

DOS VISIONES DEL DERECHO EUROPEO: HANS Kelsen Y HERMAN HELLER

MANUEL FONDEVILA MARÓN

Universidad de La Coruña

I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS GRANDES CUESTIONES METODOLÓGICAS SOBRE LOS ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO COMUNITARIO.—III. CRÍTICA AL MONISMO JURÍDICO RADICAL: LA NECESARIA Y POSIBLE COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL.—IV. HELLER Y Kelsen EN LA BÚSQUEDA DE UNA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO COMUNITARIO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

A propósito de cumplirse 80 años de la muerte de Hermann Heller y 40 años de la muerte de Hans Kelsen, este estudio aborda las contrapuestas teorías jurídicas de ambos autores, y cómo estas dan lugar a diferentes posturas metodológicas para el estudio y la práctica del Derecho Comunitario europeo, especialmente por lo que a Derechos Fundamentales se refiere. Las principales discrepancias entre ambos autores son, por un lado, la disyunción dualismo-monismo para explicar la naturaleza del Derecho Internacional y el Derecho estatal y, por otro, la a toma de postura en torno al concepto de soberanía. Nuestra tesis es que la teoría jurídica kelseniana, que tanto influye en el Derecho Comunitario europeo actual, implica consecuencias negativas para la efectividad de los Derechos Fundamentales y la Democracia. Por ello, proponemos una relectura de Hermann Heller para poder superar la actual crisis por la que atraviesa la Unión Europea..

Palabras clave: soberanía; monismo jurídico; derechos fundamentales; democracia.

ABSTRACT

In the 80th anniversary of the death of Herman Heller and 40th anniversary of the death of Hans Kelsen, this essay study the opposite theories of both authors and how these lead to different methodological positions for the study and practice of European community Law, in particular respect to Human Rights. The main differences between the two authors are, firstly, the disjunction dualism-monism to explain the nature of international law and state law, and secondly, his position on sovereignty concept. Our thesis is that Kelsen's legal theory, which strongly affects the current European Community Law development, implies negative consequences for the effectiveness of Fundamental Rights and Democracy. Therefore, we propose a rereading of Hermann Heller in order to overcome the current crisis being experienced by the European Union.

Key words: sovereignty; legal monism; human rights; democracy.

I. INTRODUCCIÓN

Hermann Heller, exiliado desde Enero de 1933 de Alemania como consecuencia del ascenso al poder del nazismo, fallecía en España, el 5 de Noviembre de ese mismo año, a causa de un ataque al corazón. También en 1933, concretamente el mes de Abril y por la misma razón, Kelsen era destituido de la Universidad de Colonia (aparentemente por «marxista» aun cuando no pertenecía formalmente al partido socialdemócrata), a pesar de la oposición del claustro de Profesores, la cual sin embargo no prosperó porque faltaba una firma, la de Carl Schmitt, a quien Hans Kelsen había ayudado a conseguir la plaza. Cuando ese mismo mes se aprueba una infame ley antijudíos en Alemania, Kelsen (quien se encontraba en Suecia dictando unas conferencias) pide a su vuelta el permiso de salida de Alemania que consigue, con suerte, gracias a la ayuda de un funcionario. Estuvo 2 años enseñando en Ginebra y de ahí pasó a la Universidad de Praga, que tuvo que abandonar, por la invasión nazi, afincándose finalmente en los Estados Unidos, concretamente en Harvard, a partir de 1940. Dos años más tarde pasaría a la Universidad de Berkeley (California) donde enseñaría y viviría a lo largo de su vida, que se prolongó hasta 1973.

Las premisas positivistas y avalorativas que defendió en todos sus trabajos este último son el paradigma epistemológico que sirve a la construcción del espacio jurídico europeo, aun cuando el Profesor de la Universidad de Viena no se haya preocupado especialmente (hasta donde nosotros sabemos) de un proceso de integración política y económica que mientras duró su vida académica en los Estados Unidos, estaba aún en ciernes. De este modo, como veremos,

especialmente en *Das Problem der Souveränität* Kelsen establece premisas que de un modo consciente o inconsciente serán posteriormente usadas por los teóricos y prácticos del Derecho Comunitario europeo para propiciar su desarrollo(1). Esta circunstancia no debe sorprender a nadie puesto que el positivismo jurídico es el paradigma epistemológico por excelencia de la Ciencia Jurídica, aun cuando recientemente haya sido sometido a diversas críticas.

Poco más ha abordado la cuestión Hermann Heller, pues, también hasta donde a nosotros se nos alcanza, únicamente se plantea el problema de Europa como unidad política en una breve reflexión final de su importante obra *La Soberanía*. Allí simplemente nos dice, aunque a nuestro juicio es suficiente, que «el jurista y el político que viven la realidad no deben dejarse engañar por la agitación política que necesariamente se suscitará por el solo anuncio de que se privará a los estados nacionales contemporáneos de su soberanía, ya que en efecto, la realización del ideal de la unidad europea tiene que partir del encuadramiento de todas las unidades nacionales en un Estado soberano que las abarque a todas»(2). En su caso, que no haya abordado profundamente la cuestión resulta mucho más fácil de comprender puesto que, tal y como hemos dicho, su muerte se produce en 1933, mucho antes de que con el Tratado de la CECA (1951) se pusieran las bases de lo que sería la futura Comunidad Europea.

Como es sabido, treinta años después de la muerte del constitucionalista y politólogo alemán el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adoptaba exactamente la postura contraria cuando afirmaba, en su sentencia *Van Gend & Loos*, de 5 de Febrero de 1963 que:

«Ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico.»

(1) Como indica el Profesor P. De Vega en un trabajo sobre Gaetano Mosca, no se puede en principio, culpar al intelectual de la utilización por parte del político de su obra. Sin embargo, acaba culpando a Gaetano Mosca, y nosotros creemos poder también culpar a Kelsen, de lo ocurrido, dado que «el científico puede prever las consecuencias de sus acciones enmarcando su actividad en el proceso social en el que opera y del que forma parte, y de acuerdo con el sistema de valores de su mundo y su tiempo, ser también culpable o inocente» (Cfr., DE VEGA, P (2004): 67).

(2) HELLER, H (1995): 311.

Basándose en esta jurisprudencia, afirma en el Dictamen 1/91 que el Tratado CEE es la «carta constitucional» de la Comunidad Europea y en su sentencia *Les Verts* que «la Comunidad Económica Europea es una comunidad de Derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que constituye el Tratado».

Esta hermenéutica, incluso para aquellos que la consideran «incuestionable» (cosa que no compartimos), ha contribuido a generar el tantas veces mencionado déficit democrático de la Unión Europea. La argumentación empleada, en pro de hacer valer el imperio de la ley, favorece a unas normas emanadas de opacos comités de expertos que no rinden cuentas a la ciudadanía (3). No resulta demasiado difícil ver en ella la lógica del monismo jurídico kelseniano, pues se afirma la primacía del Derecho Comunitario sobre el estatal por formar parte éste del Derecho Internacional (que se presupone superior jerárquicamente a los Estados).

Por ello, lo verdaderamente importante de una reflexión en torno a las teorías de H. Kelsen y H. Heller por lo que respecta al Derecho europeo, cuando se cumplen cuarenta años de la muerte del primero y ochenta de la muerte del segundo, es, al menos para nosotros, establecer que la aplicación de los principios jurídicos del Profesor de la Universidad de Viena al proceso de integración europea son el origen no sólo de algunas aporías sino, fundamentalmente, del tan manido déficit democrático de la Unión y que —en nuestra humilde opinión— éste puede ser reconducido desde los planteamientos del jurista y político socialdemócrata alemán.

II. LAS GRANDES CUESTIONES METODOLÓGICAS SOBRE LOS ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO COMUNITARIO

Comenzaremos diciendo que, en síntesis, las dos cuestiones metodológicas fundamentales por lo que respecta al desarrollo del Derecho Comunitario es, de un lado, la disyunción monismo-dualismo, y por otro lado, aunque muy relacionado con el primero, la toma de postura en torno al concepto de soberanía. En este epígrafe comenzaremos exponiendo en qué consiste, fundamentalmente, dicha problemática para, en los dos subsiguientes, someterlas a crítica.

