

KUTSCHER⁹³ la noción de interpretación no debe limitarse a la determinación del sentido de palabras, frases o párrafos de un texto escrito. Interpretar el derecho incluye la determinación del derecho aplicable, la precisión de normas y nociones jurídicas indeterminadas, la integración de las lagunas y el desarrollo del derecho.

La obra jurisprudencial del TJCE da buena cuenta de ello. El carácter abierto y dinámico de los Tratados, así como su juventud, entraña una gran probabilidad de lagunas⁹⁴. Los casos en los que el TJCE ha reconocido la existencia de una laguna y su disposición a completarla pueden ejemplificarse en la sentencia *Algera*, en la que el Tribunal, tras constatar expresamente la inexistencia de una regulación comunitaria sobre la revocabilidad de actos administrativos generadores de derechos subjetivos, afirma lo siguiente:

*"El tribunal, so pena de cometer una denegación de justicia está, pues, obligado a resolver inspirándose en reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros"*⁹⁵.

En el ámbito de los derechos fundamentales se ha afirmado también que la actividad llevada a cabo por el TJCE puede describirse como la integración de

⁹³ KUTSCHER, H.: "Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour", en *Rencontre judiciaire et universitaire...*, op. cit., pp. I-7 a I-12.

⁹⁴ La lentitud del proceso de toma de decisiones así como sus bloqueos por desacuerdos en el seno de las instituciones han sido factores que también se han señalado para explicar la existencia de lagunas en el ordenamiento comunitario. Véase MORTELMANS, K.: "Les lacunes provisoires en droit communautaire", *CDE*, 1981, n° 4, pp. 410-436. También PESCATORE, P.: "La carence du législateur communautaire et le devoir des juges", en *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Leontin-Jean Constantinesco*, Heymanns, Köln, 1983, pp. 559-580 y VAN GERVEN, W.: "La contribution du pouvoir judiciaire à l'intégration de la Communauté économique européenne", *Journal des Tribunaux*, 1982, n° 5200, pp. 244-248.

⁹⁵ En francés en el original: "*La Cour, sous peine de commettre un déni de justice, est donc obligée de le résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres*", sentencia del TJCE de 12 de julio de 1957, cit., Rec. 1957, p. 115.

una laguna del derecho comunitario. Esta afirmación merece algunas consideraciones.

En el primer capítulo de este trabajo se ha hecho una referencia a la ausencia de un catálogo de derechos en los Tratados constitutivos comunitarios y se han avanzado algunas hipótesis explicativas de dicha circunstancia. Ahora bien, la ausencia de dicho catálogo, ¿puede considerarse como una laguna del ordenamiento jurídico comunitario?. Para responder a esta pregunta interesa destacar que la literatura jurídica ofrece distintas definiciones de lo que hay que entender por una laguna del derecho, y también distintas clasificaciones de las mismas.

En una acepción estricta, se consideraría que se está ante una laguna cuando una norma vigente no puede ser aplicada en absoluto si no se añade una ulterior disposición que falta en la ley⁹⁶. Pero, en la práctica, pocas son las ocasiones en las que cuando se habla de la existencia de una laguna se hace referencia a estos supuestos "técnicos" que se acaban de describir. Normalmente los juristas emplean el término laguna en aquellos casos en los que no existe, para un determinado hecho, una norma jurídica aplicable que se espera que exista. El problema que plantea esta definición más amplia consiste en delimitar en virtud de qué criterios se puede "esperar" que exista una determinada norma. LARENZ propone, en este sentido, distinguir entre "lagunas" y "fallo" de una regulación:

"El límite entre una laguna legal y un fallo de la ley en perspectiva jurídico-política sólo puede obtenerse en tanto se pregunta si la ley es

⁹⁶ Esta definición se correspondería a lo que ZITELMAN llama "lagunas propias", o lo que LARENZ califica como "lagunas de la ley", por oposición a las "lagunas de regulación", que no hacen referencia a que una proposición jurídica es incompleta en sí, sino a que una regulación determinada es incompleta en su conjunto, LARENZ, *op. cit.*, pp. 363-365.

*incompleta comparada con su propia intención reguladora o si sólo la decisión en ella tomada no resiste una crítica jurídico-política. Por cierto que en ambos casos,..., se trata de una cuestión de valoración y no, por ejemplo, de un juicio sobre hechos o de una conclusión lógica. Pues en ambos casos estimamos que la ley no contiene una norma que debía contener. Pero la pauta de valoración puesta como base es diversa en cada paso: en un caso es la intención reguladora y la teleología inmanente a la ley misma; en el otro caso son pautas de una crítica, fundamentada político-jurídicamente, dirigida a la ley"*⁹⁷.

