

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA

FACULTAT DE DRET

**LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO**

VOL. I

MONTSERRAT PI LLORENS

Bellaterra, febrer, 1996

Universitat Autònoma de Barcelona
Servei de Biblioteques



1500492128

UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA
FACULTAT DE DRET

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

Tesis presentada para aspirar al título de doctora por:

MONTSERRAT PI LLORENS

Realizada bajo la dirección del Dr. JOAN LLUIS PIÑOL i RULL
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universitat Autònoma de Barcelona

Palabras previas

Las páginas que siguen a continuación son el resultado de un trabajo que, huelga decirlo, es deudor de la colaboración y ayuda de muchas personas. Por ello, no sería justo dejar de mencionar a aquéllas y aquéllos que en estos años han estado a mi lado aconsejando, animando y soportando los momentos difíciles.

A Joan Lluís Piñol, director de esta tesis y además amigo, le debo agradecer no sólo la generosidad con la que me ha dedicado su tiempo y el rigor en sus orientaciones para la realización de la misma, sino también el estímulo que en todo momento ha supuesto para mí su quehacer universitario. Porque sin su confianza este trabajo no hubiera sido posible, me gustaría que estas palabras reflejaran la sinceridad de mis sentimientos.

Un agradecimiento con mayúsculas merecen mis compañeras y compañeros del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la UAB. No podría haber encontrado un marco de trabajo más cálido y favorable para la culminación de mi tesis doctoral. Mi reconocimiento debe hacerse extensivo a los profesores de derecho internacional de otras universidades catalanas y a los de otras áreas, como por ejemplo los profesores y amigos de filosofía del derecho José Antonio Estévez y José Luis Gordillo, que siempre me han ofrecido una colaboración gratificante y útil. No puedo olvidar tampoco que mi interés por el derecho comunitario debe mucho a la profesora Blanca Vilà: a ella le tengo que agradecer que me animara a realizar el Tercer Ciclo de Estudios Europeos y su formidable labor de impulso de los estudios europeos tanto en la Facultad de Derecho como en el Institut Universitari d'Estudis Europeus.

Quiero mencionar también la importancia que ha tenido para la realización de esta tesis la posibilidad de acceder a los fondos bibliográficos de distintas universidades e instituciones, cuyo personal me ha facilitado siempre la tarea. En particular, mi agradecimiento al Dr. Rodríguez Iglesias y al Dr. Alejandro Valle, por su amabilidad en abrirme las puertas de la biblioteca del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y a Anna Lomonaco, funcionaria del Consejo. Tampoco quiero dejar pasar la ocasión de agradecer al profesor D.J. Liñán sus estimulantes comentarios e indicaciones bibliográficas.

Mi formación académica y docente ha transcurrido entre las paredes de la Facultad de Derecho de la UAB. En ella he encontrado valiosos referentes no sólo intelectuales, sino también humanos y de dedicación universitaria. A todos ellos, y en especial a la memoria de Xavier Pibernat, van dedicadas estas páginas.

Para terminar, resulta obligada una referencia a mi familia y a mis amigas y amigos, particularmente a las mujeres de la revista En pie de Paz. Su apoyo y cariño han sido el motor que en muchos momentos necesité.

ABREVIATURAS

AA:	Actualidad Administrativa
ACEDH:	Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme
ADPEP:	Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos
AE/EY:	Annuaire Européen/European Yearbook
AFDI:	Annuaire Français de Droit International
AJCL:	The American Journal of Comparative Law
AJIL:	The American Journal of International Law
AJPIL:	Austrian Journal of Public and International Law
BJC:	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
Bol. CE:	Boletín de las Comunidades Europeas
Bol. UE:	Boletín de la Unión Europea
BYIL:	British Yearbook of International Law
CDE:	Cahiers de Droit Européen
CE:	Comunidad Europea
CECA:	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH:	Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CEE:	Comunidad Económica Europea
CILJ:	Cornell International Law Journal
CMLRev.:	Common Market Law Review
DI:	Diritto Internazionali
Dir. Com. Sc. Int.:	Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
EJIL:	European Journal of International Law
ELRev.:	European Law Review
EuR:	Europarecht
Foro It.:	Foro Italiano
FILJ:	Fordham International Law Journal
GJ de la CE:	Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia
GRSR:	The Greek Review of Social Research
HRLJ:	Human Rights Law Journal
HRRev.:	The Human Rights Review
ICLQ:	International and Comparative Law Quarterly
JOCE: -	Journal Officiel des Communautés Européennes
JSWFL:	The Journal of Social Welfare & Family Law
LGDJ:	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence

LIET:	Legal Issues of European Integration
LQRev.:	The Law Quarterly Review
MLRev. :	The Modern Law Journal
MJIL:	Michigan Journal of International Law
NJIL:	Nordic Journal of International Law
OPOCE:	Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas
RAAP:	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP:	Revista de Administración Pública
RCADI:	Recueil des Cours de l'Academie de Droit International
RCEC:	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDC:	Rivista di Diritto Civile
RDE:	Rivista di Diritto Europeo
RDI:	Rivista di Diritto Internazionale
RDP:	Revue de Droit Publique et de la Science Poitique en France et à l'Étranger
RDS:	Recueil Dalloz Sirey
Rec.:	Recueil de la Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
REDA:	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC:	Revista Española de Derecho Constitucional
Rev. de DI et DC:	Revue de Droit International et de Droit Comparé
RFAP:	Revue Française d'Administration Publique
RFDA:	Revue Française de Droit Administratif
RGD:	Revista General de Derecho
RGDIP:	Revue Générale de Droit International Public
RIDC:	Revue Internationale de Droit Comparé
RIDPC:	Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario
RIE:	Revista de Instituciones Europeas
Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.:	Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
Riv. trim. di dir. e proc. civ.:	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
RJC:	Revista Jurídica de Catalunya
RMC:	Revue du Marché Commun
RSCDPC:	Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé
RSPI:	Rivista di Studi Politici Internazionali
RTDE:	Revue Trimestrielle de Droit Européen
RTDH:	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
RTDP:	Rivista Trimestrale di Diritto Publico
TEDH:-	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI:	Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas
TUE:	Tratado de la Unión Europea

WLRev.: Washington Law Review

YBWA: The Year Book of World Affairs

YEL: Yearbook of European Law

ÍNDICE

ABREVIATURAS

ÍNDICE	i
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I

EL MARCO DE DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. La ausencia de un catálogo de derechos en los Tratados comunitarios: una explicación histórico-jurídica	14
1.1 Las razones históricas de la ausencia de un catálogo de derechos	16
1.2 Las razones político-jurídicas de la ausencia de un catálogo de derechos	18
2. El surgimiento de una protección comunitaria de los derechos fundamentales: orígenes y contexto	23
2.1 El contexto interno y la propia lógica de desarrollo del derecho comunitario: la correlación de la protección de los derechos fundamentales y de los principios de efecto directo y de primacía del derecho comunitario	36
2.2 El contexto externo: A) la influencia de la "rebelión" de las jurisdicciones constitucionales estatales en la jurisprudencia del TJCE referente a los derechos fundamentales	42
2.3 El contexto externo: B) la evolución de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales estatales	58
2.3.1 La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional italiano	58
2.3.2 La posición de otros Tribunales Constitucionales	74

CAPÍTULO II

EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TJCE

1.	Los principios generales del derecho en el ordenamiento comunitario	83
1.1	Los principios generales del derecho como fuentes del derecho comunitario	85
1.2	Funciones y rango jerárquico de los principios generales del derecho	107
2.	Los principios generales del derecho aplicados por el TJCE y su relación con los derechos fundamentales	120
2.1	Un intento de sistemática	120
2.2	Los derechos fundamentales como parte integrante de los principios generales del derecho	131

CAPÍTULO III

LA ARGUMENTACIÓN DEL TJCE EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. I: INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

1.	La interpretación del derecho comunitario por el TJCE: planteamiento general	146
1.1	La actividad de interpretación de los órganos jurisdiccionales	146
1.2	La función de interpretación del TJCE	153
2.	La argumentación del TJCE en materia de derechos fundamentales	169
2.1	Los métodos de interpretación relevantes en el ámbito de los derechos fundamentales	169
2.2	La integración del derecho comunitario en el ámbito de los derechos fundamentales	188

CAPÍTULO IV

LA ARGUMENTACIÓN DEL TJCE EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. II: EL RECURSO AL DERECHO COMPARADO Y AL DERECHO INTERNACIONAL

1.	La integración del derecho comunitario en el ámbito de los derechos fundamentales mediante el recurso al derecho comparado	202
1.1	Los análisis de derecho comparado en la jurisprudencia del TJCE	202
1.2	Los criterios utilizados por el TJCE para el análisis del derecho comparado	209
1.2.1	La ficción del carácter "común" de los principios aplicados por el TJCE	209
1.2.2	La búsqueda de la solución "más progresista": ¿hacia un estándar máximo de protección?	216
1.2.3	La búsqueda de una solución "funcional" al derecho comunitario	230
2.	La integración del derecho comunitario en el ámbito de los derechos fundamentales mediante el recurso al derecho internacional, en particular el Convenio Europeo de Derechos Humanos	236
2.1	Las referencias al CEDH en la normativa comunitaria	239
2.2	El CEDH en la jurisprudencia del TJCE	249

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO: CATEGORIZACIÓN

1.	La delimitación conceptual de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario	264
1.1	La ausencia en el ordenamiento comunitario de un concepto formal de derechos fundamentales	264
1.2	La identificación material de los derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario	285

2.	Un intento de sistemática de los derechos fundamentales comunitarios	309
2.1	La estructura de los derechos fundamentales	310
2.2	Derechos de primera, de segunda y de tercera generación	318

CAPÍTULO VI

EL ALCANCE Y LOS LÍMITES DE LA PROTECCIÓN COMUNITARIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.	El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios	328
1.1	El ámbito material y personal de aplicación de los derechos fundamentales comunitarios	328
1.2	La titularidad de las obligaciones: la protección comunitaria de los derechos fundamentales frente a los Estados miembros	340
2.	Los límites de los derechos fundamentales	371
2.1	Los límites a los derechos no escritos	373
2.2	Los límites a los derechos conferidos por los Tratados	387

CAPÍTULO VII

LAS PERSPECTIVAS DE EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN COMUNITARIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.	La elaboración de un catálogo comunitario de derechos fundamentales	395
1.1	Las razones para la adopción de un catálogo comunitario de derechos fundamentales	395
1.2	La materialización de un catálogo de derechos: perspectivas para la reforma de 1996	405

2.	La adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH	417
2.1	Finalidad y alcance de la proyectada adhesión	420
2.1.1	La incidencia de la adhesión en el plano normativo	426
2.1.2	La participación de la Comunidad en los mecanismos de control del CEDH	434
2.2	La compatibilidad de la adhesión al CEDH con el ordenamiento jurídico comunitario	444
2.2.1	La competencia comunitaria para celebrar la adhesión	450
2.2.2	La compatibilidad de los sistemas jurisdiccionales	454
	CONCLUSIONES	462
	REFERENCIAS DOCUMENTALES Y BIBLIOGRÁFICAS	500

INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos fundamentales es, desde la Revolución Francesa, un elemento esencial de la legitimación del poder político y una de las exigencias básicas de todo Estado de Derecho. El ordenamiento jurídico comunitario, por su parte, se ha consolidado, ya desde los años setenta, como un ordenamiento autónomo, cuyos sujetos son no solamente los Estados miembros sino también los particulares. En una expresión significativa de la jurisprudencia comunitaria, la Comunidad es "*una Comunidad de Derecho*"¹.

La problemática de los derechos fundamentales en la Unión Europea abre un campo de estudio muy amplio, que puede enfocarse desde distintas perspectivas o focalizarse sobre distintos aspectos que, a pesar de tener en común todos ellos el tema de los derechos fundamentales, constituyen cuestiones distintas. Así, por ejemplo, una parte del análisis podría dedicarse al papel de los derechos fundamentales en el ámbito de la política exterior, tanto en lo que se refiere a su vertiente intergubernamental como en lo que son propiamente las relaciones exteriores comunitarias: declaraciones del Consejo Europeo, posiciones adoptadas frente a países terceros en los que se cometen graves violaciones de derechos humanos, disposiciones relacionadas con los derechos humanos que se contienen en los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad con terceros países, entre otros. Los derechos fundamentales podrían ser también el eje conductor para un análisis basado principalmente en las cuestiones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los

¹ Sentencia del TJCE de 23 de abril de 1986, as. 294/83, *Partie écologiste "Les verts" contra Parlamento Europeo*, Rec. 1986, pp. 1339 y ss., p. 1365.

asuntos de interior: políticas de asilo, de inmigración, visados, lucha contra el terrorismo, etc... El estudio podría centrarse asimismo en la actividad que el Parlamento Europeo ha desarrollado en relación con los derechos humanos, en el análisis detallado de la ya casi eterna discusión sobre la conveniencia de la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma de 1950, o en un análisis comparado entre el sistema comunitario y otros sistemas de protección, ya sean nacionales o internacionales.

Algunas de estas cuestiones estarán presentes, de manera más o menos tangencial, en el trabajo que se presenta a continuación. Sin embargo, el objeto de estudio del mismo no reside propiamente en ninguna de ellas, sino que se centra en el análisis de los mecanismos jurídicos de protección de los derechos fundamentales que el derecho comunitario dispensa a los particulares. Se limita al terreno estrictamente jurídico y al ámbito concreto de la Comunidad Europea; no engloba, pues, todas las actividades de la Unión.

Como es sabido, los Tratados constitutivos no contienen un catálogo de derechos. Aunque de ello no se desprenda necesariamente que los derechos fundamentales no están protegidos en el ordenamiento jurídico comunitario, lo cierto es que sobre este tema se ha originado un amplio debate político y doctrinal, debate que se remonta a algunas décadas atrás y que, a menudo, se ha abordado desde la óptica del ya típico y tópico déficit democrático en la Comunidad.

Efectivamente, la discusión sobre la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad empezó a desarrollarse y alcanzó una gran amplitud en los años setenta, cuando las alegaciones de supuestas violaciones

de derechos fundamentales por parte de alguna normativa comunitaria de derecho derivado impulsaron una jurisprudencia del TJCE al respecto. Fue también en estos años cuando las posiciones de algunos Tribunales Constitucionales de Estados miembros respecto a la protección comunitaria de estos derechos, en relación con el principio de primacía, revelaron la magnitud de la cuestión. A partir de ahí se empezó a discutir sobre el alcance de la protección conferida por el TJCE y la conveniencia de determinadas opciones: adhesión al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, adopción de un catálogo comunitario de derechos fundamentales, etc...

No es, pues, una cuestión novedosa, pero, desde entonces hasta ahora, toda una serie de consideraciones hacen que, lejos de haberse cerrado, este debate siga vigente y no pueda darse por completamente zanjado. Dichas consideraciones se centran, por un lado, en la evolución de la Comunidad en el camino de la integración, y, por otro, en los escasos desarrollos normativos que se han producido en este ámbito.

En efecto, si en el inicio de la década de los setenta se podía explicar o justificar la ausencia de disposiciones en el Tratado CEE dedicadas a los derechos fundamentales alegando el carácter restringido y meramente económico de la actividad comunitaria, hoy dicha argumentación resulta ya insostenible. La jurisprudencia comunitaria ofrece suficientes ejemplos de casos y situaciones relativas a la aplicación del derecho comunitario en los que surgen cuestiones relacionadas con derechos fundamentales. Los avances importantes en el proceso de integración que han supuesto el Acta Única Europea y el Tratado de la Unión Europea, junto con las perspectivas de reforma para 1996,

han llevado a un primer plano la trascendencia que tiene dicho proceso para los ciudadanos.

Frente a ello, la protección de los derechos fundamentales en el sistema comunitario sigue siendo una construcción esencialmente jurisprudencial. En un principio, la actividad normativa de las instituciones comunitarias se limitó básicamente a una Declaración interinstitucional suscrita por el Consejo, la Comisión y el Parlamento, firmada el 5 de abril de 1977, en la que dichas instituciones hacían patente su voluntad de respetar en sus actuaciones los derechos fundamentales. Las alusiones a la importancia del respeto de estos derechos en declaraciones y resoluciones de las instituciones comunitarias se sucedieron a lo largo de los años setenta y ochenta. El Acta Única Europea no abordó de frente la cuestión, omitiendo en su articulado una formalización de los derechos fundamentales. La única referencia se encuentra en el Preámbulo, donde se enuncia la disposición a la promoción conjunta de la democracia, tomando como referente los derechos fundamentales de las Constituciones y leyes de los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Carta Social Europea. Sin despreciar la importancia política e interpretativa del Preámbulo, la operación resulta más bien pobre considerando lo que cabía esperar de la importante labor desarrollada por el Tribunal de Justicia en la materia y de las reiteradas declaraciones de las instituciones.

El Tratado de Unión Europea, por su parte, ha incluido en su artículo F.2 una declaración general del respeto de los derechos fundamentales por parte de la Unión, remitiendo a las tradiciones constitucionales estatales y al Convenio Europeo. Se ha avanzado, pues, en el reconocimiento general del respeto de los

derechos fundamentales, pero sin que la protección de los mismos haya cuajado en procedimientos concretos y específicos. Por otro lado, la propuesta lanzada por la Comisión a finales de los años setenta que propugnaba la adhesión formal de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de Roma de 1950 no ha encontrado hasta ahora una plasmación en la práctica.

Ciertamente no hay que olvidar que la causa de los derechos fundamentales se ha esgrimido muchas veces con el único propósito real de oponerse a la profundización de la integración europea, y, en concreto, se han valido de ellos algunos agentes económicos con el fin de escapar a la aplicación de disposiciones comunitarias que les son adversas. En el año 1975, con ocasión del VII Congreso de la FIDE en Bruselas, el juez Pierre Pescatore señalaba que la preocupación por los derechos fundamentales en el marco comunitario, utilizada en la práctica para defender intereses económicos de algunas empresas, había tenido un resultado desestabilizador para la cohesión de la Comunidad, puesto que había permitido a algunas jurisdicciones nacionales cuestionar la primacía y el efecto directo: *"Ainsi, les plus nobles aspirations: la défense de la démocratie et les droits fondamentaux peuvent devenir un habillage du nationalisme et un instrument de la résistance à l'unification de ce continent. Pour cette raison, malgré les apparences, le bilan de la discussion sur la question de la sauvegarde des droits fondamentaux dans la Communauté me paraît être, pour le moment, négatif"*².

² PESCATORE, P.: "La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire. Rapport communautaire", en *L'individu et le droit européen*, FIDE, VII Congrès, Bruxelles, 1975, II/2, pp. 1-31, p. 27.

Este dato, sin embargo, no puede llevar a menospreciar la función garantista de la protección de los derechos fundamentales frente a la intervenciones arbitrarias de la autoridad pública, sea cual sea. Tampoco puede ocultar que no se puede hablar de Unión política y de ciudadanía en las postrimerías del siglo veinte sin tener en cuenta la cuestión de los derechos fundamentales. La presencia de este tema en los informes y documentos preparados en vistas a la reforma de 1996 así lo atestigua.

El hecho que la vía jurídica que garantiza la protección comunitaria de los derechos fundamentales siga siendo en lo esencial la jurisprudencia del TJCE plantea, a primera vista, un buen número de cuestiones: ¿en qué fuente se ha basado el Tribunal para proteger derechos que no están expresamente previstos en los Tratados?, ¿qué metodología ha seguido?, ¿está el Tribunal aplicando o creando derecho? ¿está legitimado para hacerlo?, ¿es esta protección suficiente?

Son éstas cuestiones plenamente jurídicas, aunque con una gran trascendencia política, las que constituyen las preocupaciones centrales del presente trabajo. Aquí no se intenta, pues, presentar un análisis del contenido material de la jurisprudencia comunitaria en relación a los distintos derechos que en ella se han venido reconociendo. Lo que interesa, más que la regulación concreta de cada derecho en particular, es específicamente el método, la técnica jurídica, las vías legales, en definitiva: el sistema heurístico de la protección de los derechos fundamentales elaborado por el Tribunal de Justicia. Ello comporta que las referencias a la jurisprudencia comunitaria en el trabajo no incluyan todas las sentencias que afectan a los derechos fundamentales, sino que se limitan a aquéllas que presentan un interés mayor desde el punto de vista metodológico, siendo esta selección, como es lógico, opinable.