Debemos advertir, con carácter previo, que el objetivo de este epígrafe no es, ni mucho menos, exponer pormenorizadamente los argumentos al respecto de nuestros dos autores, y contrastar, de modo dialéctico, las pos-

(3) Cfr. WEILER, JOSPH H. H. (2012):31 y ss.

turas de ambos. Ello, en primer lugar, superaría los límites materiales impuestos para este trabajo y, en segundo lugar, carecería hasta cierto punto de interés científico por cuanto que estamos convencidos, al igual que Heller, que «quien se haya dado cuenta exacta del método que sigue y haya comprendido por qué su antagonista científico hubo de llegar, por otro camino, a resultados distintos, podrá afirmar, de modo definitivo, que la oposición radica en los supuestos y, con ello, renunciará cuando trate de cada cuestión, a citar las opiniones discordantes en notas profusas, algo que constituye algo más que una falta de buen gusto en la ciencia alemana» (4). Así pues, nos limitaremos, como no podía ser de otro modo, a trazar las líneas maestras del pensamiento de ambos autores dando por conocidos los corolarios de las mismas y evitando, también nosotros, profusas críticas sobre cada afirmación concreta.

Por lo que respecta a la disyunción monismo-dualismo, el Profesor de la Universidad de Viena argumenta ampliamente, en un libro que, hasta donde sabemos, no tiene edición en castellano, en favor del monismo jurídico y, en última instancia, de la subordinación del Derecho estatal al Derecho Internacional (5). Su argumentación es, en síntesis, la siguiente: La unidad del punto de vista del conocimiento exige imperiosamente una concepción monística (6). Para este autor, la distinción de fuentes del Derecho Internacional y el Derecho estatal es puramente formal, y no implica una diversidad de contenido normativo (7) y, tampoco, de objeto, puesto que tanto el Derecho Internacional como el Derecho estatal regulan comportamientos humanos (8). Lo que ocurre —dirá— es que las conductas humanas que sanciona el Derecho Internacional son imputadas no a ellos mismos sino al Estado. De ahí se deduce que el ordenamiento jurídico internacional delega en el ordenamiento estatal el cual, por lo tanto, está subordinado a aquél (9).

Toda la tesis pivota sobre un mismo presupuesto apriorístico: si aceptásemos la teoría dualista del Derecho (que el Profesor de Viena reconoce como lógicamente posible) (10), tendríamos que aceptar también hipotéticamente la posibilidad de un conflicto entre ambos ordenamientos puesto que —tal y como hemos visto— ambos tienen objetos similares. Sin embargo, afirma literalmente: «La teoría del Derecho Internacional no ha renunciado a

(4) Cfr., HELLER, H. (1972): 47.

(5) Cfr., KELSEN, H. (1989): 177 y ss.

(6) Cfr., KELSEN, H. (1989): 180.

(7) Cfr., KELSEN, H. (1989): 182.

(8) Cfr., KELSEN, H. (1989): 184.

(9) Cfr., KELSEN, H. (1989): 192.

(10) Cfr., KELSEN, H. (1989): 215.

concebir el Derecho Internacional y el Derecho estatal como ordenamientos contemporáneamente válidos desde un punto de vista jurídico que comprenda a ambos sistemas normativos» (11).

Kelsen no especifica en esta ocasión el fundamento último de validez del Derecho Internacional que, como estamos viendo, superpone al estatal. De hecho, apenas simplemente trata de refutar el argumento de Triepel (y como hemos visto, también de Heller) según el cual la validez del Derecho Internacional se fundamenta en la voluntad del Estado puesto que este obliga no a uno sólo sino a una multiplicidad de ellos (12). En el prólogo de la obra que estamos comentando (escrito en 1920) indicaba el Profesor de la Universidad de Viena que llevaba trabajando en una teoría pura del Derecho desde que 9 años antes publicara su *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Esta es por tanto una segunda gran entrega de un proyecto de investigación que culminaría cuando en 1934 (por lo tanto, 14 años más tarde) publicase la primera edición de la *Reine Rechtslehre*. La solución allí planteada es bien conocida por todos los juristas y sobre ella han corrido ríos de tinta, razón por la cual no entraremos aquí en detalles. Se trata de la conocida *Grundnorm* kelseniana, es decir, una «norma fundante» del ordenamiento jurídico comprendido como un todo que si bien fundamenta la validez de las normas guarda silencio acerca del contenido de estas (13).

La postura contraria es mantenida por Heller. Se podría decir, de hecho, que la teoría helleriana sostiene la imposibilidad lógica del Orden Jurídico Internacional como un orden unitario, no ligado a la voluntad decisoria de uno o más estados (14). Su tesis, que expresamente reconoce basada en la obra de Triepel, consiste, literalmente, en que: «la validez del Derecho Internacional está fundada en la voluntad común de los Estados y en la validez de las normas jurídicas fundamentales, de lo que resulta, de manera evidente, que la norma jurídica individualizada por la voluntad común de los Estados se encuentra a la vez sobre ellos y, en todo tiempo, a su disposición o arbitrio» (15). A diferencia de Kelsen, cuya *Grundnorm* es de carácter internacional, sostiene Heller que no existe una norma fundamental válida en el Derecho Internacional. Concretamente refuta (piénsese que este libro está escrito antes que la obra maestra del Profesor de Viena) tanto la idea del principio de igualdad de los Estados como el de la regla *pacta sunt*

(11) *Idem*. Traducción propia.

(12) Cfr., KELSEN, H. (1989): 196.

(13) Cfr., KELSEN, H. (1998): 204.

(14) Cfr., HELLER, H. (1995): 239.

(15) Cfr., HELLER, H. (1995): 231.

servanda (16). En el Derecho Internacional encontramos cada vez más normas positivas que regulan la acción de los Estados. Estas normas jurídicas les vinculan en tanto que se han obligado a las mismas en virtud del algún Tratado o Convenio. Y añade que más allá de que políticamente sea factible para algún Estado mantenerse al margen de la Comunidad Internacional, no hay nada que jurídicamente obligue a un Estado que se mantiene al margen de las relaciones diplomáticas, ni tampoco nada que pueda obligarle a entrar en ellas (17).

Alguien puede pensar, sacando una conclusión precipitada, que lo que hace Heller es, pura y simplemente, destruir el Derecho Internacional (o, al menos, su obligatoriedad y fuerza jurídica vinculante). Nada más lejos de la realidad. Por el contrario su postura es perfectamente coherente con la que mantiene en relación al Derecho estatal. Igual que de su doctrina se desprende que, porque lo esencial de la soberanía, es la de emanar las normas positivas fundamentales de una Comunidad Política, esta unidad decisoria universal (poder soberano) podrá modificarlas en todo tiempo y lugar, igualmente lógico es que pueda desvincularse de las obligaciones internacionales, por un acto de la misma naturaleza. Así, cuando Heller afirma la necesaria primacía del Derecho estatal frente al Derecho Internacional no lo hace con base en abstracciones metafísicas como la presunción de la norma fundante kelseniana sino, desde el más puro realismo político, afirmando que el Pueblo soberano, voluntad decisoria universal, reside en el marco territorial estatal (18).

Aunque es habitual otorgar la etiqueta de «neokantiano» a Kelsen, en el asunto que nosotros abordamos en estas páginas es, sin embargo, la teoría helleriana la que está, como puede apreciarse, y tal como expresamente reconoce el autor, basada en los presupuestos expuestos por Kant en *La Paz Perpetua* (19), por cuanto que el Derecho Internacional no es —como parece deducirse de Kelsen— una noción abstracta, inmutable, eterna, sino que tiene como presupuesto fundamental el aislamiento de los Estados que establecen relaciones entre ellos.

Se habrá percibido ya la cuestión dualismo-monismo está íntimamente ligada con la otra cuestión fundamental: la soberanía. De hecho, las dos obras que venimos comentando contienen en el título, precisamente, una alusión a este concepto.

(16) Cfr., HELLER, H. (1995): 237 y ss.

(17) Cfr., HELLER, H. (1995): 239.

(18) Cfr., HELLER, H. (1995): 275.

(19) Cfr., HELLER, H. (1995): 229.

