



## **Papeles el tiempo de los derechos**

### **Derechos fundamentales y “tradiciones constitucionales comunes” en la aplicación del Derecho Europeo**

**Francisco Javier Ansuátegui Roig**

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas  
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho  
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: Europa, derechos, aplicación, tradición constitucional común, interpretación

Número: 3      Año: 2013

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)  
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)  
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)  
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)  
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)  
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)  
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)  
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)  
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)  
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)  
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)  
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)  
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)  
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)  
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)  
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)



**Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)**

No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

## **Derechos fundamentales y “tradiciones constitucionales comunes” en la aplicación del Derecho Europeo\***

FCO. JAVIER ANSUATEGUI ROIG

La primera cuestión que merece ser analizada es la que se refiere al marco de referencia del problema que pretendo plantear en esta reflexión. Ese marco viene constituido con el *constitucionalismo europeo*. Parece evidente que la pregunta sobre el constitucionalismo europeo (¿existe un constitucionalismo europeo?), y la respuesta que en su caso se pueda ofrecer, está condicionada tanto por la experiencia histórica europea, como por algunas dimensiones teóricas. Como es sabido, en Europa asistimos al fracaso del proyecto del Tratado por el que establecía una Constitución para Europa (2004). No procede en este momento volver a la discusión sobre si aquel Tratado contenía una auténtica Constitución o sobre las razones que permiten comprender su rechazo a partir de lo ocurrido en los correspondientes referendos en Francia y en los Países Bajos. En todo caso, lo que parece poco discutible es que, en su caso, un supuesto “constitucionalismo europeo” no puede tener como referencia una Constitución escrita, que en este caso no existe como tal, a diferencia de lo que suele ocurrir en los Estados. En relación con las dimensiones teóricas, éstas nos van a permitir identificar los aspectos básicos del constitucionalismo para concluir – en su caso- si se puede vincular a la realidad jurídica y política europea.

De manera muy breve, podemos recordar que el constitucionalismo asume como elemento justificativo básico la necesidad de limitar al Poder en tanto en cuanto éste presenta una capacidad teórica y práctica de poner en peligro la libertad de los sujetos. A partir de ahí se desarrolla una compleja articulación de mecanismos jurídicos que están llamados a hacer efectiva la limitación del Poder. Entre esos mecanismos ocupa una posición privilegiada la Constitución. Además, conviene recordar que si bien en un primer momento se puede pensar en que el Poder que está llamado a ser limitado

---

\* Intervención en el III Seminario Internacional Permanente del Departamento de Derecho Internacional Público, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid sobre *Perspectivas actuales en la aplicación del Derecho* (22 de noviembre de 2012). La presente investigación se desarrolla en el marco de los proyectos Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007, y “Los derechos humanos en el s. XXI. Retos y desafíos del Estado de Derecho global” (DER 2011-25114), Plan Nacional de I+D+I, Ministerio de Ciencia e Innovación.

es el del Estado -entendido como autoridad política de referencia al menos en el mundo occidental y en determinados contextos- lo cierto es que cualquier dimensión del Poder –concebido como aquella situación en la que un individuo, un grupo de individuos o una institución puede condicionar de manera efectiva los comportamientos ajenos-, es merecedora de atención por parte del constitucionalismo<sup>1</sup>.

De acuerdo con lo anterior, no todo Estado con Constitución es un Estado constitucional. La Constitución del constitucionalismo es particular tanto desde el punto de vista formal (garantizada) como desde el punto de vista sustancial (contenidos). Como es sabido, la referencia que nos permite entender el sentido del constitucionalismo, y de su Constitución, es el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toute Société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”.

Esta sumaria caracterización nos va a permitir valorar la existencia en Europa de un escenario genuinamente constitucionalista, más allá de la existencia o no de una norma que explícitamente se presente como tal.

Es cierto que la cuestión de la existencia o no de una Constitución Europea (pienso ahora en el escenario de la Unión Europea) ha centrado el interés de la doctrina<sup>2</sup>. Así, Araceli Mangas ha defendido la tesis según la cual en realidad el proceso de integración europea ha incluido desde hace decenios una Constitución material: “La integración europea siempre se ha articulado mediante un conjunto de normas bien precisas y completas que articulan el ejercicio de las competencias por unas instituciones con atribuciones sustantivas importantes y de trascendencia jurídica, económica y social para los ciudadanos y las empresas. Además, siempre ha dispuesto de un sistema de protección jurisdiccional frente a los actos de las instituciones comunitarias (...). Hablar de constitución material con un valor convenido ha sido una

---

<sup>1</sup> El constitucionalismo social, el de Derecho privado, el global, de los que habla Ferrajoli tienen sentido así.