De acuerdo con este objetivo, el enfoque metodológico que se ha seguido se basa esencialmente en el análisis formal de los textos jurisprudenciales, intentando realizar una aproximación sistemática de los mismos. Ello no es óbice para que se haya tenido en cuenta también, en mucha menor medida, el contexto jurídico-político en el que se inscribe dicha jurisprudencia. El marco de análisis ha sido siempre el ordenamiento comunitario, intentando elaborar un esquema básico de conceptualización que atienda a su naturaleza y especificidad. Por ello, las incursiones o referencias a otros paradigmas, ya sean del derecho internacional o constitucional, se han hecho siempre en función del derecho comunitario.

Así, en un primer capítulo se expondrán básicamente las razones jurídico-políticas que subyacen a la decisión del Tribunal de declarar la protección de los derechos fundamentales. Es decir, el contexto en el que se inscribe la paradoja consistente en que a partir de un silencio en los Tratados sobre esta cuestión, el Tribunal de Justicia, cuya misión es asegurar el respeto del derecho en la aplicación de dichos Tratados, acaba afirmando que los derechos fundamentales están protegidos perfectamente en el ordenamiento comunitario. Para explicar dicho contexto es necesario, en primer lugar, esbozar algunas de las teorías que se han desarrollado sobre las razones que explican el silencio de los Tratados sobre los derechos fundamentales. Algunas de ellas ayudan a comprender la actitud posterior del Tribunal. En segundo lugar, es preciso analizar la evolución jurisprudencial y sus razones, es decir, cómo en un primer momento el Tribunal de Justicia rehusa cualquier razonamiento en clave de derechos fundamentales, y después, en cambio, pasa a afirmar que el Tribunal protege dichos derechos. Este giro jurisprudencial hay que explicarlo y conectarlo con otra parte de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo: la que sienta los principios de

efecto directo y primacía del derecho comunitario. En definitiva, hay que concebir este fenómeno, para entenderlo, como un bloque jurisprudencial en el que se sientan las bases constitucionales del ordenamiento jurídico comunitario. A estos factores internos en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal hay que añadir otros de carácter externo respecto al Tribunal, pero que ejercieron una enorme presión sobre él. Se trata de la posición plasmada en las sentencias de algunos Tribunales internos, que pusieron en entredicho algunos de los principios que el Tribunal de Justicia había sentado en su jurisprudencia. En concreto, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, interesa especialmente analizar la influencia que ejercieron los Tribunales Constitucionales italiano y alemán, y especialmente este último. Algunos puntos de la jurisprudencia comunitaria no se entienden sin la referencia a este conflicto judicial acerca de la naturaleza y los principios propios del ordenamiento comunitario.

Visto en este primer capítulo el contexto en el que se enmarca la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre los derechos fundamentales, los capítulos siguientes del trabajo se dedican al análisis jurídico interno de esta jurisprudencia. Es decir, al examen de la argumentación y la metodología jurídica utilizada para afirmar que los derechos fundamentales están protegidos por el ordenamiento comunitario. La primera cuestión que hay que dilucidar es la naturaleza misma de la fuente del derecho en la que el Tribunal basa su protección, que ha sido los principios generales del derecho. El capítulo II se dedica a analizar su carácter de fuente del derecho comunitario, su fundamentación, características, etc... La utilización de los principios generales del derecho para proteger los derechos fundamentales exige también delimitar cuál es la relación entre ambas categorías jurídicas.

Los capítulos siguientes (cap. III y IV) tratan de cómo el Tribunal de Justicia ha operado con los principios generales del derecho en relación a los derechos fundamentales. Por un lado, el TJCE ha interpretado algunas disposiciones de los Tratados en clave de derechos fundamentales. Por otro lado, hay casos en que los Tratados no aportan ninguna respuesta, y en ellos el Tribunal, para dotar de contenido a los principios generales, recurre a las tradiciones constitucionales internas y al Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos. ¿En qué consiste exactamente desde un punto de vista jurídico dicha operación?, ¿se trata de una operación de autointegración o de heterointegración?. Si se parte de la idea de que el Tribunal está aplicando una de las diversas fuentes con las que cuenta el derecho comunitario, es decir, los principios generales, entonces habrá que considerar esta operación respecto al Convenio de Roma o las constituciones internas únicamente desde el punto de vista de la interpretación, y no de la aplicación. Así pues, la clave de todo reside en los métodos de interpretación. En este sentido, el Tribunal de Justicia utiliza diversos métodos de interpretación en cada caso para dar una respuesta acorde con las exigencias de la protección de los derechos fundamentales y su argumentación no difiere sensiblemente de la que utiliza en otros casos, aunque tiene alguna matización interesante desde el punto de vista formal.

Una vez analizada la metodología seguida por el Tribunal, los capítulos V y VI se refieren a la categorización de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario: ¿en virtud de qué criterios un derecho se puede calificar de fundamental en el derecho comunitario?, ¿cómo se pueden sistematizar?, ¿cuál es el alcance de la protección conferida por el Tribunal?, ¿los

derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento comunitario son absolutos o pueden ser sometidos a límites?.

El capítulo VII abandona la perspectiva de análisis jurídico y formal de la jurisprudencia comunitaria para entrar de nuevo en aspectos más político-jurídicos. En él se abordan las diferentes opciones que podrían suponer un salto cualitativo en el actual sistema de protección comunitario, y que podrían mejorar o suplir algunas de sus carencias. En este sentido, se examinan las ventajas y los inconvenientes de las dos posibilidades que tradicionalmente se han barajado: la adhesión comunitaria al Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos, y la adopción de un catálogo comunitario de derechos fundamentales.

Este desarrollo de la investigación ha puesto de manifiesto que la construcción jurisdiccional llevada a cabo por el TJCE ha conseguido paliar la ausencia de disposiciones en los Tratados, constituyéndose en una importante garantía para los particulares. Sin embargo, tiene unos límites que son inherentes a toda protección únicamente jurisprudencial: ni puede ser el equivalente a una decisión política democrática, que aporte una mayor legitimidad al proceso de integración europea, ni puede diseñar un cuadro definido y general de protección de derechos fundamentales que contribuya a una mayor seguridad jurídica. En realidad, cabría incluso cuestionar si los derechos protegidos por el ordenamiento comunitario pueden calificarse realmente de fundamentales. En efecto, a pesar de que, como se verá, en la tesis se defiende que esta terminología puede relacionarse con un concepto material de los mismos, no puede desconocerse que en la cultura jurídica actual el término derechos fundamentales tiene unas connotaciones estrechamente ligadas a la existencia

de garantías constitucionales específicas, definidas por el poder constituyente democrático, que vinculan a todos los poderes constituidos. Como recuerda DÍEZ PICAZO³, las palabras tienen una carga valorativa, y, en ausencia de un catálogo de derechos adoptado democráticamente por un poder constituyente, la afirmación de que en el derecho comunitario se protegen derechos fundamentales no se corresponde con la carga valorativa que comporta hoy en día hablar de derechos fundamentales.

La realización de este trabajo ha presentado un interés excepcional, debido a que en él se han suscitado múltiples cuestiones que, más allá de la problemática concreta de los derechos fundamentales en el orden comunitario, exigen adentrarse en campos más generales, como la teoría del derecho y el derecho constitucional, al inscribirse este tema en lo que podría denominarse el marco constitucional comunitario.

Por último, es preciso señalar que para la confección del listado bibliográfico y documental que figura en el último apartado de de la presente tesis, se han seguido criterios selectivos. Estos y otros materiales consultados se han obtenido en las bibliotecas de las universidades catalanas así como en las de las instituciones comunitarias, en especial la biblioteca de la Comisión en Bruselas y la del Tribunal de Justicia en Luxemburgo. El Centro de Documentación Europea de la UAB ha posibilitado en todo momento el acceso a la documentación comunitaria.

³ DÍEZ PICAZO, L.M.: "Reflexiones sobre la idea de Constitución europea", *RIE*, 1993, nº 2, pp. 533-559, p. 551.

CAPÍTULO I

EL MARCO DE DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El presente capítulo pretende exponer los factores que rodean y que contribuyen a explicar el surgimiento de una jurisprudencia comunitaria de protección de los derechos fundamentales, a pesar del silencio de los Tratados constitutivos sobre este tema. Este objetivo determina que las siguientes páginas tengan un carácter eminentemente histórico y descriptivo. En ellas se abordarán cuestiones cuyo análisis podría ser objeto de varias tesis en sí mismas como, por ejemplo, las relaciones entre derecho comunitario y derechos constitucionales internos, o el papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) en la formación del derecho comunitario; su tratamiento en este capítulo será necesariamente somero e incompleto, y tan sólo en función del objetivo del mismo, es decir, de su relación con la problemática de los derechos fundamentales.

Para enmarcar y explicar el surgimiento de la jurisprudencia comunitaria relativa a los derechos fundamentales debe partirse de un primer dato básico: la ausencia de un catálogo de derechos en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. El examen de las razones que pretenden explicar este silencio es de utilidad para comprender el contexto en el que se sitúa la aparición de las primeras sentencias del TJCE en las que se afirma la protección de los derechos fundamentales. En este sentido deben destacarse dos clases de factores. Por un lado, aquéllos que son inherentes a la propia lógica de

desarrollo del derecho comunitario y, por otro lado, aquéllos que se sitúan en un contexto externo al derecho comunitario propiamente dicho, como son las posiciones de distintas jurisdicciones constitucionales estatales al respecto.

Estos factores se examinarán separadamente, en lo que se denominará en el presente trabajo contexto interno y contexto externo de la jurisprudencia comunitaria relativa a la protección de los derechos fundamentales. Se les califica de "contexto", en el sentido de que no constituyen directamente el contenido de la protección de los derechos fundamentales, pero se hallan relacionados con ella. Se trata, en ambos casos, de factores de orden jurídico, o si se quiere, de política jurídica. Es decir, los calificativos de "interno" y "externo" no designan por un lado cuestiones jurídicas y por otro cuestiones externas a lo jurídico (económicas, sociales, etc...): simplemente se han utilizado para diferenciar entre elementos inherentes a la propia lógica del derecho comunitario en sentido estricto y elementos que se han dado fuera del ordenamiento comunitario, como son las decisiones de jurisdicciones constitucionales nacionales.

1. LA AUSENCIA DE UN CATÁLOGO DE DERECHOS EN LOS TRATADOS COMUNITARIOS: UNA EXPLICACIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA

Como es de sobras conocido y notorio, los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas no contienen ni un catálogo global de derechos, ni tampoco disposiciones expresamente definidas como protectoras de derechos fundamentales. Es decir, carecen de lo que comúnmente se conoce como *Bill of Rights*¹.

Este hecho puede resultar sorprendente, o al menos podría decirse que contrasta con la importancia que alcanzó el tema de la protección de los derechos fundamentales tras la II Guerra Mundial, tanto desde una perspectiva jurídica como política. Buena prueba de ello resulta la adopción, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas². En el ámbito europeo hay que señalar, por un lado, el grado y la relevancia que se confiere a la protección de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados, la mayoría de los cuales recogen en sus Constituciones un catálogo de derechos. Por otro lado, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma en 1950, con un interesante sistema de garantía y control del respeto de los derechos, pone de manifiesto hasta qué punto el tema de los derechos fundamentales estaba

¹ Posteriores revisiones de los Tratados constitutivos, en concreto el Acta Única y el Tratado de la Unión Europea, han introducido referencias expresas a los derechos fundamentales. Independientemente del valor que puedan tener estas referencias (cuestión que se analizará más adelante), en ningún caso constituyen un catálogo de derechos, por lo que la afirmación de la inexistencia de un *Bill of Rights* sigue siendo cierta.

² Declaración Universal de los Derechos Humanos, AGNU, Resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948. Sobre este tema véase, por todos, CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995.

presente en la vida nacional e internacional de aquellos años³.

A menudo se ha afirmado que tal ausencia de un *Bill of Rights* en los Tratados no es un hecho relevante en sí mismo, puesto que el debate sobre la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea no debería reducirse a la discusión en torno a la conveniencia de un catálogo de derechos. Por el contrario, el núcleo de dicho debate se centraría en la cuestión de si los derechos fundamentales se protegen realmente en el ordenamiento comunitario, sea cual sea el procedimiento y la base legal a partir de la cual dicha protección se lleva a cabo⁴. Sin negar lo correcto de dicha afirmación, no es menos cierto que reflexionar sobre las circunstancias y las razones históricas que subyacen a la falta de un catálogo de derechos en los Tratados puede contribuir a aportar elementos útiles para el debate sobre la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea.

El silencio de los Tratados en materia de derechos fundamentales ha sido explicado desde distintas ópticas. Básicamente se podría distinguir entre aquellas teorías que ponen el acento en el contexto histórico del estadio en que se encontraba la integración comunitaria en los años cincuenta y aquéllas que, al indagar las razones de tal silencio, sitúan en un primer plano posiciones político-jurídicas de fondo de los Estados fundadores de la Comunidad, cabiendo, como es obvio, una combinación de ambas explicaciones.

³ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, BOE nº 243, de 10 de octubre de 1979. Véase, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y otros: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1983.

⁴ Para PESCATORE la ausencia de referencia a los derechos fundamentales en los Tratados no es más que una apariencia pues, en realidad, la "Constitución" comunitaria contiene, al menos en germen, mecanismos y principios aptos para asegurar una garantía a los derechos humanos, PESCATORE, P.: "Les droits de l'homme et l'intégration européenne", *CDE*, 1968, nº 6, pp. 627-657, p. 636.

1.1. Las razones históricas de la ausencia de un catálogo de derechos.

Son varios los autores que han atribuido la ausencia de un catálogo de derechos en los Tratados al momento histórico que atravesaba la integración europea en los años en que éstos fueron redactados⁵. Dos ideas destacan al respecto: por un lado, la perspectiva esencialmente económica en la que se encuadraban los Tratados constitutivos, que podía inducir a pensar que la aplicación de éstos no daría lugar a cuestiones relativas a la protección de los derechos humanos y, por otro lado, el fracaso político que supuso el hecho de que no prosperaran las proyectadas Comunidad Europea de Defensa y Comunidad Política Europea.

En este sentido, es oportuno recordar que la cuestión de los derechos fundamentales estuvo presente en las iniciativas de integración europea que tuvieron lugar en los años cincuenta. Así, en el Tratado de la Comunidad Europea para la Defensa, de 27 de mayo de 1952, el artículo 3.1 se refería expresamente a los derechos humanos, al decir que "*la Comunidad intervendrá...en la medida necesaria para el cumplimiento de sus tareas, garantizando en todo caso los derechos políticos y los derechos fundamentales del individuo*"⁶. En esta misma línea hay que reseñar el proyecto de Estatuto para la Comunidad Política Europea presentado a la Asamblea *ad hoc* el 20 de febrero de 1953, en el que se establecía como una de

⁵ Véase, entre otros, RUÍZ-JARABO COLOMER, D.: "Técnica jurídica de protección de los Derechos humanos en la Comunidad Europea", *RIE*, 1990, nº 1, pp. 151-182, p. 162; DAUSES, M.: "La protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico comunitario", *GJ de la CE*, 1991, D-14, pp. 355-388, p. 361, y MOITINHO DE ALMEIDA, J.C.: "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (dirigido por): *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 97-132.

⁶ Véase el texto del Tratado en *Chronique de Politique Etrangère*, vol. V, 1952, nº 5/6, pp. 592-628.

las tareas de la futura Comunidad Europea "*la contribución a la protección de los derechos humanos y las libertades públicas en los Estados miembros*", precisando que las disposiciones materiales de la primera parte del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales formarían parte del propio Estatuto de creación de la Comunidad Política Europea⁷.

De esta manera, la falta de una declaración de derechos en la primera de las Comunidades Europeas, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, se explicaría por el carácter marcadamente técnico de la misma. En cambio, las iniciativas que se llevaron a cabo a continuación, la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea sí que tuvieron en cuenta la protección de los derechos fundamentales, puesto que el contenido de dichos proyectos, de carácter eminentemente político, hacía ineludible dicha cuestión. Al fracasar estos proyectos y ceñirse de nuevo los Tratados de Roma a las cuestiones meramente económicas, la perspectiva de los derechos humanos habría aparentemente desaparecido en las Comunidades instituidas por dichos Tratados, la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica⁸.

Todo ello explicaría que los redactores de los Tratados o bien no tuviesen en cuenta el tema de la protección de los derechos fundamentales o lo considerasen irrelevante. Al respecto, LENAERTS matiza que ello no debe entenderse en el sentido de que los redactores de los Tratados comunitarios no hubieran tenido la preocupación de proteger los derechos de los individuos, sino más bien que centraron tan sólo esta protección en un plano estrictamente

⁷ *Chronique de Politique Etrangère*, Vol. VI, n° 3, 1953, pp. 366-388.

⁸ En este sentido DAUSES, *op. cit.*, p. 361.

económico y técnico, en consonancia con la naturaleza de las competencias atribuidas a la Comunidad⁹.

Por otra parte, aparentemente no se tuvo en cuenta la posibilidad de que una acción de la Comunidad vulnerara los derechos fundamentales de los individuos¹⁰. En efecto, en el momento de la firma de los Tratados era difícil de prever cuál sería el desarrollo normativo de los mismos, la actividad de las instituciones comunitarias o la interpretación de sus disposiciones.

1.2. Las razones político-jurídicas de la ausencia de un catálogo de derechos.

Una hipótesis explicativa del silencio de los Tratados distinta de la anterior merece también ser reseñada. Según RASMUSSEN¹¹ no resulta creíble afirmar que el tema de la protección de los derechos fundamentales fuera, para los redactores de los Tratados, una cuestión irrelevante; sólo por la razón de que el pasado histórico inmediato de las recientes democracias en Italia y la

⁹ LENAERTS, K.: *Le Juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*", Bruylant, Bruxelles, 1988, p. 567.

¹⁰ En palabras de PESCATORE: "One may even wonder how a problem concerning human rights could possibly arise in an organization whose tasks are mainly of an economic, social, and technical nature", PESCATORE, P.: "Fundamental Rights and Freedoms in the System of the European Communities", *AJCL*, vol. 18, 1970, pp. 343-351, p. 344. Por su parte, CAPPELLETTI pone el énfasis en la limitación de las competencias atribuidas a la Comunidad: "Les pères des Communautés européennes n'avaient apparemment même pas envisagé la nécessité d'inclure dans les Traités une déclaration des droits. [...]. On ne sera pas surpris par cette attitude si on se rappelle seulement qu'en plaidant pour la ratification de la Constitution des Etats-Unis malgré l'absence, à ce moment-là, d'une déclaration des droits Alexander Hamilton écrivait dans le *Federalist* que les pouvoirs limités du gouvernement fédéral rendaient une telle déclaration inutile.", CAPPELLETTI, M.: "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", *RIDC*, 1981, n° 2, pp. 625-657, p. 653, traducción al castellano de L. AGUIAR DE LUQUE y M.G. RUBÍO CASAS en *Tribunales constitucionales y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 599-649.

¹¹ RASMUSSEN, H.: *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986, p. 390.

República Federal de Alemania condicionaba la situación, los derechos fundamentales debían figurar, oficial u oficiosamente, en la agenda de los negociadores. Incluso en el supuesto de que se considerara poco probable que la acción de la Comunidad incidiera en el campo de los derechos humanos, su importancia política justificaría que esta cuestión hubiera estado presente en las discusiones entre las delegaciones de los Estados negociadores del Tratado. De hecho, varios autores¹² recogen el dato que la delegación alemana planteó este tema durante las negociaciones, pero el resto de delegaciones presentó objeciones a su discusión. Según el análisis de ZULEEG, las objeciones de las otras partes negociadoras se basaban en que "*los órganos de las Comunidades no podían observar todas las constituciones de los Estados miembros y éstos podrían utilizar dicha reserva para conseguir fines que no se correspondieran con los objetivos de los Tratados*"¹³.

Partiendo de estas premisas, RASMUSSEN sostiene una nueva hipótesis que él mismo denomina como "*el silencio deliberado*", o la "*solución nacional*". Consiste en afirmar que los autores de los Tratados, aunque las razones variasen entre las distintas delegaciones, coincidían en permitir que fuesen los sistemas jurídicos de salvaguarda de derechos previstos en cada Estado miembro los que dispensasen la protección necesaria a los ciudadanos contra las posibles intrusiones ilegales de la Comunidad en la esfera de dichos derechos¹⁴.

¹² Véase, entre otros, CLAPHAM, A.: *Human Rights and the European Community: A Critical Overview*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, p. 93, y ZULEEG, M.: "Fundamental Rights and the Law of the European Communities", *CMLRev.*, 1971, nº 4, pp. 446-461, p. 446.

¹³ Traducido del inglés: "*the organs of the Communities could not observe all the constitutions of the Member States and that it would be possible for the States to use such a reservation in order to pursue ends which did not correspond with the aims of the Treaties*", ZULEEG, *op. cit.*, p. 447.

¹⁴ RASMUSSEN, *op. cit.*, p. 390.

Lo que se sugiere es que los redactores de los Tratados eran absolutamente conscientes de la relevancia de la problemática relativa a los derechos humanos, pero estaban profundamente en desacuerdo sobre la manera de abordarla¹⁵, por lo cual aceptaron que se continuara dependiendo de la protección acordada por las Constituciones nacionales. La dificultad de obtener un consenso en un tema tan delicado como los derechos fundamentales puede venir avalada por el dato que, en el momento de constituirse las Comunidades Europeas, uno de los Estados miembros, Francia, no había ratificado aún el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y no lo hizo hasta 1974¹⁶.

En favor de su hipótesis, RASMUSSEN añade también que el silencio deliberado de los Tratados podría deberse al temor que la inclusión de un catálogo de derechos obligara a plantear expresamente el espinoso tema de la primacía del derecho comunitario, que tampoco está presente en los Tratados. Es decir, si los actos de las instituciones aparecieran como actos emanados de un legislador que debe observar un catálogo de derechos, con todas las connotaciones constitucionales que ello supone, el tema de la relación entre derecho comunitario y derecho nacional hubiera salido a la luz con mucha más fuerza desde el principio¹⁷. A partir de todo lo anterior, RASMUSEN deduce

¹⁵ También WEILER contempla la posible existencia de un desacuerdo: "*Finally, there is the simple but plausible explanation that in the post-war period socio-economic diversity had developed to such an extent that reaching a consensus on a common bill of socioeconomic rights already seemed impossible. Perhaps it was better to leave such an emotive issue outside the Treaty rather than risk national parliamentary opposition at the ratification stage*", WEILER, J.: "Methods of Protection: Towards a Second and Third Generation of Protection", en CASSESE, A., CLAPHAM, A., WEILER, J. (eds.): *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, pp. 555-642, p. 575.

¹⁶ Probablemente, la cuestión argelina tuvo mucho que ver con esta ratificación tardía por parte de Francia.

¹⁷ También WEILER relaciona la ausencia de un catálogo de derechos con la ausencia en los Tratados de los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario, *op. cit.* p. 574.

que los autores de los Tratados dejaron que fuera mediante los procesos políticos de decisión comunitarios que se solucionara la cuestión de cuándo y cómo adoptar un catálogo de derechos, lo cual significa suponer que no se contempló una elaboración judicial del mismo¹⁸.

La hipótesis sostenida por RASMUSSEN parece acertada y de mayor calado que las que ponen el énfasis meramente en el contexto económico de los Tratados constitutivos. Aunque se haya impuesto finalmente una "solución comunitaria" al tema de los derechos fundamentales y que además ésta haya venido de la mano de una construcción jurisprudencial y no de una decisión de las instituciones comunitarias, de carácter político-convencional, es altamente plausible que los autores de los Tratados prefirieran silenciar la cuestión de los derechos fundamentales en favor de la protección nacional de dichos derechos¹⁹.

También en la línea de una explicación político-jurídica de la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales en los Tratados, WEILER sugiere que ésta puede deberse a una actitud temerosa de los Estados consistente en estimar que la inclusión de un *Bill of Rights* podía repercutir en un aumento o desarrollo de las competencias y poderes de la Comunidad²⁰.

Se podría replicar a estas observaciones que reconocer un catálogo de derechos fundamentales a los ciudadanos comunitarios debería conllevar, en teoría, una mayor limitación de los poderes de la Comunidad. Sin embargo, como

¹⁸ RASMUSSEN, *op. cit.*, p. 392.

¹⁹ Tampoco hay que olvidar que, a pesar del desarrollo de una protección jurisdiccional comunitaria de los derechos fundamentales, algunos Tribunales Constitucionales de Estados miembros siguen manteniendo una "reserva nacional" en materia de estos derechos. Al respecto véase *infra.*, apartado 2.3. del presente capítulo.

²⁰ WEILER, *op. cit.*, p. 574.

señala MANCINI, esta afirmación, por muy lógica que pueda parecer, no tiene en cuenta las enseñanzas prácticas que otras experiencias similares ofrecen. Éstas nos muestran que la enumeración de derechos fundamentales en un documento constitucional se traduce más tarde o más temprano en la extensión de las competencias de los órganos centrales, consecuencias que se producen a menudo más allá de los fines inmediatos de protección de los ciudadanos²¹. Quizás el paradigma de lo que se acaba de afirmar lo constituye el ejemplo de la experiencia norteamericana en este ámbito de la protección de derechos. Sobre este punto se volverá más adelante, al tratar del alcance de la protección comunitaria de los derechos fundamentales respecto a las autoridades nacionales²².

Sea cual sea la hipótesis correcta para explicar el silencio de los Tratados, o más probablemente aún la conjunción de diversos factores, lo cierto es que el problema de los derechos fundamentales se planteó en términos de contraste entre la protección explícita recogida en la mayoría de las Constituciones estatales y el silencio de los Tratados. Por ello, dicha cuestión presentaba una dimensión de relación entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos internos. El TJCE se vio impelido a construir una protección de los derechos fundamentales a partir de las reclamaciones de los particulares, que alegaron su derecho constitucional para *"intentar reducir la influencia del derecho comunitario en sus prerrogativas individuales"*²³.

²¹ Para MANCINI: "... nel destino dei Bill of Rights c'è spesso una tendenza all'eterogenesi dei fini: dettati a tutela degli individui, essi finiscono per associarsi strettamente ai poteri acquisiti o inerenti del centro e dunque per ridurre le prerogative dei membri periferici. È ragionevole supporre che nel 1957, e cioè in un clima europeo già venato di scetticismo e comunque non più verginale, tali membri –leggi gli Stati nazionali– non fossero affatto disposti ad essere vittime di un simile processo", MANCINI, F.: "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee", *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1989, n° 1, pp. 1-16, p. 3.

²² Véase *infra*, cap. VI.

²³ LENAERTS, *op. cit.*, p. 568.

2. EL SURGIMIENTO DE UNA PROTECCIÓN COMUNITARIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: ORÍGENES Y CONTEXTO

Mientras que a finales de los años cincuenta los derechos humanos parecían una cuestión ajena a las Comunidades, en los años setenta el TJCE inició una jurisprudencia en la que, a pesar del silencio de los Tratados, se afirmaba la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. La explicación de este hecho debe buscarse tanto en la evolución y el desarrollo del derecho comunitario en estos años (contexto interno) como en las posiciones que sobre este tema se adoptaron desde fuera del derecho comunitario (contexto externo). Antes de abordar dichas cuestiones, es conveniente realizar una breve descripción del surgimiento de la jurisprudencia comunitaria en esta materia.

La problemática relativa a la protección de los derechos fundamentales se planteó por primera vez en un conjunto de casos interpuestos ante el TJCE a finales de los años cincuenta y principios de la década de los sesenta, todos ellos relacionados con acciones de la Alta Autoridad CECA relativas a los cárteles siderúrgicos del Rhur²⁴.

En el caso *Stork*²⁵, de 1959, la parte demandante requería la anulación de una decisión de la Alta Autoridad que afectaba a las condiciones de aprovisionamiento de carbón de la empresa en cuestión, alegando el motivo,

²⁴ Además de en estos asuntos, el tema de los derechos fundamentales se planteó también en el asunto *Sgarlata*, en el que se solicitaba la anulación de dos Reglamentos de la Comisión que fijaban precios de determinadas frutas. El TJCE no entró en la cuestión, porque declaró el recurso inadmisibile, dado que los demandantes (productores de cítricos) no reunían las condiciones que el artículo 173 exige respecto a la legitimación activa de los particulares, Sentencia del TJCE de 1 de enero de 1965, as. 40/64, *M. Marcello Sgarlata et autres contre Commission de la CEE*, Rec. 1965, pp. 279 y ss.

²⁵ Sentencia del TJCE 4 de febrero de 1959, as. 1/58, *Friedrich Stork et Cie. contre Haute Autorité de la CECA*, Rec. 1959, pp. 43 y ss.

entre otros, de que ésta violaba los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental de Bonn, que reconocen a todo ciudadano el derecho a desarrollar libremente su personalidad y a ejercer su profesión sin trabas. El TJCE se pronunció al respecto de la siguiente forma:

"...Considerando, en efecto, que en virtud del artículo 8 del Tratado, la Alta Autoridad sólo está llamada a aplicar el derecho de la Comunidad; que, asimismo, según el artículo 31 del Tratado, el Tribunal sólo tiene que asegurar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado y de los reglamentos de ejecución; que por regla general, no tiene que pronunciarse sobre las reglas de derecho interno; que, en consecuencia, no puede examinar el motivo según el cual, al adoptar su decisión, la Alta Autoridad habría violado principios de derecho constitucional alemán (en particular, los artículos 2 y 12 de la Ley Fundamental)"²⁶.

En el caso *Nold*²⁷ la empresa demandante alegó en su recurso de anulación, al igual que en el caso anterior, una infracción de disposiciones de la *Grundgesetz* y de la Constitución del Land de Hessen, mientras que la demandada Alta Autoridad, utilizando la argumentación de la anterior y reciente sentencia *Stork*, indicó al respecto que el control de la aplicación del derecho interno de los Estados miembros, incluido el derecho constitucional, no correspondía al TJCE. Lo más interesante de la sentencia *Nold* es tal vez que el

²⁶ Traducido del francés: "...Attendu, en effet, qu'en vertu de l'article 8 du Traité la Haute Autorité n'est appelée à appliquer que le droit de la Communauté; qu'elle n'est pas compétente pour appliquer le droit interne des Etats membres; que, de même, selon l'article 31 du Traité, la Cour n'a qu'à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité et des règlements d'exécution; qu'en règle générale, elle n'a pas à se prononcer sur les règles de droit interne; qu'en conséquence elle ne saurait examiner le grief selon lequel, en prenant sa décision, la Haute Autorité aurait violé des principes de droit constitutionnel allemand (notamment les articles 2 et 12 de la Loi Fondamentale)", Rec. 1959, p. 63.

²⁷ Sentencia del TJCE de 25 de marzo de 1959, as. 18/57, *Firme I. Nold K.G. contre Haute Autorité CECA*, Rec. 1959, pp. 89 y ss.

Abogado General ROEMER, en sus conclusiones, tras insistir en la argumentación precedente, señaló que no había porqué excluir la consideración de *elementales principios de derecho* por parte del TJCE, por ejemplo en el marco del control de abuso de discrecionalidad; dichos principios, añadía el Abogado General, "*..encuentran igualmente su expresión en disposiciones de las constituciones nacionales*"²⁸. Este punto de vista no fue aceptado por el TJCE.

En un sentido muy parecido merecen reseñarse también las conclusiones del Abogado General LAGRANGE en el caso *Comptoirs de Vente du Charbon de la Rhur*²⁹. El asunto es similar al de las sentencias anteriores: un recurso de anulación contra varias decisiones de la Alta Autoridad de la CECA modificando la reglamentación comercial y la invocación por la parte recurrente del derecho constitucional alemán, en concreto el artículo 14 de la Ley Fundamental de Bonn relativo al derecho de propiedad. El TJCE estimó igualmente que, como juez de la legalidad de las decisiones de la Alta Autoridad, no le correspondía asegurar el respeto de las reglas de derecho interno, válidas en uno o en otro Estado miembro, incluso aun cuando se tratase de preceptos de derecho constitucional³⁰.

También pues en esta ocasión el TJCE no entró a pronunciarse sobre el tema de los derechos fundamentales, desdeñando el hilo argumental que le

²⁸ Traducido del francés: "*...trouvent également leur expression dans des dispositions des constitutions nationales*", Conclusiones del Abogado General K. ROEMER, as. 18/57, *Firme I. Nold K.G. contre Haute Autorité CECA*, Rec. 1959, pp. 119 y ss., p. 160.

²⁹ Conclusiones del Abogado General M. LAGRANGE, presentadas el 24 de mayo de 1960, ass. 36, 37, 38/59 y 40/59, *Comptoirs de vente du Charbon de la Rhur "Präsident", "Geitling", "Mausegatt", entreprise I. Nold KG contre Haute Autorité de la CECA*, Rec. 1960, pp. 903 y ss.

³⁰ Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1960, ass. 36, 37, 38/59 y 40/59, *Comptoirs de vente du Charbon de la Rhur "Präsident", "Geitling", "Mausegatt", entreprise I. Nold KG contre Haute Autorité de la CECA*, Rec. 1960, pp. 857 y ss.

ofrecían las conclusiones del Abogado General. Para éste, no corresponde al TJCE aplicar las reglas de derecho interno, ni siquiera las constitucionales, "*al menos directamente*", expresión que sugiere que indirectamente podría pensarse en tal posibilidad; y, en este sentido, añadió: "*El Tribunal sólo puede eventualmente inspirarse en ellas para reconocer la expresión de un principio general de derecho susceptible de tomarse en consideración en la aplicación del Tratado*"³¹. En su sentencia, el TJCE, aunque no se manifestó en concreto sobre los derechos fundamentales, sí recogió la posibilidad de aplicar principios generales del derecho al declarar que el derecho comunitario, tal y como viene expresado en el Tratado CECA, "*...no contiene ningún principio general, explícito o no, que garantice el mantenimiento de situaciones adquiridas*"³².

Lo apuntado por los Abogados Generales, tanto por ROEMER (principios elementales del derecho), como por LAGRANGE (principios generales del derecho) se sitúa en la línea de lo que será la solución técnico-jurídica de la protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia posterior del TJCE.

Se puede observar, por tanto, que en esta primera fase de la jurisprudencia del TJCE las líneas argumentales de fondo se desenvuelven en torno a dos polos. Por un lado, se destaca la idea de la independencia del ordenamiento jurídico comunitario; en efecto, se está apuntando ya a la construcción del principio de primacía del derecho comunitario, pues en las sentencias contempladas se alude directamente a la relación entre derecho

³¹ Traducido del francés: "*Elle peut seulement s'en inspirer éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du Traité*", Rec. 1960, p. 910.

³² Traducido del francés: "*...ne contient aucun principe général, explicite ou non, garantissant le maintien des situations acquises.*", Rec. 1960, p. 890.

interno y derecho comunitario, siendo siempre clara la posición del TJCE de no constituir el derecho interno un parámetro de validez para enjuiciar la legalidad del derecho comunitario.

Por otro lado, se abre paso otro bloque de consideraciones respecto a la protección de los derechos fundamentales, acudiéndose a los principios generales del derecho, aunque ciertamente de una manera imprecisa y marginal, puesto que la encontramos en consideraciones laterales de las conclusiones de los Abogados Generales o en los argumentos de las partes recurrentes, más que en el texto mismo de las sentencias del TJCE³³. Este carácter difuso de la idea de fondo se constata en la propia terminología empleada, muy variable: principios elementales, principios fundamentales, principios generales del derecho. Precisamente esta actitud de los Abogados Generales hace que sea poco razonable pensar que el TJCE no fuese consciente de la importancia del tema de los derechos fundamentales. Probablemente la preocupación del TJCE por defender la autonomía del derecho comunitario, en un momento en que el principio de primacía no estaba consolidado, explique mejor porqué se mostró cauteloso en este tema y no recogió las consideraciones apuntadas por los Abogados Generales en aquel momento³⁴, dada su opción por una política

³³ En esta línea también se puede recordar la declaración del entonces Presidente de la Comisión, HALLSTEIN, realizada el 17 de junio de 1965 ante la Asamblea Parlamentaria: "*La Constitution des Etats membres, spécialement les dispositions sur les droits fondamentaux, n'agissent pas directement sur les Communautés mais celles-ci doivent respecter la tradition juridique concordante de ces Etats et tenir compte des conceptions communes de valeurs qui y sont reconnues. Cette obligation découle directement du droit communautaire, des règles positives, tel l'article 215 du traité CEE, comme de sa particularité de système juridique plus récent mais enraciné dans les ordres nationaux*", citado por TEITGEN, P.H.: "La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes", en *L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1981, pp. 21-46, p. 25.

³⁴ En este sentido TOSATO, G.L.: "La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte delle Comunità europee", en *Studi in onore de Giuseppe Sperduti*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 715-743, p. 720. MANCINI y DI BUCCI mantienen que la posición del TJCE se explica conjuntamente por la imprecisión de las ideas aportadas por los Abogados Generales y por la preocupación del Tribunal por defender la autonomía del derecho comunitario, MANCINI, F.; DI BUCCI, V.: "Le développement des droits fondamentaux en tant que partie du droit communautaire", en *Collected Courses of the Academy of European*

jurisprudencial de *petit pas*.

Deberían pasar casi diez años para que el TJCE reorientara paulatinamente su jurisprudencia. En las sentencias posteriores a los casos antes mencionados, el TJCE siguió manteniendo su posición respecto a los derechos nacionales, pero intentó colmar las lagunas de la constitución comunitaria en materia de derechos fundamentales.

El primero de los supuestos en que se produjo este cambio de jurisprudencia es el asunto *Stauder*³⁵. Los hechos que están en la base de esta sentencia no presentan una especial complejidad. La Comisión, atendiendo a la situación excedentaria del mercado de productos lácteos, autorizó a los Estados miembros a vender mantequilla a precios reducidos a ciertas categorías de consumidores que fuesen beneficiarios de un régimen de asistencia social. Para controlar posibles fraudes, la normativa comunitaria exigía, en su versión francesa, la presentación de "un bono individualizado", exigencia que en la versión alemana de la Decisión de la Comisión fue traducida por la obligación de que figurara el nombre del beneficiario sobre dicho bono. El ciudadano alemán Stauder consideró que el hecho de verse obligado a revelar su identidad para acogerse a tal beneficio representaba un agravio para su dignidad humana, así como una discriminación injustificada, e interpuso un recurso alegando, entre otros, los artículos 1 y 3 de la Ley Fundamental de Bonn. La cuestión prejudicial planteada por la *Verwaltungsgericht* de Stuttgart interrogaba al TJCE sobre la posible invalidez de la Decisión de la Comisión por ser incompatible con los "principios generales del derecho comunitario".

Law, vol. I, Book 1, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1990, pp. 27-52, p. 36.

³⁵ Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969, as. 29/69, *Erich Stauder contre ville d'Ulm-Sozialamt*, Rec. 1969, pp. 419 y ss.

Antes de que el TJCE dictara la sentencia sobre esta cuestión, la Comisión, advirtiendo el error de traducción, publicó una nueva Decisión revisada en versión alemana. Así, el Tribunal de Luxemburgo pudo resolver:

"considerando que, cuando una única decisión está dirigida a todos los Estados miembros, la necesidad de una aplicación y una interpretación uniformes excluye que este texto sea considerado aisladamente en una de sus versiones,...;

(...)

que, en consecuencia, debe interpretarse que la disposición en litigio no impone -aunque tampoco lo prohíbe- la identificación nominativa de los beneficiarios;

*que la Comisión ha podido publicar así, el 29 de julio de 1969, una decisión rectificativa en este sentido"*³⁶.

Por otro lado, en sus observaciones presentadas en este caso ante el TJCE, la Comisión señaló que el derecho comunitario garantiza el respeto a los derechos fundamentales a través de algunas disposiciones que contienen los Tratados, como por ejemplo los artículos 7 y 40.3, y también a través del derecho no escrito, derivado de los principios generales del derecho comunes a los Estados miembros. En este sentido, la Comisión señaló que el TJCE había ya aplicado en diversas ocasiones el principio de proporcionalidad³⁷. Tampoco el

³⁶ Traducido del francés: *"attendu que, lorsqu'une décision unique est adressée à tous les Etats membres, la nécessité d'une application et dès lors d'une interprétation uniformes exclut que ce texte soit considéré isolément dans une de ses versions,; (...); qu'il s'ensuit que la disposition litigieuse doit être interprétée comme n'imposant pas -sans toutefois l'interdire- l'identification nominative des bénéficiaires; que la Commission a pu ainsi publier, le 29 juillet 1969, une décision rectificative dans ce sens"*, Rec. 1969, pp. 424-425.

³⁷ Sin embargo, expresó ciertas reservas por lo que respecta a una aplicación generalizada por parte del TJCE de este principio: *"La reconnaissance du principe de la proportionnalité ne devait pas avoir pour effet de substituer le pouvoir d'appréciation judiciaire au pouvoir d'appréciation de l'institution compétente pour arrêter l'acte attaqué"*. (Rec. 1969, p. 423). Para RASMUSSEN de ahí se trasluce una actitud un tanto recelosa de la Comisión frente al papel que puede jugar el TJCE, *op. cit.*, p. 396. Por el contrario, DRZEMCZEWSKI destaca

TJCE se limitó a la solución concreta del problema, sino que añadió un histórico considerando, en la línea de lo apuntado por el juez nacional en la cuestión planteada:

*"que interpretada de este modo, la disposición en litigio no muestra ningún elemento susceptible de poner en cuestión los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del derecho comunitario que el Tribunal garantiza"*³⁸.

Así pues, el TJCE no se limitó a la solución del caso concreto, sino que aprovechó la ocasión para afirmar la inclusión de los derechos fundamentales en los principios generales del derecho, cuya observancia y garantía son de su competencia. Con estas pocas palabras, casi accidentales, se iniciaba la lenta creación por parte del TJCE de una protección jurisprudencial de los derechos fundamentales a nivel comunitario.

LENAERTS señala que, a través de este razonamiento, se desplazó la cuestión de la delimitación vertical del poder que se hallaba en el centro de la sentencia *Stork*: *"La protección de los derechos fundamentales de los particulares se basa en efecto en la propia constitución comunitaria, sin que sea necesario restringir la competencia legislativa de la Comunidad por el efecto de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales de las Constituciones internas de los Estados miembros"*³⁹.

que la Comisión se tomó realmente en serio el tema de los derechos fundamentales, DRZEMCZEWSKI, A.: "Fundamental Rights and The European Communities: Recent Developments", *HRRev.*, 1977, pp. 69-86, p. 70.

³⁸ Traducido del francés: *"qu'ainsi interprétée, la disposition litigieuse ne révèle aucun élément susceptible de mettre en cause les droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect"*, *Rec.* 1969, p. 425.

³⁹ LENAERTS, *op. cit.*, p. 570.

Este razonamiento se hizo explícito de forma más clara en el asunto *Internationale Handelgesellschaft*⁴⁰. La empresa recurrente, dedicada a la importación y exportación de productos agrícolas, había obtenido, mediante la entrega de la fianza impuesta por un Reglamento del Consejo de 13 de junio de 1967 relativo a la organización del mercado de cereales, una licencia de exportación para 20.000 toneladas de maíz. La licencia fue obtenida en junio de 1967 y expiraba al término de un año. Durante el periodo de validez de la licencia, la empresa realizó sólo parcialmente la exportación prevista, por lo que, dado que la normativa comunitaria preveía que el sobrante de la fianza decae con la expiración de la licencia, la empresa perdía una cantidad importante del dinero depositado. La demanda se presentó el 18 de noviembre de 1969 ante el Tribunal Administrativo de Frankfurt, el cual planteó al TJCE por vía prejudicial si el Reglamento comunitario que estipulaba la pérdida de la fianza, en caso de no realización de la transacción prevista, violaba los principios de proporcionalidad, libertad económica, libertad de acción y disposición de los propios bienes, reconocidos por la *Grundgesetz* en sus artículos 1, 2 y 14.

El Tribunal de Luxemburgo inició su respuesta recordando enérgicamente la tesis central de sus primeras sentencias:

"considerando que el recurso a las reglas o nociones jurídicas del derecho nacional para apreciar la validez de los actos que emanan de la Comunidad atentaría contra la unidad y eficacia del derecho comunitario;

que la validez de dichos actos no puede apreciarse más que en función del propio derecho comunitario;

(...)

⁴⁰ Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Handesgesellschaft mbH contre Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1970, pp. 1125 y ss.

que, por tanto, la invocación de violaciones sea a los derechos fundamentales formulados por la constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional, no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o su efecto sobre el territorio de este Estado"⁴¹.

Pero al mismo tiempo, y enlazando con la argumentación iniciada en el caso *Stauder*, reafirmó su decisión de defender los derechos fundamentales en la Comunidad:

"considerando que conviene no obstante examinar si alguna garantía análoga inherente al derecho comunitario ha sido vulnerada;

que, en efecto, el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del derecho que el Tribunal de Justicia garantiza;

que la salvaguardia de estos derechos, al mismo tiempo que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y los objetivos de la Comunidad"⁴².

Así pues, en esta sentencia, la idea fundamental de una separación entre

⁴¹ Traducido del francés: "*Attendu que le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire; que la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire; (...); que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat*", Rec. 1970, p. 1135.

⁴² Traducido del francés: "*attendu qu'il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue; qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté.*", Rec. 1970, p. 1135.

el derecho comunitario y el derecho nacional se combinó con la necesidad de asegurar una protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario. Esta idea, ya esbozada en la sentencia *Stauder*, se completó en el plano metodológico con la referencia al recurso a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros para determinar el contenido material de los principios generales del derecho que el TJCE garantiza dentro del ordenamiento jurídico comunitario.

Es precisamente en este plano metodológico en el que cabe referirse a la sentencia *Nold*⁴³ como el tercer gran paso en lo que han sido, y en lo esencial aún siguen siendo por el momento, las bases de la construcción jurisprudencial de protección de los derechos fundamentales.

En este caso, la empresa *Nold*, asidua ya del contencioso comunitario, impugnaba la validez de una Decisión de la Comisión que fijaba determinados mínimos económicos para que una empresa fuese reconocida como comerciante al por mayor en el sector del carbón. La citada empresa, que no cumplía dichos requisitos, alegó que la normativa en cuestión violaba el derecho al libre ejercicio de las actividades profesionales y el derecho de propiedad, ambos reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn, así como en otras Constituciones de los Estados miembros y en instrumentos internacionales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo Adicional número 1.

El TJCE afirmó en su sentencia:

"considerando que, como el Tribunal ya lo ha afirmado, los derechos

⁴³ Sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974, as. 4/73, *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 491 y ss.

fundamentales forman parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza;

que, al asegurar la protección de estos derechos, el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados;

que los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos a los cuales los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden igualmente aportar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario"⁴⁴.

El recurso a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros se ve pues completado con la referencia a los instrumentos internacionales, referencia que será también una constante en la jurisprudencia posterior del TJCE, especialmente, si bien no se cita explícitamente en esta sentencia, en lo relativo al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Con estas tres sentencias (*Stauder, Internationale Handelsgesellschaft* y *Nold*) quedaron establecidas las ideas claves de la protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE, que éste irá desarrollando y aplicando en su jurisprudencia posterior, sin apartarse por ello de las mismas.

⁴⁴ Traducido del francés: "*attendu que, ainsi que la Cour l'a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect; qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces Etats; que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire*", Rec. 1974, p. 508.

La evolución jurisprudencial que se acaba de describir podría sintetizarse como el paso de lo que se ha llamado una fase "inhibicionista" a una fase "proteccionista" de la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales⁴⁵. Esta evolución ha sido enjuiciada y valorada por la doctrina en diferentes términos. Así, algunos autores⁴⁶ consideran que se produjo una "ruptura" radical en la jurisprudencia del TJCE, que pasó de inhibirse conscientemente de la protección de los derechos fundamentales a erigirse en su máximo garante; este cambio de actitud se explica para tal doctrina como respuesta a las presiones doctrinales, especialmente alemanas, y a la "rebelión" de los Tribunales constitucionales alemán e italiano. La actitud del TJCE en sus primeras sentencias en este ámbito ha sido calificada, desde esta óptica, como de un "rechazo categórico" a la protección de los derechos fundamentales, lo cual ha sido valorado más o menos duramente: "respuesta brusca", "pecados de juventud", "caso claro de indefensión para los demandantes"⁴⁷.

Frente a esta posición se alza otra, en nuestra opinión más realista, que contempla el problema de la protección de los derechos fundamentales dentro del contexto de evolución del ordenamiento jurídico comunitario y de la propia jurisprudencia del TJCE. Lo que plantea es que el surgimiento de la protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE debe analizarse conjuntamente con el desarrollo también jurisprudencial de los principios de efecto directo y primacía del derecho comunitario y, por tanto, más que un giro

⁴⁵ La idea de evolución o giro jurisprudencial ha sido minimizada por ROTTOLA, para quien el TJCE única y constantemente ha negado que se pueda utilizar el derecho interno para juzgar la validez de un acto comunitario, ROTTOLA, A.: "Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordenamento comunitario", *RDE*, 1978, nº 2, pp. 219-228, p. 221.

⁴⁶ Véase en este sentido, entre otros, CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 93.

⁴⁷ HILF, M: "The Protection of Fundamental Rights in the Community", en JACOBS, F.G. (ed.): *European Law and the Individual*, North-Holland, The Netherlands, 1976, pp. 145-160, p. 148. Véase también TEITGEN, *op. cit.*, p. 24.

radical en su jurisprudencia, debe verse como un elemento más de una evolución gradual y general en la jurisprudencia comunitaria, caracterizada por su prudencia en afirmarse frente a las reticencias estatales en un afianzamiento progresivo de los efectos del derecho comunitario.

2.1. El contexto interno y la propia lógica de desarrollo del derecho comunitario: la correlación de la protección de los derechos fundamentales y de los principios de efecto directo y de primacía del derecho comunitario.

Si se analiza el tema de los derechos fundamentales desde una perspectiva más global, que integre la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario en su conjunto, las sentencias del TJCE calificadas de "inhibicionistas" se podrían explicar por haberse dictado en un momento inicial de la construcción del ordenamiento jurídico comunitario. No es hasta ya entrada la década de los sesenta cuando se consolidaron los principios de autonomía, eficacia directa y primacía del derecho comunitario. Y es precisamente esta determinación de los caracteres estructurales del nuevo ordenamiento jurídico, junto con el desarrollo de las actividades y competencias de las instituciones comunitarias, lo que convirtió en apremiante el problema de la protección de los derechos fundamentales y provocó una reacción por parte del TJCE, que algunos autores han calificado de "imaginativa y temeraria"⁴⁸.

Coincidiría también con este punto de vista RASMUSSEN, para quien la posición inicial del TJCE no debe interpretarse en el sentido de que los derechos fundamentales no merecen ninguna protección, sino que ésta compete a las

⁴⁸ MARCOUX, L.: "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne", *RIDC*, 1983, nº 4, pp. 691-733, p. 708.

autoridades nacionales, argumentación difícilmente sostenible una vez afirmada la primacía y el efecto directo del derecho comunitario⁴⁹. En efecto, primacía y efecto directo son, probablemente, los dos principios estructurales más importantes del ordenamiento jurídico comunitario⁵⁰.

Una norma comunitaria gozará de efecto directo si reúne determinadas características (clara y precisa, jurídicamente perfecta e incondicional) que la hagan apta para conferir derechos a los particulares, que éstos podrán invocar ante las jurisdicciones, quienes deberán protegerlos. Dicho principio no figura expresamente en los Tratados constitutivos. Formulado por primera vez por el TJCE en su histórica sentencia *Van Gend en Loos*⁵¹, el efecto directo está estrechamente vinculado a la protección jurídica de los particulares. Toda persona física o jurídica tiene derecho a invocar ante su juez, en determinadas condiciones, los derechos que le confieren los Tratados, reglamentos, directivas y decisiones comunitarias⁵².

La sentencia *Van Gend en Loos*, considerada como un hito fundamental en la afirmación del derecho comunitario como un ordenamiento autónomo,

⁴⁹ RASMUSSEN, *op. cit.*, p. 395.

⁵⁰ El contenido, el alcance y las cuestiones que se suscitan en la aplicación de dichos principios no se abordarán, puesto que ello sobrepasaría de lejos el objeto de estas páginas. Únicamente se señalará su relación con la protección de los derechos fundamentales.

⁵¹ Sentencia del TJCE de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, *N.V. Algemene Transport-en expeditie Onderneming Van Gend en Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, Rec. 1963, pp. 1 y ss.

⁵² La aplicación del principio de efecto directo a las diferentes disposiciones del derecho comunitario presenta muchos matices, especialmente por lo que se refiere a las directivas. Asimismo, la problemática del efecto directo es distinta según se trate de una relación entre particulares y autoridades nacionales (efecto directo vertical) o entre particulares (efecto directo horizontal). Sobre estas cuestiones, véase ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B. (Dirección): *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª edición, 1ª reimpresión, 1995, pp. 114 y ss., y MILLÁN MORO, L.: "Aplicabilidad directa' y 'efecto directo' en derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *RIE*, 1984, nº 2, pp. 445-474.

también ha sido analizada desde la óptica de los derechos fundamentales.

Por un lado, se ha dicho que con esta sentencia se "*sembraron las semillas del descontento*"⁵³ sobre los derechos individuales, puesto que la Comunidad puede imponer obligaciones directamente a los particulares, pero éstos sólo pueden impugnar la normativa comunitaria si se trata de decisiones que les van dirigidas o que les afecten individual y directamente.

Por otro lado se ha señalado⁵⁴ que, si bien es cierto que el objetivo de dicha sentencia es la afirmación del derecho comunitario más que la mejora de la protección jurisdiccional del individuo, y, por tanto, no es posible considerarla como exponente de una jurisprudencia sobre los derechos fundamentales – expresión que no aparece en ningún punto del texto de la sentencia–, no es menos cierto que *Van Gend en Loos* aporta un razonamiento que resultará muy cercano a la jurisprudencia ulterior del TJCE sobre los derechos fundamentales:

"...la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de derecho internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros sino también sus nacionales;

que, por tanto, el derecho comunitario, independiente de la legislación de los Estados miembros, de la misma manera que crea obligaciones para los particulares, también está destinado a crear derechos

⁵³ En palabras de DALLEN: "*Thus –and here the seeds of the protection of rights problem were sown– the Community could "impose obligations" directly on individuals, but citizens were allowed standing to challenge Community laws only if they were decisions adressed to them or they were of 'direct and individual concern'*", DALLEN, R.M.: "An Overview of European Community Protection of Human Rights, with Some Special References to the U.K.", *CMLRev.*, 1990, nº 4, pp. 761-790, p. 763.

⁵⁴ Véase, en este sentido, PHILIP, C.: "La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", *AFDI*, 1975, pp. 383-407, p. 388.

que entran en su patrimonio jurídico;

que éstos nacen no sólo cuando en el Tratado se realiza una atribución expresa..."⁵⁵.

Aproximadamente un año después de la primera formulación del principio de efecto directo, el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre el segundo elemento básico del derecho comunitario, el principio de primacía. En su sentencia *Costa contra ENEL*⁵⁶, el TJCE afirmó que "...surgido de una fuente autónoma, al derecho nacido del Tratado no podría pues, en razón de su naturaleza específica original, oponérsele judicialmente un texto interno, cualquiera que sea éste, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad"⁵⁷.

En esta sentencia, el TJCE confirmó definitivamente el carácter autónomo del ordenamiento jurídico comunitario. Las normas comunitarias despliegan sus efectos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros sin necesidad de una previa transformación o incorporación por parte de la legislación nacional. Además, el TJCE recalcó que en las esferas limitadas en las que los Estados miembros han atribuido competencias a la Comunidad, éstos han restringido su soberanía. De esta limitación de las soberanías nacionales y de la naturaleza del

⁵⁵ Traducido del francés: "...la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les Etats ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants; que, partant, le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans les chefs des particuliers, est destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique; que ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité...", Rec. 1963, p. 23.

⁵⁶ Sentencia del TJCE de 15 de julio de 1964, as. 6/64, *M. Flaminio Costa contre E.N.E.L.*, Rec. 1964, pp. 1141 y ss.

⁵⁷ Traducido del francés: "...issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même.", Rec 1964, p. 1160.

derecho comunitario como "derecho común" a todos los Estados, el TJCE extrae la conclusión de que los Tratados y los actos adoptados por las instituciones en virtud de éstos deben primar sobre las normas de derecho interno.

Con la afirmación del principio de primacía de derecho comunitario respecto a cualquier norma de derecho nacional, incluso aquéllas de rango constitucional, quedan determinadas las características estructurales básicas del ordenamiento comunitario. Y es justamente pocos años después de las sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa contra ENEL* que el Tribunal de Justicia dicta la sentencia *Stauder*, en la que por primera vez se afirma la protección de los derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico comunitario. Ello no es fruto de ninguna casualidad, sino que hay una relación clara entre estas sentencias. Casi podría decirse que la sentencia *Stauder* es la consecuencia "lógica" de la formulación anterior del TJCE de los principios de primacía y efecto directo⁵⁸. En este sentido WEILER señala que el "lenguaje superficial" del TJCE en la sentencia *Stauder* habla de derechos fundamentales, pero su "estructura profunda" se refiere a la primacía⁵⁹.

La afirmación de este nexo relacional no debe resultar en absoluto sorprendente. Como señala PETERSMANN, desde una perspectiva histórica, la necesidad de una protección legal de los derechos surge con posterioridad al establecimiento de un poder soberano sólido, frente al cual el individuo exige dicha protección: "*Es tal vez a causa de esta inter-relación que la cuestión de*

⁵⁸ Como señala RUÍZ-JARABO: "*La determinación de los caracteres estructurales del nuevo ordenamiento jurídico necesariamente habría de marcar todo el planteamiento respecto a los derechos fundamentales, ya que la solución de su protección no dependía de la voluntad de los órganos comunitarios, sino más bien de sus competencias: y éstas únicamente podían estructurarse mediante el progresivo ajuste del derecho comunitario, no sólo en su significación interna, sino también en sus relaciones con los ordenamientos jurídicos nacionales*", RUÍZ-JARABO, *op. cit.*, p. 166.

⁵⁹ WEILER, *op. cit.*, p. 580.

*la protección de los derechos humanos y civiles fundamentales en la Comunidad no apareció hasta algunos años después de su fundación, y sólo después del reconocimiento del principio de soberanía funcional o "supranacionalidad"*⁶⁰, frase excesiva para aplicar mecánicamente a lo efectuado por el TJCE, pero con un transfondo en último término no excesivamente alejado de la realidad.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del TJCE protectora de los derechos fundamentales aparece como necesaria para un desarrollo armonioso del ordenamiento jurídico comunitario. Paradójicamente, la misma preocupación que latía en las primeras sentencias "inhibicionistas" del TJCE, a saber, la salvaguarda de la autonomía del ordenamiento comunitario, "obligó" más tarde, en la nueva configuración constitucional, al TJCE a declarar protegidos en su jurisprudencia los derechos fundamentales. Efectivamente, antes de que se hubieran asentado los principios de efecto directo y primacía del derecho comunitario, la afirmación por parte del TJCE del valor de los derechos fundamentales podía haber tenido como resultado una preeminencia de las Constituciones nacionales; una vez establecidos los principios de primacía y efecto directo, su legitimación política exigía dejar claro que el ordenamiento comunitario posee las condiciones básicas de protección de los derechos fundamentales⁶¹. Si el TJCE hubiera persistido en su primera línea jurisprudencial, la ausencia de una protección de los derechos fundamentales frente a los sistemas de protección, la mayoría de ellos constitucionales, de los

⁶⁰ Traducido del inglés: "*It may be because of this interrelationship that the question of protecting fundamental human and civil rights on the Community level has presented itself only several years after the foundation of the Communities, and only after the principle of the functional sovereignty, or "supranationality" of the Communities has gained recognition*", PETERSMANN, H.G.: "The Protection of Fundamental Rights in the European Communities", *AE/EY*, 1975, pp. 179-206, p. 180.

⁶¹ Véase DÍEZ PICAZO, L.M.: "¿Una Constitución sin declaración de derechos? (Reflexiones constitucionales sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea)", *REDC*, 1991, nº 32, pp. 135-155, p. 140.

que gozan los Estados miembros, hubiera podido impedir el desarrollo del proceso comunitario⁶².

De hecho, en la práctica, y a pesar de las primeras sentencias "proteccionistas" del TJCE, ciertas jurisdicciones internas, en particular las constitucionales, discutieron el principio de la primacía del derecho comunitario en relación con la protección de los derechos fundamentales. Sus decisiones deben considerarse como un elemento más a tener en cuenta para el análisis del contexto del desarrollo de la jurisprudencia del TJCE en relación a los derechos fundamentales.

2.2. El contexto externo: A) La influencia de la "rebelión" de las jurisdicciones constitucionales estatales en la jurisprudencia del TJCE referente a los derechos fundamentales.

Como se ha indicado anteriormente, la cuestión de la protección de los derechos fundamentales presentó desde el primer momento una dimensión vertical de relación entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos internos. Se ha visto también que el TJCE, en los primeros casos que se le plantearon sobre este tema, se centró únicamente en esta dimensión vertical, para pasar luego a desarrollar una protección autónoma en el derecho comunitario. El TJCE no fue el único órgano jurisdiccional que se vio llamado a tomar posición en este ámbito; también los tribunales internos ocuparon su lugar en el debate. Sus posiciones merecen ser reseñadas, puesto que influyeron en gran medida en la jurisprudencia ulterior del TJCE y también en la posición que adoptaron el resto de las instituciones comunitarias; de ellas se desprende

⁶² PHILIP, *op. cit.*, p. 393. Véase también en este sentido WEILER, *op. cit.*, p. 580.

también por qué la temática de los derechos fundamentales adquirió una marcada resonancia en el mundo jurídico comunitario.

El origen de la problemática se halla en el marcado contraste entre la protección constitucional interna de los derechos fundamentales y su ausencia en los Tratados comunitarios, sobre todo si se tiene en cuenta que la legislación comunitaria ha de ser ejecutada y aplicada por las administraciones estatales, y que el respeto de su observancia ha de ser asegurado por las jurisdicciones nacionales. En los Estados miembros donde existe un control de constitucionalidad de los actos de la autoridad pública se planteó la cuestión de saber si la aplicación del derecho comunitario derivado puede ser controlada en razón de su constitucionalidad por el tribunal correspondiente, particularmente en la hipótesis en que los particulares invoquen ciertos derechos fundamentales protegidos expresamente por la Constitución nacional. En este sentido, interesa hacer referencia aquí a algunas sentencias de los tribunales constitucionales alemán e italiano.

La jurisprudencia constitucional alemana en esta materia se inició con una sentencia de 18 de octubre de 1967⁶³, en la que el Tribunal Constitucional Federal afirmó que los reglamentos del Consejo y de la Comisión son actos de un poder público "supranacional" especial, creado en virtud del Tratado y separado claramente del poder estatal de los Estados miembros, por lo que no cabe un recurso de amparo contra estos actos, ya que no son actos del poder público alemán. El Tribunal Constitucional alemán basó su razonamiento en la naturaleza especial de la Comunidad (no es un Estado, sino un poder público supranacional creado por el Tratado y claramente distinto del poder público de los Estados miembros) y en las competencias atribuidas a las instituciones

⁶³ El texto de dicha sentencia en castellano puede encontrarse en *BJC*, 1986, nº 57, pp. 122-126.

comunitarias, que ejercen derechos soberanos que han sido transferidos por los Estados en virtud del Tratado. El Tribunal alemán destacó también el carácter autónomo del ordenamiento jurídico comunitario. Sin embargo, la sentencia añadió una importante consideración en relación a los derechos fundamentales:

*"Persiste, no obstante, la duda de si y en qué medida puede el Tribunal Constitucional Federal examinar el Derecho comunitario en relación con las normas de los derechos fundamentales en el marco de un proceso interpuesto de forma admisible ante él. Una cuestión que depende evidentemente de la solución de la cuestión subsiguiente, de si se puede hablar y en qué sentido de una sujeción de los órganos de la CEE al ordenamiento de las normas fundamentales de la República Federal de Alemania o, formulado en otros términos, si y en qué medida puede la República Federal de Alemania, al transferir los derechos de soberanía conforme al artículo 24, párrafo 1, de la Ley Fundamental, liberar a los órganos comunitarios de dicha sujeción"*⁶⁴.

En esta reserva emergía, como señala MANGAS MARTÍN, *"el resbaladizo problema de la extensión y límites de la atribución de competencias"*⁶⁵ a la Comunidad y deja en suspenso las relaciones entre el sistema de derechos fundamentales de la Ley Fundamental y el derecho comunitario, con la eventualidad de un control de constitucionalidad del mismo.

Sin embargo, el 9 de junio de 1971⁶⁶, el Tribunal Constitucional alemán dictó una sentencia en la que parecía reconocer de forma general la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, sin ninguna restricción. En ella el

⁶⁴ BJC, *cit.*, pp. 125-126.

⁶⁵ MANGAS MARTÍN, A.: *Derecho comunitario europeo y derecho español*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1987, p. 147.

⁶⁶ Un resumen de esta sentencia se encuentra en CDE, 1973, nº 2, pp. 217-218.

Tribunal Constitucional afirmaba que el artículo 24 de la Ley Fundamental de Bonn, correctamente interpretado, no significa únicamente que es lícita la transferencia de derechos soberanos a organizaciones internacionales, sino también que los actos soberanos dictados por los órganos de dichas organizaciones se imponen a las autoridades nacionales que originariamente detentaban exclusivamente dichos poderes soberanos. Estos actos de aplicabilidad directa se superponen al derecho nacional contrario y lo suplantán, ya que éste es el único medio por el que los derechos subjetivos concedidos a los ciudadanos del mercado común pueden ser realizados. El Tribunal alemán señaló que incumbe al juez ordinario que conoce el asunto en su conjunto decidir el derecho aplicable y, por tanto, reconocer al derecho comunitario, en cada caso concreto, la prioridad que le corresponde. Con esta argumentación, el Tribunal Constitucional alemán afirma inequívocamente la primacía del derecho comunitario, sin añadir ninguna reserva del tenor de la que figura en la sentencia anterior de 1967⁶⁷.

Es muy posible que la posición del Tribunal Constitucional alemán anunciada en estas sentencias tuviera una importancia primordial e influyera positivamente en la reorientación de la jurisprudencia del TJCE en los casos *Stauder* y, en mayor medida, *Internationale Handesgesellschaft* y *Nold*. Este cambio jurisprudencial no fue sin embargo suficiente en la práctica para acallar la polémica, que estalló definitivamente con la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 20 de mayo de 1974, conocida como *Solange*

⁶⁷ Como recoge COHEN-JONATHAN, si bien podía interpretarse que este silencio del Tribunal alemán era voluntario y reflejaba su voluntad de adherirse plenamente al principio de primacía, también es cierto que el hecho de que la argumentación jurídica del Tribunal dependiera del artículo 24 de la Ley Fundamental podía llevar a temer que una nueva interpretación por parte de este Tribunal de dicho artículo pusiera en cuestión el principio de primacía. De hecho, eso fue lo que ocurrió en la práctica., COHEN-JONATHAN, G.: "Cour Constitutionnelle allemande et règlements communautaires", *CDE*, 1975, n° 1-2, pp. 173-206, p. 184.

*Beschluß*⁶⁸.

El Tribunal Constitucional alemán fue apelado a pronunciarse sobre el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* por el Tribunal administrativo de Frankfurt, que ya había acudido también al TJCE por la vía del artículo 177, cuestión prejudicial que originó la sentencia del TJCE conocida por este mismo nombre, y en la que, como se ha dicho ya, el TJCE asume como parte integrante del derecho comunitario la protección de los derechos fundamentales, y considera que en el caso en cuestión no se ha producido ninguna violación de estos derechos. El Tribunal administrativo alemán, en desacuerdo con esta respuesta, y desconociendo los términos del Tratado CEE que le obligan a actuar conforme a las sentencias del TJCE, planteó el 24 de diciembre de 1971 una cuestión de inconstitucionalidad a propósito de la reglamentación comunitaria y solicitó al Tribunal de Kalsruhe que declarara que efectivamente había habido una violación de un derecho fundamental protegido por el ordenamiento jurídico alemán y que, por tanto, las jurisdicciones alemanas no podían aplicar esta reglamentación comunitaria contraria a la Ley Fundamental de Bonn.

La jurisdicción constitucional resolvió desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada, considerando que la obligación de depósito de la fianza y su pérdida en caso de no realizar en su totalidad o parcialmente la operación prevista era necesaria para controlar el flujo de importaciones y exportaciones, y que estaba justificada por el objetivo de regular el mercado común agrícola y no atentaba, por tanto, contra el principio de proporcionalidad.

⁶⁸ El texto de esta sentencia en castellano se puede encontrar en *BJC*, 1986, nº 58, pp. 247-260. El hecho que se conozca esta sentencia como "decisión en tanto que" hace referencia a las primeras palabras de su párrafo fundamental.

Pero con independencia de la solución concreta del caso, lo que es relevante es que el Tribunal alemán aceptó un control de constitucionalidad sobre el derecho comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales. Los términos en los que el *Bundesverfassungsgericht* alemán explicitó esta posición se sintetizan en el que se ha convertido en el más célebre párrafo de la sentencia:

*"En tanto no haya alcanzado un desarrollo suficiente el proceso de integración de la Comunidad como para que el Derecho comunitario contenga también un catálogo formulado de derechos fundamentales aprobado por un Parlamento y con vigencia efectiva, que sea ajustado al catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, resulta procedente y admisible que un Tribunal de la República Federal de Alemania acuda al Tribunal Constitucional Federal a través del "procedimiento de control de normas", y una vez recibido el preceptivo dictamen prejudicial del Tribunal Europeo de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Tratado, siempre que el Tribunal estime que la norma del derecho comunitario aplicable al caso y de la que depende el fallo en su interpretación emanada por el Tribunal Europeo de Justicia pudiere colisionar con uno de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental"*⁶⁹.

En la argumentación para llegar a esta conclusión, el Tribunal alemán reconoció la autonomía del derecho comunitario, tal y como venía haciendo en su jurisprudencia anterior, pero matizó que, respecto a las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno, todos los órganos competentes, y en especial los tribunales superiores, han de velar por "la

⁶⁹ BJC, cit., p. 253.

concordancia de ambos ordenamientos jurídicos en su jurisprudencia". Por lo que hacía referencia a la primacía del derecho comunitario, lo que se discutía era su carácter general, es decir, que dicho principio pudiera predicarse también de las relaciones entre el derecho comunitario derivado y los preceptos constitucionales protectores de los derechos fundamentales. Y ello porque, según el Tribunal Constitucional Federal, el artículo 24 de la Ley Fundamental, que trata de la transferencia de poderes soberanos a autoridades interestatales, debía entenderse en el sentido de que sólo autorizaba dicha transferencia dentro del respeto de la estructura fundamental de la Constitución, y por tanto de sus disposiciones relativas a los derechos individuales fundamentales. Así, el Tribunal alemán afirmó:

*"El artículo 24 de la Ley Fundamental hace referencia a la transferencia de derechos de soberanía hacia instituciones interestatales. Ello no puede ser interpretado en sentido literal. El artículo 24 de la Ley Fundamental, al igual que cualquier otra norma constitucional de análogo carácter fundamental, debe ser entendido e interpretado en el contexto de la Constitución en su totalidad. Esto implica que no abre la vía de modificar la estructura básica de la Constitución sobre la que descansa su identidad sin modificar la Constitución...Pero el artículo 24 de la Ley Fundamental...imposibilita que una reforma del Tratado atente contra la identidad de la vigente Constitución de la República Federal de Alemania mediante una invasión de sus estructuras constituyentes"*⁷⁰.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional subrayó que no estaba examinando directamente la constitucionalidad o validez de la legislación comunitaria, para lo cual no se consideraba competente, sino que se

⁷⁰ *Ibid.*, p. 251.

pronunciaba únicamente sobre la constitucionalidad de su aplicación por parte de las autoridades alemanas, para lo cual sí era competente, por constituir los actos alemanes de ejecución un ejercicio del poder del Estado alemán, y por tanto, sometido a la Ley Fundamental.

Los obstáculos que de dicha posición se derivan para la aplicación uniforme del derecho comunitario en el conjunto del territorio de la Comunidad y el cuestionamiento del principio de la primacía del derecho comunitario fueron minimizados por la mayoría del Tribunal, en contra de la opinión disidente de la minoría. Los tres magistrados que expusieron su opinión divergente basaron sus argumentos en afirmar que la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario era adecuada y suficiente. Que esta protección se derive de la jurisprudencia del TJCE y no de la existencia de un catálogo escrito de derechos lo consideraron poco relevante, pues lo que importaba era que la protección fuese adecuada, no el modo en que se ejercía. Añadieron que subordinar la aplicación del derecho comunitario a la condición de correspondencia con las normas relativas a los derechos fundamentales previstos en cada una de las constituciones de los Estados miembros conduciría a "consecuencias inadmisibles", como sacrificar en parte la unidad jurídica europea, el fraccionamiento del derecho y poner en peligro la existencia de la Comunidad.

La sentencia suscitó un buen número de duras críticas por parte de la doctrina, así como reacciones en el seno de las instituciones comunitarias, por lo radical de sus razonamientos, a pesar de no tener repercusiones para el caso en concreto puesto que, como se ha explicado ya, el Tribunal alemán falló que no se había producido ninguna violación de un derecho fundamental⁷¹.

⁷¹ La doctrina se ha ocupado abundantemente de esta sentencia. Véase, entre otros, COHEN-JONATHAN, *op cit.*, p. 185 y ss.; EDESON, W.R.; WOOLDRIDGE, F.: "European Community Law and Fundamental Human Rights: Some Recent Decisions of the European

En primer lugar, se ha criticado la pretensión de que la protección de los derechos fundamentales se realizara en el ordenamiento comunitario en la misma forma y manera que en el ordenamiento alemán, es decir mediante un catálogo escrito, desconociendo que pueden existir otras vías⁷². Esta posición enlaza con una parte de la doctrina alemana que mantuvo lo que se ha venido en llamar la *strukturelle Kongruenz*, según la cual el legislador alemán no podría en consecuencia transferir poderes soberanos a organizaciones internacionales cuya estructura no se correspondiera exactamente con la Ley Fundamental de Bonn. A este postulado se opondría otro sector doctrinal, que negaría la existencia de límites constitucionales a la transferencia de poderes soberanos. Sin embargo, la mayoría de los autores se decantó por una posición intermedia, que admite la existencia de límites, pero que éstos no consistirían en una "identidad" en la estructuras y principios, sino en cierta "homogeneidad"⁷³. Los jueces disidentes señalaron que exigir necesariamente la existencia de un catálogo de derechos adoptado por un Parlamento confunde los conceptos de Estado de derecho y parlamentarismo, que no son intercambiables sino

Court and of National Courts", *LIEI*, 1976, n° 1, pp. 1-54; BÖRNER, B.: "Droits Fondamentaux allemands et droit communautaire. À propos de la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 29 mai 1974", en *Mélanges F. Dehousse. Vol 2: La construction européenne*, Nathan-Labor, Paris-Bruxelles, 1979, pp. 193-203; SCHEUNER, U.: "Fundamental Rights in European Community Law and in National Constitutional Law", *CMLRev.*, 1975, n° 2, pp. 171-191; DARRAS, J.; PIROTTE, O.: "La Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande a-t-elle mis en danger la primauté du droit communautaire?", *RTDE*, 1976, n° 3, pp. 415-438. Entre las reacciones que suscitó la sentencia se puede recordar que un parlamentario europeo dirigió una pregunta a la Comisión en la que se pedía la iniciación de un procedimiento de infracción contra la República Federal Alemana por la vía del artículo 169 del TCEE. La Comisión, en su respuesta, declara haber comunicado al gobierno alemán su inquietud por el contenido de la sentencia y, aunque no se muestra partidaria de la solución propuesta por el diputado, deja muy clara cual es su posición: "*Cet arrêt remet en question un des principes fondamentaux de l'ordre juridique communautaire, à savoir l'application uniforme du droit communautaire dans tous les Etats membres, et risque de déboucher sur un éclatement de ce droit*", Pregunta escrita n° 414/74 de M. Consté a la Comisión de las Comunidades europeas, respuesta de 29 de enero de 1975, DOCE C 54, de 6 de marzo de 1975, p. 1.

⁷² Reiteradamente se ha recordado en este sentido el ejemplo de Gran Bretaña.

⁷³ Para un resumen de las posiciones de la doctrina alemana, véase PESCATORE, "Les droits de l'homme et...", *op. cit.*, pp. 632-635.

complementarios. Para ELHERMANN⁷⁴ ello supone transformar en exigencia de derecho constitucional una cuestión esencialmente política, cuya oportunidad es discutible.

En segundo lugar, se ha puesto de manifiesto las consecuencias que para la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario podía tener esta sentencia, al destacar la separación tajante entre los ordenamientos internos y el ordenamiento comunitario. El Tribunal Constitucional subrayó en su sentencia que no se pronunciaba sobre la validez de la norma comunitaria, sino sólo sobre su aplicabilidad, lo que podría verse como un reconocimiento de la autonomía del ordenamiento comunitario. Sin embargo, como señalan los jueces disidentes, esta distinción entre invalidez e inaplicabilidad en el fondo se reduce al empleo de palabras distintas. El Tribunal Constitucional utilizó el concepto de aplicabilidad en unos términos que en el fondo equivalen al de validez, dado que en este caso la inaplicabilidad se produciría por contradicción con una norma de rango superior. Se trata de un intento de esconder que el Tribunal Constitucional no acepta el monopolio jurisdiccional del TJCE. La violación del derecho comunitario, sin embargo, es evidente: por un lado, se amenaza su aplicabilidad directa, en cuanto las normas podrían incorporarse a la legislación nacional sólo en una parte de los Estados miembros y en otros ser declaradas anticonstitucionales; por otro lado, se viola la exclusividad de la competencia del TJCE para interpretar el derecho comunitario⁷⁵. La sentencia supone desconocer la autonomía del derecho comunitario y la naturaleza igualitaria y común de las obligaciones que impone a los Estados. La posición del Tribunal

⁷⁴ ELHERMANN, C.D.: "Primauté du droit communautaire mise en danger par la Cour Constitutionnelle Fédérale allemande", *RMC*, 1975, n° 181, pp. 10-19, p. 15.

⁷⁵ COHEN-JONATHAN ha criticado la posición del Tribunal Constitucional alemán afirmando que con ella dicho Tribunal se constituye, usurpando la competencia del TJCE, en una jurisdicción de segundo grado, de fácil acceso, a la que se podría acudir tras el agotamiento de las vías de recurso comunitarias, COHEN-JONATHAN, *op. cit.*, p. 193.

alemán llevó a algunos autores a hablar de un "*retorno ofensivo del nacionalismo jurídico*"⁷⁶.

Pero el Tribunal alemán no fue el único participante en esta llamada "rebelión". También la jurisdicción constitucional italiana se pronunció sobre el tema de los derechos fundamentales, aunque en Italia tuvo mayor importancia la relación entre derecho comunitario y legislación nacional.

Una primera referencia al tema que nos ocupa se encuentra en la sentencia *San Michele* de 27 de diciembre de 1965⁷⁷. En esta sentencia el Tribunal Constitucional italiano afirmó la separación entre el ordenamiento italiano y el comunitario, por lo cual cada norma despliega su eficacia exclusivamente en su propia esfera de poderes. A continuación los jueces afirmaron que los efectos de las normas comunitarias vienen determinados sin perjuicio del derecho de los particulares a la tutela jurisdiccional, que es un derecho inviolable garantizado por el artículo 24 de la Constitución italiana. Este límite parece también valer para otros principios constitucionales.

Pero es en el caso *Frontini*, cuya sentencia se dictó el 27 de diciembre de 1973⁷⁸, donde el Tribunal Constitucional italiano se pronunció más explícitamente sobre la protección de los derechos fundamentales. En ambas sentencias, como en el caso alemán, el tema de fondo es la relación entre ordenamiento jurídico italiano y comunitario. Si bien el Tribunal italiano hace un

⁷⁶ DARRAS; PIROTTE, *op. cit.*, p. 420.

⁷⁷ El texto de la sentencia puede encontrarse en *RDI*, 1966, n° 1, pp. 54-64, con nota de F. DURANTE, y en *Foro It.*, 1966, parte I, pp. 8 y ss.

⁷⁸ Texto de la sentencia en *Foro It.*, 1974, parte I, pp. 314-330, con nota de R. MONACO, y traducción francesa en *CDE*, 1975, n° 1-2, pp. 115-148, con nota de P. DE CATERINI. Un buen comentario de la misma puede leerse en BEBR, G.: "A Critical Review of Recent Case Law of National Courts", *CMLRev.*, 1974, n° 4, pp. 408-431.

loable esfuerzo por construir una argumentación que, alejándose del tradicional dualismo italiano, abre la vía al efecto directo y la primacía del derecho comunitario, las reservas se mantienen para los derechos fundamentales:

*"Es necesario recordar, por otro lado, que la competencia normativa de las instituciones de la CEE, prevista en el artículo 189 del Tratado de Roma, se limita a las materias relativas a las relaciones económicas, es decir a aquéllas para las cuales nuestra Constitución establece ciertamente la reserva legal o reenvío a la ley, pero las disposiciones precisas y particulares del Tratado ofrecen una garantía segura, de manera que parece difícil admitir incluso en abstracto el caso en el cual un reglamento comunitario podría tener incidencia en materia de relaciones civiles, ético-sociales, políticas, incluyendo disposiciones contrarias a la Constitución italiana. Apenas si es preciso añadir que, sobre la base del artículo 11 de la Constitución, las limitaciones de soberanía no han sido autorizadas más que para la consecución de las finalidades que se indican en dicha norma; es necesario, pues, excluir que estas limitaciones, concretamente precisadas en el Tratado de Roma, firmado por países cuyos órdenes jurídicos se inspiran en los principios del Estado de derecho y garantizan las libertades esenciales de los ciudadanos, puedan de algún modo suponer, para las instituciones de la CEE, un poder inadmisiblemente de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana. Es evidente que, si se debiese dar una interpretación tan aberrante del artículo 189, la garantía del control jurisdiccional de este tribunal sobre la compatibilidad constante del tratado con los principios fundamentales mencionados estaría, en este caso, siempre asegurada"*⁷⁹.

⁷⁹ Traducido del italiano: "Occorre, d'altro canto, ricordare che la competenza normativa degli organi de la CEE è prevista dall'art. 189 del trattato di Roma limitatamente a materie concernenti i rapporti economiche, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del trattato forniscono sicura garanzia, talché appare difficile configurare anche in astratto

Para MANGAS MARTÍN, no es que el Tribunal Constitucional no tuviera en cuenta la posibilidad de que las instituciones comunitarias, en su actividad normativa, violen eventualmente los derechos fundamentales, sino que reconocía que el TJCE garantizaba el respeto de tales derechos, por lo que sería "*casi imposible*"⁸⁰ que tuviese que llegar a pronunciarse sobre estas cuestiones. La posición del Tribunal Constitucional italiano compartía con la del Tribunal Constitucional Federal alemán el que ambas aceptaban el ejercicio de un control de constitucionalidad sobre el derecho comunitario en caso de violación de los derechos fundamentales. Sin embargo, la posición italiana era menos radical y más matizada, en la medida en que reconocía que los derechos fundamentales estaban protegidos en el ordenamiento comunitario, de ahí que su reserva fuese más teórica que la alemana⁸¹.

La panorámica hasta aquí esbozada, somera y general, de las posiciones adoptadas por las jurisdicciones constitucionales italiana y alemana, lleva a dos consideraciones. La primera de ellas consiste en señalar que no es casual que los dos países en donde se genera la polémica son dos Estados influidos por el dualismo jurídico y marcados por una realidad política similar: un pasado dictatorial, en el que los más esenciales derechos de las personas fueron sistemática y masivamente violados. Ello ha podido influir en esta defensa a

l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana. È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 Costituzione sono state consentite limitazione di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate, e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel trattato di Roma, sottoscritto da paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini, possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa corte sulla perdurante compatibilità del trattato con i predetti principi fondamentali.", Foro It., op. cit., p. 329.

⁸⁰ MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 152.

⁸¹ En este sentido MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 151.

ultranza de los principios básicos de los nuevos ordenamientos jurídicos surgidos de un régimen democrático y dotados además de un órgano específico de defensa de la Constitución⁸².

En segundo lugar, lo anteriormente descrito parece abundar en la tesis de que en el epicentro de la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales se halla presente de forma clara el problema de la defensa del principio de la primacía del derecho comunitario. Como se ha visto anteriormente, el TJCE no ve la necesidad de afirmar la protección de los derechos fundamentales hasta después de consolidar los principios de primacía y efecto directo. Y, a pesar del gran cambio jurisprudencial que suponen las sentencias *Stauder* y siguientes, existe un hilo conductor que se mantiene constante: la afirmación de que el único criterio de validez de los actos de la Comunidad es el propio derecho comunitario. La posición de los tribunales constitucionales alemán e italiano hizo evidente al TJCE que la legitimidad jurídica y política de dicha afirmación dependía de la medida en que el ordenamiento comunitario fuese capaz de asegurar una mayor protección de los derechos fundamentales; lo que, dada la inexistencia de un catálogo expreso en los Tratados, sólo podía llevar a cabo el propio TJCE.

Siguiendo con esta lógica, es posible llegar a una ulterior conclusión. Consistiría en afirmar que la protección conferida a los derechos fundamentales por parte del TJCE reviste un carácter preferentemente instrumental, en el sentido que su razón de ser consiste más en salvaguardar los principios

⁸² En este sentido RECCHIA, para quien las razones de fondo de la actitud de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano se explican por la "*storia costituzionale dei due paesi che hanno conosciuto le limitazioni poste da sistemi autoritari...*", RECCHIA, G.: "Osservazioni sul ruolo dei diritti fondamentali nell'integrazione europea", *Diritto e società*, 1991, n° 4, pp. 663-674, p. 668. Véase también FEUSTEL, I.: "Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca", *RDE*, 1976, n° 3, pp. 187-226.

estructurales básicos del ordenamiento jurídico comunitario que en asegurar una tutela realmente efectiva de los derechos de los individuos. El TJCE habría utilizado los derechos fundamentales básicamente con una finalidad "defensiva", para salvaguardar su concepción del derecho comunitario. Para COPPEL y O'NEILL: "...el Tribunal utilizó los derechos fundamentales de manera instrumental, para acelerar el proceso de integración jurídica en la Comunidad. No protegió dichos derechos por sí mismos. No se tomó estos derechos en serio"⁸³. Lo que se está expresando es que el hecho de que la jurisprudencia del TJCE relativa a los derechos fundamentales esté en su inicio tan estrechamente ligada a la primacía plantea un problema de credibilidad. Hipótesis que parece inicialmente muy válida, dada la lógica general del despliegue jurisprudencial del TJCE, aunque debe circunscribirse a un periodo histórico determinado y no extrapolarla a toda la temática posterior y aún así debe ser matizada⁸⁴.

En efecto, aunque la protección de la autonomía y la integridad del ordenamiento comunitario fuese el principal motivo del giro jurisprudencial desde *Stork* a *Stauder*, no debe olvidarse que este desarrollo era una continuación inevitable de *Van Gend en Loos* y que en él pudieron influir otros factores. Por ejemplo, MANCINI considera que el paso a la fase proteccionista no debe ser entendido como una mera respuesta a la rebelión de los tribunales

⁸³ Traducido del inglés: "...the Court has employed fundamental rights instrumentally, so as to accelerate the process of legal integration in the Community. It has not protected these fundamental rights for their own sake. It has not taken these rights seriously.", COPPEL, J.; O'NEILL, A.: "The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?", *CMLRev.*, 1992, nº 4, pp. 669-692, p. 670.

⁸⁴ Como han señalado WEILER y LOCKHART la afirmación de COPPEL y O'NEILL transcrita aquí contiene una clara confusión: una cosa son los motivos que están en la base de una determinada jurisprudencia y otra el contenido de la misma. Es decir, del hecho que el TJCE se viera "forzado" a proteger los derechos fundamentales para defender la autonomía del derecho comunitario y responder a las jurisdicciones constitucionales estatales no se deriva necesariamente que, al hacerlo, no se tomara los derechos en serio, WEILER, J.; LOCKHART, N.: "'Taking Rights Seriously' Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence. Part I", *CMLRev.*, 1995, nº 1, pp. 51-94, p. 71.

constitucionales, sobre todo el alemán. Sostiene que las sentencias *Stauder* y *Internationale Handesgesellschaft* encuentran su raíz en la constatación de la aparición de un déficit democrático en la gestión de la Comunidad, ante el cual se convierte en una prioridad la definición de un marco superior de legalidad a la luz del cual controlar los actos de las instituciones⁸⁵. La acción del TJCE en este campo hay que enmarcarla en el conjunto de su obra jurisprudencial de estos años.

Es preciso indicar que tanto las posiciones que señalan que la decisión del TJCE de proteger los derechos fundamentales respondió a la necesidad de defender los principios de primacía y autonomía del derecho comunitario, como aquéllas que la presentan como una respuesta al déficit democrático son esencialmente especulativas. Es decir, ambas posiciones intentan ofrecer una explicación de los motivos que impulsaron al TJCE. La única vía segura y objetiva de establecer dichos motivos sería que los revelaran los propios miembros del TJCE de entonces. En ausencia de ello, lo único que puede ofrecerse son especulaciones, mejor o peor fundadas. En nuestra opinión, como se ha sostenido en las páginas anteriores, el surgimiento de una jurisprudencia comunitaria que declara la protección de los derechos fundamentales no puede dejar de relacionarse con el desarrollo de los principios de primacía y efecto directo y con la actitud de ciertas jurisdicciones constitucionales nacionales. Ahora bien, ello no significa afirmar que la decisión adoptada por el TJCE derive lógicamente y necesariamente de estos factores y sólo de ellos. La decisión del TJCE

⁸⁵ MANCINI, "La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte...", *op. cit.*, pp. 6-7. WEILER señala también este punto y añade: "It may also be significant that this very period, the late 60s, sees both the promulgation of the two United Nations Human Rights [covenants] as well as a general challenge to the establishment by young liberal and radical elements. The established order in most European countries was coming under attack and the Community became to be seen (to the extent that it was seen at all) not as the vehicle on which to hang post-war ideals and aspirations but as a vehicle of industry, businessmen, capitalism and other bad things. A 'human rights' response, whether genuine or opportunistic or both, is not surprising in that climate", WEILER, "Methods of Protection: Towards a Second and...", *op. cit.*, p. 580.

fue altamente innovadora si se tiene en cuenta el silencio de los Tratados al respecto, y las razones últimas de los jueces que la tomaron no son objetivamente determinables, entre otras cosas porque la función de los órganos jurisdiccionales no es explicar los motivos últimos de sus decisiones, sino argumentarlas y justificarlas jurídicamente.

2.3. El contexto externo: B) La evolución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales estatales.

Con posterioridad a las decisiones comentadas en el anterior apartado, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán como su homólogo italiano han tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre la protección de los derechos fundamentales en relación con el derecho comunitario. La evolución de su jurisprudencia muestra, como se examinará a continuación, que sus reservas iniciales han sido matizadas, pero no han desaparecido por completo.

2.3.1. La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal Constitucional italiano.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sufrió un agudo giro con la decisión de 26 de octubre de 1986⁸⁶. Pero de hecho, ya se empezaron a ver señales claras de una reorientación jurisprudencial a partir del año 1979. En efecto, en una sentencia de 25 de julio de 1979⁸⁷, que ha sido

⁸⁶ El texto en castellano de esta sentencia puede encontrarse en *RIE*, 1987, nº 3, pp. 881-899.

⁸⁷ El texto se puede encontrar en *BJC*, nº 42, 1984, pp. 1310-1316, con nota de A. JIMÉNEZ BLANCO.

llamada *Vielleicht Beschluß*, tras declarar inadmisibile una cuestión de constitucionalidad respecto a los artículos 92-94 del Tratado CEE, se declaraba lo siguiente:

"La Sala deja abierta la cuestión de saber si, y en caso afirmativo en qué medida, los principios de la decisión de 29 de mayo de 1974 pueden, por ejemplo, teniendo en cuenta la evolución jurídica y política habida en Europa, continuar aplicándose sin distinción a las proposiciones futuras de normas de derecho comunitario derivado"⁸⁸.

Dos años más tarde, en dos autos relativos a la organización internacional EUROCONTROL⁸⁹, pero cuyas consideraciones pueden hacerse extensivas al derecho comunitario ya que afectan al artículo 24 de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal reconoció que si bien los derechos fundamentales han de ser considerados como una parte irreductible de la Constitución, ello no excluye la posibilidad de reconocer sistemas de protección de estos derechos distintos a los constitucionales alemanes. Se relativiza, pues, la exigencia de identidad estructural expresada en 1974.

Esta evolución jurisprudencial se vería culminada con la decisión de 1986, anteriormente citada, y que es conocida como *Solange II*⁹⁰. En esta

⁸⁸ BJC, *cit.*, p. 1316. La mención a la evolución jurídica y política habida en Europa hacía referencia probablemente a la elección por sufragio universal directo de los miembros del Parlamento Europeo, a la Decisión interinstitucional de 5 de abril de 1977 sobre el respeto de los derechos fundamentales y, por supuesto, a la evolución firme de la jurisprudencia del TJCE al respecto.

⁸⁹ Autos de 23 de junio y de 10 de noviembre de 1981. Al respecto, véase EMBID IRUJO, A.: "Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de las organizaciones internacionales. El caso Eurocontrol", REDA, 1983, nº 38, pp. 421-427.

⁹⁰ Para un análisis detallado de la misma se pueden ver, entre otros, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.; WOELKER, U.: "Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 22 de octubre de 1986", RIE, 1987, nº 3, pp. 667-681; LÓPEZ CASTILLO, A.: "La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias de derecho derivado en la RFA",

decisión el Tribunal Constitucional estableció por primera vez de forma explícita el principio de integración entre el derecho comunitario y el interno: son dos ordenamientos separados y distintos pero no aislados, sino enlazados y abiertos a la influencia recíproca. La primera consecuencia jurídica de esto es la incorporación del TJCE a la jurisdicción interna; se reconoce al TJCE como el juez legal, y por tanto es él quien debe interpretar el derecho comunitario. La otra gran implicación jurídica de esta decisión afecta al significado del artículo 24 de la Ley Fundamental. Aunque el Tribunal Constitucional sigue partiendo, al igual que en 1974, de la premisa que este artículo no autoriza un cuestionamiento de la identidad esencial del ordenamiento constitucional alemán, las conclusiones que de ello se derivan son matizadas considerablemente. Así, esta identidad esencial ya no radica en "*la parte de la Ley Fundamental relativa a los derechos fundamentales*", sino sólo en "*los principios jurídicos que están en la base de la parte de la Ley Fundamental relativa a los derechos fundamentales*". Análogamente, ahora se habla de una protección que sea "*equivalente en lo esencial*" a la que confiere el orden alemán, desapareciendo la exigencia de que exista un catálogo de derechos similar al constitucional. El Tribunal acoge así la posición de la minoría disidente en 1974. Partiendo de estas consideraciones, el Tribunal Constitucional analizó el sistema de protección de los derechos comunitarios, especialmente la jurisprudencia del TJCE y considera que se ha alcanzado un nivel de protección suficiente, lo que le lleva a afirmar:

"A la vista de esta evolución hay que declarar que, en tanto que las

REDC, 1988, nº 23, pp. 207-227; HARTWIG, M.: "La Corte Costituzionale tedesca e il diritto comunitario", *Quaderni Costituzionali*, 1987, nº 2, pp. 417-426; CARTABIA, M.: "Ordinamento comunitario e sovranità nazionale in una sentenza del Bundesverfassungsgericht", *Giurisprudenza Costituzionale*, 1988, nº 1, parte II, pp. 191-211, y CONSTANTINESCO, V.: "Cour Constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien...", *RTDE*, 1987, nº 3, pp. 545-553.

Comunidades Europeas, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Bundesverfassungsgericht no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la República Federal de Alemania, y en consecuencia no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental;..."⁹¹.

La diferencia con la decisión de 1974 no radica en que ahora el Tribunal Constitucional se declara no competente para examinar la conformidad del derecho comunitario derivado con los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, sino en que a partir de 1986 el Tribunal no "ejercerá" dicha competencia. La primacía del derecho comunitario sobre los derechos fundamentales nacionales no se admite en el marco de una solución sustantiva, sino sólo en el marco de una solución procesal, puesto que a lo que se renuncia es a aplicar una jurisdicción que se considera que se posee. A pesar de que a nivel teórico se siguen afirmando los mismos principios⁹², que podrían

⁹¹ RIE, cit., p. 898.

⁹² Véase el comentario del profesor CONSTANTINESCO a propósito de esta sentencia: "*Il faut que tout se transforme afin que rien ne change*". La phrase que le prince de Lampedusa fai prononcer à son héros ne pourrait-elle pas s'appliquer aussi à la récente décision rendue par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 10 octobre 1986?", CONSTANTINESCO, op. cit., p. 545.

considerarse contrarios a la primacía del derecho comunitario, las consecuencias prácticas de esta decisión son innegables. De las palabras de Tribunal Constitucional parece excluirse un control caso por caso de las decisiones del TJCE en materia de derechos fundamentales, puesto que se habla siempre sobre el nivel de protección en términos generales. Por ello para algunos autores, dado que es difícil imaginar que el nivel general de protección de los derechos fundamentales en la Comunidad disminuya, la suspensión del control significa prácticamente la renuncia al mismo⁹³. Sin embargo, posteriores decisiones podrían contradecir esta opinión.

Esta decisión, en efecto, no es el último episodio de la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional Federal alemán respecto al tema de los derechos fundamentales. Mientras que en su sentencia *Solange II* el *Bundesverfassungsgericht* expresó su intención de no ejercer su jurisdicción para revisar el derecho derivado comunitario en función de cánones constitucionales, algunas decisiones posteriores de dicho Tribunal han sembrado las especulaciones sobre si podría ejercer un control de constitucionalidad sobre normas nacionales tendentes a la adopción de una norma de derecho comunitario o a la transposición de una directiva comunitaria. A raíz de ello el debate doctrinal ha vuelto a resurgir, hasta el punto de que algunos autores han considerado conveniente una nueva sentencia *Solange III* que clarifique los límites de la penetración del derecho comunitario, mientras que para otros no existen motivos para no seguir ateniéndose a los criterios expresados en la sentencia *Solange II*⁹⁴.

⁹³ Véase en este sentido BAÑO LEÓN, J.M.: "Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986)", *REDA*, 1987, n° 54, pp. 277-285, p. 285.

⁹⁴ Véase DE WITTE, B.: "Community Law and National Constitutional Values", *LIEI*, 1991 n° 2, pp. 1-21, p. 5.

En este sentido se puede reseñar el auto de 12 de mayo de 1989⁹⁵. Este auto es interesante, porque plantea el tema de la eficacia "preventiva" de los derechos fundamentales en la fase ascendente del *iter* normativo comunitario⁹⁶. Es decir, en qué medida el gobierno alemán en el Consejo de las Comunidades ejerce un poder público nacional y está por tanto vinculado a los derechos fundamentales, de tal manera que debe votar en contra de la adopción de normas comunitarias lesivas de estos derechos.

Los hechos que están en la base de este caso arrancan de la decisión del gobierno alemán de pronunciarse en el Consejo a favor de la adopción de unas directivas comunitarias sobre etiquetado y publicidad de tabaco. Los empresarios alemanes del sector consideraron que determinadas obligaciones que establecían estas directivas restringían derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de Bonn⁹⁷, por lo que solicitaron al Tribunal Constitucional que dictara una medida cautelar positiva por la que se obligara al representante alemán en el Consejo a votar en contra de estas directivas. El Tribunal Constitucional mantuvo que la participación del gobierno alemán en la fase ascendente del proceso de adopción de normas comunitarias no constituye un acto de poder público nacional que afecte de manera inmediata a los derechos fundamentales del recurrente, por lo que no puede ser objeto de un recurso ante el Tribunal Constitucional. Lo que sería objeto de recurso es el acto interno de transposición de la directiva comunitaria, siempre que dejara al

⁹⁵ El texto puede encontrarse en *RDI*, 1990, nº 2, p. 424-427. Véase, en el mismo número, CANNIZARO, E.: "Tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario e garanzie costituzionali secondo le corti costituzionali italiana e tedesca", *RDI*, 1990, nº 2, pp. 372-379, y también el comentario de NACIMENTO, P.: "Il Tribunale costituzionale tedesco e il diritto comunitario", *Quaderni Costituzionali*, 1991, nº 1, pp. 156-165.

⁹⁶ Sobre este tema véase BACIGALUPO, M.: "El papel de los derechos fundamentales nacionales en la fase ascendente de la normación comunitaria", *GJ de la CE*, 1993, Boletín-88, pp. 5-12.

⁹⁷ En concreto, el derecho a la libertad negativa de expresión (art. 5.1) y a la libertad de empresa (arts. 2.1 y 12.1 de la LFB).

Estado un sustancial margen de discrecionalidad. Ahora bien, precisamente los recurrentes sostenían que la futura directiva no dejaba a Alemania este margen de discrecionalidad y que, por tanto, sobre la base de la jurisprudencia *Solange II*, no podría realizarse un control del respeto de los derechos fundamentales en la fase descendente de actividad normativa comunitaria.

Para responder a esta argumentación, el Tribunal alemán afirmó que si bien la protección de los derechos fundamentales frente a posibles violaciones por normas comunitarias incumbe, en principio, al TJCE, en caso que éste no asegure una protección satisfactoria de acuerdo con la Ley Fundamental de Bonn, el Tribunal Constitucional podría intervenir. Para BACIGALUPO, lo más novedoso de este auto es que de él parece desprenderse que el Tribunal Constitucional puede revisar esta apreciación, no sólo de manera global sino también de manera sectorial, en casos concretos⁹⁸.

El siguiente hito de la posición del Tribunal Constitucional Federal lo constituye la sentencia de 12 de octubre de 1993⁹⁹, que resuelve cinco recursos de amparo interpuestos contra la Ley de ratificación del Tratado de la Unión Europea y la Ley de reforma constitucional -que incorpora a la Ley Fundamental de Bonn un nuevo artículo 23 con una habilitación constitucional para ratificar el Tratado de la Unión Europea-, así como otras modificaciones constitucionales en vistas a la ratificación de este Tratado¹⁰⁰. De dichos recursos, solamente uno de los motivos alegados por el primer recurrente es considerado admisible, aunque finalmente fue desestimado. Se trata de la

⁹⁸ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁹ Textó en castellano en *BJC*, 1994, n° 153, pp. 183-203.

¹⁰⁰ Sobre esta reforma constitucional véase BACIGALUPO, M.: "El impacto del Tratado de la Unión Europea en la reforma constitucional alemana de 21 de diciembre de 1992: el nuevo artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn", *REDC*, 1993, n° 39, pp. 161-192.

alegación de la violación del artículo 38 de la Ley Fundamental de Bonn, que establece el derecho fundamental a participar a través del sufragio en la legitimidad democrática del poder estatal. Según el Tribunal Constitucional, este precepto es el parámetro constitucional en relación al cual debe controlarse la constitucionalidad de la ley de ratificación de un Tratado de integración mediante el que se traslada el ejercicio de derechos a una organización supranacional. Una vez establecida la admisibilidad, el Tribunal Constitucional examinó los límites y las condiciones derivados de este artículo a los que está sometida constitucionalmente la cesión de derechos, para luego pasar a analizar en concreto si son respetados por el Tratado de la Unión Europea y la Ley alemana de ratificación del mismo, llegando a una conclusión afirmativa, por lo que desestimó el recurso.

Los demás motivos y recursos presentados son rechazados por inadmisibles. Y es precisamente uno de éstos, y las consideraciones que en torno a él realiza el Tribunal Constitucional federal, lo que aquí interesa destacar.

En efecto, el primer recurrente apoyó su recurso en la alegación de una vulneración genérica de sus derechos fundamentales reconocidos en diversos artículos de la Ley Fundamental de Bonn. La vulneración derivaría del hecho que la Ley de ratificación del TUE transfiere la soberanía alemana en numerosos ámbitos que afectan a los derechos constitucionales y afecta en consecuencia al receptor y garante de la protección de estos derechos. El recurrente considera que se produce una lesión de sus libertades generales, en particular de un "derecho fundamental a que se legisle de acuerdo con la Constitución" por el hecho de que, cuando entre en vigor el Tratado de la Unión, la función legislativa no quede suficientemente legitimada según el derecho constitucional alemán y de forma suficientemente democrática. A esto se añade que perdería la protección de sus derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional

Federal y, en la medida en que el artículo L del TUE excluye la competencia del TJCE, se produce una laguna de protección jurídica contraria a la Ley Fundamental.

El Tribunal Constitucional Federal estima que el proceso de integración europea no implica una relajación en la protección de los derechos fundamentales:

"...El Tribunal Constitucional Federal garantiza mediante sus competencias (...) que se asegure de modo general una protección eficaz de los derechos fundamentales para los habitantes de Alemania incluso frente a la soberanía de las Comunidades, y que esta protección debe observarse en lo esencial, puesto que la protección de los derechos fundamentales que exige inexcusablemente la Ley Fundamental garantiza de forma general el contenido esencial de los derechos fundamentales. De esta forma el Tribunal Constitucional Federal asegura este contenido esencial también frente a la soberanía de la Comunidad (...).

(...) También ciertos actos de un poder público especial de una organización supranacional, emanado de la soberanía de los Estados miembros, afectan a los titulares de los derechos fundamentales en Alemania. Afectan a las garantías de la Ley Fundamental y las funciones del Tribunal Constitucional Federal, que tienen por objeto la protección de los derechos fundamentales en Alemania y por tanto no sólo frente a órganos estatales alemanes (discrepancia con STCF 58, 1 [27]). Ciertamente, el Tribunal Constitucional Federal ejerce su jurisdicción sobre la aplicabilidad del derecho comunitario derivado en Alemania en una "relación de cooperación" con el Tribunal de Justicia Europeo, por cuanto este último garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso

particular para la totalidad del territorio de las Comunidades Europeas y, por ello, el Tribunal Constitucional Federal puede limitarse a garantizar de modo general un nivel de derechos fundamentales irrenunciable (...)"¹⁰¹.

A continuación el Tribunal declara igualmente inadmisibile, por carecer de fundamento, la alegación de que el artículo L del TUE abre una laguna inconstitucional en el sistema de protección de los derechos fundamentales. Según el Tribunal Constitucional el citado artículo L del TUE "*sólo excluye de la jurisdicción del Tribunal de Justicia Europeo aquellas disposiciones del Tratado de la Unión que no faculten a la Unión para tomar medidas que tenga efectos directos sobre el titular de derechos fundamentales en el territorio de soberanía de los Estados miembros*"¹⁰². El argumento del Tribunal es que en los ámbitos de la cooperación intergubernamental la Unión, a diferencia de lo que ocurre en el pilar comunitario, no está dotada de competencias y prerrogativas propias de poder público, por lo que difícilmente puede dictar actos que afecten de manera directa a los derechos fundamentales de las personas. Tales actos emanan del poder público nacional de cada Estado miembro, aunque su adopción haya sido previamente acordada en el marco de la cooperación intergubernamental. Por lo tanto, estos actos son justiciables por las respectivas jurisdicciones nacionales de los Estados miembros.

El cambio más importante que opera esta sentencia respecto a la jurisprudencia anterior consiste en la afirmación de la competencia del Tribunal Constitucional para proteger los derechos fundamentales frente a actos comunitarios, lo que constituye un cambio respecto a lo afirmado en la sentencia *Eurocontrol*. En efecto, en esta sentencia se establecía que sólo pueden ser

¹⁰¹ *BJC, cit.*, pp. 190-191.

¹⁰² *BJC, cit.*, p. 191.

objeto de recurso de amparo los actos procedentes del poder soberano alemán, ya que tan sólo éste está sometido a la Ley Fundamental; el recurso de amparo no cabría, por tanto, frente a actos de un poder público especial propio de una organización internacional y separado de los poderes estatales de los Estados miembros. En la sentencia sobre el Tratado de Maastricht el Tribunal Constitucional se separa de esta posición y afirma que puede examinar todo acto de un poder público soberano que lesione los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes, sin que importe si este acto ha sido dictado por un titular de soberanía alemán o por los titulares de soberanía de la Comunidad.

Se podría pensar en este sentido que el Tribunal alemán está volviendo a su jurisprudencia *Solange I*¹⁰³. Esta apreciación, sin embargo, debe ser confrontada con la declaración en el sentido de que el Tribunal Constitucional protege los derechos fundamentales en cooperación con el TJCE, que es el encargado de velar "caso por caso", por lo que el Tribunal alemán "puede limitarse a garantizar de modo general un nivel de derechos fundamentales irrenunciable". Esta declaración puede considerarse en la misma línea que *Solange II*, puesto que reconoce que el TJCE es quien protege principalmente los derechos fundamentales en el derecho comunitario¹⁰⁴.

¹⁰³ STEIN afirma que dado que el Tribunal Constitucional Federal cita la decisión *Solange I* puede deducirse que, "al menos expresamente, no desea apartarse de su jurisprudencia allí desarrollada", STEIN, T.: "La sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el Tratado de Maastricht", *RIE*, 1994, n° 3, pp. 745-769, p. 760. LÓPEZ CASTILLO también considera que se ha dado un paso atrás, considerando que la sentencia opera un "giro jurisprudencial", LÓPEZ CASTILLO, A.: "De integración y soberanía. El Tratado sobre la Unión Europea (TUE) ante la Ley Fundamental Alemana (LF)", *REDC*, 1994, n° 40, pp. 207-240, p. 230.

¹⁰⁴ En contra, WEBER, que considera que en la sentencia sobre Maastricht "se observa un claro cambio de enfoque respecto a la jurisprudencia anterior en la sentencia *Solange II*", WEBER, A.: "El control del Tratado de Maastricht por la jurisdicción constitucional desde una perspectiva comparada", *REDC*, 1995, n° 45, pp. 31-51, p. 42.

Esta sentencia, por tanto, no aporta grandes cambios respecto a la situación anterior por lo que a los derechos fundamentales se refiere. El TCF nunca había renunciado a su competencia para proteger los derechos fundamentales, y sigue sin hacerlo. En cuanto a las posibilidades reales del ejercicio de su jurisdicción, también esta sentencia se mueve en una línea conocida: a pesar de que el TCF se declara dispuesto a intervenir si se vulneran los derechos constitucionales, reconoce la labor de protección de los mismos que realiza el TJCE. No sería, pues, exacto hablar de un retorno a *Solange I*, sino que se trata más bien de un paso más de una evolución jurisprudencial que, sin ser un obstáculo práctico para la integración europea, reafirma los límites derivados de la Constitución nacional frente a la integración del derecho comunitario¹⁰⁵.

Esta posición del Tribunal Constitucional alemán ha encontrado aplicación y continuidad en la sentencia dictada por este mismo órgano el 25 de enero de 1995¹⁰⁶. Se trataba de un recurso de amparo interpuesto por una

¹⁰⁵ En un sentido parecido véase HAHN, H.: "La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et le Traité de Maastricht", *RGDIP*, 1994, n° 1, pp. 107-126, p. 122, y GERKRATH, J.: "Le Traité sur l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande (À propos de l'arrêt du deuxième Sénat du 12 octobre 1993)", *Europe*, n° 11, 1993, pp. 4-7, p. 5. Por su parte, BACIGALUPO considera la posición del TCF como un "retorno parcial" a la doctrina *Solange I*, puesto que "a diferencia precisamente de lo que venía sucediendo en aplicación de la doctrina "Solange II", sí pueda el TCF ejercer (aunque, eso sí, sólo puntualmente) su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado en Alemania en aquellos supuestos concretos en los que hubiere comprobado niveles desiguales de protección en el Derecho comunitario y en el interno", BACIGALUPO, M.: "La Constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea en Alemania (La sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)", *GJ de la CE*, 1994, D-21, pp. 7-45, p. 126. Una posición parecida sostiene HANF, D.: "Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht. Un nouveau chapitre des relations entre le droit communautaire et le droit national", *RTDE*, 1994, n° 3, pp. 391-423. También puede verse HERDEGEN, M.: "Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional Restraints for an Ever Closer Union", *CMLRev.*, 1994, n° 2, pp. 235-249 y WIELAND, J.: "Germany in the European Union. The Maastricht Decision of the Bundesverfassungsgericht", *EJIL*, 1994, n° 2, pp. 259-266.

¹⁰⁶ *EuR*, 1995, n° 162, pp. 91-95. Esta sentencia es una más dentro de una saga de recursos, ante las jurisdicciones internas y ante el TJCE sobre la misma normativa comunitaria. Al respecto, véase DONY, M.: "L'affaire des bananes", *CDE*, 1995, n° 3-4, pp. 461-496.

empresa alemana importadora de fruta de Colombia contra la aplicación del Reglamento del Consejo 404/93 de 13 de febrero de 1993¹⁰⁷, sobre la creación de una Organización Común de Mercado para los plátanos. En virtud de dicho Reglamento, la importaciones de plátanos de países terceros no ACP sufrían una considerable restricción cuantitativa, a la vez que eran sometidas a determinados gravámenes. Estas condiciones afectaban seriamente a la empresa alemana, que había concluido con una empresa colombiana un contrato cuya vigencia se extendía hasta 1996, lo que provocaba importantes daños económicos que podían conducirle a la quiebra. Dicha empresa interpuso una demanda ante el Tribunal Administrativo de Hesse contra la licencia de importación otorgada por las autoridades alemanas, alegando la invalidez del Reglamento citado. La demandante pidió al Tribunal que presentase una cuestión prejudicial de invalidez y decretase, como medida cautelar mientras no se pronunciara el TJCE, la suspensión del mismo. El Tribunal de Hesse falló contra estas pretensiones, alegando que el Reglamento en cuestión había sido declarado válido ya por el TJCE en su sentencia de 5 de octubre de 1994, *República Federal de Alemania contra Consejo*¹⁰⁸. Ante esta decisión, la empresa recurrió ante el Tribunal Constitucional Federal. Dicho Tribunal otorgó el amparo, al estimar que se había producido una violación del derecho de propiedad, protegido por la Ley Fundamental de Bonn.

De esta sentencia merecen ser destacados dos aspectos. Por un lado, el Tribunal Constitucional mantiene la posición de que el derecho constitucional es parámetro de validez del derecho comunitario y, en este sentido, el reglamento mantiene su carácter de aplicabilidad directa e inmediata en la

¹⁰⁷ Reglamento (CEE) n° 404/93 del Consejo, de 13 de febrero de 1993, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del plátano, DOCE L 47, de 25 de febrero de 1993, pp. 1-11.

¹⁰⁸ Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1994, as. C-280/93, *República Federal de Alemania contra Consejo de la Unión Europea*, Rec. 1994, pp. I-4973 y ss.

medida en que no contravenga una disposición constitucional relativa a los derechos fundamentales. Por otro lado, el Tribunal intenta realizar un tipo de "cooperación judicial", tal como estableció en la sentencia de Maastricht: no juzga la validez del Reglamento sino los efectos de su aplicación y aboga por una interpretación constitucional de la norma comunitaria a partir de una lectura extensiva de sus artículos 16.3 y 30, que recogen la posibilidad de pedir la revisión del plan de previsiones de producción y consumo de plátanos en la Comunidad para tener en cuenta los efectos de circunstancias excepcionales que afecten a las condiciones de producción o importación. A raíz de esta interpretación, añade que es responsabilidad del gobierno de la República Federal pedir tal revisión, ya que su inactividad provoca una seria lesión a los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental. En conclusión, reconoce a la parte actora el derecho a que se le otorguen medidas cautelares consistentes en la inaplicación del Reglamento comunitario mientras la República Federal no haya presentado la revisión del plan de previsiones. Esta sentencia, por tanto, representa claramente una reiteración de la posición mantenida en la sentencia de Maastricht.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano, el tema de los derechos fundamentales reapareció con fuerza en la sentencia *Fragd*, de 21 de abril de 1989¹⁰⁹. La cuestión de constitucionalidad a que responde esta sentencia había sido planteada por un Tribunal de Venecia a

¹⁰⁹ Texto en *RDI*, 1989, n° 1, pp. 103-109. Sobre esta sentencia véase CAIOLA, A.: "Una sentenza controversa in tema di rapporti fra diritto interno e ordinamento comunitario con riferimento ai diritti fondamentali", *Dir. Com. Sc. Int.*, 1992, n° 1-2, pp. 119-140; CARTABIA, M.: "Nuovi Sviluppi nelle competenze comunitarie della Corte Costituzionale", *Giurisprudenza costituzionali*, 1989, parte I, n° 2, pp. 1012-1023; ANGIOLINI, V.: "I principi fondamentali della Costituzione italiana corrono (non senza pericoli) sul filo del Diritto comunitario", *RIDPC*, 1991, n° 1, pp. 143-156; DANIELE, L.: "Costituzione italiane ed efficacie nel tempo delle sentenze della Corte di Giustizia comunitaria", *Foro It.*, 1990, n° 6, parte I, pp. 1855-1859. Anteriormente a esta sentencia, el tema de los derechos fundamentales había sido mencionado también en el caso *Granital*, en cuya sentencia el TC italiano se remitió, respecto a este tema, a su jurisprudencia anterior, sentencia de 5 de junio de 1984; el texto en castellano puede encontrarse en *BJC*, 1987, n° 72, pp. 529-546.

raíz de una sentencia del TJCE sobre una cuestión prejudicial planteada por este mismo Tribunal¹¹⁰. El TJCE en su sentencia, interpretando el artículo 177 del TCEE en relación con el artículo 174 del TCEE, limitó los efectos en el tiempo de la declaración de invalidez de una norma comunitaria, con lo cual resultaba vana la pretensión a la restitución de lo indebido (una cantidad modesta relativa al cálculo de un montante compensatorio monetario) de la parte actora en el litigio principal (la empresa *SpA Fragd*). El Tribunal de Venecia planteó al Tribunal Constitucional italiano la duda sobre si dicha interpretación del artículo 177 del TCEE vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución italiana. A pesar de que el Tribunal consideró la cuestión inadmisibile en este caso concreto por razones adjetivas¹¹¹, no dejó de afirmar su competencia, aunque sea *in extremis*, para verificar si una disposición del Tratado, tal y como es interpretada y aplicada, no es contraria a los principios fundamentales del orden constitucional o atenta contra los derechos inalienables de la persona:

"Es cierto que el ordenamiento comunitario (...) prevé un sistema amplio y eficaz de tutela jurisdiccional de los derechos e intereses de los particulares (...) y no es menos cierto que los derechos fundamentales deducibles de los principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros constituyen, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, parte integrante y esencial del ordenamiento comunitario. Pero esto no significa que este Tribunal pueda quedar privado de su competencia para verificar, a través del control de constitucionalidad

¹¹⁰ Sentencia del TJCE de 22 de mayo de 1985, as. 33/84, *SpA Fragd contre Amministrazione delle finanze dello Stato*, Rec. 1985, pp. 1605 y ss.

¹¹¹ La declaración de inadmisibilidad se basó en el hecho que la limitación temporal había sido ya declarada en una sentencia anterior del TJCE, por lo que la controversia que competía al juez *a quo* no era la que había provocado la declaración de invalidez del reglamento impugnado, y no se daba por tanto la necesaria relación entre juicio principal y juicio incidental.

*de la ley de ejecución, si cualquier norma del tratado, tal como es interpretada y aplicada por las Instituciones y por los órganos comunitarios, no es contraria a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o no lesiona los derechos inalienables de la persona humana (...) lo que es sumamente improbable no deja de ser posible; además hay que tener en cuenta que al menos desde un punto de vista teórico general no puede afirmarse con seguridad que todos los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional se encuentren entre los principios comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y estén pues comprendidos dentro del ordenamiento jurídico comunitario"*¹¹².

Además el Tribunal realizó una serie de consideraciones sobre la posición del TJCE y el derecho a la tutela judicial. En efecto, si bien acepta que el TJCE pueda limitar en el tiempo los efectos de las sentencias de invalidez, subraya los riesgos que se derivan de la exclusión de todo efecto de una declaración de invalidez sobre el proceso principal y los asuntos pendientes. Ante la rotundidad de sus afirmaciones puede resultar sorprendente que el Tribunal Constitucional declarara inadmisibile el recurso. Probablemente lo que se pretendía era lanzar un aviso al TJCE, sin llegar a desencadenar un grave conflicto¹¹³.

¹¹² Traducido del italiano: "*Vero è che l'ordinamento comunitario (...) prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionali dei diritti e degli interessi dei singoli, (...); ed è non meno vero che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario. Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. (...) quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile; inoltre, va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario"*, RDI, cit., p. 105.

¹¹³ Seguramente el Tribunal italiano quería sugerir al TJCE la necesidad de seguir respecto a la invalidez la posición que respecto a la interpretación el TJCE mantuvo en la sentencia *Defrenne* (sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, as. 43/75, *Gabrielle Defrenne c/ntre*

La trascendencia de esta decisión no puede, sin embargo, menospreciarse. En palabras de GAJA:

*"No se trata de una simple repetición en la línea tradicional desde Frontini, sino que la decisión Fragd muestra que el Tribunal Constitucional está dispuesto a examinar la consistencia de reglas particulares del derecho comunitario con los principios fundamentales de protección de los derechos humanos contenidos en la Constitución italiana. Esto abre significativamente el camino a un control que hasta ahora había sido únicamente teórico"*¹¹⁴.

2.3.2. La posición de otros Tribunales Constitucionales.

Aunque en los años setenta la polémica respecto a los derechos fundamentales se centró en las posiciones de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, cuya evolución jurisprudencial se ha examinado en las

Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Rec. 1976, pp. 455 y ss.) que no excluyó los efectos en el tiempo para el litigio principal u otros recursos pendientes ante las jurisdicciones nacionales.

¹¹⁴ Traducido del inglés: *"This is not a simple repetition of the line traditionally held since Frontini, the Fragd decision shows that the Constitutional Court is willing to test the consistency of individual rules of Community law with the fundamental principles for the protection of human rights that are contained in the Italian Constitution. This significantly widens the way for the exercise by the Constitutional Court of a control which was hitherto been only theoretical."*, GAJA, G.: "New Developments in a Continuing Story: the Relationship between EEC law and Italian law", *CMLRev.*, 1990, n° 1, pp. 83-95, p. 95. En el mismo sentido CARTABIA, M.: "The Italian Constitutional Court and the Relationship between the Italian Legal System and the European Community", *MJIL*, 1990, vol. 12, n° 1, pp. 173-204, p. 186. Por su parte, RODRÍGUEZ IGLESIAS realiza el siguiente comentario: *"Esta sentencia aislada introduce en la jurisprudencia constitucional italiana un matiz consistente en el desplazamiento del énfasis de la improbabilidad del conflicto a la posibilidad teórica del mismo. Dado el carácter aislado de esta sentencia, que generalmente ha sido interpretado como una advertencia crítica al TJCE en relación con un aspecto especialmente controvertido de su jurisprudencia, la importancia de este matiz no debe ser sobreestimada"*, RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: "Tribunales constitucionales y Derecho comunitario", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1175-1200, p. 1195.

páginas anteriores, recientemente otros Tribunales constitucionales han realizado algunas observaciones sobre este tema que, pese a alcanzar una relevancia menor, merecen también ser reseñadas. Se examinará, en este sentido, la posición del Consejo Constitucional francés y del Tribunal Constitucional español.

En el caso de Francia, la primacía del derecho comunitario no se ha cuestionado en términos de derechos fundamentales ante su Consejo Constitucional. Éste se ha limitado a examinar el tema más general de la constitucionalidad de los Tratados comunitarios y de sus actos de aplicación en relación con el principio de soberanía nacional, y sólo incidentalmente ha hecho algunas referencias a la primacía del derecho comunitario en relación con los derechos fundamentales¹¹⁵. En concreto, merece señalarse la Decisión de 9 de abril de 1992 sobre el Tratado de la Unión Europea¹¹⁶.

El Consejo Constitucional parte de que la soberanía pertenece al pueblo francés que la ejerce a través de sus representantes y por referéndum. El respeto de esta soberanía no es obstáculo para que Francia contraiga compromisos internacionales en vistas a participar en una organización internacional permanente, dotada de personalidad jurídica propia e investida de poder de decisión a partir de las transferencias de competencia consentidas por los Estados que participan en ella. Ahora bien, el Consejo recuerda que dichos

¹¹⁵ Véase en general GAIA, V.P.: *Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Economica, París, 1991.

¹¹⁶ El texto puede encontrarse en *RTDE*, 1992, pp. 418-425. Sobre ella, véase GENEVOIS, B.: "Le Traité sur l'Union européenne et la Constitution. À propos de la Décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992", *RFDA*, 1992, n° 3, pp. 373-403; JACQUÉ, J.P.: "Commentaire à la Décision du Conseil constitutionnel n° 92-308 DC du 9 avril 1992", *RTDE*, 1992, n° 2, pp. 251-264; SIMON, D.: "Le Conseil constitutionnel français et le Traité sur l'Union européenne", *Europe*, 1992, n° 5, pp. 1-3; FAVOREAU, L.: "Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du 'droit constitutionnel international'", *RGDIP*, 1993, n° 1, pp. 39-65; OLIVER, P.: "The French Constitution and the Treaty of Maastricht", *ICLQ*, 1994, n° 1, pp. 1-25.

acuerdos internacionales no pueden entrar en vigor si contienen disposiciones contrarias a la Constitución o afectan a las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional. En este sentido, el Consejo Constitucional estimó que algunos aspectos del Tratado de Maastricht exigían revisar previamente la Constitución, confirmando expresamente la constitucionalidad del resto del Tratado¹¹⁷. Además, el Consejo Constitucional también reconoce la primacía del derecho comunitario sobre las leyes francesas, siempre que se cumpla la exigencia de reciprocidad.

Por lo que se refiere en concreto a los derechos fundamentales, el Consejo constata, en primer lugar, que lo dispuesto en el artículo F del Tratado de la Unión Europea es suficiente para garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, de manera que se respetan las reglas y principios de valor constitucional. A continuación, menciona también la labor del TJCE en este ámbito, así como la de las jurisdicciones nacionales en el marco de sus competencias. Hay que señalar que las referencias del Consejo a este tema son bastante sucintas¹¹⁸. Por ejemplo, a diferencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, no entra a analizar con detalle las repercusiones jurídicas que se pueden extraer del hecho que el artículo F.2. forme parte de las Disposiciones comunes del TUE, excluidas del control jurisdiccional. Tampoco realiza ninguna consideración precisa sobre en qué medida esta constatación de que el sistema comunitario protege los derechos fundamentales afecta al ejercicio de las competencias internas de control constitucional. En definitiva, el Consejo se limita a señalar que el respeto de los derechos fundamentales forma parte de las

¹¹⁷ La revisión constitucional se refería, básicamente, al derecho de sufragio activo previsto para los ciudadanos de la Unión y aspectos relacionados con la unión monetaria. Dicha revisión se hizo mediante la Ley Constitucional de 25 de junio de 1992, que introdujo el título XIV llamado "De las Comunidades europeas y de la Unión europea".

¹¹⁸ JACQUÉ señala que, en esta materia, el Consejo hace una lectura *cursive* del Tratado, JACQUÉ, *op. cit.*, p. 257.

condiciones esenciales de la soberanía que deben ser respetadas en todo caso y que el sistema comunitario resulta satisfactorio al respecto.

Por lo que se refiere a la posición del Tribunal Constitucional español que, por razones obvias, se ha incorporado recientemente a esta polémica, se ha de reseñar su sentencia 64/1991, de 22 de marzo¹¹⁹. En ella se resuelven tres recursos de amparo interpuestos contra otros tantos actos administrativos, dictados en aplicación de la Orden ministerial de 12 de junio de 1981, y contra las sentencias desestimatorias dictadas en la vía judicial previa al amparo constitucional, por entender que se han lesionado los derechos de igualdad y de tutela judicial efectiva.

Los demandantes consideran discriminatorio, y por tanto contrario al artículo 14 de la Constitución, el sistema español de distribución de cuotas de pesca para el acceso de los barcos españoles a los caladeros de la Comisión de Pesca del Atlántico Norte. En la sentencia se abordan dos cuestiones esenciales. De un lado, la titularidad del control jurisdiccional sobre el derecho comunitario. De otro, la existencia o no de límites a la aplicación del principio de primacía del derecho comunitario. Es este segundo punto el que nos interesa. En la sentencia se pueden leer los dos siguientes párrafos: *"La adhesión de España a las Comunidades Europeas no ha alterado ni el canon de validez de los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como "intérprete supremo de la Constitución" (art.1.1 LOTC) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en favor de los órganos comunitarios la atribución del 'ejercicio de competencias derivadas de la Constitución' (art. 93 CE).*

¹¹⁹ BJC, nº 120, 1991, pp. 87-103. Sobre esta sentencia, en general, véase JIMÉNEZ BLANCO, A.: "Notas sobre la Sentencia 64/1991, de 22 de marzo (asunto APESCO)", *Noticias de la Unión Europea*, 1994, nº 118, pp. 55-70.

(...) *en la medida en que se impugne un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo...*"¹²⁰.

Estas declaraciones han originado interpretaciones dispares. Por un lado Juan Ramón FERNÁNDEZ pone el acento en la aceptación por parte del TC de que la incorporación a las Comunidades comporta la asunción del sistema jurisdiccional propio del ordenamiento jurídico comunitario, sistema que se impone a los jueces y tribunales nacionales en los ámbitos de competencia comunitaria. Aunque señala también que el principio de primacía no puede significar la modificación de los mecanismos procesales existentes en el ordenamiento jurídico español para garantizar la tutela de los derechos fundamentales¹²¹.

Por su parte, para RODRÍGUEZ IGLESIAS la cuestión está abierta, porque dicha sentencia dista mucho de poder considerarse como un pronunciamiento claro: *"habida cuenta de las circunstancias del caso y del contexto del razonamiento en que se inscribe esta afirmación, estimo que no cabe deducir de ésta que el Tribunal constitucional aluda a la posibilidad de controlar indirectamente por esta vía la conformidad del derecho*

¹²⁰ BJC, cit., pp. 99 y 100.

¹²¹ En sus palabras: *"En ningún caso, el principio de supremacía interpretativa del TJCE en el ámbito de las competencias transferidas a la CEE ha de conllevar un menoscabo de los derechos fundamentales tal y como son reconocidos en la Constitución"*, FERNÁNDEZ, J.R.: "El control del derecho interno que infrinja el derecho comunitario europeo y el alcance del artículo 10.2 CE en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", REDA, 1991, nº 72, pp. 573-589, p. 584.

comunitario con los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos. De lo que se trata es de negar que el derecho comunitario pueda ser considerado autónomamente como un canon constitucional en los procesos de amparo"¹²².

En realidad, y volviendo al plano general del discurso, ningún Tribunal Constitucional ha reconocido la primacía del derecho comunitario sobre el propio derecho constitucional¹²³, y precisamente el tema de los derechos fundamentales ha sido el más problemático. Y efectivamente, las últimas decisiones más relevantes en la materia de los tribunales constitucionales alemán e italiano parecen ir en la dirección de que dichas jurisdicciones siguen vigilantes en cuanto a la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario y seguirán alimentando dicha dinámica de influencia sobre el TJCE¹²⁴. A pesar de que las formulaciones de las dos jurisdicciones son

¹²² RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: "Tribunales constitucionales y Derecho comunitario", *op. cit.*, p. 1196. Más clara es la actitud del Consejo de Estado. Así en la *Memoria* del año 1985 se afirma que los derechos fundamentales "limitan, en cuanto se oponga a ellos, la primacía del Derecho comunitario", si bien matiza que el límite cederá "cuando la Comunidad Europea desarrolle un catálogo de derechos fundamentales", *Memoria del Consejo de Estado*, 1985, Madrid, p. 87. Esta posición recuerda mucho a la del Tribunal Constitucional alemán en su primera sentencia *Solange*. Posteriormente parece que se ha matizado, también en el mismo sentido que el órgano alemán, ya que aunque desaparecen las referencias a la exigencia de un catálogo comunitario de derechos subsisten los límites constitucionales. En el Dictamen 850/91 se afirma: "por la vía del artículo 93 no pueden alterarse los valores superiores del ordenamiento, ni la forma ni la estructura del Estado, ni sus bases institucionales, ni los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo, sección primera del Título I de la Constitución", Dictamen nº 850/91, de 20 de junio de 1991, *Recopilación de Doctrina Legal*, 1991, marginal 6, pp. 12-20, p. 18.

¹²³ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C.: "Tribunales constitucionales y derecho comunitario", *op. cit.*, p. 1191.

¹²⁴ CANNIZARO, E., *op. cit.*, pp. 378-379. Para el juez MOITINHO DE ALMEIDA, la posición de las jurisdicciones constitucionales internas, a pesar de todas las críticas que puedan hacerse desde la "ortodoxia" comunitaria, ha resultado a la postre enormemente positiva para el ordenamiento jurídico comunitario: "Si las sentencias del Tribunal Constitucional italiano, en el asunto *Frontini*, y del Tribunal Constitucional alemán, en el asunto *Solange I*, no son ajenas a la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Nold* y al sistema adoptado por el órgano jurisdiccional comunitario en materia de protección de los derechos fundamentales, nos resta ahora saber cuál es la influencia de las últimas sentencias de los mismos tribunales. Una cosa es cierta: de la dinámica así creada, la integración europea ha resultado ampliamente beneficiada", MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 117. Véase también en un sentido parecido STEIN, *op. cit.*, p. 768.

formalmente distintas, ambas responden a un planteamiento de fondo común: la primacía del derecho comunitario encuentra un techo infranqueable en lo que respecta a la adecuación del derecho comunitario a los principios esenciales de la protección constitucional de los derechos fundamentales; y, aunque se juzgue improbable o excepcional, por regla general, la posibilidad de que una violación de dichos principios esenciales se produzca en la práctica, ambas jurisdicciones se reservan la competencia de dicha verificación¹²⁵.

Así pues, un aspecto a señalar es que la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales por parte del TJCE no ha comportado la renuncia a las garantías constitucionales internas. De ello extrae CANNIZARO la siguiente conclusión: *"Todo ello replantea de nuevo con mayor convicción que en el pasado la necesidad de la elaboración de parametros más precisos a la luz de los cuales definir la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario"*¹²⁶.

¹²⁵ Una de las diferencias básicas en la posición de ambas jurisdicciones reside en que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha planteado el problema como un conflicto entre normas en el que debe prevalecer la norma constitucional que garantiza el derecho fundamental, mientras que la Corte Constitucional italiana ve el conflicto como una oposición entre ordenamientos; en caso de conflicto, la fórmula no es inaplicar la norma comunitaria, sino declarar inconstitucional la ley italiana que hizo posible la integración por permitir una apertura hacia un ordenamiento que no garantiza los derechos fundamentales. Para una comparación entre las fórmulas de las dos jurisdicciones, véase NERI, S.: "Le droit communautaire et la Cour Constitutionnelle italienne: la protection des droits fondamentaux", *RDE*, 1989, nº 1-2, pp. 81-98.

¹²⁶ Traducido del italiano: *"Queste vicende ripropongono quindi con maggiore convinzione di quanto non sia stato in passato la necessità dell'elaborazione di parametri più precisi alla luce dei quali definire la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito comunitario"*, CANNIZARO, *op. cit.*, p. 379.

CAPÍTULO II

EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TJCE

En el capítulo anterior se ha examinado el contexto jurídico y político que rodea el surgimiento y el desarrollo de la protección por el TJCE de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, la aproximación a la jurisprudencia del órgano comunitario se ha hecho desde un punto de vista colateral a la misma. Por el contrario, en las páginas que siguen a continuación, el enfoque que presidirá el estudio de dicha jurisprudencia será eminentemente interno: se trata de analizar la argumentación jurídica, el razonamiento legal utilizado por el TJCE para desarrollar la protección de los derechos fundamentales. Más en concreto, el objeto del presente capítulo consiste en el examen de la base legal utilizada por el TJCE para fundamentar la protección de los derechos fundamentales.

Como ya se ha indicado, en el caso *Stauder*¹ el TJCE se refiere por primera vez explícitamente a los derechos fundamentales. A pesar de que a esta sentencia le han seguido muchas otras, en las que el TJCE ha tenido ocasión de completar y perfilar sus argumentos jurídicos, hay una afirmación que se mantiene constante: los derechos fundamentales forman parte integrante de los principios generales cuyo respeto el TJCE garantiza. Analizar el fundamento jurídico en materia de derechos fundamentales exige por tanto desmenuzar esta fórmula. Y para ello es preciso, en primer lugar, un examen de la categoría jurídica en la que se basa el TJCE, los principios generales del derecho: su carácter de fuente del ordenamiento comunitario, sus funciones y su rango

¹ Sentencia del TJCE de 12 de noviembre de 1969, as. 29/69, *Erich Stauder contre ville d'Ulm-Sozialamt*, Rec. 1969, pp. 419 y ss.

jerárquico. En segundo lugar, hay que preguntarse qué significa que los derechos fundamentales "forman parte integrante" de los principios generales. En este sentido, se intentará establecer una sistemática de los principios aplicados por el TJCE y se examinará la relación entre las categorías "derechos fundamentales" y "principios generales del derecho" en el ordenamiento comunitario.

1. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

Tradicionalmente, el contexto que rodea a la idea de los principios generales del derecho entronca con el tema de la interpretación de las leyes y también y muy especialmente, con el de las lagunas de los ordenamientos jurídicos. El problema de su carácter incompleto se resuelve en algunos ordenamientos -generalmente los mismos que prohíben denegar justicia- mediante la introducción de lo que se ha venido a denominar norma general inclusiva², esto es, una disposición por la que se obliga al juez, en caso de laguna, a dictar una nueva norma recurriendo a "los principios generales del derecho", a "las normas que regulan casos similares y materias análogas", a la "equidad", etc...

Si bien el estudio de los principios generales del derecho se situó, en un inicio, básicamente en el ámbito del derecho civil, el interés por esta temática se amplió paulatinamente al campo de otras disciplinas jurídicas, especialmente el derecho internacional público, el derecho administrativo, y, más recientemente, el derecho constitucional. En todos estos sectores el papel de los principios generales del derecho ha adquirido una importancia considerable. No es, pues, de extrañar que también en la dogmática comunitaria este tema haya merecido una atención particular, atención que se ha intensificado a medida que el TJCE ha hecho uso de esta categoría legal con una amplitud que supera con creces la de otros tribunales internacionales.

² BOBBIO, N.: *Teoría general del derecho*, traducción al castellano de E. ROZO ACUÑA, Ed. Debate, Madrid, 1991, p. 235.

En efecto, a pesar de que una buena parte de la doctrina iusinternacionalista³ coincide en señalar que los principios generales del derecho son una fuente autónoma del derecho internacional público, a tenor de lo dispuesto en el artículo 38.1.c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, lo cierto es que, como señala DÍEZ DE VELASCO, el Tribunal Internacional de Justicia nunca los ha utilizado como fundamento exclusivo o principal de sus decisiones⁴. Esta actitud prudente del Tribunal Internacional se explica probablemente por motivos de oportunidad, sobre todo para evitar incrementar los recelos de los Estados a someterse a la jurisdicción internacional⁵, puesto que la utilización de fórmulas tan abstractas como los principios generales puede redundar en un aumento de poder de los tribunales y una eventual limitación de la voluntad estatal. Las características específicas del derecho comunitario motivan que estos factores no hayan pesado de modo tan determinante sobre el TJCE. Por un lado, su jurisdicción se configura como obligatoria por los Tratados. Por otro, el hecho que los Estados miembros hayan aceptado, en algunos ámbitos, establecer entre ellos relaciones de integración que van más allá de la mera cooperación intergubernamental es también relevante. Como se verá a continuación, no sólo la doctrina coincide en aceptar que los principios generales del derecho constituyen una fuente del derecho comunitario, sino que el TJCE ha hecho un uso importante cuantitativa y cualitativamente de los mismos.

³ No toda la doctrina iusinternacionalista mantiene las mismas posiciones sobre los principios generales del derecho como fuente autónoma. También han sido considerados como un procedimiento técnico de interpretación o de construcción metodológica, como algo muy parecido a la costumbre, o como una fuente subsidiaria. Sobre las distintas posiciones doctrinales, véase VITANYI, B.: "Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de 'principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées'", *RGDIP*, 1982, nº 1, pp. 48-116.

⁴ DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, vol. I, Tecnos, Madrid, 10ª ed., 1994, p. 133.

⁵ FRIEDMANN, W.: "The Use of 'General Principles' in the Development of International Law", *AJIL*, 1963, nº 2, pp. 279-299, p. 280.