Además, tanto Kelsen como Heller reconocen expresamente la relación de ambos planteamientos. Así, nos dice, literalmente, el Profesor de la Universidad de Viena, en una conclusión del capítulo de su obra en la que aborda el problema del Derecho Internacional, y en la que vuelve a insistir en lo contradictorio —a su juicio— de la concepción dualística, que:

«Examinando las relaciones en las que se puede encontrar el dogma de la soberanía con la construcción dualística del Derecho Internacional, parece que esta construcción, en su manifestación lógicamente correcta —en la medida en que una tal manifestación pueda ser realizada prácticamente, esto es, llenando de contenido las normas que forman ambos sistemas— deja espacio a la representación de la soberanía del Estado individual; a pesar de que solo en la medida en que se insiste sobre uno de los dos puntos de vista que caracterizan esta construcción, el naturalístico. Si se establece, de hecho, la consideración de la soberanía del Estado individual sobre su ordenamiento jurídico y no se interroga más allá sobre su validez, se satisface verdaderamente esa condición que constituye, desde un punto de vista lógico-jurídico, la esencia de la soberanía: la aceptación del ordenamiento jurídico del Estado individual como sistema de normas supremo, esto es, no ulteriormente derivable. Uno tiene la impresión que verdaderamente la posibilidad de esta aceptación constituye el motivo —aun inconsciente— de los intentos ciertamente fallidos de una construcción dualística, que en realidad, es solo una construcción pseudo-dualística. Quiriendo afirmar por un lado el Estado y su ordenamiento como «soberanos», por el otro lado se ve, sin embargo, forzados a admitir el postulado de un ordenamiento jurídico internacional superior a los Estados, se busca una teoría que tenga en cuenta ambos conceptos y se cree haberla encontrado en la fórmula según la cual el Derecho Internacional el Derecho estatal son dos ordenamientos, independientes uno del otro» (20).

Huelga decir que, por supuesto, la crítica que dirige Kelsen concretamente a Triepel en el fragmento citado no puede extrapolarse a la posterior obra de Heller que estamos comentando, pues como hemos visto, la noción de «norma fundamental» en la obra de Heller sirve precisamente para salvar este escollo. De acuerdo con ésta, evidentemente, se habla de dos sistemas jurídicos distintos porque tienen distinto objeto y sujeto —por más que Kelsen niegue lo que desde Grocio es la base del Derecho Internacional: un Derecho constituido por Estados y que vincula únicamente a estos— aunque el Derecho Internacional no sería, en rigor, un ordenamiento jurídico como tal, por carecer, precisamente, de una norma fundamental que le dote de coherencia interna.

(20) KELSEN, H. (1989): 220-221. Traducción propia.

Hecha esta aclaración, lo que nos interesa ahora es indicar que también Heller vincula el problema metodológico sobre dualismo y monismo del ordenamiento jurídico a la concepción acerca de la soberanía. Para mostrarlo vamos a transcribir también un fragmento de su obra en la que aborda esta cuestión en expresa dialéctica con la escuela de Viena:

«La oposición entre la Teoría pura del Derecho y la verdadera Ciencia del Derecho se caracteriza por la diferencia en el punto de partida: para la auténtica Ciencia del Derecho, un sistema jurídico solo puede existir ahí donde actúe como constructor de él una unidad decisoria voluntaria. Por el contrario, para Kelsen es suficiente la norma fundamental, carente de contenido, de la igualdad de los Estados, para la construcción del sistema; el jefe de la escuela vienesa argumenta diciendo que si con la hipótesis del primado del derecho estatal se puede actuar como-si el Estado fuese una persona soberana, también se puede, valiéndose del principio de la igualdad de los Estados, obrar como-si la comunidad jurídica internacional fuese un Estado soberano.» (21)

Es de sobra conocido que en su obra más conocida Kelsen perfilaría algo más la idea de *Grundnorm* como fundamento del ordenamiento jurídico internacional, pero en todo caso la crítica a que la soberanía es, para el autor de la *Teoría pura del Derecho*, una mera hipótesis de trabajo (22), sigue aún de plena actualidad.

Expuesta en los términos que lo hemos hecho las posiciones de nuestros dos autores puede parecer que estuviéramos tratando una cuestión metateórica con poca repercusión práctica. Nada más lejos, sin embargo, de la realidad. Aunque evidentemente no podemos tratar todos los corolarios prácticos a los que conducen, respectivamente, cada una de las premisas, y que irían desde la posibilidad misma de afirmar un Derecho de Gentes o normas de *ius cogens* hasta la posibilidad de romper unilateralmente los términos de un Tratado, nos referiremos, sin ánimo de exhaustividad, a tres aspectos concretos del Derecho Comunitario en los que los juristas europeos adoptarán una u otra solución dependiendo de su premisa metodológica. Analizaremos, en primer lugar, el debate de si existe o no una Constitución en la Unión Europea desde la perspectiva que adoptaría respectivamente un jurista monista y otro dualista. En segundo lugar, cuál sería la posición de estos ante las llamadas «excepciones» del Derecho Comunitario. Por último, como concebirán la aplicación de los Derechos Fundamentales

(21) HELLER, H. (1995): 246.

(22) Cfr., KELSEN, H. (1989): 13.

Aunque en su obra a propósito de la soberanía criticaba Kelsen la doctrina de la soberanía divisible, lo cierto es que su teoría pura del Derecho lleva a conclusiones muy similares. Puesto que es la *Grundnorm*, de naturaleza internacional, la que dota de coherencia interna al ordenamiento jurídico en su conjunto (que incluye al Derecho estatal y, superpuesto a este, al Derecho Internacional), es evidente —siguiendo la lógica de su sistema— que las normas internacionales (en la medida en que se consideren tales por haber sido aprobadas por los órganos competentes) primarán sobre las normas estatales que no podrán sustraerse de éstas en ninguna circunstancia. Lo cierto es que esta tesis sólo goza de cierto predicamento en Europa, y es en este continente donde, a través del Derecho Comunitario, se le ha dado, hasta cierto punto, forma. Para la cultura jurídica norteamericana, sin embargo, resulta difícil de comprender que exista una fuente de legitimidad superior al Estado (23). En cualquier caso, lo que nos interesa destacar es que aun cuando parten de explicaciones teóricas diversas el dogma de la soberanía divisible y la teoría pura del Derecho llegan a corolarios semejantes: para ambas, en el ámbito de su competencia, la Constitución del Estado será norma jurídica superior debiendo ceder esta, siempre, ante las normas jurídicas de carácter internacional, siendo por tanto los Tratados asimilados al concepto moderno de «Constitución».

Este es, desde luego, el planteamiento del Tribunal de Justicia, que en el ya mencionado Dictamen 1/91 afirmaba, en unos términos —en nuestra humilde opinión— altamente criticables, que:

«El Tratado CEE, aunque haya sido celebrado en forma de Convenio internacional, no por ello deja de ser la carta constitucional de una Comunidad de Derecho. Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los Tratados comunitarios han creado un nuevo ordenamiento jurídico en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales (véase, en especial, la sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos, 26/62, Rec. p. 1). Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía con respecto a los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos.»

Nunca podría afirmarse esto desde el punto de vista de la metodología dualista. Desde este punto de vista, sólo puede existir una Constitución y

(23) Cfr. FUKUYAMA, F. (2004): 162.

es la aprobada democráticamente por el Pueblo de una comunidad estatal, la cual, eso sí, puede delegar competencias a una organización de Derecho Internacional (en el caso de España por vía del artículo 93 CE) cuyas normas pasarían de este modo a ser de aplicación preferente al Derecho nacional.

Desde el punto de vista dualista, por lo tanto, uno de los principales problemas que se deberá afrontar en el estudio de las relaciones entre el Derecho estatal y el Derecho Internacional (o Comunitario) no es otro que los límites a esa aplicación preferente del Derecho de origen internacional como consecuencia de la delegación de facultades por parte de la Constitución. Como se comprenderá, no es éste el lugar oportuno para analizarlos, y por ello nos contentamos con indicar que los Tribunales Constitucionales de los Estados europeos se han esforzado por establecerlos con una argumentación claramente dualista (24). Todos ellos asumen la existencia y primacía del Derecho Comunitario y, también, los límites que este encuentra en el respeto a la soberanía (y los valores superiores de la Constitución) del Estado.

Analicemos ahora el caso de las excepciones, que tiene mucho que ver, también, con la problemática en torno a la aplicación de los Derechos Fundamentales que abordaremos a continuación. Se trata de las excepciones al Derecho Comunitario, que se dan cuando una norma comunitaria (por ejemplo una Directiva) autoriza a los Estados a establecer excepciones en su marco territorial a determinadas disposiciones o cuando son los Estados los que consignan esta excepción en los propios Tratados (por ejemplo, la excepción hecha por Gran Bretaña y Polonia relativa a la aplicación de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y que se incorporó como Protocolo anexo al Tratado de Lisboa). Desde la perspectiva monista kelseniana estas excepciones, por cuanto que están previstas en el propio ordenamiento jurídico comunitario, se enmarcarían dentro de las competencias «concurrentes» pues es la Unión la que autoriza a los Estados a actuar de una manera diferente a la prevista en la norma. Para un jurista dualista la explicación teórica es justamente la contraria: la excepción al Derecho Comunitario se trata de una competencia residual, que porque no ha sido asumida con carácter uniforme por el Derecho Comunitario se mantiene dentro de su ámbito competencial exclusivo.