<sup>2</sup> Sobre la cuestión, entre la muy abundante bibliografía, puede consultarse CARBONELL, M., SALAZAR, P. (eds.), *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004 (contiene trabajos de Häberle, Habermas, Ferrajoli y Vitale); DIEZ-PICAZO, L. M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002; FICH, Ch., HUMLEBÆK, C., JUST, S. N., LONNING, E., MÜLLER, H. H., “Legitimidad del poder supranacional: ¿una Constitución Europea?”, en BARON, I., FICH, Ch., HERSLUND, M. y LORENZO, M. P., (eds.), *De Leviatan a Lisboa. Camino del Constitucionalismo Europeo*, CEPIC. Madrid, 2012, pp. 151-195; ERIKSEN, E. O., FOSSUM, J. E., MENENDEZ, A. J., *Developing a Constitution for Europe*, Routledge, London-New York, 2004.

práctica científica y jurisprudencial consciente desde hace decenas de años y no una mera concesión teórica”<sup>3</sup>.

No obstante, creo que en Europa existen importantes condicionantes a la hora de considerar la existencia de un constitucionalismo, o al menos de un constitucionalismo pleno. Y tienen que ver con la efectiva (o, más bien, con la ausencia de efectiva) participación del demos. Me estoy refiriendo a tantas veces teorizado “déficit democrático” del proyecto europeo<sup>4</sup>. La exigencia de participación efectiva de la ciudadanía en procesos de toma de decisiones colectivas esenciales, no es un postulado meramente político. Es más, podríamos considerar que es una exigencia práctica y conceptual. En efecto, puede afirmarse que existe una relación conceptual ente tres conceptos: Estado de Derecho, democracia y derechos. Los tres se implican respectivamente Así, la Constitución del constitucionalismo, la Constitución de los derechos sólo es posible en democracia. Y la democracia implica conceptualmente participación.

No deja de llamar la atención en este sentido que en el único caso en el que ha sometido la aprobación de un tratado (precisamente aquel que contenía un proyecto de Constitución para Europa) a aprobación popular, ha sido rechazado. Creo que esta realidad debe ser tenida en cuenta a la hora de determinar no sólo la existencia de una Constitución, sino –antes- de un escenario constitucionalista en el que la norma constitucional pudiera tener sentido.

En todo caso, la existencia de un constitucionalismo europeo cobraría pleno sentido como manifestación de la dinámica constitucionalista, que incluye una innegable tendencia expansiva<sup>5</sup>. Esa tendencia expansiva, que hunde sus raíces en el cosmopolitismo del proyecto ilustrado, sería una directa manifestación de la afirmación de la universalidad de los derechos: la universalidad de los derechos (no se entienda que aquí se asume que la afirmación de la misma es pacífica e indiscutida) implicaría una

---

<sup>3</sup> MANGAS MARTIN, A., “Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales”, en MANGAS MARTIN, A. (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 55.

<sup>4</sup> Vid. ANSUATEGUI ROIG, F. J., "Constitucionalismo y Constitución Europea", ANSUATEGUI ROIG, F. J., LOPEZ GARCIA, J.A., DEL REAL ALCALA, A., RUIZ RUIZ, R. (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005 (pp. 219-251).

<sup>5</sup> Vid. ANSUATEGUI ROIG, F. J., “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias” en VVAA, *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. II, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 2008, pp. 73-104.

ampliación sucesiva de los marcos políticos y jurídicos –los del constitucionalismo democrático- en los que aquellos pueden ser operativos.

El núcleo de cualquier proyecto constitucionalista debe estar constituido por un determinado discurso en relación con los derechos. Ello explica por qué posteriormente tomaré como referencia el contenido de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

\*\*\*

Por otra parte, creo que es necesario mostrar aquí la comprensión de la aplicación se asume en estas reflexiones. Y adelanto que no creo que la aplicación pueda reducirse de manera exclusiva a la aplicación judicial del Derecho. Es cierto que durante mucho tiempo, cuando los juristas hemos elaborado la teoría de la aplicación del Derecho nos hemos centrado en la aplicación judicial del Derecho. Pero posiblemente hay razones para recelar de una visión de la aplicación que se reconduce de manera exclusiva a la figura del juez. Aplicar normas es adecuar comportamientos reales a los modelos de conducta previstos en la norma. Si eso es así, y desde el momento en que la aplicación del Derecho evidentemente tiene mucho que ver con su eficacia, podríamos considerar que cumplir normas es aplicarlas: cuando se adecúa el comportamiento al modelo de conducta, se está aplicando la norma. Nuestra experiencia jurídica básica nos demuestra que no todo cumplimiento de la norma implica necesariamente una intervención del juez. Su actuación se circunscribe a aquellos caso en lo que existe conflicto –que puede obedecer a varias razones- en relación con el cumplimiento de la norma, y por tanto en relación con su aplicación en un primer momento. En este sentido, posiblemente sería interesante proceder a una cierta “desjudicialización” de la teoría de la aplicación del Derecho.

Más allá de lo anterior, interesa señalar cual es la posición que, en mi opinión, tiene la aplicación en la dinámica jurídica. De la misma manera que podemos estar acostumbrados a concebir la aplicación en términos de aplicación judicial del Derecho, también estamos acostumbrados a entender que producción, interpretación y aplicación del Derecho son procesos separados e independientes. Sabido es que esta comprensión hunde sus raíces en una consideración exegética de la aplicación de las normas, entre otras cosas. Estamos frente a una larga tradición de pensamiento que aún condiciona en muchas ocasiones nuestra forma de ver las cosas en este ámbito.

