

LA PAZ COMO FINALIDAD CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

PEACE AS A CONSTITUTIONAL PURPOSE OF THE EUROPEAN UNION

Augusto Aguilar Calahorro¹

Profesor Contratado Doctor del Departamento de Derecho Constitucional
(UGR, Granada, España)

ÁREA(S): derecho constitucional.

RESUMEN: En esta reflexión se trata de elaborar un discurso constitucional sobre la paz como finalidad esencial del derecho constitucional europeo extrapolable a todo ordenamiento constitucional. Se tratará de distinguir entre principios, valores y fines de la Unión, para después analizar la paz y su significado en los preámbulos, su significado jurídico así como sus posibilidades jurídico-positivas.

ABSTRACT: *this paper aims to develop a constitutional though about Peace as an essential purpose of European constitutional law that can be extrapolated to all constitutional systems. It will try to distinguish between principles, values and*

purposes of the Union, and then analyze peace and its meaning in the preambles, its legal consequences and possibilities.

PALABRAS CLAVE: paz; valores; principios; derechos; derecho constitucional europeo.

KEYWORDS: *peace; values; principles; rights; constitutional law.*

SUMARIO: 1 La paz como finalidad del Derecho (constitucional) europeo; 2 La razón de la existencia de la Unión en sus preámbulos; 3 De la paz en los preámbulos a la concreción de valores y derechos; 4 La paz como metáfora del constitucionalismo; 5 La paz y el conflicto; 6 La eficacia jurídica de los fines de la Unión; 7 Algunas

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Granada. Profesor de Derecho constitucional de Grado y posgrado en la Universidad de Granada, *E-mail:* augustoaguilar@ugr.es. Currículum: https://constitucional.ugr.es/pages/profesorado/fichas_profesores/augusto-aguilar-calahorro. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8239-6712>.

conclusiones: por qué partir de la paz para una construcción constitucional del espacio supranacional y sobre su significado objetivo.

SUMMARY: 1 Peace as the purpose of European (constitutional) law; 2 The reason for the existence of the Union in its preambles; 3 From peace in the preambles to the realization of values and rights; 4 Peace as a metaphor for constitutionalism; 5 Peace and conflict; 6 The legal effectiveness of the aims of the Union; 7 Some conclusions: why start from peace for a constitutional construction of the supranational space and on its objective meaning.

1 LA PAZ COMO FINALIDAD DEL DERECHO (CONSTITUCIONAL) EUROPEO

La pregunta sobre la validez de los ordenamientos jurídicos pertenece al mundo extrajurídico². Como señala Francisco BALAGUER, «la validez de un ordenamiento, esto es, su existencia, sólo puede determinarse en relación con la sociedad que se pretende normar, con la conducta efectiva de los hombres que forman parte de esta sociedad. Es por tanto una pregunta que debe reconducirse a los motivos por los que un ordenamiento existe y por los que sus mandatos son cumplidos mayoritariamente por los individuos³».

La validez de las disposiciones jurídicas descansa en su conformidad con una regla superior (normalmente una norma sobre producción jurídica), pero la validez de un ordenamiento en su conjunto, en cambio, depende de la conciencia de la comunidad, de que considere el Derecho (el ordenamiento) de un lugar determinado como válido en sí mismo, digno de cumplimiento.

Esta idea es predicable de los ordenamientos originarios. Pero el ordenamiento de la Unión europea no es un ordenamiento originario, sino derivado⁴. La validez del Derecho de la Unión europea depende, en última

² Un ordenamiento, según Francisco BALAGUER, es válido cuando existe, cuando es efectivo, cuando la mayor parte de sus reglas son cumplidas. *Fuentes del Derecho*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, p. 95.

³ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 93 y 94. Siguiendo la estela de H. KELSEN: «El principio de efectividad que, como contenido de la norma fundamental, es un principio del conocimiento específicamente jurídico, ofrece la garantía adecuada de que la ciencia del derecho no pueda perder de vista la conexión entre las normas jurídicas y lo que se llama realidad social». H. KELSEN, “¿Qué es un acto jurídico?” (1952), [Trad. U. Schmill], *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 4, 1996, p. 76.

⁴ Debate iniciado por los planteamientos expresados en la Sentencia Maastricht del Tribunal constitucional alemán y concretadas en las tesis de P. KIRCHHOFF, “The Balance of Powers between national and European institutions”, *European Law Journal*, 5, n. 3, 1999, pp. 225-242. Tesis contestadas por J. H. H.

instancia y desde la perspectiva de cada uno de los estados miembros, de su conformidad con las estructuras constitucionales básicas de cada estado y con la ratificación de los Tratados de la Unión conforme a los procedimientos constitucionales establecidos⁵.

Sin embargo el debate sobre el mayor o menor grado de autonomía del ordenamiento europeo en relación a los ordenamientos constitucionales nacionales sigue aún en un punto bastante abierto⁶. Tanto que, en sentido paralelo a la dogmática tradicional sobre esta cuestión, merecería la pena no perder de vista cuestiones político-constitucionales de tipo realista. Me refiero a que la valoración de la efectividad del Derecho europeo, como ordenamiento, no debe perder de vista la apreciación de si cumple o no con la función para la que el Derecho de la Unión europea fue creado. Pese a que el ordenamiento europeo no es originario el discurso sobre su validez no debe perder de vista condicionantes de tipo político y social que concretan su efectividad como tal. Estos condicionantes se reflejan en los fines, objetivos y valores de la Unión.

Ciertamente la fundación de las Comunidades Europeas responde a un acto jurídico, la firma y ratificación de los Tratados, en los que se determinan procedimientos, instituciones y poderes para cumplir unas “misiones” u objetivos concretos. Pero no debemos confundir estos objetivos con el fin último que subyace en la firma de los Tratados, los motivos por los que se decide la creación de una Comunidad europea dotada de un sistema jurídico propio. Y tampoco aquellos objetivos deben confundirse con los valores de la Unión

WEILER, “Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht decision”, *European Law Journal*, 1995, pp. 287-288. Esta pertenencia se expresa a través de un compromiso con los valores compartidos de la Unión, de forma que, el hombre pueda sentirse vinculado a varias organizaciones territoriales basándose en diferentes factores subjetivos: la identidad en sentido cultural como pertenencia a la nación (en los casos en los que sea homogénea, o territorial en otros), y la afinidad con los valores compartidos en la UE que trascienden la diversidad etno-nacional. Más recientemente y en un sentido que realorza el papel de los tribunales ver J. KOMÁRECK, “National constitutional courts in the European constitutional democracy”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, (3), 2014, pp. 525-544.

⁵ Por todas véase la Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, de 13 de diciembre.

⁶ Véase a estos efectos, por ejemplo, P. HÄBERLE, F. BALAGUER CALLEJÓN, I. W. SARLET, C. L. STRAPPAZON, A. AGUILAR CALAHORRO (Coords.), *Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel*, Pamplona, Aranzadi, 2020. Versión en portugués ID. *Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do costitucionalismo multinivel*, Ed. Fundação Fenix, Porto Alegre, 2020. Disponible en: <https://www.fundarfenix.com.br>.

positivizados mucho más tarde de su aparición y que ofrecen sustento a su estructura.

Señala el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) que “la Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos”. En mi opinión en este artículo se concreta la verdadera finalidad de la existencia de la Unión: la paz. Y se distingue con claridad de los valores como categoría jurídica autónoma. La paz es el fin primordial, y como trataré de explicar, los valores de la Unión son concreciones de este fin⁷. Valores que a su vez se alcanzan a través de objetivos concretos: la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la eliminación de las fronteras interiores, la libre circulación, el establecimiento de un mercado interior (con sus propios objetivos: desarrollo sostenible, crecimiento económico equilibrado, estabilidad de los precios, competitividad, pleno empleo, progreso social científico y técnico), la lucha contra la exclusión social y la discriminación, la cohesión económica, social y territorial, la diversidad cultural y lingüística, el establecimiento de una unión económica y monetaria... objetivos que, a su vez, determinan la atribución de competencias específicas y el establecimiento de procedimientos decisorios⁸.

En mi opinión, el fin último de la Unión ha sido y sigue siendo el mantenimiento de la paz. Es, por otro lado, un fin inherente al Derecho, la resolución de conflictos de forma pacífica y racionalizada, y tradicionalmente ha sido considerada por su carácter fundante de legitimidad e identidad de

⁷ Como ha dicho Peter HÄBERLE el constitucionalismo es una ciencia de la Paz: «los valores superiores como fundamento y sustento que penetra en el ordenamiento, que da forma al poder, así como una institucionalización duradera. Y esto debe servir para lograr la paz en los tres espacios culturales (el regional, el nacional y el universal)». P. HÄBERLE, “El constitucionalismo como proyecto científico”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 29, 2018.

⁸ Es necesario señalar que esta aproximación a la diferencia entre valores, principios y objetivos puede sustentarse en un análisis de la forma en la que se redactó el artículo 2 TUE, aparecido por primera vez durante la redacción del proyecto de Tratado Constitucional Europeo. Como ha señalado MANGAS MARTÍN de la redacción previa desapareció la afirmación: “su fin es ser una sociedad pacífica...”, «pues era calificar como un objetivo de la Unión ese *desideratum*. El lugar era inadecuado pues la razón de ser del art. 2 es enumerar los valores y no los objetivos o fines de la Unión». Como observará el lector coincido con la diferencia y el debate planteado durante su redacción, mostrado a través de la distinción entre deseos o esperanzas (equiparados a fines) y objetivos (en el sentido de misión). Ver sobre las problemáticas en la redacción de la disposición relativa a los valores y objetivos A. MANGAS MARTÍN, “Nuevos y viejos valores de la identidad europea al hilo del tratado constitucional”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 12, 2007, pp. 2 y ss.

todo orden jurídico⁹. Es por tanto fin de la Unión en un doble sentido, en tanto que procedimiento de integración basado en el Derecho, y en tanto que razón histórica de su existencia. Es decir, el fin de la paz expresa la validez del proyecto europeo, pero también del Derecho europeo como ordenamiento jurídico¹⁰. Y este fin en el artículo 3 TUE se distingue concretamente de los valores, que se desarrollan como fundamento de la UE en el artículo 2, pero también se diferencian claramente de los objetivos que aparecerán en los apartados 2 a 6 del artículo 3.