De estos postulados teóricos contrapuestos se deducen también, como es lógico, colaterales prácticos incompatibles. En el caso de entender las

(24) *Vid.*, SCC n.º 170/84 de la Corte Constitucional Italiana; *Sentencia Lisboa*, de 30 de Junio de 2009, del Tribunal Constitucional Federal Alemán, DTC 1/2004 de nuestro Tribunal Constitucional, Decisión 2004-505, del Consejo Constitucional francés, y la Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 26.11.2008 sobre la compatibilidad del Tratado de Lisboa con la Constitución de la República Checa.

excepciones al Derecho Comunitario como una suerte de «autorización» por parte de la Unión a los Estados a actuar de una determinada manera, y porque la competencia en esta determinada materia no deja por ello de ser «concurrente», resultarían de aplicación en este caso los Derechos Fundamentales y los principios generales de la Unión Europea. Es decir, el Estado, autorizado, por ejemplo, por una Directiva a establecer una excepción a la aplicación de la normativa europea en una determinada materia podrá legislar libremente sobre la misma, pero estará limitado por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que en este caso le vincula (25). Las dificultades para mantener la coherencia de esta postura se hacen patentes cuando los Estados pueden, de hecho, establecer una excepción a la propia aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales. ¿A qué se extenderá en este caso, la consideración de esta excepción como «competencia concurrente»? Quizás, tan sólo a la difusa obligatoriedad que defiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de interpretar el Derecho nacional en consonancia con el Derecho Comunitario (26), en un claro ejemplo de monismo jurídico (y de activismo judicial). Para el jurista dualista, evidentemente, en tanto que se trata de una competencia residual que los Estados mantienen como «exclusiva», el Derecho Comunitario no sería de aplicación, ni en cuanto a Derechos y principios se refiere, ni tampoco en el sentido de una obligación jurídica real de interpretar el Derecho nacional en consonancia al Comunitario.

La aplicación misma de los Derechos Fundamentales es problemática dependiendo de la perspectiva metodológica que adoptemos. Desde una concepción monista del Derecho es evidente que estos gozan de una *vis expansiva* muy superior a la que se da en el caso de adoptar una concepción dualista del Derecho. Al margen del ejemplo que hemos puesto en el párrafo anterior, desde una concepción monista, los Derechos Fundamentales de la Carta de Niza se extenderían a una cantidad indefinida de supuestos que, desde una concepción dualista, estarían, en principio, excluidos. Ello en principio sería una ventaja comparativa para la doctrina del monismo jurídico de no ser porque, encerrada en sus propias nubes dogmáticas, no sólo no fundamenta suficientemente la naturaleza de estos derechos sino que ni siquiera ofrece medios realmente efectivos para su protección.

Lo que ocurre es que alguien que sostiene que el ordenamiento jurídico constituye una unidad, tiene muchas dificultades para conciliar su premisa

(25) Cfr., BIGLINO CAMPOS, P. (2003): 65.

(26) *Vid.*, Sentencia de 6 de noviembre de 2003 *lindqvist* C-101/01 y de 26 de junio de 2007 *Ordre des barreaux francophones et germanophone* y otros *CM*-305/05.

metodológica con el artículo 51.2 de la Carta de Niza el cual establece: «La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados». Para ellos, resulta difícil de concebir que cuando se aplica el Derecho nacional los Derechos Fundamentales recogidos en la Carta no juegan ningún papel. Esta preocupación la exponía de un modo especialmente elocuente el Abogado General Pedro Cruz Villalón en las Conclusiones Generales de un caso resuelto recientemente (27). En ella comienza afirmando que la relación entre la Unión y los Estados miembros debe comprenderse con la fórmula «*verfassungsverbund*», por lo que «la consecuencia es que la asunción por parte de la Unión de la garantía de los Derechos Fundamentales en el ejercicio de la potestad pública de los Estados en estos supuestos debe examinarse en términos de *desplazamiento*, en el sentido de traslación de la responsabilidad original de los Estados a la responsabilidad de la Unión, en lo que dicha garantía se refiere». De acuerdo con ello añade que «es legítimo que, en ocasiones difícilmente precisables de antemano, cuente el interés de la Unión en dejar su impronta, su concepción del Derecho Fundamental, con prioridad respecto de cada uno de los Estados miembros (...). Este especial interés encuentra su principal fundamento en la presencia o incluso el protagonismo del Derecho de la Unión en el Derecho nacional en cada caso configurado. En definitiva, se trata de supuestos en los que la legitimidad de la *res pública* europea puede estar en juego, y esta consideración debe encontrar adecuada respuesta». Por todo ello, concluye, «una cláusula característicamente abierta como es la que hoy se recoge en el apartado 1 del artículo 51 de la Carta necesita de una determinación básica de su sentido. Ello debe tener lugar, en primer lugar, mediante la determinación de diversas situaciones en la que el desplazamiento de la garantía de los Derechos Fundamentales desde los Estados hacia la Unión puede encontrarse, en línea de principio, justificado. En segundo lugar, considero, que una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso debe permitir un juicio final y definitivo respecto de la adscripción de la responsabilidad de la garantía ya sea a la Unión, ya sea a los Estados».

En la sentencia relativa a este asunto, el Tribunal de Justicia, aun cuando no entra en todas las disquisiciones que planteaba el Abogado General, acaba afirmando que:

(27) Concretamente en el asunto C-617/10.

«En una situación en la que la acción de los Estados Miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y Tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los Derechos Fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según la interpretación del Tribunal de Justicia, ni a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión.»

Una conclusión que evidentemente un jurista dualista no puede admitir. Precisamente nosotros intentábamos, en un trabajo anterior a esta sentencia, establecer alguna suerte de reglas de aplicación (que no resulta nada fácil) de la Carta de Derechos Fundamentales y llegábamos a la conclusión de que las mismas debían ser las siguientes: 1) que la Carta de Derechos Fundamentales, en la interpretación que le dé su máximo intérprete (el Tribunal de Justicia) es jurídicamente vinculante para el juez nacional, y el único catálogo de referencia, cuando se trate de ejecutar los actos legislativos comunitarios que tienen eficacia directa. 2) En el caso de normas nacionales en trasposición de las directivas de la Unión Europea, tampoco puede haber duda de que la solución es la misma que en el caso anterior por cuanto la norma nacional recoge exactamente las disposiciones de la directiva, pues el control que pueden hacer los órganos comunitarios se basa en los mismos fundamentos que cuando se sostiene el incumplimiento del Derecho Comunitario por una trasposición defectuosa. Pero en cuanto se refiere al marco de apreciación del Estado nacional, por entender nosotros que el ámbito de aplicación nacional es Derecho estatal, y no Comunitario (delegado o autorizado), la solución a nadie puede extrañar que la solución deba ser la misma que en el caso de aplicación pura y simple de una norma nacional. 3) En el caso de no encontrarnos ante un supuesto de aplicación del Derecho Comunitario, es obvio, la Carta no se proyecta sobre el Derecho nacional (28). No se proyecta, como decimos, de modo directo, pero sí como parámetro de interpretación de los Derechos Fundamentales que estén reconocidos en la Constitución, en nuestro caso, por imperativo del artículo 10.2 CE una vez que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales, es un Tratado Internacional más.

Si el Tribunal llega a una conclusión contraria a nuestra segunda de las reglas enunciadas se debe a que, como hemos visto en párrafos anteriores, tiene una visión muy distinta del Derecho Comunitario. Como creemos que es mucho más importante la crítica a los presupuestos metodológicos que a los corolarios concretos, expuestas en las páginas anteriores las líneas generales de ambas, dedicaremos las siguientes a criticar la que nos parece

(28) Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. (2014). 386 y ss.

inadecuada para una comprensión realista de las relaciones entre el Derecho estatal y supranacional.

III. CRÍTICA AL MONISMO JURÍDICO RADICAL: LA NECESARIA Y POSIBLE COMPATIBILIDAD ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Tal y como hemos visto, Hans Kelsen defiende su monismo jurídico y alerta, a los que mantienen la postura contraria, que se verán obligados a plantearse, al menos de manera potencial, la posibilidad de conflicto por la defensa de la existencia de dos órdenes normativos. Pero el posible conflicto no se resuelve, como hace él, negándolo de una forma pretendidamente lógica, y es posible demostrar que el ordenamiento jurídico kelseniano, tan aparentemente lógico, coherente y racional, presenta también lagunas y contradicciones (29).