Pero parece que es preferible una explicación alternativa. En este sentido, Kelsen se encargó de llamar la atención respecto a la dificultad de diferenciar producción y aplicación del Derecho. En efecto, en una concepción del Derecho que ha superado la concepción rousseauiana de las normas a partir de su generalidad y abstracción<sup>6</sup>, para Kelsen la producción de normas es al mismo tiempo aplicación de la norma superior: “Una norma que determina la producción de otra, es aplicada en la producción por ella determinada de la otra norma. Aplicación del Derecho es de consuno producción del Derecho”<sup>7</sup>; “todo acto de producción del Derecho tiene que ser un acto de aplicación del Derecho”<sup>8</sup>; “que la creación jurídica es al mismo tiempo aplicación del Derecho, es una consecuencia inmediata de que cada acto de creación jurídica tiene que hallarse determinado por el orden jurídico”<sup>9</sup>. La vinculación entre producción y aplicación condiciona directamente la teoría de la creación del Derecho, procediéndose a una reconsideración del papel que tradicionalmente ha desempeñado el juez en ella: “La teoría surgida en el terreno del common-law angloamericano, de que sólo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquella, que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho general creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción del Derecho”<sup>10</sup>.

\*\*\*

---

<sup>6</sup> “... también las normas jurídicas individuales pertenecen al derecho, son tan parte integrante del orden jurídico como las normas generales con base en las cuales han sido producidas”, KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la segunda edic. en alemán por R. J. Vernengo, UNAM, 1982, p. 242.

<sup>7</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 244.

<sup>8</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 245.

<sup>9</sup> KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, 1983, p. 158.

<sup>10</sup> KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, cit., p. 263.

Más allá de la discusión sobre la existencia de un constitucionalismo europeo, lo cierto es que cualquier consideración del mismo debe atender a la centralidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la que, tras un largo y azaroso proceso, se le ha reconocido el mismo valor jurídico que los Tratados<sup>11</sup>. El contenido de la Carta nos ofrece algunos datos que pueden ser interesantes desde el punto de vista de la Teoría del Derecho. En realidad, el desarrollo jurídico del proceso de integración europea ofrece perfiles muy interesantes al respecto, ya que incide de manera central en algunos aspectos básicos de la teoría del Derecho, como son los que tienen que ver con la teoría de la producción normativa o con la dinámica interna del Ordenamiento, o con la posición que ocupan los jueces en el sistema. Como es sabido, en relación con los derechos y con su reconocimiento la acción del Tribunal de Justicia ha sido esencial.

Pues bien, en lo sucesivo me voy a centrar en algunas dimensiones de la Carta que son de especial interés para una teoría de la aplicación del Derecho (que, como señalé anteriormente, es difícilmente distinguible con nitidez de una teoría de la producción normativa). Me refiero al papel que juega la alusión a las *tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*. Ciertamente, esta no es la única cuestión relevante desde el punto de vista de la teoría del Derecho o, si se prefiere, más en particular, de la teoría de los derechos.

El título VII de la Carta contiene las “Disposiciones generales que rigen la interpretación y aplicación de la Carta”. En el art. 52.4 se señala que “en la medida en que la presente Carta reconozca los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones”. Anteriormente, en el Preámbulo de la Carta ya se incluye una referencia a estas tradiciones: “La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Por otra parte, el art. 6.3 del Tratado de la

---

<sup>11</sup> Art. 6.1 TUE: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”



Unión Europea establece que “Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Por su parte, el art. 6.1 se refiere al reconocimiento de los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta, que “tendrán el mismo valor jurídico que los Tratados”.

En realidad, la alusión a las tradiciones no es excepcional en los textos europeos y, además, no se circunscribe sólo a aquellas cuestiones que tienen vinculación más o menos directa con los derechos y las libertades. Efectivamente, en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea encontramos diversas referencias: Así, en el Preámbulo del TUE se incluye el deseo de la UE de “acrecentar la solidaridad entre sus pueblos, dentro del respeto de su historia, de su cultura y de sus tradiciones”. El art. 13 del TFUE establece: “Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional”. En el art. 62 TFUE se afirma: “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros”. Y en el art. 82 TFUE se establece que las normas mínimas que pueden dictar el Parlamento y el Consejo para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, “tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros”.

En realidad, la introducción de la alusión a las tradiciones constitucionales comunes en el discurso sobre los derechos ha sido el resultado de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. De la misma manera que ha sido el Tribunal de Justicia el que ha articulado una protección pretoriana de los derechos, desde el momento en que en los

Tratados Constitutivos<sup>12</sup> no se incluían referencias a los derechos y tampoco preveían un sistema de derechos. Hay que esperar hasta finales de los años 60 para encontrar una serie de sentencias en las que se señala que los derechos forman parte de los principios del Derecho comunitario. En efecto, el Tribunal, a través de su argumentación en casos concretos, ha ido estableciendo afirmaciones generales que han constituido los pilares del futuro sistema de derechos del proyecto europeo.