De modo que el fin último, la paz, se desgranará en valores, estos a su vez a través de objetivos, y los objetivos mediante la concreción de competencias (artículo 5 TUE). El fin representará la razón de existencia de la integración, y se concretará mediante valores. Los objetivos, en cambio, representan una opción política concreta para alcanzar ese fin, opción política seleccionada entre diversas aproximaciones o teorías de la integración¹¹ europea. Estas teorías abarcan desde instrumentos neo-funcionalistas (que como describirá S. GEORGE¹² se basan en la técnica del *spill-over* con la que se ha pretendido trascender de forma centrífuga la inicial naturaleza económica de la Unión hacia una integración política), hasta instrumentos neoliberales e intergubernamentales como los que teorizó MORAVCSIK¹³; teorías que fundamentan cómo deberían instrumentalizarse las instituciones y el Derecho europeo, pero que no identifican un fin en sí mismo sino la forma de los medios para alcanzarlo.

La pregunta sobre la razón última de la existencia de la Unión, sobre su fin, parte de por qué los utopismos del “Proyecto para una paz perpetua” de

⁹ M. KOTZUR, “Los objetivos de la Unión. Una contribución a la finalidad e identidad constitucional de la Unión Europea”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 2, 2004.

¹⁰ Sabemos que el propio Kelsen remarcó que la paz es esencialmente un producto del Derecho, que el Derecho produce de manera necesaria una pacificación de las sociedades, pues al identificarse Derecho con Estado, este supone el monopolio del uso de la fuerza y la violencia conllevando la paz entre las personas que integran la sociedad. Ver H. KELSEN, *¿Qué es la justicia? (1957)* [trad. A. Calsamiglia], Ariel, Barcelona, 1991, pp. 159 y ss. Sin embargo, en el ámbito europeo habría de rehacerse esta tesis, dado que no existe Estado europeo como tal ni aspira al monopolio de la fuerza, pero nos sirve la idea a efectos de reconocimiento de la paz como finalidad del Derecho si distinguimos entre Derecho y Estado como hizo el propio maestro austriaco.

¹¹ D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law. Text, cases and materials*, Cambridge University Press, 1. ed., Cambridge, 2014, espec. pp. 141 y ss.

¹² S. GEORGE, I. BACHE, *Politics in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

¹³ A. MORAVCSIK, “Preferences and Power in the European Community. A Liberal Intergovernmentalist Approach”, *Journal of Common Market Studies*, n.31 (4), 1993, pp. 473-524.

Saint Pierre (1658), pasando por el “Ensayo para la paz presente y futura en Europa” de William Penn (1693), el proyecto cantonal europeo de Jhon Bellers (1710), la obra “Sobre la paz perpetua” de Inmanuel Kant (1795), el “Proyecto para la reorganización de la sociedad europea” de Saint Simon (1814) tras las guerras napoleónicas, o el discurso de Victor Hugo en el Congreso de paz de París de agosto de 1849, pudieron materializarse y se hicieron reales finalmente sólo a partir de los Tratados fundacionales de las Comunidades europeas del Carbón y del Acero (1951) y de la Comunidad Económica Europea (1957).

La legitimidad del ordenamiento europeo descansa en la necesidad impuesta por las circunstancias tras la Segunda Guerra mundial de mantener la paz entre las naciones europeas, pero no una paz a cualquier precio, sino erigida y concretada sobre los valores de respeto de los derechos fundamentales y la dignidad humana¹⁴. Este fin, esta razón de la existencia, puede advertirse en un análisis de los preámbulos de los Tratados de la Unión que permiten identificar el fin último de la Unión Europea con el del mantenimiento de la paz concretada en el respeto de los derechos.

2 LA RAZÓN DE LA EXISTENCIA DE LA UNIÓN EN SUS PREÁMBULOS

Como ha señalado Peter HÄBERLE, los preámbulos «otorgan una base cultural a las sociedades abiertas de las democracias y pueden generar el consenso social fundamental¹⁵». Este consenso no es una ficción jurídica en sí misma, sino que depende de la mayor o menor apertura de tales preámbulos al «contexto» en el que se inserta el acto fundacional, por lo que formulan auténticas «creencias», fruto de vivencias colectivas que se presentan a modo de cláusulas generales, y también de «disposiciones generales»¹⁶. Como señala el autor «sobre todo, los preámbulos que se quieren separar de un pasado desafortunado y así transformar la historia viven de, o hacen referencia a, un contexto de la Ética».

¹⁴ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, Giappicheli, Turín, 2006. Como ha señalado Peter HÄBERLE, «el constitucionalismo se distingue de las otras formas jurídicas, por su estructura material y procedimental destinada a limitar el poder, evitar la guerra civil y producir la paz. Por ello se diseña para durar en el tiempo, esto es, se institucionaliza», P. HÄBERLE, “El constitucionalismo como proyecto científico”, cit.

¹⁵ P. HÄBERLE, “La ciudadanía a través de la educación como tarea europea”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n.4, 2005.

¹⁶ *Ibidem*.

Son en definitiva un «avance de las bases normativas y aspiraciones» del texto al que preceden¹⁷. Vivencias sociales y éticas que se transponen al ámbito jurídico.

El preámbulo nos anuncia el orden jurídico fundamental de la comunidad y nos presenta dicho orden como una unidad de sentido. Como señaló LUCAS VERDÚ, «el acto de constituirse una comunidad en forma jurídico-política arranca de una decisión, y toda decisión, junto con sus aspectos reflexivos, lleva un acento emocional. Tal decisión, producto de la voluntad por mucho que se racionalice, es sentida, deseada vitalmente y compartida por muchos¹⁸». Los preámbulos contienen por tanto «la síntesis de la decisión política fundamental o fórmula política¹⁹» de la comunidad.

Es obvio que la teoría sobre el contexto y su expresión en los preámbulos se desarrolla desde la perspectiva de los procesos constituyentes, la aprobación de una constitución. Como señala Javier TAJADURA, el valor que la doctrina ha señalado sobre los preámbulos parte de una comprensión *schmittiana* de acto de voluntad, que es el elemento central que nos permitiría entenderlos como expresión y vínculo del contexto: «siempre hay en el acto constituyente un sujeto capaz de obrar, que lo realiza con la voluntad de dar una Constitución²⁰». Por tanto se refieren esencialmente a los preámbulos constitucionales, de ahí su visión como expresión de la voluntad preexistente de un pueblo, o mejor dicho la voluntad de una nación, que establece la constitución²¹. Estas comprensiones parten de la idea de la unidad política como una realidad existencial previa. El objeto de la constitución es dotar de una determinada estructura política a esa unidad, y por ello los preámbulos expresan con contundencia las opciones o fórmulas ideológicas de esa unidad política.

¹⁷ J. BRAGE CAMAZANO, "Recensión" A. TORRES DEL MORAL y J. TAJADURA TEJADA (dirs.), *Los preámbulos constitucionales en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates, n. 113, Madrid, 2001, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 9, 2005, pp. 557-614.

¹⁸ P. LUCAS VERDÚ, *Curso de derecho político*, v. 1, 2. ed., Tecnos, Madrid, 1976, p. 83.

¹⁹ Ver J. TAJADURA TEJADA, "La función política de los preámbulos constitucionales", *Cuestiones Constitucionales*, n. 5, 2001. Según Tajadura, los componentes de la fórmula son: a) Un techo ideológico: demoliberal, fascista, socialista, comunista, etcétera, que inspira todo el ordenamiento jurídico. b) Una organización jurídico política: parlamentaria, convencional, presidencialista, soviética, unitaria, regional, federal. c) Una estructura social: capitalista, neocapitalista, socializada, colectivista, subdesarrollada, semi desarrollada, desarrollada, super desarrollada.

²⁰ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, [trad. Francisco Ayala], Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 46.

²¹ Cfr. J. TAJADURA TEJADA, "La función política de los preámbulos constitucionales", cit.

Hablar de los preámbulos de los Tratados, en cambio, para acertar una voluntad en el inicio de la integración requiere trasladar la visión constituyente a la realidad de la Unión. Estas fórmulas políticas sobre las que se legitima un proceso constituyente no son transmisibles directamente a la aparición de la Unión Europea, pues en su fundación mediante los tratados no se expresa una voluntad preexistente de un sujeto definido, de una comunidad previa, sino que se crea en ese mismo acto. Por ello el fin de la Unión constituye una determinación especial y específica de su fundación.

Como sabemos, los Tratados de la Unión Europea no son un acto constituyente producido por un poder constituyente, por una unidad política preexistente, sino un acuerdo convencional entre estados soberanos regido en su forma por el Derecho internacional público²². En el seno de la Unión ha habido un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza de la Unión en este sentido. La máxima expresión se encuentra en la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Maastricht de 12 de octubre de 1993 que expresa como idea esencial “*there is no European people, only european peoples*”²³, que es tanto como decir que no hay una voluntad constituyente detrás de los Tratados que la fundan.

Como se observa de los escritos académicos del artífice principal de la sentencia *Maastricht*, el magistrado Paul KIRCHHOFF, el concepto de “poder

²² Sobre el tema en términos generales: B. DE WITTE, “Il processo semi-permanente di revisione dei Trattati”, *Quaderni Costituzionali*, 2002, p. 499 y ss. A. VON BOGDANDY, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, *Revista General de Derecho europeo*, 22, 2010, p. 20. El Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha llegado a calificar a los Estados como la “autoridad fundamental de la Comunidad” considerados en conjunto como autores del derecho originario, ver los asunto *Holcim/Comisión*, T-28/03, de 21 de abril de 2005, ECLI:EU:T:2005:139; y el asunto *Salamander et al/Parlamento y Consejo*, T-172/98, de 27 de junio de 2000, ECLI:EU:T:2000:168.

²³ La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán puede encontrarse traducida al español en la *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, 3, 1993. La STCFA pone el dedo en la llaga de las verdaderas carencias democráticas de la Unión, preservando el principio democrático mediante el mantenimiento de un poder irreductible de los estados en el proceso de integración. Pese a las críticas comparto la opinión de J. BAQUERO CRUZ, que considera que a pesar de todo la sentencia Maastricht-Urteil permitió desarrollar un debate que de otro modo no habría tenido lugar, debido al amplio consenso entre las jerarquías políticas alemanas (y en general de todos los partidos políticos mayoritarios de los Estados miembros) sobre la bondad del proceso de integración europea. J. BAQUERO CRUZ, “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the pluralist movement”, *EUI Working Papers*, Robert Schuman Centre for advanced Studies, 2007/13, p. 13. Para un análisis sobre el contenido de la sentencia, ante la amplísima bibliografía, me remito a T. STEIN, “La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht”, *Revista de Instituciones europeas*, n.3, 1994, pp. 745-770.

constituyente”, de voluntad capaz de constituir una unidad política, ha tendido a identificarse (erróneamente) con el de “pueblo”, aplicándole un carácter necesario de homogeneidad cultural. En consecuencia, para este autor, si no existe homogeneidad cultural entre los diferentes pueblos de Europa, no pudo ni puede existir un verdadero “demos” europeo que actúe como elemento constituyente de una comunidad política europea, legitimando por sí misma la estructura jurídica europea²⁴.