De hecho, cuando se atiende a la realidad social sobre la que se teoriza y, por lo tanto, se atiende al contenido material del ordenamiento jurídico, las conclusiones a las que se llega son muy diferentes: se verifica la absoluta compatibilidad entre el Derecho Constitucional y el Derecho Comunitario, los cuales presentan una evolución axiológica bastante similar. A esta conclusión llegan precisamente los Tribunales Constitucionales de los principales Estados europeos, en las sentencias que hemos mencionado *supra*, cuando han tenido que pronunciarse acerca de si el desarrollo del Derecho Comunitario podía suponer una quiebra del Derecho Constitucional nacional y, por tanto, un empeoramiento democrático. Es verdad que se han puesto algunos límites al desarrollo del Derecho supranacional pero estos, que sí constituyen verdaderas hipótesis de laboratorio, se reducen en definitiva a la mera afirmación de la soberanía del Pueblo estatal que debería producirse, únicamente, en situaciones de grave crisis política e institucional.

Para una crítica más pormenorizada del monismo jurídico como paradigma epistemológico conviene previamente distinguir entre lo que podemos denominar «monismo jurídico radical» que es el sostenido por el fundador de la escuela de Viena, y el «monismo jurídico moderado» que es el sostenido por alguno de los discípulos que comprendieron las dificultades de sostener la postura del maestro intelectual tales como Verdross, Kunz o Mouskheli (30).

(29) Cfr., SERNA BERMÚDEZ, P. (2006): 23.

(30) Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2008): 81 y ss.

Desde los presupuestos metodológicos del monismo jurídico radical, partiendo como hemos visto de la negación de la soberanía y de la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho estatal sobre la base apriorística de que el primero constituye la *Grundnorm* del segundo, las Ciencias del Derecho y el Estado se vuelven demasiado abstractas, metafísicas, logicistas y tecnicistas como para explicar correctamente las relaciones entre dos órdenes jurídicos que no son ni inmutables ni eternos sino que, por el contrario, se encuentran en constante evolución. Por eso Heller acusó con rigor a Kelsen de haber construido una Teoría del Estado y del Derecho sin Estado y sin Derecho (31).

Desde tales presupuestos, los Derechos Fundamentales no sólo no consiguen un desarrollo adecuado sino que, por el contrario, pueden muy razonablemente sufrir un retroceso (32). Éstos sólo sirven para afirmar la primacía de los derechos declarados en normas de Derecho Internacional sobre las normas de Derecho Constitucional pero no para elaborar una dogmática adecuada sobre los mismos. Es verdad que los catálogos de derechos internacionales suelen contener la cautela de que los mismos no supondrán, en ningún caso, una merma de los derechos reconocidos a nivel nacional, ni podrán interpretarse en un sentido más restrictivo que éstos (33), pero también lo es que sin una dogmática adecuada es difícil indicar cuál es la interpretación más restrictiva puesto que en un juicio de Derechos Fundamentales, con dos derechos en conflicto, cualquier interpretación resulta siempre más restrictiva para alguna de las partes. Es más, cuando en la primera cuestión prejudicial que planteó el Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia le planteaba la duda sobre si los tribunales nacionales podían aplicar un estándar de protección de los Derechos Fundamentales más protector que el de la Carta de Niza, en un caso de aplicación estricta del Derecho Comunitario, la respuesta por parte del TJUE fue tajante, afirmando que «dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado» (34)

Para una cabal comprensión de los Derechos Fundamentales y, en consecuencia, una eficaz protección de los mismos se torna necesario abandonar las intrincadas elucubraciones acerca de una norma fundamental de naturaleza

(31) Cfr., HELLER, H. (1995): 309.

(32) Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J (2008): 108.

(33) *Vid.*, Artículo 53 de la Carta de Niza, artículo 29.b del Pacto de San José y artículo 53 de la Carta de Roma.

(34) *Vid.*, STJUE de 26 de febrero de 2013 (Asunto C-399/11).

internacional y carácter formal que felizmente dota de coherencia interna al ordenamiento jurídico y partir, por el contrario, de la necesidad de identificar un poder soberano que proclama, y en última instancia se responsabiliza, de la plasmación plena de los derechos civiles y libertades de los ciudadanos.

Esto es, precisamente, lo que sostienen los defensores del monismo jurídico moderado al que nos acabamos de referir. A diferencia de Kelsen, no pretenden defender la necesidad de erradicar para siempre el concepto de soberanía de la literatura jurídica sino que sostienen que, en realidad, se ha producido un traspaso de la soberanía desde el ámbito territorial de los Estados a la esfera internacional. Lo que no parecen percibir estos autores es que si se hubiera (lo cual, por cierto, sería difícil de precisar en el tiempo) producido este traspaso de la soberanía (35) de un ámbito territorial a otro esto lo único que implicaría es que las normas internacionales perderían el carácter de tales, pasando a ser normas constitucionales del nuevo ente político (36). Heller, percibió esta paradoja, expresando con estas palabras la imposibilidad lógica de un orden jurídico internacional:

«Todas las teorías acerca del «orden jurídico mundial unitario» y todas las construcciones de un «sistema jurídico internacional» [son] especulaciones arbitrarias. No hay tal sistema y no puede haberlo; no lo hay no porque no pueda existir un pretor sobre los Estados, sino porque la existencia de una unidad decisoria universal como presupuesto del sistema trasformaría al Derecho Internacional en Derecho estatal» (37).

Otra vez, en este caso, el paralelismo con la Teoría del Estado Federal se hace patente, pues es evidente que este traspaso de la soberanía de los Estados a un ente englobador de todos ellos es precisamente la forma tradicional de surgimiento de un Estado federal.

Si hablásemos en general del Derecho Internacional como conjunto de normas que han perdido (o van camino de perder) su consideración de tales para formar parte del Derecho interno de la nueva formación política planetaria habría mucho que discutir, en el plano filosófico, acerca de si esta posibilidad resulta viable. Un Estado universal tendría que ser homogéneo (A. Kojève) y gobernado de un modo tiránico por «sabios». Sería un Estado, como ha indicado L. Strauss, característicamente falto de legitimidad, por la sencilla razón de que la legitimidad se afirma siempre frente a otras

(35) Con acierto señala el Profesor J. Ruipérez, en un trabajo reciente, que el establecimiento de una federación supone, si, límites al ejercicio de la soberanía por parte de los Estados pero no una renuncia a su estatus (Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2012): 8).

(36) Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2008): 105.

(37) HELLER, H. (1995): 239.

posibilidades (38). También Carl Schmitt acertó en indicar que la existencia de un Estado presupone siempre la existencia de otro (39). Desde este punto de vista, desechada la posibilidad de un perfecto gobierno tiránico de sabios (que nunca se ha dado ni probablemente se pueda dar) la única solución viable para lograr una estrecha unión internacional es la fórmula de la Confederación, propuesta en primer lugar por Kant en su célebre opúsculo de *La Paz Perpetua*.

En un plano más concreto, más político, y menos filosófico habría entonces que responderse a la pregunta de si es, al menos, posible, un Estado federal europeo.

La respuesta debe partir de la situación actual de la Unión Europea. Ésta es, como acertadamente la describió A. La Pérgola, una Confederación de Estados, si bien en sentido moderno. Ello quiere decir que si bien la Unión Europea tiene características que son verdaderamente más propias de un Estado Federal que de una Confederación de Estados (en este sentido el efecto directo de alguna de sus normas, la adopción de decisiones mediante la regla general de la mayoría cualificada y el reconocimiento de las resoluciones en materia civil y penal) otras características la encuadran definitivamente en el tipo confederal (especialmente que la soberanía sigue perteneciendo a los Estados, de lo que se deriva la inexistencia, como ya hemos dicho, de una Constitución y de una ciudadanía europea distinta a la de los Estados, ausencia de coerción, la incapacidad de adoptar decisiones comunes en materia de política exterior y el mantenimiento de la regla de la unanimidad para las decisiones más trascendentales, especialmente la reforma de los Tratados).

Si, además, atendemos a la realidad política y social de la Unión Europea podemos muy seriamente dudar de que se den las dos condiciones esenciales que señalaba Heller para la existencia de una Comunidad Política: Democracia y Homogeneidad Social (40).

Sobre el primero de los requisitos, se ha hablado tanto del llamado déficit democrático de la Unión Europea que nos exime a nosotros de hacer comentarios exhaustivos al respecto. Si nos interesa señalar la ausencia de un *Demos* europeo porque este aspecto también produciría soluciones diversas según se adopte o no la metodología de la *Teoría pura del Derecho* o se asuma la crítica de Heller. Porque dado que Kelsen se esforzó, como agudamente criticó C. Schmitt, en llevar a cabo una despersonalización del concepto de soberanía (41) y su noción de Estado Federal se basa en el superficial criterio

(38) *Vid.*, STRAUSS, L. (2005): 229 y 258

(39) *Cfr.*, SCHMITT, C. (1998b): 82-87.