La sentencia recaída en el caso *Stauder*<sup>13</sup> inicia, en 1969, la protección de los derechos en el ámbito de las Comunidades. Y lo hace, cuando se refiere a “los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia”. Esta línea continúa con la decisión del caso *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)<sup>14</sup> en donde se afirmaba, en la línea de la anterior, que “...la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este tribunal de Justicia”. Pero en este caso, se introduce la alusión a las Tradiciones Constitucionales Comunes: “... la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad”. En el caso *Nold* (1973)<sup>15</sup> el Tribunal afirma: “...los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto asegura el propio Tribunal; (...) al garantizar la protección de estos derechos, el Tribunal de Justicia tiene que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los países miembros y no puede, por consiguiente, admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de dichos Estados; (...) los Tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han añadido los Estados miembros también pueden aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”.

---

<sup>12</sup> Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (1951), Tratados de Roma, constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (1957).

<sup>13</sup> STJ de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, *Erich Stauder c. la villa de Ulm-Solzialamt*.

<sup>14</sup> STJ de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft Mbh c. Einfuhr - Und Vorratsstelle Fuer Getreide Und Futtermittel*.

<sup>15</sup> STJ de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold c. Comisión de las Comunidades Europeas*.

Lo que me interesa analizar aquí son las consecuencias de las repetidas alusiones a las tradiciones constitucionales comunes en el marco del sistema de derechos de la UE (y por tanto, si se quiere, en el marco del constitucionalismo europeo); alusiones que, como se ha visto, con incluidas en la legislación tras haber tenido su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo.

Creo que el concepto de “tradicción constitucional común” es interesante, ya que nos enfrenta al problema de la identificación del sentido de los conceptos abiertos o caracterizados por presentar una zona de penumbra importante. Por otra parte, desde el momento en que en el art. 6.3 TUE y en la jurisprudencia se afirma que las tradiciones constitucionales comunes constituyen el ámbito en el que se generan y adquieren sentido los derechos fundamentales (los derechos fundamentales forman parte de las tradiciones constitucionales comunes), se está reconociendo un cierto protagonismo –en un tema no menor- a dichas tradiciones dentro del sistema de fuentes, ya que para identificar los derechos, y su sentido, no va a ser suficiente con recurrir a la norma dictada por el legislador. Tenemos ante nosotros, por tanto, un muy interesante panorama en el que nos encontramos con vinculaciones entre creación y aplicación del Derecho, cuestiones que afectan directamente a la teoría de la producción normativa, y por tanto al problema de los límites del Derecho.

\*\*\*

El discurso sobre la tradición tiene relevancia en el Derecho. No me estoy refiriendo necesariamente a las aportaciones de la Escuela Histórica del Derecho. La mera afirmación de la dimensión cultural del Derecho ya nos llama la atención sobre ello; por otra parte, podemos recordar que el sentido que el recurso a la historia, a los antecedentes, a la tradición, tiene en la construcción de los criterios de interpretación de las normas, ya pensemos en Savigny o en el artículo 3.1 del Código Civil. Como es sabido, Savigny se refiere a cuatro criterios de interpretación: gramatical, lógico histórico y sistemático<sup>16</sup>; y el art. 3.1 del Código Civil, señala que las normas se interpretarán, entre otras cosas, de acuerdo con los “antecedentes históricos y legislativos”. En la caracterización del criterio histórico que nos ofrece Giovanni

---

<sup>16</sup> Vid. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. de Mesia y Poley, Madrid, 1878, pp. 145 y ss.

Tarello, se subraya la relevancia del recurso al sentido de la tradición: "dado un enunciado normativo, en ausencia de indicaciones contrarias expresas, se le debe atribuir el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo precedente y preexistente que regulaba la misma materia en la misma organización jurídica, o bien el mismo significado normativo que tradicionalmente era atribuido al enunciado normativo contenido en un documento clásico de otra organización"<sup>17</sup>.

\*\*\*

La noción de tradición constitucional común es, como hemos visto, una creación del tribunal de Luxemburgo. Pero el Tribunal no señala –lo cual no es de extrañar– el contenido de estas tradiciones, ni cuáles son. Se limita a establecer una relación entre tradiciones, principios y derechos, que adopta determinadas formas en función de los diferentes enunciados: la observancia de los derechos, “es parte integrante de los principios generales del Derecho”; la salvaguardia de los derechos, “se inspira” en las tradiciones constitucionales comunes; y de ahí, a la fórmula de la Carta: los derechos fundamentales son “resultantes” de las tradiciones constitucionales comunes.

Como ya he señalado, el recurso a las tradiciones constitucionales comunes afecta de manera directa tanto a la comprensión de la producción normativa (en el marco de la UE) como a la teoría de la interpretación de las normas, por lo menos de las normas de derechos fundamentales, desde el momento en que con dicho recurso se contribuye a configurar el marco de sentido en el que esas normas surgen y se interpretan. Por ello parece interesante plantearse la cuestión de la identificación de las tradiciones constitucionales comunes.