Relevante doctrina se ha opuesto a esta concepción²⁵, entre la que destacamos al profesor Joseph WEILER, que traslada el carácter de esta voluntad desde la homogeneidad cultural hacia el concepto de sentimiento de “pertenencia”²⁶ a esa comunidad. Weiler sitúa el centro de gravedad en las “tradiciones constitucionales comunes”²⁷ que comparten los estados miembros, y los valores comunes como factor de integración y pertenencia a una comunidad²⁸. También Dieter GRIMM rechazará la concepción de voluntad unitaria como factor constituyente, como definición del “demos”, poniendo el énfasis en el concepto “identidad”. Una identidad que puede entenderse como adhesión con unos valores comunes. Grimm criticará no obstante la inexistencia de una verdadera opinión pública europea, construida sobre elementos

²⁴ Este carácter esencial del pueblo como elemento preexistente y homogéneo a la comunidad política puede apreciarse en P. KIRCHHOFF, “The Balance of Powers between national and European institutions”, *European Law Journal*, 5, n.3, 1999, pp. 225-242. Carácter que como veremos ha sido contestado por WEILER argumentando que el Tribunal alemán ha abrazado una noción de pueblo monolítica y orgánica, que necesita de la homogeneidad en orden a legitimar a la comunidad política.

²⁵ I. PERNICE, I., “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?” *Common Market Law Review*, n. 36, 1996. I. PERNICE, y R. KANTITZ, “Fundamental Rights and Multilevel constitutionalism in Europe”, *WHI PAPER*, n. 7, 2004. I. PERNICE, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *European Law Review*, n. 27, 2002, pp. 509 y ss.

²⁶ J. H. H. WEILER, “Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht decision”, *European Law Journal*, 1995, pp. 287-288. Esta pertenencia se expresa a través de un compromiso con los valores compartidos de la Unión, de forma que, el hombre pueda sentirse vinculado a varias organizaciones territoriales basándose en diferentes factores subjetivos: la identidad en sentido cultural como pertenencia a la nación (en los casos en los que sea homogénea, o territorial en otros), y la afinidad con los valores compartidos en la UE que trascienden la diversidad etno-nacional.

²⁷ Para un resumen brillante sobre la construcción jurisprudencial del concepto y la protección de los derechos fundamentales en la UE ver G. CÁMARA VILLAR, “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4, 2005.

²⁸ Véase el artículo 49 del TUE, que disponen la necesidad de respeto y participación de los valores del artículo 2 TUE.

materiales e institucionales que permitan la aparición de un verdadero espacio público europeo en el que se desarrolle la democracia deliberativa²⁹, que impiden que se cumpla actualmente en la Unión con el elemento esencial de la identificación del ciudadano con la “comunidad” política europea, por lo que ésta continúa enraizada en el espacio estatal. La diferencia esencial entre Weiler y Grimm es que para el primero el sentimiento de pertenencia basado en unos valores comunes es el punto de llegada, y no requiere ni exige de una ulterior integración en sentido democrático-constitucional. Grimm en cambio analiza esa identidad común como germen necesario para una profundización en la democracia constitucional, donde aparecen sus principales críticas.

En una línea similar se situará Jürgen HABERMAS³⁰ extrapolando la teoría del discurso al funcionamiento de la Unión. Partirá de la idea de que los ciudadanos pueden actuar como miembros de una comunidad política sólo cuando sus derechos individuales se encuentran garantizados, pero como no existe una verdad preexistente sobre cuáles sean esos derechos o su contenido, habrán de ser concretados mediante un procedimiento discursivo, deliberativo, de formación de la voluntad con garantías de participación democrática³¹. El filósofo alemán se aleja de concepciones preexistentes de unidad, abraza la idea de que la comunidad política se construye a partir de una identidad colectiva basada en valores y derechos, identidad que debe ser abordada mediante un procedimiento democrático discursivo. Profundizará así en un sentido constructivo en las carencias democráticas participativas en el proceso de elaboración de los Tratados (redactados por los gobiernos de los

²⁹ Ver D. GRIMM, “Does Europe need a Constitution”, en P. GOWAN, y P. ANDERSON, (eds.), *The question of Europe*, Maxwell, Londres-Nueva York, 1997, pp. 254 y 255. En el mismo sentido, centrado en las posibilidades de integración de Europa a través de una constitución ver también D. GRIMM, “Integración por medio de la constitución. Propósitos y perspectivas en el proceso europeo de constitucionalización”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 15, 2004, pp. 53-69.

³⁰ Esencialmente ver J. HABERMAS, *Facticidad y Validez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos del discurso*, [trad. M. Jiménez Redondo], Trotta, Madrid, 5 ed. 2008, especialmente el capítulo dedicado a “Política deliberativa: un concepto procedimental de democracia”, pp. 363-406. Donde parte de la premisa de que «la manera de operar de un sistema político articulado en términos de Estado de Derecho no puede describirse de modo adecuado, tampoco empíricamente, sin referencia a la dimensión de validez del Derecho, y a la fuerza legitimadora que tiene la génesis democrática del Derecho». ID, “So, Why does Europe need a constitution?”. Disponible en: www.iue.it/RSC/EU/Reform02.pdf.

³¹ J. HABERMAS, *Facticidad y Validez, cit.*, p. 106. J. KOMÁRECK, “National constitutional courts in the European constitutional democracy”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 12, (3), 2014, pp. 525-544.

estados miembros) para poner el énfasis no en la inexistencia de un espacio público, sino en la posibilidad de construirlo³². La aproximación *habermasiana* es especialmente interesante en tanto subraya que el Derecho europeo es el motor de la integración, conformador de una comunidad política futura.

La característica común a estos tres autores es su distanciamiento respecto de la necesidad de preexistencia de la voluntad constituyente en las comunidades políticas. Las constituciones, o los tratados constitutivos (que no constituyentes), no son el punto de llegada, la expresión final de una voluntad colectiva previa, sino punto de partida, motor de integración de la comunidad, no sólo jurídica a través de las competencias atribuidas por los estados, sino política, en razón de unos valores como denominador común que han de desarrollarse. Las tesis de Rudolf Smend se hacen tangibles en el debate doctrinal.

Por todo ello, al margen de la forma que se dé al proceso de integración, su finalidad constituye el momento detonante que permite que 6 estados soberanos históricamente enfrentados se reencontrasen y expresasen su voluntad de evitar una tercera guerra mundial, y a partir de ese momento analizasen aquellos intereses comunes.

Las teorías sobre la voluntad constituyente en las comunidades políticas dejan al descubierto sus déficits cuando se analiza la función de los preámbulos o su contenido en la fundación de las Comunidades europeas³³. Como ha señalado Paolo RIDOLA respecto del Preámbulo del TUE, se puede observar en ellos un sentido de «*Integrationslehre* de Smend: si en la UE falta la unicidad de un demos europeo, no falta, en el patrimonio constitucional europeo progresivamente codificado por las reformas de los Tratados, un humus de factores de integración de una *Öffentlichkeit* europea intrínsecamente plural³⁴». Y como ratifica Luigi FERRAJOLI «un pueblo (el mítico demos), en mi opinión, no existe como sujeto

³² J. HABERMAS “Reply to Grimm”, en GOWAN, P., y ANDERSON, P., (eds.) *The question of Europe*, cit., p. 264: «La noción de pueblo no se puede tomar como algo apriorísticamente establecido de manera histórico-cultural, sino como un proceso progresivo de construcción a través de la institucionalización jurídica de la comunicación entre ciudadanos».

³³ Me remito a la extraordinaria Tesis doctoral de H. C. ARAUJO DE GUSMAO, *Reforma constitucional e integración europea*, dirigida por F. Balaguer Callejón, en la Universidad de Granada, 2008. Disponible en: <https://hera.ugr.es/tesisugr/17613164.pdf>.

³⁴ P. RIDOLA, “La parlamentarización de las estructuras institucionales de la Unión Europea entre democracia representativa y democracia participativa”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 3, 2005.

unitario anterior a la constitución, sino que es generado por la constitución misma en cuanto pacto de convivencia mediante el cual se estipula la igualdad en derechos fundamentales, y por lo tanto, la igual identidad y dignidad de cada uno de sus miembros como persona y como ciudadano³⁵».

Efectivamente los Tratados de la Unión no son una constitución en sentido formal, elaborados a través de un denominado proceso constituyente, pero ello no obsta a que se entiendan como carta constitucional material, preñada de derechos, valores y principios³⁶, como de hecho ha afirmado en múltiples ocasiones el propio Tribunal de Justicia de la Unión³⁷. Y sobre todo, la inexistencia de un abstracto “demos” no debería impedir que se comprenda, como me interesa hacer ahora, que los preámbulos expresan la voluntad de integración mediante un particular orden jurídico común (en este caso la Comunidad/Unión Europea) basado en una aspiración común unánime, innegable: la necesidad de mantener la paz entre las naciones europeas tras las dos guerras más traumáticas de la historia reciente. Sobre esa finalidad se legitima la construcción de la Unión, la centella del acto de constituir. Y a partir de ahí se desarrollará el debate, el procedimiento de identificación de los valores compartidos que habrán de servir de fundamento para la comunidad.

Al margen de la patente carencia de legitimidad democrática “directa” del Derecho europeo originario, y al margen de que compartamos las múltiples críticas, me interesa ahora destacar, como dije, el elemento detonante que propició la firma de los Tratados poniendo la primera piedra de un proceso integrador, el elemento contextual que permitió concretar siglos de utopismos en la creación de las Comunidades, pues tras este se encuentra el fin último de la Unión, la razón de su existencia. Y para ello, pese a las precauciones que hay que

³⁵ L. FERRAJOLI, *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, [Trad. A. Greppi], Trotta, Madrid, 2006.

³⁶ P. HÄBERLE, “¿Tienen España y Europa una Constitución?” *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 12, 2009.

³⁷ Será a partir de los años ochenta, cuando el TJ haga explícita su idea de la constitucionalización del orden europeo a través de la interpretación de los Tratados, declarando en la Sentencia *Parti écologiste – Les Verts*, C-294/83, de 23 de abril de 1986, ECLI:EU:C:1986:166: “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 es el Tratado”. Y de forma definitiva en el Dictamen del TJ 1/91 sobre el acuerdo del Espacio Económico Europeo: “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”.

tener a la hora de “reduplicar³⁸” criterios constitucionales al estudio del Derecho europeo, creo que la “primera intención” expresada en los preámbulos como expresión del contexto fundacional, del *momento constituyente*³⁹ es ilustrativa.

