁰. No es posible negar la importancia del circuito judicial en la conformación del Derecho europeo³¹, pero el Derecho constitucional europeo debe saltar esta estrecha barrera³². El Derecho constitucional europeo se dirige a una comunidad abierta de intérpretes (Häberle)³³ y, en segundo lugar, debe integrarse con las aproximaciones de la ciencia política y de la economía. En particular, el Derecho constitucional europeo debe integrar entre sus análisis los propios de la teoría jurídico-política, de la filosofía política. Esta perspectiva, abandonada por el Derecho constitucional español (en términos generales y por razones que no encuentran hueco en este trabajo), puede proveer un marco amplio que es especialmente oportuno cuando se trata de forjar una nueva realidad política. En este sentido hay que postular un acercamiento entre la doctrina europea y los paradigmas teóricos defendidos por alguna doctrina anglosajona y, en especial, norteamericana. Así, ciertas construcciones como la de Ackerman y su dualismo constitucional³⁴ resultan ser especialmente adecuadas para

²⁹ «Viaje a lo desconocido: pasado y futuro del Tribunal de Justicia en el campo de la integración política» en *Europa fin de siglo*, CEC, Madrid, 1995, pp. 127 y ss.

³⁰ Sin que aparezca en modo alguno el Parlamento. Cfr. M. POIARES MADURO, «Las formas del poder Constitucional de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, 2003, pp. 11-56.

³¹ Cfr. por todos, D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Civitas, Madrid, 2004.

³² En este sentido, me permito remitirme a mi trabajo «The impact of the European Convention of Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Spanish constitutional law. (Make a virtue of necessity)», en curso de publicación.

³³ Cfr., por ejemplo, *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Tecnos, Madrid, 2002.

³⁴ B. ACKERMAN, *La política del diálogo liberal*, Gedisa, Barcelona, 1999.

la comprensión de una realidad en la que se van difuminando cada vez más categorías como la de poder constituyente o poder de reforma. La precisión de las condiciones que deben darse para que surjan momentos constitucionales en Europa es un ejemplo de cómo el Derecho constitucional europeo no puede limitarse a ser la exégesis de la norma.

De toda esta apertura nos resulta como característica adicional del Derecho constitucional europeo su carácter dialogado, lo que debe ser acusado por la metodología que se ocupe de él. Se trata de un derecho en el que hay un diálogo entre la Unión y los Estados (trasladado incluso al seno de la Unión con la dualidad Consejo-Comisión); entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales; entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia (a través de la cuestión prejudicial); entre las Constituciones y los Tratados constitutivos; e incluso entre los Abogados Generales y los jueces del Tribunal de Justicia, en el corazón del sistema jurisdiccional propio de la Unión. En definitiva, un diálogo trabado en torno al derecho. El Derecho constitucional europeo debe reconocer este elemento como uno de los grandes activos de la Unión pero no puede soslayar la necesidad de que el diálogo se enriquezca para alcanzar a las fuerzas políticas, hasta que el pluralismo ideológico se manifieste con toda intensidad en el marco de la estructura territorial que va a elaborar las normas que van a ser aplicables a todos los ciudadanos. Necesitamos un espacio político europeo³⁵ (una opinión pública europea) para que ese delicado equilibrio entre el elemento jurídico y el político alcanzado por los estados constitucionales internos se restablezca (de nuevo debemos hacer notar que la Directiva sobre el tiempo de trabajo es un indicio positivo). Hay una inflación del elemento jurídico en la línea de flotación de la Unión que soslaya el indiscutible valor de la política. Y ello es fácilmente comprobable si se observa el peso adquirido en la Unión por principios que exacerban la previsibilidad propia de la acepción más estricta del concepto de Estado de derecho (tales como el principio de protección de la confian-

³⁵ P. HÄBERLE, «¿Existe un espacio público europeo?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998, pp. 113-136.

za legítima). Y si no hay política, por ejemplo, no puede haber responsabilidad política.

Pero esta metodología también está definida por lo que no admite, esto es, por lo que no debe permitir al intérprete. Y así tenemos que plantear los elementos de cierre. En mi opinión, y de acuerdo con los principios que he ido esgrimiendo, éstos son las categorías básicas del constitucionalismo: democracia, libertad, igualdad, pluralismo. No admite métodos como el postmodernismo que estudia el fenómeno jurídico desde la fragmentación o la paradoja y sin reconocer papel alguno a los elementos que forman parte esencial del concepto racional-normativo de Constitución. La deconstrucción del derecho abdica de su pretensión reordenadora de los conflictos sociales³⁶. Quien estudie el Derecho constitucional europeo no puede dejarse seducir por los cantos de sirena del fracaso de la razón o del derecho como expresión del triunfo de la voluntad. No hay posibilidad de convertir al Derecho en un instrumento para perfeccionar la democracia sino es a través del paradigma de la Ilustración: liberado de sus explicables ingenuidades nos sigue permitiendo creer en la posibilidad de progreso.

Por ello, las reglas con las que nos acercamos al Derecho constitucional europeo tienen que partir de su sistemática³⁷. El Derecho constitucional europeo se constituye como un sistema, un conjunto de elementos normativos que se conciben desde la perspectiva la unidad, coherencia y plenitud que se atribuyen por definición a los sistemas (y en especial a los sistemas ordinamentales). Los diferentes elementos del sistema son el derecho comunitario y el derecho estatal, que se retroalimentan e integran mutuamente. El Derecho constitucional europeo tiene en su vanguardia nor-

³⁶ Me he ocupado de esta cuestión en «Derecho constitucional y postmodernidad (Sobre el fundamento del derecho según Derrida)» en *Derecho constitucional y cultura: estudios en homenaje a Peter Häberle* (coord. por Francisco Balaguer Callejón), Tecnos, Madrid, 2000, pp. 301-318.

³⁷ De la teoría de sistemas y su considerable éxito en el análisis jurídico son exponentes, a juicio de S. LÓPEZ AYLLON, KELSEN, HART, RAZ, KERCHOVE y OST, entre muchos otros. Cfr. *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, México, 1997 (especialmente capítulo preliminar)

mativa principios que se desgajan de los propios Tratados constitutivos y principios que forman parte del derecho comunitario una vez advertida su existencia como principios de los derechos de los Estados miembros y constatada su función positiva en el campo de la integración. Entre los sistemas y los subsistemas se crean necesariamente relaciones de coordinación y de conflicto que deben ser trabajadas por el intérprete para lograr la interacción más armónica, esto es, la unidad que es propia de todo sistema.

Como acabamos de advertir, una metodología sistemática que analice los diferentes elementos como parte de un todo en el que se integran tiene que considerar muy especialmente el papel desempeñado por una norma jurídica específica: el principio. Desde el inicio de la construcción europea, los principios han sido llamados a ejercer una gran influencia en su configuración teórica y en sus desarrollos prácticos. Realmente puede decirse que sus impulsos fundamentales han tenido lugar por acción de los principios de primacía, efecto directo, o responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario³⁸, principios por otra parte desgajados por la acción cuasi constituyente del Tribunal de Justicia. Es por ello que la metodología debe hacerse cargo de las peculiaridades que conlleva trabajar con este material normativo, caracterizado esencialmente por su imprecisión, flexibilidad y sobre todo, por su dependencia intrínseca, para convertirse en operativos, de la actuación jurisprudencial³⁹. Como hemos señalado, los principios se pueden recabar del propio derecho europeo o extraerlos de los derechos de los Estados miembros lo que exige el comprenderlos como parte del sistema normativo del que parten y al que se dirigen.

Y una última referencia para acabar este repaso, evidentemente no exhaustivo, de aquellas reglas metodológicas que el intérprete⁴⁰ del Derecho

³⁸ Que a su vez se remiten a nuevos principios como el de violación suficientemente caracterizada en el caso de responsabilidad por incumplimiento del derecho comunitario.

³⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2003.

⁴⁰ Hago evidente ahora un elemento que está presente en todo el trabajo. A saber: las reglas metodológicas a las que me he venido refiriendo tienen como referencia al intérprete doctrinal, no al aplicador de la norma. Sólo para el primero, cuya única vinculación debe ser la honestidad intelectual, tienen sentido en su totalidad.

constitucional europeo debe considerar. La nueva metodología debe reconocer un papel fundamental a la tónica, debe centrarse en los problemas reales y debe tratar de aportar soluciones plausibles. Ciertamente plantear una metodología sistemática y a la vez pragmática tiene una buena dosis de oximorón, pero no mayor que «Unidos en la Diversidad».

3. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN. LA COMPARACIÓN

Con esta metodología de referencia, una sucinta mención a los criterios de interpretación de las normas ⁴¹. Junto a los tradicionales, el literal, el sistemático, el histórico y el teleológico, aparece la comparación como un activo fundamental, uno de los que en mayor medida definen la construcción europea. Obsérvese que para que un principio jurídico de los sistemas jurídicos nacionales pueda considerarse integrante del ordenamiento comunitario ha de tener una presencia sustantiva en los Estados miembros (aunque en las Conclusiones del Abogado General en los asuntos acumulados C 120/06 P y C 121/06 P se afirma que para que un principio sea considerado principio de derecho europeo basta con que lo sea de un Estado miembro y sea funcional para la construcción comunitaria) ⁴² lo que exi-

⁴¹ Es muy importante desplazar los criterios de interpretación de la norma considerada aisladamente a los ordenamientos que operan como marco de referencia. Con la construcción europea hemos pasado de la norma a los ordenamientos de la misma manera que el paso del Estado liberal al constitucional puede caracterizarse como el paso de la ley a las leyes.

⁴² Concretamente señala el Abogado General Poiares Maduro en el párrafo 55 de sus conclusiones: «Si bien el Tribunal de Justicia ha de inspirarse en las disposiciones más características de los sistemas de Derecho interno, debe, ante todo, tratar de encontrar una solución que se adapte a las necesidades y a las características específicas del ordenamiento jurídico comunitario. Dicho de otro modo, corresponde al Tribunal de Justicia inspirarse en las tradiciones jurídicas de los Estados miembros para encontrar una respuesta a las cuestiones jurídicas análogas que se plantean en Derecho comunitario que sea al mismo tiempo respetuosa con las tradiciones jurídicas de los Estados miembros y adaptada al contexto propio del ordenamiento jurídico comunitario. Desde este punto de vista, puede incluso privilegiarse una solu-

ge comparar los diferentes ordenamientos. Por otra parte, el método comparativo es especialmente adaptado para un tiempo en el que la experiencia jurídica rebasa las fronteras estatales⁴³. La experiencia jurídica ya no es local como premonitoriamente advirtió el prof. Häberle. Comparar una norma es comparar su texto, su historia, su ubicación en el sistema del que forma parte, y sus fines. La propia construcción europea no es sino la novedad que resulta de la comparación de los diferentes modelos estatales que les servían de referencia y el proceso de depuración correspondiente. Comparar es salir, abrir, criticar, dialogar en torno a principios, en torno a reglas, de manera que sintetiza de forma admirable toda la perspectiva metodológica que he venido exponiendo.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, el método del Derecho constitucional europeo es el nuevo método requerido por la nueva realidad que marca una integración en proceso. Es un método en formación, como la propia realidad a la que se remite, y que se va adaptando conforme ésta evoluciona. En lo que tiene de constitucional debe partir de la democracia como principio rector de cualquier estructura de poder ejercida sobre un ámbito territorial. Y con este método se deben abordar los retos. En especial, está el reto de conseguir una democracia más avanzada. La autodeterminación personal (primero) y colectiva (después) que supone la democracia, la capacidad de decidir por nosotros mismos nuestro destino a partir de una reflexión personal en el seno de un proceso de comunicación racional con otros, exige transformar,

ción minoritaria, si responde mejor a las exigencias del sistema comunitario. Baste para convencerse de ello con recordar el ejemplo del «*Vertrauensschutzprinzip*» consagrado en Derecho comunitario a pesar de que sólo era conocido en Derecho alemán. Por consiguiente, el hecho de que sólo los Derechos español y francés establezcan la responsabilidad del poder público como consecuencia de un acto legislativo lícito no puede ser óbice para su reconocimiento en Derecho comunitario».

⁴³ Hasta el Tribunal Supremo Norteamericano en *Lawrence v. Texas* ha asumido por vez primera la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

o por lo menos cuestionar, multitud de aspectos de nuestro Derecho constitucional: desde este punto de vista hay que ordenar la relación entre derecho y tecnología; entre derecho y economía; la definición del demos (y los límites de la integración en nuestra comunidad política: la inmigración); el derecho de participación (para no circunscribirla únicamente al momento electoral y para que incluso en éste haya una mayor capacidad de elección)⁴⁴; las relaciones y la legitimidad de los actores políticos (Parlamento) y jurídicos (Tribunales) en el momento de decisión del interés general; el régimen jurídico de las estructuras comunicativas; el tratamiento de la educación pública como principal mecanismo para que las personas puedan trascender de las desigualdades de base y poder elegir su lugar social conforme a los principios de libertad, mérito y capacidad; la lucha contra el fanatismo y por la cultura como medios para la libertad, etc. El Estado es un artificio, la Unión Europea otro, y nuevos nos sucederán mientras los hombres no sean ángeles (como decía Madison) lo que nos debe resultar indiferente mientras el instrumento no nos haga peores.

Resumen:

Este trabajo intenta analizar cuál debe ser el método del Derecho constitucional europeo. Para ello comienza señalando la importancia histórica de las cuestiones metodológicas en la historia del derecho. Tras ello pasa a estudiar cuál es el contenido del Derecho constitucional europeo. Este derecho, el de la Europa como co-

⁴⁴ Es un imperativo lógico esencial que la nueva estructura política llamada a suplir al Estado en muchas de sus funciones no limite la participación de sus ciudadanos al momento electoral. Esto, asumido con una buena dosis de inconsciencia por los ciudadanos y la clase política de los Estados miembros, no es de recibo cuando se trata de pergeñar nuevos proyectos políticos. Por ello es absolutamente necesario postular unas estructuras de comunicación europeas, una esfera pública europea que pueda servir de vehículo para la formación de nuevos elementos comunes que nos permitan erigir un nuevo «Nosotros». Efectivamente creo que el concepto de pueblo no puede ser una pieza de partida indispensable en la UE pero sí debemos aspirar a crear una nueva comunidad política basada sobre elementos tendencialmente racionales (esto es no basados en el puro sentimiento, religión, raza, lengua o cualquier otra raíz), artificiales. Sin esta comunidad política no se puede avanzar en la constitucionalización de la Unión, no tiene sentido un Parlamento europeo.

unidad política en desarrollo, estaría compuesto por dos partes: primero, el derecho de la Unión europea con contenido constitucional y, segundo, los derechos constitucionales internos que resultan modificados por acción del derecho europeo. Estas dos partes tienen diferencias claras por lo que se refiere al método. Respecto del primer caso se trata de llevar más constitución a Europa y, en segundo término, de llevar más Europa a las Constituciones nacionales. En tercer lugar, la exposición pretende establecer cuáles son las características fundamentales de la metodología con la que se debe estudiar este Derecho constitucional europeo. La nueva metodología del Derecho constitucional europeo debe ser: 1) Adecuada 2) Crítica 3) Abierta, 4) Cerrada, 5) Sistemática, 6) Principialista. Con esta metodología es evidente que el método comparado resulta una aportación fundamental en la concreción del derecho constitucional europeo. Por último, trataremos de plantear cuáles son los retos a los que debe atender este nuevo Derecho constitucional europeo que, en definitiva, es el de lograr una nueva democracia.

Palabras Clave: Metodología, Derecho constitucional europeo, principios, democracia

Abstract:

This paper attempts to analyze what should be the method of European constitutional law. For this begins by noting the historic significance of the methodological issues in the history of law. Then consider what happens to the contents of European constitutional law. This law, in Europe as a political community in development, would consist of two parts: first, the law of the European Union with a constitutional content and secondly, the constitutional laws that are modified by internal action of the European law. These two parties are clear differences as regards the method. Regarding the first case, the constitution to take over Europe and, secondly, to take over Europe to the national constitutions. Thirdly, the paper aims to establish what are the key features of the methodology with which to explore this European constitutional law. The new methodology of European constitutional law should be: 1) Adapted to the new reality 2) Critical 3) Open 4) Closed, 5) Based on the Systems Theory, 6) Based on the principles. In this methodology is evident that the comparative method is a critical input in the realization of European constitutional law. Finally, we will try to raise what are the challenges we must meet this new European constitutional law that is to achieve a new democracy.

Keywords: Methodological approach, European constitutional Law, principles, democracy.