Creo que esto es especialmente relevante desde el momento en que se ha establecido, primero por el juez y luego por el legislador, una vinculación entre tradiciones constitucionales comunes y derechos fundamentales. La identificación de las tradiciones constitucionales comunes va a contribuir a una mayor visibilidad de los derechos. En este sentido, es interesante recordar que el Informe del Grupo de Expertos en materia de Derechos Fundamentales, conocido como el *Informe Simitis* (1999), en el que se establecían las bases del debate sobre la codificación de una Carta de derechos

---

<sup>17</sup> TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán 1980, p. 368.

fundamentales<sup>18</sup>, llamaba la atención sobre la necesidad de que los derechos fueran visibles. En efecto, desde el momento en que el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos es imprescindible para que aquellos puedan desarrollar sus funciones, “es por tanto esencial proclamar y presentar tales derechos de manera que permitan a todos conocerlos y hacerlos valer. En otros términos, los derechos fundamentales deben ser visibles”. Según este informe, no es suficiente con que los derechos estén ya recogidos en las distintas constituciones de los Estados miembros. Por otra parte, en aquel informe se llamaba la atención sobre la necesidad de evitar la dispersión de los derechos en diversos textos y el envío a textos internacionales y supranacionales. A la luz de este informe surge la cuestión de hasta qué punto el recurso a las tradiciones constitucionales comunes no supone una forma de envío, y hasta qué punto dicho recurso no dificulta la visibilidad de los derechos. Por ello, es importante identificar esas tradiciones.

Para ello, creo que es necesario, *en primer lugar*, plantear algunos problemas conceptuales en relación con la idea de tradición y en particular con la idea de tradición jurídica (de la que las tradiciones constitucionales comunes serían una manifestación); y, *en segundo lugar*, hacer referencia al contexto, europeo, en que esas tradiciones están llamadas a ser operativas.

El concepto de tradición es polisémico<sup>19</sup>. En concreto, “tradición jurídica” puede ser comprendida de diferentes maneras. Baldassare Pastore ha identificado cuatro<sup>20</sup>:

- Proceso de transmisión y conservación del ordenamiento, producido por una estratificación temporal de materiales normativos diversos y de distinto origen, y, al mismo tiempo, conjunto de tales materiales estratificados y acumulados, que permanecen en el tiempo.
- Conjunto de conceptos, de categorías jurídicas, de aparato dogmático, de instrumentario representativo y expositivo para la comprensión del fenómeno jurídico, constituido a través de la secular elaboración por parte de la teoría y de la jurisprudencia.

---

<sup>18</sup> *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'unione europea: è tempo di agire*, Relazione del Gruppo di Esperti in materia di Diritti Fondamentali, Commissione Europea, D. G. V, Bruxelles, Febbraio, 1999.

<sup>19</sup> Vid. RUGGERI, A., “Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell'integrazione europea”, *Ars Interpretandi*, 8/2003, p. 211.

<sup>20</sup> Vid. PASTORE, B., “Emergenze della tradizione nell'odierna esperienza giuridica”, *Ars Interpretandi*, 8/2003, pp. 195 y ss.

- Práctica de aceptación por parte de quien participa en una tradición jurídica.
- Sucesión de mediaciones interpretativas que tienen lugar entre la producción de un texto normativo hasta su aplicación: es un conjunto de significados elaborados y mantenidos por la “memoria jurisprudencial”.

En todo caso, la existencia e identificación de una tradición es el resultado de una interpretación, de una atribución de sentido, de textos y de prácticas, en definitiva, la tradición consiste en una determinada información<sup>21</sup>. La identificación de esas prácticas y esos textos va a ser definitiva a la hora de dotar de contenido a la tradición. Eso explica el hecho de que las tradiciones son indefinibles en su totalidad e incompletas<sup>22</sup>. Lo cual es también una consecuencia del hecho de que la selección de la información y de los datos que constituyen la tradición es una práctica arbitraria, no necesariamente neutral<sup>23</sup>.

Estas dificultades no han impedido que la doctrina ofrezca una definición de tradición jurídica. Así, Merryman ha señalado que una tradición jurídica “... no es un conjunto de normas jurídicas sobre los contratos, las corporaciones y los delitos, aunque tales reglas serán casi siempre en algún sentido un reflejo de esa tradición. Es más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas sobre la naturaleza del Derecho, sobre el papel del Derecho en la sociedad y la política, sobre la mejor organización y funcionamiento de un sistema legal, y sobre la forma en que el Derecho es o debería ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la que es una expresión parcial. Sitúa el sistema legal en perspectiva cultural”<sup>24</sup>.

Pero centremos nuestra reflexión en Europa o, si se prefiere, en la tradición jurídica occidental.

Mauro Barberis se ha referido a la dificultad de identificar elementos compartidos en un contexto cultural caracterizado por el universalismo y el pluralismo (10). Más allá de los rasgos que hoy presenta la sociedad europea (o las sociedades europeas),

---

<sup>21</sup> Vid. GLENN, H. P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, trad. it. di S. Ferlito, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 43 y ss.

<sup>22</sup> Vid. GLENN, H. P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, cit., p. 47.

<sup>23</sup> Vid. SOMMA, A., “Giochi senza frontiere. Diritto Comparato e tradizione giuridica”, *Ars Interpretandi*, 8/2003, p. 320.