3 DE LA PAZ EN LOS PREÁMBULOS A LA CONCRECIÓN DE VALORES Y DERECHOS

El 18 de abril de 1951, los representantes plenipotenciarios de los estados fundadores de la Unión Europea firmaron el Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero con la determinación innegable de garantizar la paz. Esta solemne ocasión se celebró con la redacción de un preámbulo ambicioso y sensato al mismo tiempo, por su especial apertura al «contexto» dada su densidad lingüística y su contenido.

Como reza el preámbulo del Tratado CECA:

la paz mundial puede ser salvaguardada solo con esfuerzos acordes a los peligros que la amenazan; convencidos de que la contribución que una Europa organizada y viva puede aportar a la civilización es indispensable para el mantenimiento de las relaciones pacíficas; conscientes de que Europa no se podrá construir sino con concretas realizaciones que creen sobre todo una solidaridad de facto y mediante la instauración de bases comunes de desarrollo económico; deseando contribuir con la expansión de sus producciones fundamentales a la elevación del nivel de vida y el progreso de las obras de paz; resueltos a reemplazar las rivalidades seculares con una fusión de sus intereses esenciales, para fundar con el establecimiento de una comunidad económica el primer encuentro de una comunidad más amplia y profunda entre los pueblos durante mucho tiempo, contrarrestados por sangrientas escisiones, y para

³⁸ De nuevo ver R. WHAL, “Cabe explicar la UE mediante conceptos...”, *cit.*, pp. 123 y ss.

³⁹ Al respecto ver J. L. CASCAJO CASTRO, “Constitución y Derecho Constitucional en la Unión Europea”, *Teoría y Realidad constitucional*, n 15, 2005, p. 98. B. ACKERMAN, *La política del diálogo liberal*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1999, p. 235.

sentar las bases de instituciones capaces de guiar el destino ahora común.

El preámbulo recoge en gran parte la Declaración Schuman de 9 de mayo de 1950 que tiene como *leitmotiv* la necesidad imperiosa de mantener una paz duradera: “La solidaridad de producción que así se cree pondrá de manifiesto que cualquier guerra entre Francia y Alemania no sólo resulta impensable, sino materialmente imposible”. Este es el verdadero sentido que legitimará todos los esfuerzos de integración. Este es el fin.

En 1957 se desarrollaron los instrumentos para alcanzar el fin de la paz mediante el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE). En el preámbulo se vuelve a poner énfasis en la voluntad de los estados implicados en “reforzar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y de la libertad⁴⁰”. En esta ocasión con la determinación de establecer “los fundamentos de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa” los recursos jurídicos del TCEE apuntarán a la eliminación de las restricciones a los intercambios comerciales y la libre competencia mediante una política comercial común. Una herramienta funcional que mediante la consecución de objetivos concretos en el terreno del libre mercado terminen por desbordar lo estrictamente económico para conducir a una futura integración política (*spillover*)⁴¹.

La razón de existencia de la Unión Europea ha sido pues la garantía de la paz. Y este fin originario se ha desarrollado a lo largo de 70 años mediante un entramado jurídico para la consecución de objetivos concretos sobre el terreno económico y político. El Derecho de la Unión Europea ha tenido pues desde sus orígenes un fin externo al mismo⁴²: la garantía de la paz. Y el fin externo ha de condicionar la comprensión del propio Derecho europeo.

A partir del Acta Única Europea (1987), como primera gran reforma de los Tratados constitutivos, los preámbulos darán forma a este fin mediante los valores que permitirán la integración jurídica: la democracia, el *rule of law* y los

⁴⁰ “Resueltos a fortalecer, a través de la constitución de este complejo de recursos, las defensas de la paz y la libertad y haciendo un llamamiento a los demás pueblos de Europa, animados por el mismo ideal, a unir sus esfuerzos”.

⁴¹ De nuevo S. GEORGE e I. BACHE, *Politics in the European Union*, cit.

⁴² Ver la defensa de la legalidad como expresión de un bien moral externo al propio sistema en A. PEÑA FREIRE, *Legalidad y orden jurídico. El debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Atelier, Barcelona, 2018.

derechos fundamentales. Si el fin es histórico-emocional en sentido puro, los valores, como concreción del fin en instrumentos políticos habrán de desplegar mayor juridicidad.

Los valores aparecen por tanto como concreción político-jurídica del fin emocional de la Unión, son una realización en el Derecho de un fin externo al Derecho, el desarrollo de la paz como principio y fin de la Unión. Y ello porque no toda paz es deseable, como advirtió Vittorio FROSINI con razón, dado que al igual que la guerra supone la expresión bárbara del persistente conflicto humano, la tiranía implica la forma bárbara de la paz social, obtenida a través de la coacción en lugar de cimentarse en la libertad. De modo que el pacifismo que permite la constitución de la Unión había de concretarse mediante unos valores comunes expresados en el nuevo preámbulo TCEE⁴³:

CONSCIENTES de la responsabilidad que incumbe a Europa de reafirmar muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los derechos humanos que ellos propugnan, a fin de aportar conjuntamente su propia contribución al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales [...].

Democracia, Estado de derecho y garantía de los derechos serán positivizados así como adjetivos del tipo de paz deseada colectivamente, confirmándose en el preámbulo del Tratado constitutivo de la Unión Europea de Maastricht en 1992 (TUE) mediante la adhesión “a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho” incluyendo una mención expresa en el articulado:

Artículo F.2: La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados

⁴³ V. FROSINI, “Mitología e ideología del pacifismo”, en su vol. *Costituzione e società civile*, Edizioni di Comunità, Milano 1975, p. 165. Citado a través de A. E. PÉREZ LUÑO, “La paz como valor constitucional”, *Anuario de filosofía del derecho*, n. 2, 1985, p. 125.

miembros como principios generales del Derecho comunitario.

En este paso definitivo hacia la integración política (mediante la creación de la Unión junto a las Comunidades europeas) merece la pena destacar cómo la finalidad de la Unión, la paz, se desgranará en dos categorías jurídicas diferenciadas. Por un lado los “principios” que comparten los estados miembros y a los que se adhieren para continuar el proceso de integración, presentes desde el Acta única Europea. Principios que unos años más tarde se denominarán “valores” en el proyecto de Tratado constitucional. En segundo lugar, se positivará el término “principios generales del Derecho”, término que hasta la fecha no había aparecido en los Tratados. Quizás esta confusión inicial entre valores y principios pueda justificar que los valores adquieren desde el origen una naturaleza jurídica, a diferencia del fin emocional primigenio, evitar la guerra.

Hasta el Acta Única Europea la locución “principios” del Derecho comunitario se había utilizado para referirse a las disposiciones materiales con las que el Tratado había de regular el mercado común. En la primera jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas los elementos estructurales de los artículos 2, 3 y 4 de los Tratados CECA y CEE eran denominados principios. De forma que se confundieron con principios prohibiciones/obligaciones expresas de los tratados como la prohibición de establecimiento de tasas de aduana, la no discriminación de productores por su nacionalidad, la exigencia de reordenación de los monopolios nacionales... etc. También se hacía referencia a los principios de la Carta de Naciones Unidas, y a los principios de Derecho internacional como el de reciprocidad, pero no a principios generales⁴⁴ (salvo la enunciación indirecta del principio de no discriminación en el art. 66 TCEE). Ahora, tras la segunda gran reforma de los Tratados acometida en Maastricht, siguiendo la expresión utilizada por el TJ, los derechos fundamentales basados en las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) se considerarán como principios generales en un sentido autónomo, distinguiéndolos de las obligaciones de los Tratados.

Tras la reforma del Tratado de Ámsterdam se incluirán los derechos sociales de la Carta Social Europea en las exhortaciones del preámbulo y se

⁴⁴ Con la mera excepción del artículo 128 TCEEE sobre política común de formación profesional.

modificará el apartado F (actual artículo 6 TUE) para hacer aún más patente la diferencia entre principios, los que posteriormente se denominarán valores, y los principios generales del Derecho europeo:

1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados-miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

La denominación de principios generales del Derecho comunitario adquirirá su forma actual en el Tratado de Lisboa, en el que la modificación del preámbulo conducirá a una distinción definitiva entre los fines de la Unión (la paz) y los elementos materiales para la adhesión y pertenencia de los estados, que adquirirán la categoría de “valores”:

«INSPIRÁNDOSE en 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 persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho».

La configuración actual de los derechos en diferentes categorías (fines, valores, principios y derechos subjetivos) se observará en las modificaciones de los artículos 1bis, 2 y 6 del TUE donde se realizará la distinción definitiva entre el fin de la Unión, el respeto de los derechos como valor y los derechos fundamentales como normas – principios y reglas de Derecho originario –.

Los derechos se recogerán en distintas categorías normativas: el respeto a los derechos humanos como valores que fundamenta la Unión Europea, la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como derecho originario, y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los derechos derivados de la jurisprudencia

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como principios generales del Derecho.

En un libro sobre la eficacia de la CDFUE se hace obligado, aunque pueda ser obvio para el versado en la materia, señalar en el texto principal, al menos un vez, cuál es el tenor actual y vigente de las disposiciones en las que se enuncian los derechos fundamentales en el Tratado de Lisboa tras la última reforma y su configuración distintiva con los principios, los principios generales y los valores.

El preámbulo actual del TUE dejará de reafirmar la paz como elemento fundacional. Ahora nos “recuerda” la “importancia histórica de que la división del continente europeo haya tocado a su fin y la necesidad de sentar unas bases firmes para la construcción de la futura Europa”, dejando entender el éxito en la empresa primigenia de evitar una tercera guerra civil europea. Quizás en 2007, fecha en la que fue firmada la reforma del vigente Tratado de Lisboa, la crisis de deuda soberana de la zona euro y la distópica crisis sanitaria mundial provocada por la pandemia del virus Sars-Cov 2 (COVID 19) no pudieran siquiera presentirse, por lo que el caldo de cultivo de un conflicto parecía absolutamente impensable. Hoy día no estaría mal recordar que la verdadera finalidad de la Unión, su detonante constitutivo, es la preservación de la paz. No obstante, en el preámbulo vigente, el de 2007, desapareció de forma expresa la referencia al mantenimiento de la paz en los preámbulos. Pero la paz, como razón de existencia del ordenamiento europeo, sigue bien presente en el texto normativo, en el artículo 3.1 TUE: “La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos”.

El actual artículo 2 TUE distingue los valores que fundamentan la UE distinguiéndolos claramente de los principios:

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Y el artículo 6 TUE desgranará tres categorías de derechos derivados de tales valores:

1. 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.

[...]

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. 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.