(40) *Cfr.*, HELLER H. (1983): 257-268.

(41) *Cfr.*, SCHMITT, C. (1998c):15.

del grado de descentralización política (42) nos atrevemos a afirmar que, en vista del gran nivel de competencias asumidos por la Unión Europea (la cual, según algunos estudios influye en el 80% de la legislación nacional) Kelsen, o los autores que le sigan, bien podrían asumir que existe una verdadera Federación Europea. Por el contrario, el que siguiendo a Heller confronte la realidad social, que no es otra que la cualidad de soberanos de los Estados, de los cuales depende en última instancia la continuidad de la Unión, llegará obviamente a la conclusión contraria.

Para finalizar esta crítica al monismo jurídico kelseniano debemos todavía discutir si es real, o no, esa amenaza del Profesor de la Universidad de Viena según la cual aquellos que deciden adoptar como postura metodológica el dualismo jurídico están abocados a tener que enfrentarse a un, al menos potencial, conflicto entre los dos órdenes jurídicos que defendemos como diversos. Responder a esta cuestión no supone sino responder a la pregunta de si puede darse un conflicto por pretender, respectivamente, las Constituciones y los Tratados Internacionales, ostentar la primacía normativa. Antes, sin embargo, de entrar en esta cuestión es menester hacer una afirmación de ciencia auténtica (por oposición a ciencia pura) del Derecho. Porque el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional es elaborado por personas, y porque en el mundo actual existe una razonable transferencia de conocimiento jurídico lo lógico es presumir, como hemos visto que hacen la mayor parte de Tribunales Constitucionales estatales, que no existe una posibilidad material fácilmente imaginable de conflicto entre ambos ordenamientos que, además, y como también hemos indicado, regulan objetos y sujetos diversos.

Sin embargo, para los más suspicaces, es menester indicar que la vía para comprender la perfecta y absoluta compatibilidad y complementariedad del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional la indicaba en un célebre trabajo por aquella misma época el jurista ucraniano B. Mirkin-Guetzevitch. La razón de esta compatibilidad y complementariedad es, para este autor, doble: por un lado los Estados Constitucionales son la mejor garantía del Derecho Internacional (43). Por otro lado, como adelantábamos, dado que el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional experimentan una evolución histórica, el Derecho Internacional va produciendo un efecto de uniformidad en las Constituciones de los Estados, que si bien tiene, por esto mismo, carácter constitucional, produce siempre paralelamente un efecto internacional (44).

(42) Cfr., KELSEN, H (1995): 376.

(43) Cfr., MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (2008): 120.

(44) MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (2008): 471.

Cuando el ordenamiento jurídico se concibe al estilo kelseniano como un conjunto de formalismos lógico-matemáticos, la primacía de los Tratados Internacionales sobre las Constituciones de los Estados se defiende desde la defensa de que aquellos están jerárquicamente situados por encima de éstas, lo que levanta las lógicas suspicacias de los constitucionalistas de antes y ahora. Al dotar, por el contrario, al ordenamiento jurídico de un sentido material, la primacía de los Tratados internacionales sobre las leyes internas responde a la voluntad democrática de los Estados, por un lado, y a la influencia del Derecho Internacional en las mismas, de otro. Sobre el primer aspecto, está claro que a una sana internacionalización del Derecho Constitucional responden, por ejemplo los artículos 10.2 y 93 de la Constitución española artículo 23 de la Constitución Alemana, artículo 88-1 de la Constitución francesa, art. 11 de la Constitución italiana y 8.3 de la Constitución portuguesa (por mencionar tan sólo los ejemplos más próximos) y, por su parte, a una constitucionalización del Derecho Comunitario, el art. 6 TUE.

La obligatoriedad del Derecho Internacional tiene su límite en el ejercicio efectivo de la soberanía del Pueblo del Estado. Pero tampoco todo ejercicio de poder sobre un determinado territorio debe ser imputado como «poder soberano». Profundizamos sobre esto a continuación.

IV. HELLER Y Kelsen EN LA BÚSQUEDA DE UNA APROXIMACIÓN TERMINOLÓGICA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO COMUNITARIO

Aquí, y como llegados a este punto tampoco a casi nadie puede sorprender, las posiciones en torno a la Democracia de Kelsen y Heller son igualmente antagónicas. Para Heller, la soberanía es «la cualidad de la independencia absoluta de una unidad de voluntad frente a otra voluntad decisoria universal efectiva» (45), y así expresada, las consecuencias que de esta concepción no se hacen esperar: la primera es que la soberanía no se encuentra en los representantes estatales, cuya actuación tiene además que estar absolutamente sometida a derecho por estar subordinado al pueblo (aquí tenemos también una influencia notable de M. Weber y, por supuesto, de J-J. Rousseau), y que esta soberanía es indisoluble en el derecho positivo (46). La segunda de las consecuencias es que la soberanía únicamente puede residir en el Estado, pues lo que cabe es que en un mismo territorio se

(45) HELLER, H. (1995): 197.

(46) HELLER, H. (1995): 208.

produzca una lucha por la soberanía pero no que regularmente existan dos instancias de decisión con vocación universal (47).

Al señalar la necesidad intrínseca de que exista un titular de la soberanía (48), y que éste sea, precisamente, el pueblo como unidad (49) vincula Heller, y esto es lo importante, soberanía a Democracia. Esto es una idea que ya estaba presente en Rousseau, quien de un modo verdaderamente gráfico había indicado, en su obra más conocida, que cuando un ladrón nos asalta en el bosque, podemos vernos obligados a entregarle la bolsa, pero que será también legítimo en todo momento, si tenemos la oportunidad de atacarle para recuperarla, así lo hagamos. La moraleja es que sólo se está obligado a obedecer a los poderes legítimos (50), y ello por la sencilla razón de que no todo poder es un poder soberano.

A la conclusión contraria se llega siguiendo a Kelsen. Su intento frustrado de erradicar el concepto de soberanía de la literatura jurídica pasa, con carácter previo, por una despersonalización de este concepto (51) y por atribuir, al ordenamiento jurídico en su conjunto, la cualidad de soberano. La idea es aparentemente simple, si se deja de lado la dificultad para comprender el significado de la norma jurídica fundamental: no podemos atribuir la soberanía a ninguna voluntad subjetiva, pues las normas jurídicas, que son precisamente a las que los ciudadanos prestan obediencia, son válidas no dependiendo del acto de voluntad cuyo sentido constituye (52), sino, sencillamente, de la validez de una norma jurídica superior (53).

Despersonalización que, en segundo lugar, y como admite el propio autor, conduce a una teoría del Derecho y la Política relativista, en el sentido de libre de valores. Porque lo que H. Kelsen hizo fue desposeer al Pueblo como titular de la soberanía y convertir al Derecho (en lo que resulta ser un ejercicio no menos original de abstracción *iusfilosófica* que el de sus antecesores alemanes del siglo XIX) en el verdadero soberano, al que, como todos los teóricos históricos de la soberanía le atribuye una plenitud de virtudes políticas que justifican la obediencia por parte de los ciudadanos que se garantiza, en todo caso, a través de la coacción. Pues si para los medievalistas *quod principi pacuit legis habet vigorem*, o si para T. Hobbes el Leviatán es

(47) HELLER, H. (1995): 214.

(48) HELLER, H. (1995): 131.

(49) HELLER, H. (1995): 168.

(50) Cfr., ROUSSEAU, JJ. (1998): Libro I Cap. III.

(51) Sobre esta cuestión cfr., HELLER, H. (1995): 85.

(52) Incluso, afirma, la validez comienza a operar en el momento en que se actúa de voluntad cuyo sentido constituye ha dejado de existir (Cfr. KELSEN, H (1995): 24).

(53) KELSEN, H (1995): 201.

una especie de Dios Mortal o si, por último, para J-J. Rousseau, la «voluntad general no puede errar» para H. Kelsen el Derecho que efectivamente es, es también el que debe ser, de acuerdo con el principio de imputación de una consecuencia por parte de las normas jurídicas a una conducta humana determinada (54).

En una obra también bien conocida, el Profesor de Viena reconoce expresamente que la filosofía de la Democracia debe ser relativista (55), que se reduce a técnicas procedimentales, y rechaza la idea de que puedan existir verdades absolutas, así como la —según él— abstracción rousseauniana de que la mayoría representa, también, a la minoría (56). Según nuestro autor la Democracia se fortalece exclusivamente con el consenso entre la mayoría y la minoría y, en mayor medida, cuanto más fuerte sea ésta.