<sup>24</sup> MERRYMAN, J. M., *The Civil Law tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford, 1969, p. 2.

caracterizados por el pluralismo y la multiculturalidad progresiva, y que deberían tender a reflejarse en los ordenamientos jurídicos (precisamente debido al carácter democrático de éstos)<sup>25</sup>, y de las diferentes comprensiones de lo jurídico que tienen que ver con las tradiciones del “Civil Law” y del “Common Law”<sup>26</sup>, Barberis ha señalado que, en realidad existen muchas Europas y que, más bien, lo típicamente europeo es el escepticismo sobre su propia identidad<sup>27</sup>. Es evidente que estas circunstancias dificultarían la búsqueda de elementos compartidos que permitieran hablar de una tradición jurídica occidental/europea. No obstante, en la doctrina existe alguna referencia que merece ser tenida en cuenta. Me estoy refiriendo a la propuesta de Harold Berman contenida en su libro *Law and Revolution. The Formation of Western Legal Tradition*<sup>28</sup>. En este libro Berman caracteriza la tradición jurídica occidental a partir de determinados rasgos, algunos de los cuales son más fácilmente predicables de la tradición del civil law, mientras que otros lo son de la de common law<sup>29</sup>:

1) distinción entre las instituciones jurídicas y otro tipo de instituciones. Supone la distinción analítica entre el Derecho y la moral, la religión o la política;

2) la administración de las instituciones jurídicas se atribuye a un grupo de profesionales, los juristas, especializados;

3) la formación de los juristas se lleva a cabo en centros especializados, a partir de un cuerpo doctrinal y un acervo bibliográfico específico y especializado;

4) la enseñanza del Derecho está relacionada con la formación de una doctrina, que lleva a cabo una labor de análisis y sistematización del Derecho;

5) el Derecho se concibe como un sistema integrado y coherente, como un “corpus” que se desarrolla a lo largo del tiempo;

6) ese corpus incluye mecanismos encaminados a su desarrollo y transformación;

7) el desarrollo del Derecho no obedece al azar, sino que tiene una lógica interna;

---

<sup>25</sup> Vid. BELVISI, F., “The «Common Constitutional Traditions» and the Integration of the EU”, *Diritto&Questioni Pubbliche*, 6, 2006, pp. 21-37.

<sup>26</sup> Vid. GLENN, H. P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, cit., capt. V: “La tradizione giuridica di civil law. La centralità della persona” (pp. 221-292) y capt. VII: “La tradizione di common law. L’etica del giudizio” (pp. 377-454).

<sup>27</sup> Vid. BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 37.

<sup>28</sup> Harvard University Press, 1983. Existe trad. al castellano, por la que se cita: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

<sup>29</sup> Vid. BERMAN, H., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, cit., pp. 17-19.

8) se afirma la supremacía del Derecho sobre la política;

9) y de la existencia, dentro de la comunidad, de diversas jurisdicciones;

10) tensión entre los ideales y las realidades, entre las dimensiones dinámicas y la estabilidad, lo que hace que aunque los sistemas jurídicos hayan podido ser derrocados por revoluciones, la tradición jurídica permanece, renovada por esas revoluciones.

Pienso que esta caracterización le permite a un jurista occidental autoidentificarse fácilmente. No obstante, Mauro Barberis ha llamado la atención sobre el hecho de que Berman, en el intento de ofrecer un cuadro comprensivo de la percepción de lo jurídico en el mundo occidental, no incluye una alusión a los derechos<sup>30</sup>; si bien es cierto que la afirmación de la supremacía del Derecho sobre la política está en la base del constitucionalismo.

Pero en la jurisprudencia y en las normas europeas que hemos tomado como referencia inicial en esta reflexión no se habla de la tradición jurídica occidental, sino de las “tradiciones constitucionales comunes” a los Estados miembros. Por tanto, se trataría, en la tarea de identificación del contenido de las mismas, de ir más allá. La relación de Europa con los derechos es compleja. Es cierto que posiblemente una de las mayores contribuciones europeas a la historia del mundo consiste precisamente en un determinado discurso sobre los derechos y el Constitucionalismo<sup>31</sup>. La afirmación de que la Unión Europea es una "comunidad de Derecho", en la que bajo la primacía del principio de legalidad, se alcanzan los objetivos a través del Derecho, es del Tribunal de Justicia<sup>32</sup>. Pero al mismo tiempo, Europa constituye el escenario en que la teoría y la práctica de los derechos ha sido despreciada de manera más seria.

La identificación de las tradiciones constitucionales comunes y la localización de lugar que ocupan los derechos en su interior requiere complejas operaciones hermenéuticas. Alessandro Pizzorusso se ha referido a ellas señalando algunos aspectos básicos de las mismas<sup>33</sup>: hay que analizar los ordenamientos de los países miembros qué principios están en la base de los mismos; también sus antecedentes y los debates en torno a su formación y aplicación; de la misma manera, es necesario

---

<sup>30</sup> Vid. BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit. p. 74.

<sup>31</sup> Vid. BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit. p. 125.

<sup>32</sup> Vid. Caso 294/83 "Parti écologiste «Les verts» v. Parliament" de 23 de abril de 1986, ECR 1339, 1365.