De esta forma, la evolución de los Tratados ha seguido una línea de desarrollo y categorización del fin primigenio. Un fin, la paz, que legitima la creación de un orden jurídico común para resolver los conflictos futuros mediante el Derecho y la renuncia a la violencia. Fin concretado posteriormente mediante valores, que expresan que no toda paz es deseable, que no todos los medios son justificables para su consecución, sino aquellos basados en el estado de Derecho, la democracia y el respeto de la dignidad humana. Valores que serán concretados en dos formas: políticamente mediante objetivos o misiones específicas de la Unión, y jurídicamente mediante disposiciones de derechos fundamentales. Normas escritas (la Carta) y normas no escritas (principios generales del Derecho cristalizados por el TJ).

El análisis de la evolución y reforma de los Tratados requiere de algunas precisiones.

La primera es que el reconocimiento de los derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico europeo se produjo de forma pretoriana, a través de la jurisprudencia del TJUE, y su inserción en los textos no hizo sino cristalizar el acervo comunitario que llevaba décadas aplicándose por los operadores jurídicos. El TJ siempre tuvo en mente el fin de la creación de las Comunidades y aplicó, como veremos más adelante, un método de interpretación de los Tratados teleológico. Y esta teleología fue la verdadera artífice de la aparición de los derechos en la esfera europea.

La aparición pretoriana de los derechos es el mejor ejemplo de la sustantividad propia que exhibe el fin de la Unión en relación a los objetivos, valores y los principios.

La segunda es que, como he pretendido hacer aquí, debe llamarse la atención sobre la confusa categorización entre fines, objetivos, valores, principios, principios generales y derechos en la evolución de los Tratados. Esta dificultad se ha terminado por trasladar al ámbito de los derechos fundamentales de la Unión en la actualidad. El respeto de los derechos se entiende como una necesidad para alcanzar el fin la Comunidad, y esa necesidad ha adquirido categoría jurídica en forma de valores fundamentales de la Unión Europea, y en forma de principios generales del Derecho europeo, con rango de Derecho originario. Y junto a todas estas naturalezas diversas, la CDFUE ha entrado en vigor mediante el reclamo del artículo 6 TUE como documento *ad hoc* pero con “el mismo valor jurídico que los tratados”.

Pese a la compleja arquitectura de los derechos en el ordenamiento europeo (arquitectura sólo comprensible por el dinamismo evolutivo de la Unión) me interesa seguir distinguiendo entre la naturaleza de los fines, los valores, los objetivos y los principios en los Tratados. El fin, la validez del Derecho europeo como ordenamiento, sigue residiendo en el mantenimiento de la paz. Este fin, distinto de los valores, puede entenderse con contundencia parafraseando la “metáfora del laberinto” de Norberto BOBBIO, en el que la finalidad, la paz, se identifica con la voluntad de salir del laberinto; los valores de la Unión con la brújula y el instinto para guiarse por sus pasillos, como elementos para tomar decisiones durante el recorrido (con quién recorrerlo, a quién abandonar); y los principios generales y Carta de derechos deberían actuar como los pertrechos (cantimplora, abrigo, alimento, espada y escudo...) para recorrerlo y salir indemne del mismo.

El análisis de la evolución de los Tratados y sus preámbulos nos ayuda a distinguir el fin de la Unión del resto de categorías jurídicas, y ello se traslada por fuerza al resto del ordenamiento europeo. Por ejemplo, el fin debe teñir los valores, los derechos y principios de la Unión. Además refuerza el discurso constitucional de la Unión, pues la finalidad de la creación de la Unión es compartida por el Derecho constitucional, por lo que desde su origen se alcanza a vislumbrar un camino a recorrer. Identificar la paz como finalidad y razón de ser de la Unión nos permite reforzar el discurso constitucional como metodología natural para hablar de los derechos. Por último, configurar el fin de la Unión nos permite distinguir entre finalidad y valores, reforzar la idea de que los valores de la Unión tienen un innegable valor jurídico y normativo, más penetrante que si se caracterizaran como meros deseos o aspiraciones, como fines.

La aspiración y el deseo es mantener la paz por medios jurídicos. Los valores de la Unión, en cambio, son auténticas concreciones prácticas sobre qué tipo de paz se desea y cómo alcanzarla. El fin del Derecho europeo puede ser una aspiración, un ideal, como el pacifismo en sí, pero los valores de la Unión tienen una eficacia irradiadora más profunda sobre el resto del ordenamiento, más profunda incluso que el paralelismo que se ha tendido a trazar entre los valores de la Unión y los valores constitucionales. En consecuencia si los valores concretan el fin de la Unión, los principios concretan más aun los valores, por lo que el grado de generalidad que se achaca a esta última categoría, la de los principios generales del Derecho europeo, no es tan profunda.

4 LA PAZ COMO METÁFORA DEL CONSTITUCIONALISMO

En la doctrina norteamericana se han identificado dos formas de comprensión de la materia constitucional, la corriente imperante, pragmática, y una corriente que tiende a separarse de los mecanismos clásicos de interpretación para acercarse a la paz como matriz de la función constitutiva. Robert BURT⁴⁵ ha señalado incisivamente que el pensamiento dominante en los Estados Unidos trata al Derecho constitucional desde una metodología tradicional del Derecho privado, partiendo de los fundamentos clásicos de la filosofía contractualista, donde la constitución se representa como un pacto social equiparable a un contrato entre particulares. Así la doctrina imperante ha

⁴⁵ R. BURT "Metodología y metáfora en el Derecho constitucional" *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, n. 6, 1997, pp. 31-54.

tratado tradicionalmente de interpretar los textos constitucionales aplicando el «método histórico», la búsqueda de la voluntad originaria de los constituyentes como partes del contrato, o bien mediante el «método filosófico», deduciendo principios abstractos del documento y reelaborando sus consecuencias en controversias litigiosas.

En cambio, Robert Burt considera que la metáfora interpretativa del método constitucional debe asimilarse a la del Derecho internacional público, cuyo fundamento subyace en la garantía de la paz. Burt, al igual que harán Ely o Hart, criticará las tesis “*originalistas*” norteamericanas que parten de la compleción del texto constitucional, que sostienen que el significado de las disposiciones constitucionales pueden comprenderse bien a través de la literalidad del texto constitucional, bien de la intención o voluntad originaria del constituyente⁴⁶, desde una postura meramente cognitiva del Derecho. Para Burt la supuesta diferencia entre estos dos métodos originalistas de interpretación constitucional «radica en la cuestión sobre si los jueces deben restringirse a sí mismos a los términos expresamente acordados en el contrato o deben confiar en los principios generales que habían sido acordados por las partes⁴⁷», es decir, en conceder el protagonismo en la interpretación constitucional a la voluntad constituyente o los principios que inspiraron el pacto. Creo que no le falta razón. Basta un vistazo a la obra de Ronald DWORKIN para observar cómo sustenta su teoría directamente sobre ejemplos sacados de la resolución de litigios sobre herencias o controversias mercantiles⁴⁸; y es Dworkin, según Burt, el adalid del método filosófico de la interpretación constitucional. Incluso John H. ELY, uno de los teóricos que con mayor éxito ha criticado los dos métodos interpretativos de la constitución basados en la literalidad, en su obra *Democracia y desconfianza* terminará por explicar la función democrática procedimental del control de constitucionalidad con el símil del mercado.

Robert Burt considerará que la metáfora correcta para la resolución de controversias constitucionales no es la del “contrato”: «en un litigio en materia de contratos, ambas partes asumen la legitimidad del sistema y su aplicación obligatoria vinculante sobre ellas. En el litigio constitucional, la pregunta de la

⁴⁶ J. H. ELY, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, [Trad. M. Holguín], Siglo del Hombre Editores, Santafé de Bogotá- Universidad de los Andes, 1997, p. 17.

⁴⁷ R. BURT “Metodología y metáfora en el Derecho constitucional”, cit., p. 33.

⁴⁸ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, [trad. M. Guastavino], Ariel Barcelona, 7 ed. 2009.

legitimidad fundamental está siempre presente dentro de la disputa entre las partes⁴⁹». Y por ello la verdadera finalidad de las constituciones es evitar la guerra civil, mantener la paz. En última instancia, para este autor, las constituciones se aproximan así en su metodología y metáfora a los tratados internacionales dado que tienen una misma finalidad, el mantenimiento de la paz.

Para sostener sus argumentos Burt se centra especialmente en el papel de la justicia constitucional en la interpretación del texto constitucional. La justicia constitucional puede observarse como «una máscara utilizada para cubrir documentos constitucionales a fin de disfrazar su semejanza con los tratados internacionales, en los que las partes permanecen como jueces últimos para decidir qué obligaciones aceptar y cuáles no⁵⁰». Es cierto que la tradición norteamericana del sistema difuso de justicia constitucional pesa en sus argumentos, pero como el autor expresa, el establecimiento de tribunales constitucionales en sistemas concentrados de control de constitucionalidad como Alemania, España o Italia también conducen a la misma identificación.

Ciertamente el constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX tuvo que sobreponerse a amargas experiencias en forma de guerra, por lo que estas constituciones tuvieron como principal misión evitar un nuevo conflicto civil tratando de constituirse en órgano capaz de actuar al margen o de forma arbitral en esas viejas batallas, sustrayendo el control de constitucionalidad de las leyes a jueces curtidos en regímenes fascistas. Por ello las constituciones normativas posteriores a la Segunda Guerra mundial y su sistema de justicia constitucional responden mejor a esta metáfora internacionalista: evitar la guerra, el mantenimiento de la paz, y no el establecimiento de un contrato colectivo, como se ha argumentado desde fundamentos filosóficos contractualistas durante siglos.

Esta conclusión, no obstante, puede y debe completarse. La paz como raíz de la materia constitucional, y el papel de la justicia constitucional en su interpretación, no deben confundirse con una función antagonista. Como ha señalado en múltiples ocasiones Paolo RIDOLA, el constitucionalismo contemporáneo no debería considerarse desde meros fundamentos antagónicos, es decir, como un mero límite frente al poder estatal, ni como mero instrumento de garantía de las posiciones minoritarias frente a las mayoritarias. La función

⁴⁹ R. BURT "Metodología y metáfora en el Derecho constitucional", cit., p. 33.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 35.

antagonista puede ser la función principal de la justicia constitucional (una función contra-mayoritaria), pero no un modo de comprender el constitucionalismo actual de forma sistemática. El antagonismo se apoya en una visión liberal del ser humano y sus derechos: los derechos como límites frente al poder, el ser humano como oposición al poder público. Pero esta es una perversión liberal de los fundamentos ilustrados del constitucionalismo⁵¹.