Lo de menos aquí es indicar que la contradicción con Rousseau es más aparente que real, y más fruto de la retórica del Profesor de Viena, que trata de llevar hasta sus últimas consecuencias sus postulados que de otra cosa, puesto que Kelsen defiende, al igual que Rousseau, aunque esta vez sin citarlo, que la Democracia conjuga Libertad e Igualdad (57). Por lo tanto, la obra kelseniana no es tan relativista como pretende presentarla, pues la igualdad implica, para nuestro autor, que «el «yo» quiere que también que el «tu» sea libre, porque ve en él su igual». Cuando afirma, además, que en Democracia la mayoría reconoce y protege a la minoría no está diciendo, a nuestro juicio, algo tan distinto a que la representa ¿No es, acaso, velar por su correcta ubicación en el sistema constitucional una forma de representar sus intereses? Lo que ocurre es que el Profesor de la Universidad de Viena deja sin fundamentación *iusfilosófica* sus postulados teóricos. Si como afirma, a nuestro juicio con razón, una diferencia fundamental entre la Democracia y la autocracia es este reconocimiento de la oposición ¿Por qué iba la mayoría a asumir este compromiso desde posiciones relativistas? Lo que nuestro autor no supo captar en la teoría del ciudadano de Ginebra es que lo único que hace que la minoría reconozca la *legitimidad* de la mayoría es el reconocimiento de que tanto unos como otros buscan el bien común (58). Por eso el pacto social no es, ni en J-J. Rousseau ni en J. Rawls, «ni relativista ni escéptico». En segundo lugar, margina completamente en su obra el fomento de la virtud. Al discutir sobre el parlamentarismo, reconoce que es posible reformarlo,

(54) Cfr. KELSEN, H. (1950): 5.

(55) Cfr., KELSEN, H. (2002): 134.

(56) KELSEN, H. (2002): 65.

(57) KELSEN, H. (2002): 109.

(58) Cfr., FONDEVILA MARÓN, M. (2012b): 364-369.

introduciendo la fórmula del referéndum, si acaso facultativo (59), y a eso (y a los procesos electorales), desde su concepción racionalista por la cual la democracia se basa en reglas, preferiblemente escritas, en los que los actos de la administración y jurisdicción sean predecibles, es a lo que reduce toda la participación del Pueblo en la vida pública (60).

Lo de más, sin embargo, es indicar que nuevamente se comprueba que la doctrina kelseniana es la que hoy parece dar alas al proceso de integración europea. En primer lugar, una de las razones por las que se habla del déficit democrático al que nos hemos referido en el epígrafe anterior es que la Democracia en Europa (al menos desde el punto de vista de sus partidarios e instituciones) parece reducida, efectivamente, a poco más que a la convocatoria periódica de unas elecciones que, por cierto, presentan una participación bastante reducida en casi todos los Estados de la Unión, estando la media de los 27 Estados en un 43% (61). En segundo lugar, porque para los que sostienen la existencia de una Constitución, con todas sus consecuencias, europeas, acuden a la doctrina kelseniana para, de algún modo, fundamentarla. Los que afirman esto y, en consecuencia, que el Derecho Comunitario es una disciplina jurídica autónoma deben optar por una de las siguientes tres alternativas (62): Una primera posibilidad consistiría en tomar los conceptos clásicos del Derecho Constitucional y aplicarlos a la supuesta Constitución Europea. Como hacer este ejercicio implicaría llegar, pura y simplemente, a la imposibilidad de concebir los Tratados desde parámetros constitucionales es por lo que, generalmente, consideran inadecuado, incluso «anacrónico» este modo de proceder. Una segunda alternativa, entonces, es admitir que los mismos conceptos (Ciudadanía, Constitución, Democracia, Soberanía etc.) tienen, en el ámbito del Derecho Comunitario, un significado distinto, aunque eso supone, como resulta fácil de comprender, problemático, consecuencia de la «desincronización» en lugar de aproximación de ambas disciplinas (Derecho Comunitario y Derecho Constitucional) sobre el objeto estudiado. Por último, se propone entonces que la disciplina autónoma que estudie la Constitución europea lo haga sobre la creación *ex novo* de sus propios conceptos. Según el Profesor S. Pinon, esta tercera alternativa puede realizarse sobre la base de los principios enunciados por H. Kelsen en *Esencia y Valor de la Democracia* (63). Incluso,

(59) Cfr., KELSEN, H. (2002): 49 y ss.

(60) Cfr., KELSEN, H. (2002): 119.

(61) Fuente: [http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/000cdcd9d4/Turnout-\(1979-2009\).html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/en/000cdcd9d4/Turnout-(1979-2009).html).

(62) Cfr., PINON, S. (2010): 279 y ss.

(63) Cfr., PINON, S. (2010): 283 y ss.

concluye el trabajo citado afirmando que: «con Kelsen, pensador de la democracia, disponemos ya de primeras claves útiles para comprender la gramática constitucional europea».

Huelga decir que el proceso de integración europea seguiría derroteros muy diversos desde parámetros hellerianos. Recordando en estas últimas páginas lo que hemos indicado en la introducción acerca de que en Heller la unidad europea tendría que ser consecuencia de la creación de un nuevo Estado soberano que abarcase las anteriores unidades nacionales, la conclusión lógica es no ya (primera alternativa del Profesor S. Pinon) la aplicación de los conceptos clásicos del Derecho Constitucional a la nueva Constitución europea (que efectivamente no podría tener forma de Tratado) sino la transformación de la naturaleza de toda la normativa europea, que dejaría de este modo de tener carácter internacional adquiriendo carácter constitucional. Ésta es, desde luego, también la conclusión a la que llega el Profesor J. RUIPÉREZ, gran conocedor de la obra de Heller, cuando en su obra acerca de la constitución europea termina afirmando que «si la Unión Europea tiene que ser, que lo sea, pero que lo sea con los presupuestos del constitucionalismo democrático y social» (64).

No obstante, a fin de evitar malos entendidos, una última precisión se impone: en las ciencias sociales en general y en las ciencias constitucionales en particular los conceptos evolucionan. Ello no es sino consecuencia de que, como agudamente señaló el Profesor P. De Vega, la Historia del Derecho Constitucional no es, en realidad, más que la Historia de las transformaciones habidas en el seno de la Comunidad Política para hacer, en cada momento histórico, reales y efectivas las ideas de Democracia y Libertad (65). La unidad europea desde presupuestos hellerianos, esto es, desde la creación de un nuevo Estado soberano bien puede (y hasta debe) hacerse por medios diversos a como se produjo la aparición de los actuales Estados nacionales. Estaríamos, de otro modo, abocados a la patética disyuntiva señalada por el Profesor E. Tierno (66), de tener que elegir entre una Unión de carácter funcionalista, técnica, con las consecuencias democráticas que eso conlleva, o correr el riesgo de sustituir esta lógica por un nuevo nacionalismo europeo, que tratase de imponerse al modo en que lo hicieron los nacionalismos estatales. Nosotros hemos defendido, en un trabajo reciente, que la Unión Europea ha llegado al límite de sus posibilidades desde parámetros funcionalistas (67), lo cual no quiere decir que el federalismo europeo que

(64) Cfr., RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2000): 172.

(65) Cfr., DE VEGA, P. (1998): 33.

(66) Cfr., TIERNO GALVÁN, E. (2008): 49-59.

(67) Cfr., FONDEVILA MARÓN (2014): 358 y ss.

propugnamos tenga que seguir los mismos derroteros que siguieron en la Historia los Estados Nacionales. Precisamente, de la mano del Profesor P. De Vega (68), podríamos distinguir entre dos tipos de nacionalismo, uno de carácter irracional, mágico-mítico, que tiene su origen en Herder, y otro de carácter democrático, que tiene su origen en Rousseau, y que sienta las bases de un adecuado patriotismo constitucional.

V. CONCLUSIONES

Las tesis acerca de la soberanía y la naturaleza del orden jurídico de dos pensadores clásicos como son Hermann Heller y Hans Kelsen se sitúan en extremos opuestos. A pesar de que estos autores no se hayan ocupado en profundidad del proceso de integración europea, sus contribuciones a la teoría general del Derecho necesariamente tenían que influir en el rumbo a seguir para la conformación de una nueva comunidad política y jurídica como es la Unión Europea. Las posiciones de los estudiosos del Derecho y la Política en viejos debates como son las disputas entre federalistas y funcionalistas o las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho estatal así como en otros más recientes tales como la aplicación de los Derechos Fundamentales a nivel comunitario dependen básicamente del punto de vista que, basado en unos u otros principios, adopta cada cual.