<sup>33</sup> Vid. PIZZORUSSO, A., “Common Constitutional Traditions as Constitutional Law of Europe?”, *Sant’Anna Legal Studies*, Research Paper nº 1, 2008, p. 10.



atender a su evolución, no sólo analizando de manera aislada las diversas historias constitucionales, sino también en su relación con las otras historias constitucionales de los Estados miembros. Parece evidente que las anteriores operaciones hermenéuticas han de desarrollarse sin olvidar que las tradiciones constitucionales no son sino parte de tradiciones culturales más amplias que las trascienden y en las que adquieren sentido.

Evidentemente, la identificación de las tradiciones constitucionales comunes va a exigir el concurso del método comparado, que se va a encontrar con la dificultad de identificar lo “común”. Y en este punto pareciera que puede existir un acuerdo en cuanto a las grandes afirmaciones, pero en el momento en que se profundiza en el análisis se observan diversas tradiciones constitucionales. Así, en plena consonancia con el sentido del constitucionalismo, podríamos afirmar que lo compartido es la voluntad de limitar el poder del Estado a través del establecimiento de condicionamientos jurídicos para el ejercicio de ese poder. Peter Häberle ha propugnado la progresiva construcción de un “Derecho constitucional Común Europeo” a partir de la existencia de principios comunes en los diferentes ordenamientos, a partir de los cuales se podría afirmar la centralidad de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho<sup>34</sup>. Por su parte, Maurizio Fioravanti ha señalado que en el constitucionalismo europeo, entendido como un “proceso histórico orientado a generar una forma política dotada de Constitución”<sup>35</sup>, se puede identificar una doble vocación, que permitiría explicar las tensiones internas del mismo (del constitucionalismo): por una parte, la tendencia dirigida a la construcción de límites al poder como forma de defender la autonomía y los derechos; de otra, la dirigida a facilitar la participación en ese poder. De ahí la tensión entre los dos movimientos del constitucionalismo: la resistencia y la participación<sup>36</sup>. En otras ocasiones se ha querido identificar el núcleo de lo compartido en la alusión que en el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea se hace a “la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la

---

<sup>34</sup> Vid. HÄBERLE, P. “Derecho Constitucional Común Europeo”, en VVAA., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Pérez Luño, A. E., (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 187-223.

<sup>35</sup> FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, p. 135.

<sup>36</sup> Vid. FIORAVANTI, M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit., p. 150.

persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”, interpretada como “síntesis de la historia constitucional europea”<sup>37</sup>.

Como acabo de señalar, la identificación de elementos compartidos convive con la conciencia de que no sólo hay tradiciones comunes, sino también tradiciones no comunes. En efecto, aunque en las Constituciones europeas hay una característica general y compartida que es la constituida por la limitación del poder a través del establecimiento de un marco jurídico, lo cierto es que ese acuerdo sobre la necesidad de limitar al poder esconde percepciones diversas respecto a conceptos como Estado de Derecho, derechos, democracia, que son precisamente aquellos sobre los que Häberle hace descansar el Derecho Constitucional Común Europeo. Estas discrepancias son, a su vez, expresión de diferencias en la *Weltanschauung*, en la concepción del mundo en la que descansan, que va a depender de los contextos del país y de la cultura política y jurídica específica<sup>38</sup>. Creo, en este sentido, que es muy ilustrativa la descripción que Mauro Barberis hace de seis tensiones o disputas que caracterizan la cultura europea de los derechos.

En efecto, en su libro *Europa del Diritto*, Barberis dedica un capítulo a mostrar una serie de contradicciones a través de las cuales se ha ido desarrollando lo que podríamos considerar la tradición europea de los derechos, que jalonan su formación y evolución, y que necesariamente han de condicionar tanto las declaraciones y textos normativos futuros en materia de derechos, como su “atormentada aplicación”<sup>39</sup>. El valor de estas contradicciones consiste, en mi opinión, en que muestran lo complicado que es encontrar líneas de continuidad, dinámicas permanentes en la evolución de los derechos –que están en el núcleo del constitucionalismo europeo y que por tanto están llamados a ocupar un lugar principal en las tradiciones constitucionales europeas:

- 1) La *contradicción entre Burke y Paine* va más allá de una polémica en torno al significado político de la Revolución Francesa. Supone, además, el desencuentro entre una concepción tradicionalista inglesa y una concepción racionalista y universalista: los derechos vinculados a la historia, de la que

---

<sup>37</sup> HERSLUND, M., “Tradiciones y principios de las Constituciones Europeas”, en BARON, I., FICH, Ch., HERSLUND, M. y LORENZO, M. P., (eds.), *De Leviatan a Lisboa. Camino del Constitucionalismo Europeo*, cit., p. 19.

<sup>38</sup> Vid. BARON, I., HERSLUND, M., “El poder y los ciudadanos: los derechos en las Constituciones”, en BARON, I., FICH, Ch., HERSLUND, M. y LORENZO, M. P., (eds.), *De Leviatan a Lisboa. Camino del Constitucionalismo Europeo*, cit., pp. 21-25.

<sup>39</sup> Vid. BARBERIS, M., *Europa del Diritto*, cit., capt. V: “Una discussione cosmopolita”, pp. 155-185.

surgen y de la que reciben su fundamento, y los derechos derivados del iusnaturalismo racionalista.