Como nos dice Ridola, la comprensión antagónica es abiertamente opuesta a la raíz kantiana de la dignidad humana y los derechos subjetivos. Es decir, a la verdadera visión ilustrada del constitucionalismo. Como sabemos, Kant trató de mediar entre las corrientes filosóficas racionalistas y las empiristas, preguntándose por el lugar en el que debía quedar la libertad del hombre en un mundo regido por leyes físicas universales, medió entre la autonomía del sujeto y la voluntad general situando al ser humano como fundamento y base del concepto de ley y de poder soberano. En estas bases ilustradas encontramos un cariz más integrador que antagónico del constitucionalismo, que propició, ya entrado el siglo XX, una superación, al menos teórica, de la concepción de los derechos como límites frente al poder, o como límites frente a la decisión mayoritaria (antagonista o de oposición).

La visión antagónica, como hemos comentado desde el principio, ha sido más o menos superada en favor de una concepción integrativa del constitucionalismo, que no se conciben como separación de los espacios del ciudadano y el estado, el poder público, sino como instrumento articulación entre lo individual y lo colectivo. La perspectiva integracionista de la materia constitucional permite precisamente fortalecer la unidad de la comunidad mediante la identificación con los valores materiales que la constitución expresa⁵², integrando la voluntad individual y la general, al individuo y a la comunidad, pero no separando ambas esferas. En la raíz del constitucionalismo ilustrado se rechazan precisamente los componentes antagónicos, pues el kantianismo trata de teorizar precisamente lo opuesto, el vínculo entre lo individual y lo general.

Apostar por una concepción integracionista del constitucionalismo y no de mera oposición, refuerza la metáfora metodológica de BURT. La búsqueda

⁵¹ P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit. pp. 15 y ss.

⁵² P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*, cit. pp. 15 y ss.

de la paz entre partes en conflicto debe partir de la búsqueda de elementos comunes que permitan encauzar pacíficamente las discrepancias entre facciones subrayando los elementos que unen más que los que separan.

Destacar la metáfora de Burt y la dimensión integrativa de las constituciones permite introducir en el discurso sobre el constitucionalismo europeo dos ideas: a) por un lado, la paz es un fin compartido por la metodología internacionalista y el discurso constitucional, por lo que puede ser un punto de partida adecuado desde el que analizar la naturaleza del Derecho europeo b) la paz como metáfora de los fines del constitucionalismo nos decanta por una aproximación integracionista, *pro integratione*, del Derecho constitucional europeo, pues la paz encaja mejor con la apertura de las cláusulas, con su interpretación colectiva, con contenidos abiertos y de mínimos, más que con máximos, con la construcción paulatina de una identidad de mínimos, de un espacio de diálogo incipiente. La paz encaja mejor con esta postura que con una concepción privatista de autonomía y soberanía absoluta, de separación de espacios de libertad, de límites absolutos, espacios intangibles e intocables, con la oposición o la decisión contramayoritaria⁵³. Pues la paz no significa la carencia de conflicto. La paz como finalidad, razón de existencia del orden constitucional, no debe confundirse simplemente con la ausencia de lucha armada, enfrentamiento o conflicto como reconoce nuestro diccionario. Resolver conflictos es la finalidad del Derecho⁵⁴, pero la Constitución normativa contemporánea es lo opuesto a la negación o eliminación del conflicto.

⁵³ La doble legitimidad de la Unión nos da una idea sobre la dificultad de entender el Derecho europeo como un mero pacto entre estados o un mero pacto entre ciudadanos libres, pues la conjunción de ambas reenvía a relaciones tridimensionales más complejas que las que pueden representarse mediante la metáfora de un contrato entre dos partes. Ver K. NEUNREITHER, "The dual legitimacy of the European Union and the democratic deficit" en ID: *The democratic Deficit of the European Union: Towards closer cooperation between the European Parliament and the National Parliaments, Government and Opposition*, n. 29, 3, 1994, pp.311-314. C. ALMIRANTE, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Giappichelli, Turín, 2008. p. 71 y ss. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*, asunto 26-62, ECLI:EU:C:1963:1.

⁵⁴ Sobre el conflicto y su relación con el Derecho y el Derecho constitucional permítase el reenvío y la bibliografía citada en A. AGUILAR CALAHORRO, "El sujeto de derecho en la sociedad del consumo: el ciudadano como consumidor" en M. A GARCÍA HERRERA, J. ASENSI SABATER, F. BALAGUER CALLEJÓN, (Coords.) *Constitucionalismo Crítico. Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 489 y ss.

5 LA PAZ Y EL CONFLICTO

El Derecho tiene en su origen una dimensión conflictual innegable. Su función principal es resolver conflictos sociales. El Derecho no es otra cosa que un sistema de regulación y solución de conflictos sociales. Conflictos de intereses, materiales, ideológicos, que en algunos casos hay que resolver y en otros proteger y fomentar, pues representan diversas formas de ser o pensar que desarrollan la idea y el concepto de libertad e igualdad jurídica, pues el conflicto reafirma el «yo» frente a los demás⁵⁵. Como señaló POPPER «no puede haber sociedad humana que carezca de conflictos: una sociedad tal sería una sociedad no de amigos sino de hormigas⁵⁶».

Particularmente, el éxito del Derecho constitucional se encuentra en su capacidad no para eliminar el conflicto, sino para reconocerlo y encauzarlo. Filósofos post-naturalistas como HEGEL criticaron fervientemente el contractualismo como fundamento filosófico legítimo del estado, pues en estos parámetros el individuo pide protección/seguridad a cambio de libertad, está dispuesto a limitar una porción de sus libertades innatas (*iusnaturales*) a cambio de protección y de la legitimación del monopolio de la violencia coactiva del estado. En cambio el “siervo” hegeliano está destinado a volverse libre porque no lucha por salvar su vida sino por su reconocimiento⁵⁷. El reconocimiento mutuo es clave para la comprensión de la función del Derecho contemporáneo.

La doctrina jurídica ha observado que en ocasiones el Derecho ha resuelto el conflicto social negándolo, o simplemente enmascarándolo, y ello ha conllevado ulteriores conflictos de tipo social que han terminado por desestabilizar al propio

⁵⁵ Sobre las diversas categorías del conflicto y su importancia en el Derecho me remito a Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 14.

⁵⁶ K. R. POPPER, *Búsqueda sin término. Una autobiografía intelectual*, [Trad. C. García Trevijano], Madrid, Tecnos, 1997, p. 155.

⁵⁷ G. F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, [Trad. A. Mendoza de Montero], Editorial Claridad, Buenos Aires, 5. ed. 1968: «El punto de vista de la voluntad libre – con el cual se inicia el Derecho y la Ciencia del Derecho – está más allá de la falsa interpretación según la cual el hombre es, en cuanto ser natural y sólo como concepto de que es en sí, apto para la esclavitud. Esta originaria y falsa apariencia considera el espíritu, que sólo es por primera vez el punto de vista de su conciencia; la dialéctica del concepto y de la conciencia solamente inmediata de la libertad produce la lucha del reconocimiento y la relación de dominio y de servidumbre», § 57. «El contrato presupone que aquellos que lo contraen se reconocen como personas y propietarios, puesto que el contrato es una relación del Espíritu objetivo y el momento del reconocimiento está ya contenido y presupuesto en él» §71. Ver una interpretación en la dialéctica público-privado en N. BOBBIO, *Estado, Gobierno y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 14ª reimpresión, 2010, pp. 19 y 20.

Derecho, por negarle toda efectividad para cumplir con sus propios fines. Se ha revelado en tales ocasiones que el Derecho ha funcionado como instrumento de dominación por parte de las clases dominantes para eliminar o reprimir toda conducta contraria a sus intereses⁵⁸. Por el contrario, el reconocimiento mutuo de las posiciones en conflicto es clave para desplegar la “dialéctica” del propio conflicto, como señala magistralmente Carlos DE CABO, representa una parte fundamental de la evolución del Derecho, y especialmente del Derecho del estado constitucional⁵⁹.

La teoría del Derecho constitucional se ha construido sobre la identificación del conflicto entre las clases sociales emergentes y aquellas que ostentaban el poder tradicional del estado, distinguiendo espacios de libertad, separando y limitando el poder del estado – expresado mediante el Derecho – frente a la sociedad, para más tarde articular sus relaciones a través de la constitución normativa y el estado social⁶⁰. Este es el motivo esencial de la superación de la visión antagonista por la integracionista. El Derecho constitucional contemporáneo se presenta ahora no como mecanismo de solución del conflicto sino como establecimiento de un marco adecuado en el que institucionalizar el conflicto, reconocerlo, marco en el que organizar los diferentes intereses en juego e imponer garantías adecuadas de limitación y control de las desigualdades como representación de los diversos intereses plurales⁶¹.

La constitución normativa en nuestros días no es sino «la imposición de un proyecto frente a las fuerzas en conflicto⁶²». Se trata de un mecanismo

⁵⁸ M. FOUCAULT, *El sujeto y el poder*, Edición electrónica. Disponible en: <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Foucault/El%20sujeto%20y%20el%20poder.pdf>. Escuela de Filosofía Universidad Arcis, Trad. Santiago Carassale y Angélica Vitale. Última consulta, 16.06.14.

⁵⁹ C. DE CABO MARTÍN, *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010, espec. pp. 35 y ss.

⁶⁰ Todo este bagaje conceptual originado en el siglo XIX, se puede observar en la evolución de las fuentes del Derecho. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, cit.; I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, 10ª ed., 2007. También N. MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998. C. DE CABO MARTÍN, *Teoría Histórica del Estado y el Derecho constitucional I*, PPU, Barcelona, 1988. Para un análisis de las etapas del constitucionalismo hasta llegar a la constitución normativa en J. F. SÁNCHEZ BARRILAO, “Sobre la constitución normativa y la globalización”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 7, 2004, pp. 242-248.

⁶¹ F. BALAGUER CALLEJÓN, *Fuentes del Derecho*, cit.

⁶² ver G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992. Versión en español *El Derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, Consejería de Cultura, Madrid, 1995. G. ZAGREBELSKY,

normativo de articulación del conflicto social entre grupos heterogéneos. La constitución representa, por lo tanto, la garantía y el encauzamiento a través de procedimientos del pluralismo, como mecanismo de articulación de las diferencias y conflictos entre grupos sociales⁶³. La técnica de la constitución normativa garantiza el pluralismo mediante mecanismos con los que articular las diferencias sin disolver o enmascarar el conflicto, sino fomentándolo y protegiéndolo, pues el conflicto representa la libertad y la autodeterminación individual, los conflictos positivos que llevan al “deseo de ser”⁶⁴.

Por todo ello, la paz como fin, como razón de ser de los ordenamientos constitucionales y del ordenamiento europeo, debe ser entendida desde una visión integral, no desde la ausencia de conflictos. La paz como finalidad es el termómetro que mide la eficacia de los instrumentos constitucionales para articular y encauzar el conflicto social mediante mecanismos de reconocimiento recíproco de los intereses plurales. Cuando la paz se resiente (por voluntades secesionistas, radicalización de las posiciones, negación de paridad entre intereses...) se hace indispensable repensar si los instrumentos de integración (los derechos y los elementos que permiten la identificación de los sujetos con una comunidad) son los adecuados. Porque la paz «se ha manifestado y fijado en cada comunidad humana a través de una serie de normas y valores propios, produciendo convenciones culturales, ritos e instituciones que varían de acuerdo con sus propias vivencias, tradiciones e historias⁶⁵». El fin del Derecho constitucional, y del Derecho europeo, puede representarse en el mantenimiento de la paz, articulada en forma de valores y principios que permitan el reconocimiento recíproco de todas las posiciones sociales, y que canalicen los conflictos mediante normas e instituciones.

“Premessa”, en C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, reedición inalterada, Milán, 1998, pp. 36 y ss.

⁶³ Es esencial para el estudio del constitucionalismo como institucionalización de un equilibrio entre poderes (representativos de intereses diversos como la monarquía, la burguesía o nobleza, los ciudadanos o súbditos, el clero...) M. GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Alianza editorial, Madrid, 2000, p. 254 y ss., ID, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, 2005, pp. 224 y ss.

⁶⁴ L. MARTÍNEZ ROLDÁN y J.A. FERNÁNDEZ SUÁREZ, *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*, Ariel, Madrid, 1994, pp. 5 y ss.

⁶⁵ B. MOLINA RUEDA Y F. A. MUÑOZ (Eds.) *Manual de paz y conflictos*, Instituto de la paz y los conflictos. Universidad de Granada, Granada, 2004, p. 24.

6 LA EFICACIA JURÍDICA DE LOS FINES DE LA UNIÓN

Como hemos observado existe un fin primigenio en los Tratados de la Unión, una razón de ser del Derecho europeo, que debe distinguirse, pues así lo hacen los propios Tratados, de los valores, los principios y los propios derechos fundamentales de la Unión positivizados⁶⁶.

Como ya hemos señalado el artículo 3 TUE dispone como fines de la Unión “promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos”. Pese a que se incluyan “sus valores” dentro de los fines no deben confundirse estos con aquellos, ni tampoco pensar que los valores constituyen un elemento previo a los fines de la Unión. Trataré de explicarme.

El artículo 2 TUE dispone los valores de la Unión, por lo que podríamos pensar que siendo este anterior a la disposición que señala los fines (artículo 3 TUE), los valores constituyen el fundamento de la existencia de la Unión, y sobre este fundamento se construye su finalidad. En mi opinión esto no es así. Pues como dispone el artículo 2 TUE los valores libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho, respeto de la dignidad humana, de los derechos humanos y los derechos de las minorías, son valores de la Unión por que lo son de los estados miembros: “Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Los valores de la Unión lo son porque los comparten los estados miembros, y este lugar común (fruto de una herencia europea cultural, religiosa y humanista común, como señaló el preámbulo no sin amplio debate en la Convención que la redactó) es el que permitió identificar la forma de esa Unión. Pero la voluntad para “constituir” la Unión Europea es previa al acuerdo sobre su forma.

Los valores del artículo 2 TUE constituyen una condición de adhesión y pertenencia de los estados a la Unión Europea, como se establece en los artículos 7 y 49 TUE. Son una condición para los estados, y aunque pueda parecer que

⁶⁶ Téngase en cuenta que tras el fracaso del Tratado por el que se establecía una constitución para Europa de 2004, el Tratado de Lisboa realizó modificaciones sustanciales en los Tratados constitutivos vigentes hasta la fecha (TUE y TCE), lo que produjo que el preámbulo del Tratado de Maastricht quedase prácticamente inalterado salvo por la inclusión de un párrafo. Este párrafo señala: “Inspirándose en 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 persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho”. Se incluye por tanto la idea de los valores “universales”. En cambio continúa presente en el preámbulo la confusión entre principios y valores.

determinar si los valores son previos a los fines o a la inversa es una cuestión tautológica, en la UE no lo es en absoluto, pues ambos preceptos, los valores y los fines, desprenden efectos normativos completamente distintos: los valores pueden condicionar los derechos de los estados en la Unión, y pueden condicionar la actuación de las instituciones de la Unión frente a un estado concreto (véase el caso de Polonia o Hungría en relación a los fondos de recuperación), pero no prejuzgan la legitimidad del sistema jurídico europeo; los fines en cambio condicionan la actuación de las instituciones (especialmente del TJUE en la interpretación de los Tratados) hacia el conjunto de los ciudadanos y los estados, pues se encuentran en el centro de la legitimidad o validez del ordenamiento europeo: la paz es condición de efectividad del ordenamiento europeo.

La promoción de la paz es pues la finalidad constitutiva de la Unión. Al estar positivizada en el artículo 3 debe por fuerza desprender efectos normativos, pues desde su inclusión en los preámbulos de los Tratados constitutivos, cuando este fin quedaba expresado como un deseo de los firmantes, a lo largo del tiempo, ya ha desplegado un valor jurídico que ha irradiado al resto del articulado, un valor normativo «indirecto»⁶⁷.

El valor normativo de los preámbulos, o de los fines que inspiran un texto normativo (al margen de los valores constitucionales) es un punto consensuado en el Derecho. El propio Tribunal Constitucional español se ha referido a «la naturaleza jurídica de los preámbulos y exposiciones de las leyes, que, sin prescribir efectos jurídicamente obligados y carecer, por ello, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas». Los motivos constitutivos o explicativos expresados en los preámbulos se dirigen al intérprete del Derecho, como criterio hermenéutico, por tratarse de la expresión de las razones que fundamentan el sentido de la acción legislativa y «los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene»⁶⁸.

En lo que aquí nos interesa, la paz, expresada como fin último de la Unión y del constitucionalismo, tal y como señala Javier TAJADURA en relación a los preámbulos, no sólo responde a un canon «hermenéutico más, teleológico o sicológico», sino que alberga un profundo “sentimiento constitucional” que potencia la identificación de los destinatarios de las normas con sus fines. Esta

⁶⁷ J. TAJADURA TEJADA, “La función política de los preámbulos constitucionales”, cit.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español 31/2010, de 28 de junio de 2010, Fundamento jurídico 7.

identificación de los destinatarios con sus fines tienen consecuencias más allá de las que se desprenden para el intérprete del Derecho, que inciden directamente en la efectividad del ordenamiento europeo, en la necesaria sujeción a las normas, pues sustentan una necesaria legitimación de los textos a los que preceden. Ya he expuesto más arriba cómo Weiler, Habermas o Grimm han considerado que la clave de la legitimidad de los Tratados, y por tanto de la Unión, no reside en la pre-existencia de la comunidad política, en la concreción de un “demos”, como actor constituyente, sino en la identificación de los ciudadanos con unos valores comunes, compartidos o, en lo que aquí sostengo, realmente con un fin común. Para Javier Tajadura el fin expresado en los preámbulos de los textos constituyentes, el sentido de su creación, exige una contundente educación constitucional. Son elementos esenciales que permiten la integración, bases del habermasiano “patriotismo constitucional” que favorece la identidad de los ciudadanos y poderes públicos con los fines constitucionales y la creación de modelos de sociedad civil⁶⁹.

La razón de ser de la Unión, expresada en los preámbulos de los Tratados, permite presentar un fin externo al propio sistema jurídico, al propio ordenamiento jurídico que se presenta como una herramienta, un medio para alcanzar ese fin, formalizado no obstante a través de valores positivizados, principios, objetivos y competencias. Un marco formalizado que, en la terminología de Lon L. FULLER, tendrá un impacto en la actitud de los individuos y los poderes públicos dado que al tener que justificar sus acciones conforme a estos fines tomarán decisiones correctas o al menos no tan incorrectas como las que podrían adoptar si no tuvieran necesidad alguna de justificarlas⁷⁰. Estos fines, entendidos como lo hacía Fuller, como principios de legalidad o juridicidad del resto del sistema, presuponen además una concepción de la dignidad de la persona como agente responsable con capacidad para comprender y seguir las reglas y al que se puede exigir responder por sus fallos, dando soporte a la efectividad del ordenamiento⁷¹.

⁶⁹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit. p. 407 y ss.

⁷⁰ L. L. FULLER, “Positivism and fidelity to law: a reply to profesor Hart”, *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4. 1958, pp. 630-672. Cito a través del análisis del debate entre Fuller y Hart en torno a los fines externos al Derecho de A. PEÑA FREIRE, *Legalidad y orden jurídico*. cit.

⁷¹ La identificación del ordenamiento con sus fines sustancian un proceso de integración y construcción de una comunidad política si entendemos, de nuevo con Fuller, que una adhesión mínima a la “moralidad” (a esta moralidad expresada en forma de finalidad de la acción, debemos añadir) es

La paz representa por tanto un fin externo al propio sistema jurídico. Aporta y requiere de patriotismo constitucional, pero también despliega efectos hermenéuticos sobre el sistema, al exigir una justificación de las acciones conforme a ese fin. Tiene por tanto, en forma de preámbulo o de artículo 3 TUE, consecuencias en la comprensión teleológica y en la interpretación del Derecho y las políticas europeas.

En este sentido, los fines de la Unión Europea parecen haber servido, en mi opinión, como meta-criterios de interpretación para el TJUE ante “situaciones difíciles” en la que la propia existencia de la Unión, su legitimidad como proyecto, se encontraba en juego. ¿Cómo si no se explican las interpretaciones forzadas de los Tratados o los drásticos cambios de criterio durante la crisis de la Zona euro⁷² o ante los desplantes de los Tribunales constitucionales en relación a la aplicación del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia⁷³? La academia responde a esta cuestión a través de la doctrina del “*multilevel constitutionalism*” (PERNICE), o del denominado “diálogo entre tribunales”, pero lo cierto es que tales decisiones responden a la finalidad última de la Unión de garantizar y promover un espacio de paz, de llegar a acuerdos incluso cuando las posiciones se encuentran enquistadas y conducir el sistema a una interpretación *eurofriendly* por parte de los tribunales⁷⁴. La necesidad de mantener la paz social y promover el bienestar de sus pueblos responde a la flexibilidad con la que el intérprete último de los Tratados es capaz de convertir una prohibición expresa de financiación de los estados a través del Banco Central Europeo o de corresponsabilidad financiera, en una oportunidad para la compra de deuda soberana o la creación de un mecanismo de financiación con aportaciones de los propios estados⁷⁵.

esencial para la eficacia práctica del Derecho L. L. FULLER, *La moral del Derecho*, [Trad. F. Contreras] Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

⁷² Permítase el reenvío a A. AGUILAR CALAHORRO, “La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a las medidas de la crisis económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 24, 2015.

⁷³ Véase igualmente A. AGUILAR CALAHORRO, “El TJUE como garante (o no) de los derechos ante las crisis del proceso de integración”, en F. BALAGUER CALLEJÓN, E. GUILLÉN LÓPEZ, M. AZPITARTE SÁNCHEZ, J.F. SÁNCHEZ BARRILAO (Dirs.), *Los derechos fundamentales ante la crisis económica y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2020.

⁷⁴ Por ejemplo, P. RIDOLA, “La justicia constitucional y el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 18, 2012, p. 231.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12, *Pringle*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14, *Gauweiler*.

Concretando esta estela, merece la pena destacar cómo el propio Tribunal de Justicia ha basado en los fines de los preámbulos decisiones jurisdiccionales de una transcendencia absoluta para la conformación del ordenamiento europeo y su efectividad. En estos casos, la funcionalidad de los tratados ha ido mucho más allá de la mera hermenéutica o valor jurídico sin consecuencias normativas de los preámbulos. Nos referimos obviamente al principio general de eficacia directa del Derecho europeo proclamado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 1963 (C- 26/62), asunto *Van Gend en Loos*, donde el Alto tribunal, preguntado por la posibilidad de que las disposiciones de los Tratados pudiesen tener eficacia “*self executing*” en Derecho interno «en el sentido de que los nacionales de los Estados miembros puedan invocar derechos que el Juez nacional deba proteger» utilizó la siguiente argumentación:

«Considerando que, para determinar si las disposiciones de un Tratado internacional tienen dicho alcance, es preciso atender al espíritu, al sistema y al tenor literal de aquéllas.

Considerando que el objetivo del Tratado CEE, que es el de establecer un mercado común cuyo funcionamiento afecta directamente a los justiciables de la Comunidad, implica que dicho Tratado constituye algo más que un Acuerdo, que sólo crea obligaciones recíprocas entre los Estados contratantes;

*que esta concepción está confirmada por el Preámbulo del Tratado, que, además de a los Gobiernos, se refiere a los pueblos [...]*⁷⁶»

Fines, espíritu de la norma, carácter sistémico, derechos de los ciudadanos, posibilidad de invocación del Derecho europeo en defensa de pretensiones subjetivas... a estas alturas de este escrito volvemos a la jurisprudencia clásica del TJUE para encontrar un lenguaje que debería evocarnos una particular concepción del ordenamiento europeo, muy próxima al constitucionalismo contemporáneo, que como señala PRIETO SANCHÍS, «no expresa entonces una cierta moral social mejor o peor perfilada, sino que, merced a su pluralismo de valores, entraña y estimula una “meta ética de Babel” que invita a construir

⁷⁶ Fundamento II.B de la Sentencia citada.

cooperativamente (democrática y también judicialmente) un Derecho más líquido y fluido»⁷⁷. Un Derecho en un escenario Post-Nacional, globalizado como en el que nos encontramos y cuyo ejemplo exponencial es el ordenamiento europeo.

El fin de la Unión, la promoción de la paz, invita a interpretar los textos de los Tratados de una manera cooperativa aun cuando no existe norma superior que medie entre la interpretación última de los Altos tribunales, en favor de una integración y entendimiento colectivo que ha de ser dinámico, destinado a identificar los conflictos sociales europeos concretos, no a enmascararlos, mediante procedimientos que creen un marco de diálogo, incluso si ello significa legitimar tales decisiones en condiciones externas al propio sistema, e incluso contra los “señores de los Tratados”. Condiciones que dependen del momento histórico, social, económico y político concreto en el que se inició la creación del Derecho europeo.

7 ALGUNAS CONCLUSIONES: POR QUÉ PARTIR DE LA PAZ PARA UNA CONSTRUCCIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESPACIO SUPRANACIONAL Y SOBRE SU SIGNIFICADO OBJETIVO

Para finalizar he de repetir la tesis sostenida aquí.

La tesis de la paz que trato de sostener apunta la necesaria interpretación del Derecho europeo conforme a este fin. Concretamente que todo el Derecho de la Unión europea (y probablemente de todo ordenamiento que diga sustentarse sobre la paz) habrá de interpretarse en aras de este fin, y ello debería conducir a abordarlo desde una visión no antagónica (la paz impuesta a través de la razón de unos grupos sobre otros o de la separación entre la autonomía de la voluntad y la voluntad general) sino integrativa. Y esta afirmación podrá conducirnos al resultado de que el Derecho europeo (y el de todo ordenamiento que se sustente sobre sus mismos valores) deba ser accionable para resolver conflictos sociales (incluyendo conflictos entre particulares y grupos sociales) e integrar una comprensión dialéctica de su contenido. El Derecho constitucional europeo debería interpretarse conforme al fin existencial del mantenimiento de la paz, y de ello redundaría una ampliación de la legitimación procesal de los ciudadanos para su invocación en defensa de pretensiones subjetivas, pues la invocación

⁷⁷ L. PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo y positivismo*, Crónica Jurídica Hispalense, n. 14, 2016, p. 272.

dará lugar a un reconocimiento del conflicto entre partes, al comienzo de un mecanismo institucionalizado de resolución de conflictos, y a un marco en el que concretar el contenido de cada una de las disposiciones jurídicas (especialmente las que contienen derechos) invocadas en cada caso concreto y de forma participada por las partes en conflicto.

Esta es la propuesta de elevar la paz al lugar de fin esencial de la integración europea y especialmente del Derecho constitucional europeo. Pero su éxito depende de qué tipo de eficacia hermenéutica aportan este tipo de fines externos para los derechos, si pueden ser abarcados mediante métodos explicativos jurídicos o responden al ámbito de la “moral”, ajena al Derecho, precisamente por ser un fin externo al ordenamiento jurídico. La propuesta es precisamente llenar de contenido esta idea como invocación a la resolución jurídica de los conflictos sociales, pues si no puede abordarse mediante métodos jurídicos la paz, los fines, y por añadidura los valores y principios, que derivan del fin, serán un concepto tan indeterminado que dependa de apreciaciones puramente subjetivas, y por tanto, será un nuevo elemento de conflicto político y no de pacifismo jurídico.

En mi opinión la indeterminación del concepto “paz” no es un problema en sí mismo. Primero porque se concreta mediante los valores de la Unión, sus principios y las reglas que contienen derechos fundamentales. En segundo lugar porque como la doctrina parece haber consensuado, el Derecho es en sí mismo indeterminado.

Prácticamente ninguna corriente jurídico-filosófica puede rechazar la tesis *hartiana* de la “textura abierta” de las normas⁷⁸ por imperativo de las modernas filosofías del lenguaje. La controversia jurídica actual sobre el Derecho como lenguaje abierto reside en si existe o no la posibilidad de alcanzar una solución jurídicamente determinada en un caso concreto, en un “caso difícil”⁷⁹, o si

⁷⁸ Ver H. H. L HART, *El concepto de Derecho*, [Trad. G. R. Carrió], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 155 y ss.

⁷⁹ Como sabemos el “juez Hércules” de R. DWORKIN atendiendo a una interpretación horizontal preñada de principios interpretativos sí podrá llegar a encontrar la única respuesta jurídica en la materia jurídica (aunque esta implique teorías de moral política y bucear en los orígenes de las instituciones jurídicas). R. DWORKIN, *La justicia con toga*, [Trad. M. Iglesias Vila e I. Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 67 y ss.

es una cuestión subyacente a la discrecionalidad del juez⁸⁰; y dentro de estas posturas, si los elementos a los que acude el aplicador de las normas (principios, valores, observación sociológica, moralidad, principios políticos...) pueden o no considerarse Derecho en sentido estricto.

La invocabilidad de las disposiciones de la Carta en todo momento encaja con los planteamientos que aquí se defienden. El principal reproche, en cambio deriva de los problemas para dar contenido a normas demasiado abiertas que o han sido concretadas por el legislador en relación a los derechos subjetivos que conceden o las obligaciones que imponen. Quién deba o no concretar tales extremos de una disposición de la Carta es el principal escollo para dotar de invocabilidad de forma general.

El problema de la textura abierta del fin de la Unión Europea, es trasladable a sus valores, a sus principios y a los derechos. Y por ello, concretar un fin del Derecho, como núcleo preexistente a los valores, como elemento constituyente del pacto político, real, social, puede llenar de contenido el resto de normas y principios constitucionales.

En definitiva, la paz de los preámbulos no es sólo un elemento axiológico indeterminado ajeno al mundo jurídico, sino que representa el verdadero espíritu de la efectividad de los ordenamientos, la razón de su existencia. Y se vierte como un jarro de pintura, impregnando, los valores y principios que estructuran los modernos ordenamientos jurídicos. La ciudadanía, por su parte, entiende y anhela las proclamaciones de los preámbulos como la paz, por lo que si el resto del ordenamiento/y su eficacia real) no responden a éstos, poca credibilidad dará al Derecho, al ordenamiento europeo o nacional, como mecanismo de resolución pacífica de conflictos sociales.

El concepto paz parece ser una sencilla potencia que encierra tanto el fin como el origen de las modernas estructuras constitucionales supranacionales. Y no es en absoluto un concepto subjetivable o indefinido. El fin esencial de la Unión, mantener la paz, como fin extrapolable a toda ordenación jurídica, podría arropar también la objetivación de los valores. Los valores no podrían entenderse en sentido schmittiano como fundamento de cualquier medio para su consecución, pues el fin de la Unión es el mantenimiento de paz entre los

⁸⁰ Como señalará HART, cit, los juristas escépticos (ver como escéptico moderado: R. GUASTINI, "El escepticismo ante las reglas replanteado", *Discusiones*, n. 11, 2012, pp. 27-57), o los enmarcados en el ámbito de los estudios críticos del Derecho.

pueblos de Europa, de modo que no podrían entenderse los valores como fines en sí mismos que justificasen cualquier medio para alcanzarlos, sino como aquellos que garantizasen la paz. Dicho de otro modo, el fin, la paz, es la razón de la existencia de la Unión, una razón preexistente a la propia Unión y a los propios tratados, que se concreta mediante los valores. No cualquier paz es posible en la Unión, dada la polisemia del término podría ello conducir a admitir una Paz Augusta impuesta por la fuerza, aniquilando los conflictos, sino aquella adquirida mediante el respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías (artículo 2 TUE). De esta manera, se concreta el fin de la Unión: promover la paz que caracteriza a una sociedad basada en el “pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Submissão em: 04.07.2021

Avaliado em: 26.07.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 29.07.2021 (Avaliador B)

Aceito em: 30.07.2021