En suma síntesis podemos decir que autores influidos por el pensamiento kelseniano defienden un ordenamiento jurídico unitario a nivel mundial, la ineptitud de los conceptos clásicos del Derecho Constitucional para una comprensión de las relaciones de Derecho Público a nivel estatal e internacional y la primacía del Derecho Internacional sobre el nacional. Los influidos por el pensamiento helleriano defienden que Derecho Internacional y Derecho estatal son dos órdenes jurídicos diferentes y que el Pueblo es el único titular de la soberanía la cual radica actualmente en el ámbito territorial de los Estados, de modo que la integración europea debiera llevarse a cabo mediante una transferencia, por procedimientos democráticos, a una entidad englobadora de los Estados la cual pasaría, en ese momento, a ser una comunidad estatal.

En las páginas anteriores hemos intentado argumentar en el sentido de que las abstracciones sobre las que pivota la primera teoría, no tan coherente como pretende, puede llevar en la práctica a una merma del principio demo-

(68) Cfr., DE VEGA, P. (2004b): 122 y ss.

crático, por lo que la segunda nos parece mucho más acertada como punto de partida para el desarrollo de la Ciencia del Derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BIGLINO CAMPOS, P. (2003): «Derechos Fundamentales y Competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año 7.º n.º 14.
- DE CUSA, N. (1987): *De Concordantia Catholica o Sobre la Unión de los Católicos*. Introducción y Traducción de Jose M.ª de Alejandro Lueiro. CEPC Madrid.
- DE PADUA, M. (1989): *El Defensor de la Paz*. Estudio preliminar, traducción y notas de Luis Martínez Gómez. Tecnos.
- DE VEGA, P. (2004a). *Escritos Político Constitucionales*. IJJ-UNAM. México.
- (2004b): «Gaetano Mosca y el Problema de la Responsabilidad Social Intelectual», en *Escritos político-constitucionales*. IJJ-UNAM. México.
- (1998): «Mundialización y Derecho Constitucional. La crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual», *Revista de Estudios Políticos* n.º 100.
- DE VATTEL, E. (1824): *El Derecho de Gentes o Principios de la Ley Natural aplicados a la conducta, y a los negocios, de las naciones y de los soberanos*. Paris. 1824.
- DÍEZ PICAZO, L. M.ª (2008): «La naturaleza de la Unión Europea», *Indret*. 4, consultable en internet.
- FONDEVILA MARÓN, M. (2012a): «El modelo confederal e imperfecto de protección de Derechos Fundamentales en la Unión Europea», en *Revista de Derecho de la UNED*. n.º 11.
- (2014): *La Disolución de la Soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*. Reus. Madrid.
- (2012b): «La Herencia Rousseauiana en el Pensamiento Constitucional, trescientos años después de su nacimiento», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. n.º 16.
- FUKUYAMA, F. (2004): *La construcción del Estado. Hacia un nuevo orden mundial*. Ediciones B. Barcelona.
- GARCÍA PELAYO, M. (2009): *Obras Completas*. CEPC. Madrid.
- HARRINGTON, J. (1987): *La República de Oceana*. Traducción de Enrique Díez-Canedo. Fondo de Cultura Económica. México.
- HELLER, H. (1972): *Teoría del Estado*. Edición y prólogo de G. Niemeyer. Fondo de Cultura Económica. México.
- (1983): «Democracia, política y Homogeneidad social», en *Escritos Políticos*. Alianza Universidad.
- (1995): *La Soberanía. Contribución a la Teoría del Derecho estatal y del Derecho Internacional*. Fondo de Cultura Económica. México.
- KELSEN, H. (1950): «Causality and imputation», en *Ethics* vol. 61. n.º 1.
- (1989): *Il problema della sovranità e la teoría del diritto internazionale*. Traducción italiana de Agostino Carrino. Giufrè. Milano.
- (1995): *Teoría General del Derecho*. UNAM. México.
- (1998): *Teoría Pura del Derecho* (10.ª ed.). Editorial Porrúa. México.
- (2002): *Esencia y Valor de la Democracia*. Traducción de Rafael Luengo Tapia. Comares.
- KOJEVE, A. (2005): «Tiranía y sabiduría», en STRAUSS, L., *Sobre la tiranía*. Encuentro. Madrid.

- LA PÉRGOLA, A. (1992): «Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una célebre dicotomía: “stato federale-confederazione”, La Confederazione di tipo antico e moderno. L’idea europeistica di comunità), en *Diritto e Società* (3).
- LOSANO, M. (2006): «Kelsen, una biografía cultural mínima», *Derechos y Libertades*. n.º 14.
- LUCATELLO, G. (1939): *Lo Stato Federale*. CEDAM. Padova. 1967.
- LUCAS VERDÚ, P., «El horizonte *iusnaturalista* del Derecho Constitucional occidental», en *Revista de Estudios Políticos*. n.º 94.
- (1987): «La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar», *La teoría constitucional de Rudolf Smed*. Tecnos. Madrid.
- MAQUIAVELO, N. (2003): *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Losada. Traducción de Roberto Raschella. Buenos Aires.
- MENÉNDEZ, A. J. (2010): «La Unión Europea entre el constitucionalismo democrático y la gobernanza», en *Revista de Estudios Políticos*. n.º 149.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B. (2008): *Derecho Constitucional Internacional*. Reus. Madrid.
- PÉREZ CALVO, A. (2009): *El Estado Constitucional Español*. Reus. Madrid.
- PINON, S. (2010): «El Derecho Constitucional Europeo: ¿Una disciplina autónoma?», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13 (2010).
- PORTERO MOLINA, J. A. (2005): «Legitimidad democrática y Unión Europea», en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 3.
- RAWLS, J. (2001): *El Derecho de Gentes. Revisión de la idea de Razón Pública*. Traducción de Hernando Valencia Villa. Paidós.
- ROUSSEAU, J. J. (1998): «Del contrato social; Discursos: Discurso sobre las Ciencias y las Artes», *Discurso sobre el origen y el fundamento de la desigualdad de los hombres*. Alianza. Madrid. Libro I, Cap. III.
- RUBIO LLORENTE, F. (1999): «El Futuro Político de Europa. 2. El déficit democrático de la Unión Europea», en *Claves de la razón práctica*, n.º 90.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, J. (2000): *La Constitución Europea y la Teoría del Poder Constituyente*. Biblioteca Nueva. Madrid.
- (2008): *Libertad Civil e Ideología Democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación liberalismo-democracia*. IIJ-UNAM. México.
- (2009): «Hermann Heller marcha al exilio (un ensayo de Teoría Constitucional)», *Revista de Derecho Político*. n.º 75-76.
- (2010): «La Constitución y su estudio. Un episodio en la forja del Derecho Constitucional europeo: método jurídico y régimen político en la llamada teoría constitucional de Weimar», en LEON BASTOS, C., Y WONG MERAZ, V. A., *Teoría de la Constitución. Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Jorge Carpizo en Madrid*. Porrúa. México.
- (2012): *División de Competencias y Forma Territorial del Estado*. Reus. Madrid.
- SCHMITT, C. (1998a): *La defensa de la Constitución*. Tecnos. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Madrid.
- (1998b): *El concepto de lo político texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Versión española de Rafael Agapito. Alianza. Madrid.
- (1998c): *Teología Política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*. Traducción de Francisco Javier Conde. Struhart & Cia. Buenos Aires.
- SERNA BERMÚDEZ, P. (2006): *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos. De la crisis del Positivismo a las Teorías de la Argumentación y sus problemas*. Porrúa. México.
- SIEBERSON, S. C. (2008): *Dividing Lines between the European Union and Its Member States: The Impact of the Treaty of Lisbon*. T.M.C. Asser Press. Hague.

- STRAUSS, L. (2005): *De nuevo sobre el Hieron de Jenofonte. Sobre la tiranía*. Encuentro. Madrid.
- TIERNO GALVÁN, E. (2008): «Federalismo y Funcionalismo europeo», en Rovira, A (ed). *Obras Completas*. Thompson-Civitas. Madrid, pp. 49-59.
- WEILER, Josph H. H. (2012): «Descifrando el ADN político y jurídico de la integración Europea: un estudio exploratorio», en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 96.
- WEILER, J. H. H.; HALTERN, U. R., Y MAYER, F. C. (2000): «La Democracia Europea y sus críticos: cinco problemas», en De la Quadra-Salcedo, T., y Estella de Noriega, A. (coords.), *Problemas de Legitimación en la Europa de la Unión. Las respuestas del Tratado de Ámsterdam*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid.