

ARMIN VON BOGDANDY, PEDRO CRUZ VILLALÓN Y PETER M. HUBER: *El Derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013

SUMARIO

- I. El propósito del libro.
- II. Los argumentos esenciales del libro.
- III. Algunas valoraciones.

I. EL PROPÓSITO DEL LIBRO

«En ningún lugar se hace tan patente la urgencia de una superación de la tradicional vinculación del Derecho Público al Estado-nación como en el caso de Europa» (p. 11). Estas rotundas palabras, que abren el prólogo del libro, renuevan un reto perseguido por la academia desde hace ya algún tiempo. Es indiscutible que, tal y como señalan los autores, la conjunción del derecho constitucional de los Estados miembros, el derecho de la Unión y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (desde ahora CEDH) conforma un fenómeno jurídico en torno al poder, que desenfoca muchas de las respuestas normativas y de las categorías científicas habituales. Reivindican así los autores nuevos caminos a la altura de la realidad —«un Derecho Público adecuado al espacio jurídico europeo» (p. 11)—, que sintetizan, como han hecho antes otros, en

el evocador lema del *ius publicum europeum*, que incluso von Bogdandy se atreve a dibujar en paralelo con el antecedente del Sacro Imperio (p. 177).

El derecho público europeo, en cuanto que entidad científica, ha de cumplir una función cognitiva primaria, dirigida a esclarecer el entramado normativo que conlleva el entrecruzamiento de fuentes con una común vocación constitucional, pero de origen diverso. Los autores descienden un escalón y atribuyen a esa labor dos objetivos. En primer lugar, «aprehender el verdadero significado de los actos jurídicos europeos —inspirados a menudo en modelos nacionales— o de las resoluciones de los tribunales europeos, ayudando a comprender la transformación del Derecho nacional que comportan» (p. 11). Es decir, el derecho público europeo debería ofrecernos el bagaje para entender ese camino de ida y vuelta que implica la apertura del Estado constitucional y que genera variaciones sobre conceptos clásicos. En segundo lugar, el derecho público europeo ayudaría «a los diversos operadores jurídicos, tanto a nivel de la Unión como a nivel interestatal, a entender las posiciones y actitudes de sus colegas, ajustando y densificando la

línea de argumentación propia» (p. 11). Esto es, la nueva ciencia, además, robustece la dialéctica, pues la palabra del otro marca la calidad de nuestras razones, que tienen ahora un ámbito natural de discusión mucho más amplio.

El derecho constitucional europeo, además, ha de facilitar la interpretación y aplicación de normas. Es por ello que resultan muy interesantes las breves referencias que el mismo prólogo realiza a la función de esta disciplina respecto a las dificultades que generan las tradiciones constitucionales como fuente del derecho de la Unión (artículo 52.4), la identidad nacional, las estructuras fundamentales políticas y constitucionales (artículo 4.2 del Tratado de la Unión) y la cláusula de cooperación leal (artículo 4.3).

Según los autores, el método que ha de alimentar el derecho constitucional europeo es el propio de derecho comparado («la llamada del derecho comparado se impone de inmediato», p. 11). Sin embargo, a este punto es precisa una aclaración. El libro que recensiono recoge tan solo los trabajos introductorios del primer volumen de una obra amplísima de los mismos editores —*Handbuch des Publicum Europaeum*—, en la que efectivamente se reúnen ensayos ordenados por países que afrontan una serie de cuestiones seleccionadas por los editores. Por el contrario, los ensayos de este libro exponen unas conclusiones formuladas de modo inductivo a partir de las contribuciones de la obra mayor. Así, Pedro Cruz Villalón aborda la tarea de «condensar y contrastar las líneas básicas del Derecho Constitucional correspondiente a una pluralidad ampliamente representativa de Estados integrantes del espacio constitucional europeo (p. 16)». Peter M. Huber analiza la «estatalidad abierta», esto es, cómo los Estados configuran su integración en la

Unión y el CEDH, mediante un «análisis comparado». Y von Bogdandy reflexiona sobre la evolución de la disciplina científica «derecho constitucional» y la posibilidad del nuevo camino que ofrece el derecho público europeo.