- 2) El *contraste entre Bentham y los constituyentes franceses* implica diferentes posiciones respecto al discurso de los derechos. Si Bentham lo niega, a partir de una incompreensión del lenguaje de los derechos y de la inutilidad de su recepción jurídica, los constituyentes franceses reivindican el valor jurídico de las declaraciones. Estamos frente a dos formas de enfocar la relación entre derechos y Derecho.
- 3) La *disputa entre Jellinek y Boutmy* es expresión de diferentes formas de identificar el origen histórico de las declaraciones de derechos, a partir de la referencia de la Declaración de 1789. De la misma manera, estamos ante dos formas de interpretar las relaciones entre los textos revolucionarios franceses con los norteamericanos y con los precedentes ingleses. Supone también una diferente interpretación de la influencia del factor religioso –en particular del protestantismo- en la génesis de los derechos.
- 4) La *oposición entre derechos de libertad y derechos sociales* descansa en una contradicción que va más allá de la mera disputa ideológica. O, mejor dicho, es una disputa ideológica que supone diferentes discursos la distinta legitimidad de la reivindicación de estos dos tipos de derechos. Desemboca, en muchas ocasiones, en la afirmación de la falsedad de la tesis de que los derechos sociales son auténticos derechos, como los derechos de libertad. Por otra parte, supone una neta diferenciación de las funciones del legislador y del gobierno en la garantía de los derechos.
- 5) La *tensión entre universalismo y particularismo* nos sitúa ante la contradicción entre diferentes concepciones de los derechos en relación con su fundamento, con su origen y con el peso que en el discurso tienen nociones como diferencia y diversidad. En el marco de esta tensión, se genera la crítica al eurocentrismo u occidentalismo con la que se intentan deslegitimar los discursos universalistas.
- 6) Por fin, la *contradicción entre monoteísmo y politeísmo*, con la que se alude, de un lado, a aquellas comprensiones que consideran que los derechos constituyen sistemas normativos ordenados y coherentes, encaminados a la materialización de un principio, o de algunos principios, fundamentales; de otro, a aquellas teorías según las cuales los derechos no son explicables

aludiendo a esquemas ordenados y unidireccionales, sino más bien haciendo referencia a un conjunto de argumentos normativos, que no ocupan posiciones jerárquicas definitivas. Barberis señala que mientras que la teoría de la interpretación constitucional es monoteísta en este sentido, pues asume la unidad y la coherencia interna del sistema de derechos, la práctica de los tribunales (constitucionales e internacionales) se identificaría con el politeísmo.

Como ya he señalado, el valor de estas dicotomías, tal y como las presenta Barberis, reside en que nos ayudan a comprender la conflictividad interna de una tradición jurídica en la que los derechos ocupan un lugar importante. Es cierto que sin ellas no es comprensible la progresiva conformación del discurso de los derechos y su sentido actual. Pero al mismo tiempo ponen de relieve que ese discurso tiene poco de unidireccional y unívoco.

\*\*\*

En definitiva, creo que las reflexiones anteriores son demostrativas de las dificultades conceptuales e interpretativas que derivan de la introducción de la alusión a las tradiciones constitucionales comunes en el discurso de los derechos. Estas ocupan un lugar importante a la hora de señalar el origen del reconocimiento y protección de los derechos, de la misma manera que constituyen un marco interpretativo, Pero, como hemos visto, la afirmación del carácter común de determinadas tradiciones no es materia fácil e indiscutida.

Estamos, además, ante una noción que, construida por los jueces, contribuye a diseñar un sistema en el que éstos desempeñan un papel importante a la hora de definir los derechos de los ciudadanos europeos. El activismo de los jueces a la hora de construir un sistema de derechos en Europa nos revela los rasgos de una comprensión del Derecho que es relevante desde la perspectiva de la Teoría del Derecho:

- El protagonismo de los jueces en la producción del Derecho. Ese protagonismo puede depender de un determinado diseño institucional (está previsto en él) o puede depender de las insuficiencias o carencias del mismo. Este sería el caso europeo.

- La transformación del sistema de fuentes del Derecho como consecuencia de la introducción en el mismo del discurso sobre las tradiciones constitucionales comunes.
- La introducción del concepto de tradición constitucional común entre los criterios de reconocimiento del sistema de derechos obliga a llevar a cabo una labor de integración de la pluralidad para identificar lo común en las diferentes tradiciones constitucionales. Lo cual obliga a un esfuerzo suplementario a la hora de señalar las referencias normativas últimas de la validez del sistema.
- Se produce una cierta circularidad entre las tradiciones constitucionales comunes y los ordenamientos jurídicos nacionales. Se ha hablado así, de una “comunitarización” de las tradiciones constitucionales nacionales y de una “constitucionalización” de las tradiciones constitucionales comunes<sup>40</sup>: por una parte, las tradiciones nacionales son tenidas en cuenta por la jurisprudencia europea, pero al mismo tiempo, esa jurisprudencia debe ser tenida en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el Derecho constitucional de cada país.

---

<sup>40</sup> Vid. RUGGERI, A., “Struttura e dinamica delle tradizioni costituzionali nella prospettiva dell’integrazione europea”, cit. p. 226.