II. LOS ARGUMENTOS ESENCIALES DEL LIBRO

Pedro Cruz Villalón afirma que «[e]l conjunto de síntesis nacionales revela ante todo una pluralidad de historias paralelas con tendencias confluentes» (p. 16). El punto de partida común de esas historias es el origen, que, al margen de aquellos sistemas evolutivos —Gran Bretaña, Suiza, Países Bajos—, se fija en un momento constituye heterodoxo, de «discontinuidad en el fondo con continuidad en la forma» (p. 20). Constituciones provisionales, voluntad de pacto, fórmulas ambiguas, el aparcamiento de algunos temas y la prolongación del periodo constituyente más allá del tiempo de la asamblea que aprueba la Constitución, conforman los rasgos definidores.

La preocupación por el origen conduce a otro interrogante clásico y común, la tensión entre estabilidad constitucional y cambio, para la que Cruz Villalón utiliza el término «estrategias de preservación» (p. 33). Y subraya la importancia general de la reforma constitucional, la mutación constitucional y la jurisdicción constitucional en la búsqueda del equilibrio necesario.

El resultado son Estados en los que el derecho ocupa una «posición estratégica», es el «instrumento por excelencia de la operatividad de estas comunidades políticas nacionales» (p. 35). Y a su frente, salvando la particularidad británica, una Constitución normativa, rígida, garanti-

zada jurisdiccionalmente y que en virtud de su «fortísima posición valorativa» (p. 37) estructura el ordenamiento, pero también «constitucionaliza el ordenamiento» penetrando en el terreno del derecho privado (p. 35).

Según Cruz Villalón, las Constituciones contemporáneas afrontan dos cometidos básicos. Primero, definir la posición del individuo en la sociedad. Aquí, los derechos fundamentales son un «ámbito de confluencia» (p. 47), tanto en su contenido como en las garantías jurídicas que se les anudan. E igual ocurre con la solidaridad social, que en general presenta la dificultad compartida de su normatividad y justiciabilidad. La segunda tarea tiene que ver con la integración política del Estado. Todas las Constituciones, con cierta variabilidad terminológica —pueblo, nación, estado, república—, son actos de «autopercepción de la comunidad» (p. 52). Y en ellas, el *demos* se estructura en torno a la democracia representativa con «carrera triunfal del sistema parlamentario» compensado por «un aumento del peso relativo del poder judicial en el conjunto del sistema» (pp. 57 y 58). En el tratamiento del *foedus* es donde Cruz Villalón subraya la pluralidad y la agrupa en tres tipos, la estructura federal, otras organizaciones descentralizadas y Estados unitarios con elementos singulares de descentralización política.

Al final del ensayo encontramos un asunto novedoso, el de la identidad constitucional, que el propio autor califica como un «problema moderno» (p. 64). Esta categoría quizá sea otra forma de expresar la autonomía constitucional de cada Estado, pues conlleva «una voluntad de ser de una determinada manera» (p. 65). En ocasiones las Constituciones han formalizado esa identidad y, en otras, co-

rresponde al constitucionalista «inducirla» (p. 65).

Uno de los rasgos distintivos del constitucionalismo europeo es la apertura de las Constituciones nacionales (Cruz Villalón, p. 45). Pues bien, este es el tema que aborda Peter M. Huber en el segundo trabajo del libro, aunque prefiere utilizar el término de «estatalidad abierta», variación que, sin embargo, no supone una perspectiva radicalmente distinta entre los dos autores, ni invoca el viejo dilema alemán entre Constitución y Estado.

Huber comienza recordando la escasa relevancia que la cuestión europea tuvo en los momentos constituyentes, en parte porque existía el motivo compartido de preservar la paz mediante un acuerdo económico. Pero como muy bien denota el autor, bajo esa aceptación generalizada latían intereses nacionales: Alemania e Italia querían recuperar un cierto estatus de igualdad, Francia compensar su caída como potencia europea, Gran Bretaña codirigir la dirección de Europa, España, Portugal, Grecia y los países del Este lograr estabilidad política y prosperidad económica, y los países pequeños afianzar una política de seguridad e influir en aspectos fuera de su alcance (pp. 72 y ss.).

Esta diversidad de intereses explica que el debate sobre la participación en la Unión fuese ganando voltaje con el Tratado de Maastricht hasta alcanzar el Tratado constitucional, sin que el autor, dada la fecha de la edición alemana de este ensayo, haya podido reflexionar sobre la dificultad contemporánea en torno a la crisis. La discusión sobre Europa es un debate, y esto lo presenta muy bien Huber, que se despliega en dos ámbitos. El político, que tiene su punto álgido en los referéndum, razón última de algunos frenazos y vaivenes; y el jurídico, materializado en las decisiones de los tribunales constituciona-

les, en especial el alemán, que, sin duda, «abrió una perspectiva nueva, diferente, de la integración europea» (p. 80).

En su trabajo, Huber se centra esencialmente en la perspectiva jurídica de ese debate constitucional. Así, plantea los «fundamentos dogmáticos de la condición de Estado miembro» (p. 84), situados, sin excepción, en sus Constituciones, que recogen procedimiento singulares acompañados generalmente de mayorías cualificadas. La consecuencia de este presupuesto constitucional es la relativización de la primacía del derecho de la Unión, concretamente frente al derecho constitucional.

A partir de ahí, el autor ofrece un recuento de las «zonas de conflicto» (pp. 92 y ss.), que merece la pena ser leído conservando en mente los rasgos comunes distinguidos por Pedro Cruz Villalón. Si la identidad constitucional ha cobrado relevancia en los últimos tiempos, se entiende que la soberanía, la estatalidad o la democracia surjan como espacios naturales de fricción. Del mismo modo, la «carrera triunfal del parlamentarismo», ahora ha de ser matizada por la desparlamentarización y el fortalecimiento del poder ejecutivo que provoca la europeización. Y, en fin, la importancia que las Constituciones nacionales dan a los derechos fundamentales y al *foedus*, explica asimismo que esos ámbitos sean lugar de asperezas. Pero todavía más. Esas fricciones han tomado cuerpo en la forma de límites a la estatalidad abierta. La soberanía, la estatalidad o la democracia, la posición de los Estados como señores de los Tratados, la estructura territorial y, por supuesto, los derechos fundamentales cobran forma de «prescripciones expresas o implícitas — generadas a través de la jurisprudencia y la doctrina—» (p. 121).

Sin embargo, creo que es de especial importancia atender al epígrafe relativo a «la relevancia práctica de las líneas de conflicto». Afirmo en el Huber que «a pesar de estas numerosas áreas [de conflicto], se aprecia en general cierto agotamiento de los tribunales (constitucionales nacionales)» (p. 114), de modo que «amplios sectores de la doctrina, consideran prácticamente inexistente la posibilidad de un conflicto entre el Derecho de la Unión y las garantías constitucionales nacionales» (p. 114). Concretamente, respecto a los derechos fundamentales, piensa Huber «que en la práctica se trata de una cuestión poco diferenciada» (p. 116), aunque señala algunos problemas, como la distinta intensidad de control del Tribunal de Justicia más liviana en el caso del derecho de la Unión que en el derecho del Estado, o el conocido problema del ámbito de aplicación de la Carta. Pero es en «la protección del programa de integración», donde atisba el autor mayores riesgos, sobre todo en la llamada «problemática ultra vires» (p. 117).

¿Cómo salvar, entonces, estas amenazas, hipotéticas o reales, que se ciernen sobre la articulación de unos ordenamientos en relación recíproca, que interactúan, que son «constituciones complementarias»? (p. 140). El profesor Huber esboza tres caminos. Un «acoplamiento estructural» (p. 140) que resulta de las leyes de aprobación de la reforma de los tratados, pero también de las reformas constitucionales (p. 120). Mediante una «interpretación amistosa» (p. 140), que permita la absorción mutua de los elementos materiales. Y, finalmente, a través de la cooperación legislativa, administrativa y jurisprudencial (p. 141).

Aceptar que la estatalidad abierta repercute sobre la organización del poder que estipulan las Constituciones na-

cionales, implica necesariamente extraer algunas conclusiones científicas referidas al derecho constitucional en cuanto que disciplina científica. Este es el tema que aborda Armin von Bogdandy en el tercer trabajo del libro.

Comienza el autor destacando los tres factores que «ponen en duda, hoy día, los modos establecidos de desarrollar la ciencia constitucional en Europa». Primero, la voluntad de crear un espacio europeo del conocimiento, que, en analogía con el mercado europeo, presiona sobre las estructuras nacionales. Segundo, el hecho de que la Constitución nacional vaya perdiendo peso en la configuración constitucional del espacio jurídico europeo. Y, tercero, la influencia de las universidades de los Estados Unidos en la selección y formación de «los futuros cuadros de la investigación europea» (p. 144).

Pero, ¿cuál es el método establecido en el desarrollo de la ciencia constitucional en Europa? Según von Bogdandy, de un lado, la autonomía conceptual bajo la idea de que tal clarificación de la realidad jurídica mediante categorías coadyuva a la estabilidad y a la igualdad. De otro lado, la «entronización del Derecho Constitucional» (p. 161) fruto de la primacía formal de la Constitución que a través de los derechos fundamentales y de la jurisdicción ha provocado «más conflictos, más casos, mayor expansión» (p. 161). Entronización que se manifiesta en la posición que ocupa el estudio del derecho constitucional, «en su papel en la formación de la identidad del futuro colectivo de juristas» (p. 163), cumpliendo así una función de «cohesión social» (p. 163), que puede incluso cobrar una «función legitimadora» y formadora de la ética de los juristas (p. 172).

Hoy, este «modo establecido» nos da una disciplina autónoma, con una uni-

dad de método que permite la variedad de temas sin que la naturaleza científica del trabajo sea puesta en discusión. Pero «las ciencias jurídicas constitucionales en Europa están muy lejos de una ciencia jurídica constitucional *común*? [...] lo que prueba que actualmente solo puede hablarse de un *iuspublicumeuropaeum in fieri*, cuando menos en el sentido de un denso tejido europeo de discusión y recepción», pero «¿debería existir tal ciencia?», «¿cómo podría ser una ciencia de este tipo?», (pp. 178 y 179, —las cursivas son del autor—).

Von Bogdandy considera que, siendo el derecho público europeo una necesidad, hemos de estar preparados para asumir su estructura fragmentaria y heterogénea. Ya «nadie podrá tener una visión general de la situación jurídica y la producción científica en el espacio jurídico europeo de la misma manera que un ámbito jurídico nacional». No consistirá en la creación de «instituciones dogmáticas comunes». Se recurrirá con mayor intensidad a los iusfilósofos. Podrán formarse comunidades discursivas transnacionales. Y, sin sustituir la construcción dogmática nacional, esta evolucionará ampliando el componente comparativo (todos estos elementos se hallan en la página 179).

III. ALGUNAS VALORACIONES

El valor de cualquier libro se mide por su capacidad para formular preguntas. No cabe duda de que, bajo ese parámetro, esta obra es del máximo interés, pues nos llama a reflexionar sobre la posibilidad de una nueva orientación en nuestra disciplina, el derecho constitucional europeo, construida sobre la prioridad del método comparado. Ahora bien, una propuesta tan ambiciosa, estimula necesariamente

nuevos interrogantes. Brevemente, y con el ánimo de subrayar la importancia del trabajo recensionado, me limitaré a señalar algunos.

Lo común frente a lo nuevo

La comparación es un instrumento cognitivo del máximo nivel. Señala nuestras diferencias y así refuerza la comprensión de lo particular. Y al destacar lo común da elementos complementarios que repercuten también en un mejor entendimiento de cada sistema jurídico. En el caso español, históricamente, además, ha cumplido una función de legitimidad política, pues la construcción del derecho constitucional siempre se ha hecho con una mirada puesta en los otros, buscando una senda que nos homologara. Más aún, con o sin referencias expresas, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha nutrido de soluciones foráneas, de ahí que también quepa reconocer una utilidad interpretativa al derecho comparado.

Tengo algunas dudas, sin embargo, de que el derecho comparado y el sustrato común que genera posean fuerza suficiente para explicar el derecho de la Unión. En mi opinión, el derecho constitucional de los Estados se construye sobre un paradigma de funcionamiento —la dicotomía mayoría de gobierno/oposición—, que no está presente en la Unión, lo cual dificulta sobremanera un trasplante más o menos intenso de las construcciones elaboradas para al primero. Así, por ejemplo, ¿nos sirve de algo analizar el sistema de gobierno de la Unión a partir de los presupuestos que aplicamos en el Estado?, ¿y el sistema de fuentes de la Unión, encaja en esa perspectiva?, ¿ayudan las teorías que justifican la posición de los Tribunales Constitucionales para estudiar la del Tribunal de Justicia? Quizá algún provecho saquemos de la dogmática de los derechos fundamenta-

les, pero la llamada a las tradiciones constitucionales para su interpretación, ¿de verdad ofrece suelo firme? Y, por último, las evidentes similitudes en las técnicas de organización vertical del poder —principio de competencia, listados— ¿están dando mimbres para afrontar el problema de organización presupuestaria que impone la actual crisis?

Creo que la comparación y lo común valdrán para entender el proceso de integración si se defiende la artificial pretensión de construir la Unión desde los presupuestos del Estado constitucional. En caso contrario, lo común solo certificara, y no es poco, que estamos ante una realidad nueva.

¿Estatalidad abierta o pluralismo constitucional?

El precario rendimiento de los conceptos elaborados a través de la comparación, se debe a la propia pérdida de normatividad de la Constitución estatal frente al derecho de la Unión. Esta idea está presente con gran fuerza en el trabajo de Peter M. Huber, cuando expone la escasa relevancia práctica de los límites jurídicos trazados expresa o implícitamente desde las normas supremas nacionales. Así las cosas, podríamos concluir que el concepto de estatalidad abierta es muy provechoso en términos descriptivos, pero poco ayuda a ordenar las relaciones entre el derecho constitucional del Estado y el de la Unión.

No debe sorprender, por tanto, que en la doctrina se esté abriendo paso como contrapartida la reivindicación del llamado «pluralismo constitucional». Son muchos los estudiosos que han trabajado este concepto, pero la matriz compartida consiste, cuando se trata de articular las relaciones entre el derecho constitucional del Estado y el de la Unión, en renunciar

a la búsqueda de principios jurídicos, generales y abstractos. Hallamos así una versión de este pluralismo constitucional que directamente propone vías políticas para la resolución de conflictos. Otras tesis más matizadas se centran en el diálogo de jurisdicciones y apelan a la razonabilidad como criterio último de ordenación. Y, finalmente, hay quien busca en la cuestión prejudicial o en el «margen de apreciación» instrumentos formales con los que evitar las aristas más salientes de los posibles conflictos.

Sea como fuere, lo llamativo es que, bajo el manto del pluralismo constitucional, se abandona la exigencia metodológica de elaborar conceptos materiales capaces de explicar y ordenar el problema del poder. De algún modo, conducen a una inevitable caída en la casuística.

¿Derecho comparado o teoría constitucional?

El derecho comparado no construye conceptos. En verdad trabaja sobre categorías previamente elaboradas y las estudia en sus diversos contextos con el afán de conocer su esencia y mutabilidad. Creo que el derecho comparado, más que un fin en sí mismo, es un instrumento metodológico, entre otros, encaminado a dar soporte al verdadero objetivo final, una teoría general. El fenómeno jurídico del derecho constitucional europeo, ese entramado de Constituciones nacionales, CEDH y derecho de la Unión, necesita ciertamente un nuevo impulso científico, que, en mi opinión, pasa por retomar una teoría constitucional con tres rasgos esenciales.

La teoría constitucional capaz de entender y ordenar el derecho constitucional europeo debe ser en primer lugar pragmática. Ha de estar guiada prioritariamente por la necesidad de resolver problemas de aplicación e interpretación del derecho. Así, un paso imprescindible es delimitar con claridad cuáles son las específicas dificultades que presenta el derecho constitucional europeo frente al estatal, porque si concluimos que su relevancia práctica es relativa, entonces, parece obvio que estaremos inmersos en una labor estéril.

En segundo lugar, la teoría constitucional tiene que preocuparse por los fines. No olvidemos que toda la dogmática del derecho constitucional estatal —y esto está presente de forma clara en las conclusiones de Cruz Villalón— se ha construido sobre una racionalidad o funcionalidad clara, la articulación del pluralismo. Así, la teoría constitucional que estudie el derecho constitucional europeo ha de buscar la racionalidad de esa realidad incontestable que supone una organización del poder fragmentado en diversos espacios jurídicos.

Solo desde una perspectiva pragmática y centrada en el *telos*, es posible alcanzar entonces una teoría constitucional dogmática. Capaz, en definitiva, de generar conceptos que den un sentido sistemático a la realidad jurídica en estudio, facilitando su interpretación y aplicación, a la vez que generando seguridad jurídica e igualdad.

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Granada