Resulta también interesante la posición de BOBBIO sobre esta materia, distinguiendo entre las lagunas reales y las ideológicas:

*"Se entiende por "laguna" también la ausencia no ya de una solución cualquiera que ésta sea, sino de una solución satisfactoria o, en otras palabras, no ya la ausencia de una norma, sino la falta de una norma justa, o sea, de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe. Dado que estas lagunas derivan no ya de la consideración del ordenamiento jurídico tal cual es, como de confrontar el ordenamiento jurídico existente con lo que debería ser, se las ha denominado de "ideológicas", para distinguirlas de las que eventualmente se encontrarían en el ordenamiento jurídico, y que se pueden llamar "reales". Podemos también enunciar la diferencia de este modo: las lagunas ideológicas son lagunas de iure condendo; las lagunas reales son lagunas de iure condito"*⁹⁸.

⁹⁷ LARENZ, *op. cit.*, p. 367.

⁹⁸ BOBBIO, *op. cit.*, p. 238.

Suponiendo que se acepta la distinción entre lagunas ideológicas y reales, o entre lagunas y defectos de una regulación, ¿en cuál de ambos grupos se incluiría la ausencia de una norma expresa dedicada a la protección de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios?. Se puede intentar, para contestar a la pregunta, aplicar a este caso los criterios de distinción propuestos por LARENZ, recogidos en el párrafo más arriba transcrito.

Para poder afirmar que se está ante una "laguna" de los Tratados, habría que poder concluir que la finalidad inherente a los Tratados constitutivos y sus ideas esenciales exigían incluir en los mismos una regulación expresa de los derechos fundamentales de las personas. Si se atiende principalmente al carácter básicamente económico de la integración que instauran los Tratados, así como a la naturaleza sectorial y limitada de dicha integración, parece que habría que inclinarse por negar que los Tratados, vistos en sí mismos, resulten incompletos por el hecho de no contener referencias expresas a los derechos fundamentales. La falta de dicha regulación se predicaría, así, desde un punto de vista "ideológico", es decir, en virtud de una determinada concepción jurídico-ética, según la cual la protección de los derechos fundamentales debe ser un fundamento indispensable de cualquier ordenamiento jurídico.

Si, por el contrario, se adopta una interpretación amplia de los objetivos enunciados tanto en los preámbulos como en las disposiciones preliminares, especialmente después del Acta Unica y del Tratado de Unión Europea, que mencionan expresamente el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, y se tiene en cuenta que el concepto de derechos fundamentales ha evolucionado en el sentido de incluir, además de los clásicos derechos civiles y políticos, derechos sociales y económicos, tal vez entonces se pueda concluir en afirmar la existencia de una laguna "real" de los Tratados en

materia de derechos fundamentales. Es decir, que atendiendo a su finalidad y a sus objetivos fundamentales, los Tratados resultan incompletos⁹⁹.

En cualquier caso, resulta obvio que la existencia de una laguna en los Tratados no puede afirmarse en sentido técnico, a partir de una constatación lógico-formal, y, por tanto, que cuando se hace referencia a esta cuestión se está realizando un juicio de valor. Y, consiguientemente, será también de un determinado juicio de valor de donde derivará una opción en favor de la integración judicial de dicha laguna de los Tratados. Por ello no es de extrañar que la decisión del TJCE declarando los derechos fundamentales protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario como parte de los principios generales del derecho, haya recibido los calificativos de una decisión "valiente"¹⁰⁰, o se mencione siempre que se hace una referencia al activismo judicial en la Comunidad¹⁰¹.

En este sentido es preciso también indicar que a pesar de que la jurisprudencia relativa a los derechos fundamentales haya sido considerada como un ejemplo de activismo judicial, la valoración que se ha hecho de la misma puede calificarse de, en general, muy positiva. Probablemente, la existencia de un déficit democrático en la estructura política comunitaria es el factor principal, aunque seguramente no el único, que explica esta práctica total

⁹⁹ Esta afirmación puede mantenerse incluso aceptando que los Tratados contienen disposiciones particulares que pueden ser leídas en clave de derechos fundamentales. MARCOUX pone especial énfasis en rebatir la afirmación de que el Tratado de Roma no contiene ninguna referencia a los derechos fundamentales, enumerando todas aquellas disposiciones que, en su opinión, son referencia de algún derecho fundamental. Pero este autor reconoce que, a pesar de ello, al faltar una lista exhaustiva de derechos, existe un vacío en la protección de los derechos fundamentales, MARCOUX, L.: "Le concept de droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne", *RIDC*, 1983, n° 4, pp. 691-733, p. 691.

¹⁰⁰ Ver MARCOUX, *op. cit.*, p. 708.

¹⁰¹ Ver RASMUSSEN, H.: *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986, pp. 393 y ss.

ausencia de críticas¹⁰². El gran argumento contra el activismo judicial, es decir, su naturaleza antimayoritaria y antidemocrática, es difícilmente utilizable en una Comunidad como la de los años setenta en la que el Parlamento Europeo no tenía prácticamente competencias ni era elegido por sufragio universal directo y en la que la legislación era adoptada por órganos de naturaleza ejecutiva. En este contexto, el espectro del "gobierno de los jueces" pierde relevancia, o más bien adquiere el sentido opuesto al tradicional: la jurisprudencia del TJCE relativa a los derechos fundamentales supone una garantía ante la ausencia de controles democráticos efectivos.

A las anteriores consideraciones sobre el concepto de laguna, hay que añadir otras sobre la naturaleza de la operación de integración de las mismas mediante los principios generales del derecho. Aquí lo que se plantea es el tema de la auto-integración o heterointegración del derecho. Es decir, se estaría ante un caso de autointegración del derecho cuando la técnica de los principios se utiliza para encontrar una solución a un caso concreto, que no puede resolverse con las normas positivas, a partir de principios derivados de normas existentes de un determinado ordenamiento jurídico. Se estaría en cambio ante un caso de heterointegración cuando el juez aplica, para dar una determinada solución, normas que están fuera del ordenamiento jurídico, que no pertenecen a él hasta que el juez las incorpora en su decisión judicial.

Es preciso notar que para algunos autores el recurso a los principios generales en ausencia de una norma escrita supone siempre una operación de

¹⁰² Incluso en el citado artículo de COPELL y O'NEILL, extremadamente duro con el TJCE, lo que se critica no es la extensión *per se* de la jurisdicción del TJCE en materia de derechos fundamentales, sino el uso abusivo que se afirma que se ha hecho de ella. Sobre el tema del activismo véase MANCINI, F.: "Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", *RDE*, 1990, n° 2, pp. 229-240, y desde un punto de vista muy crítico, excepto en materia de derechos fundamentales, RASMUSSEN, *On Law and Policy...*, *op. cit.*, y RASMUSSEN, H.: "Between Self-Restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court", *ELRev.*, 1988, n° 1, pp. 28-38.

heterointegración del derecho, es decir, de integración en el derecho, para la solución del caso concreto, de normas que no puede decirse que estén incluidas en él por inferencia deductiva, sino que precisan la decisión, arbitraria en el sentido de que no está determinada por normas establecidas previamente, del poder judicial¹⁰³. Sin embargo, otros autores¹⁰⁴ sostienen que el recurso a los principios generales del derecho, así como a la analogía, son medios de autointegración del derecho¹⁰⁵, en el sentido de que dichos principios son extraídos del propio ordenamiento jurídico mediante una operación lógica de inducción.

Aunque no es este el lugar de terciar en esta discusión propia de la teoría del derecho, sí que debe señalarse que el TJCE ha "buscado" principios generales fuera del ordenamiento comunitario, especialmente en los ordenamientos internos de los Estados miembros. Ello se refleja en su jurisprudencia y ha sido utilizado por la mayor parte de la doctrina para establecer una clasificación en torno a estos diferentes orígenes de los principios¹⁰⁶. Puede afirmarse, pues, que se trata de un supuesto de heterointegración, es decir, el ordenamiento comunitario se completaría, se integraría mediante normas que no pertenecen a su ordenamiento hasta el momento en que el TJCE las incorpora con su jurisprudencia. Se trataría de una pura creación jurisprudencial. Parece que esta idea está presente en la

¹⁰³ Véase CAPELLA HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 124-125.

¹⁰⁴ No se hará referencia aquí, por no compartir sus premisas, a autores que defienden tesis iusnaturalistas. Siguiendo la exposición que de ellas hace DÍEZ PICAZO, se podría decir, esquemáticamente, que para el iusnaturalismo los principios generales del derecho equivalen a las normas del derecho natural, esto es, son normas que no han encontrado formalización ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad, por formar parte de un sistema superior, DÍEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 201 y ss.

¹⁰⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p. 245.

¹⁰⁶ Véase *supra* cap. III, apartado 2.1.

apreciación de los principios generales del derecho de HARTLEY¹⁰⁷. Este autor, al abordar en qué sentido los principios generales del derecho son una fuente del derecho parte de lo que él denomina un "*problema de psicología judicial*"¹⁰⁸: ningún sistema legal puede pretender que la legislación u otras fuentes escritas ofrezcan una respuesta para todas las cuestiones que llegan a plantearse ante los tribunales. Ello tiene como consecuencia que los jueces tengan que crear normas para resolver los casos que se les presentan. Ahora bien, ello plantea un dilema, puesto que esta actividad creadora del derecho, necesaria por un lado, si resulta demasiado aparente puede llevar, por otro lado, a que los jueces sean acusados de sobrepasar sus funciones y de invadir el ámbito propio del legislador. En el caso del derecho comunitario, según HARTLEY:

*"El Tribunal Europeo, por su parte, ha utilizado los principios generales del derecho para cubrir la creación judicial del derecho: la idea es que si puede mostrarse que una decisión deriva de un principio suficientemente general para obtener un consenso, se conseguirá un fundamento legal firme para el juicio. Por esta razón, el Tribunal Europeo ha desarrollado una doctrina según la cual las normas del derecho comunitario derivan no sólo de los Tratados y la legislación sino también de los principios generales del derecho"*¹⁰⁹.

¹⁰⁷ HARTLEY, T.C.: *The Foundations of European Community Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981, p. 119. En un sentido parecido, véase BROWN, L.N.: *The Court of Justice of the European Communities*, Sweet & Maxwell, London, Third Edition, Second Impression, 1991, p. 293.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ En inglés en el original: "*The European Court, on the other hand, has utilized general principles of law to cloak the nakedness of judicial law-making: the idea is that if a ruling can be shown to be derived from a principle of sufficient generality as to command common assent, a firm legal foundation for the judgement will be provided. For this reason, the European Court has developed a doctrine that rules of Community law may derived not only from treaties and legislation, but also from the general principles of law*", HARTLEY, *op. cit.*, p. 293.

Esta idea acerca de la labor del juez no es compartida por toda la doctrina. Para BOULOUIS no se trataría de creación jurisprudencial sino de "integración selectiva", es decir, la labor creadora del TJCE no es totalmente libre, sino que se enmarca dentro de unos márgenes concretos que son, por un lado, los caracteres del ordenamiento comunitario al que van a incorporarse los principios que construye el TJCE y, por otro, los caracteres de los ordenamientos nacionales en los que el derecho comunitario acaba por integrarse¹¹⁰.

Por su parte, CAPOTORTI se situaría en una posición intermedia y un tanto ambigua, al indicar que el TJCE ha tenido necesidad de recurrir al derecho no escrito para colmar las lagunas, para integrar el derecho comunitario, lo cual es especialmente necesario en un ordenamiento sectorial y joven como el comunitario y que, al llevar a cabo esta labor, el TJCE se sitúa en un punto de encuentro entre la interpretación y la creación del derecho¹¹¹.

Esta problemática resulta especialmente significativa cuando se aplica al campo de los derechos fundamentales. El TJCE ha debido integrar una "laguna" de los Tratados, que no poseen un catálogo de protección de los derechos fundamentales. Podría pensarse que justamente a causa de esta laguna el TJCE

¹¹⁰ BOULOUIS, J.: "À propos de la fonction normative de la jurisprudence...", *op. cit.*, pp. 153-154. Por su parte, ROBLES MORCHÓN rechaza precisamente las clasificaciones que se basan en el origen de los principios, puesto que hablar de principios específicos del derecho comunitario o "endógenos" puede conducir a pensar que los comunes a los derechos internos de los Estados miembros son "importados" sin más del derecho estatal, perdiéndose así de vista que en el derecho comunitario no hay sino principios comunitarios. Para este autor, el TJCE sólo aplica principios de derecho comunitario, puesto que éste y sólo éste es el ordenamiento que el TJCE debe aplicar y garantizar y no los ordenamientos estatales. Cosa distinta es la fuente de inspiración que utilice el TJCE, ROBLES MORCHÓN, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad europea*, Ceura, Madrid, 1988, p. 110.

¹¹¹ CAPOTORTI, F.: "Il diritto comunitario non scritto", *Dir. Com. Sc. Int.*, 1983, nº 1-2, pp. 409-429, p. 409.

ha debido buscar fuera del ordenamiento comunitario una solución (o sea, realizar una heterointegración). En este sentido, PESCATORE¹¹² afirma que, en materia de derechos fundamentales, la referencia a los principios generales del derecho ha quedado como una afirmación puramente formal. Es decir, lo único que aporta esta referencia es la idea general de que el respeto de los derechos fundamentales es una de las bases del derecho, aplicable también como tal al derecho comunitario. Ahora bien, esta idea general no aporta nada concreto respecto al contenido material de los derechos fundamentales que se deben garantizar en el derecho comunitario. Para esta precisión, el TJCE ha tenido que acudir a otras fuentes distintas del derecho comunitario, como ha mencionado en su jurisprudencia: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y los instrumentos internacionales, entre los que ocupa un lugar destacado el CEDH. Por ello, PESCATORE afirma: "*.....salvo una orientación general la referencia a los principios generales del derecho no puede utilizarse hasta ahora para definir en el caso concreto la naturaleza y el contenido de los derechos protegidos*"¹¹³.

Por tanto, el TJCE estaría, al menos parcialmente, integrando el derecho comunitario con el recurso a otros ordenamientos jurídicos. En el próximo capítulo se examinará cómo el TJCE ha utilizado tanto las tradiciones constitucionales estatales como el CEDH como meras fuentes de inspiración, con una gran libertad para aplicar los principios que en estas fuentes se encuentra sólo en la medida en que los ha considerado funcionales al derecho comunitario. Por ello, la labor de creación jurisprudencial en este campo es

¹¹² PESCATORE, P.: "Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire", en FIDE, 12ème Congrès, Paris, 24-27 septembre 1986, pp. 17-54. Traducción castellana de M.P. GOMEZA VILLA en *Noticias C.E.E.*, 1988, nº 40, pp. 39-54, p. 52.

¹¹³ *Ibid.*

innegable. Para CHITI¹¹⁴ el papel del TJCE en el desarrollo del derecho comunitario no puede explicarse con los criterios tradicionales que se refieren al papel del poder judicial y a los tribunales constitucionales en los Estados, sino que hay que partir de las características propias y específicas del derecho comunitario. Los rasgos del derecho comunitario, sobre todo su carácter incompleto, explican que el papel de interpretación-integración que ejerce el TJCE es plenamente conforme con su posición en el contexto de las instituciones comunitarias, junto con las cuales participa activamente en la elaboración del derecho comunitario, más allá de las reglas clásicas de división de poderes y de la posición normal del poder judicial en los Estados. Desde este punto de vista parece menos problemático reconocer el carácter creativo de la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales.

¹¹⁴ CHITI, M.: "I signori del diritto comunitario: La Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo", *RTDP*, 1991, n° 3, pp. 796-831, p. 812.

CAPÍTULO IV

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

En una reiterada jurisprudencia, el TJCE ha afirmado que el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del derecho que el Tribunal garantiza. Esta afirmación de carácter general requiere ser concretada en cada caso particular en que se alega ante el TJCE la violación de un determinado derecho fundamental. En algunas ocasiones, como se ha visto en el capítulo anterior, la respuesta a dichas alegaciones partirá de las propias disposiciones de los Tratados o de los actos de derecho comunitario derivado. Pero en otras, dichas fuentes no proporcionarán ninguna respuesta al TJCE. Ninguna disposición de derecho primario o de un acto de las instituciones se refiere, por ejemplo, a la libertad de expresión o la libertad religiosa.

La metodología seguida por el TJCE en estos casos para integrar el derecho comunitario ha sido expresamente formulada en su propia jurisprudencia: el recurso a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en especial el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. Ambas cuestiones se examinarán en el presente capítulo.

1. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES MEDIANTE EL RECURSO AL DERECHO COMPARADO

La primera observación que se impone es que el TJCE ha aplicado al ámbito de los derechos fundamentales una metodología que desde el inicio de su actividad ha utilizado en diversos sectores del derecho comunitario: el recurso al derecho comparado. El TJCE ha recurrido a los ordenamientos internos de los Estados miembros, además de en materia de responsabilidad extracontractual tal y como prescribe el artículo 215 del TCE, para configurar una serie de categorías jurídicas que le han servido tanto para interpretar como para colmar las lagunas del derecho comunitario. La apelación a las tradiciones constitucionales comunes no es más que la particularización del método comparativo en materia de derechos fundamentales, que en la inmensa mayoría de los ordenamientos de los Estados miembros se encuentran recogidos a nivel constitucional. Por ello en las páginas que siguen se incluirán referencias a la utilización por el TJCE del derecho comparado en general. Esto permitirá también desvelar si el TJCE ha seguido una metodología distinta y específica en el ámbito de los derechos fundamentales.

1.1. Los análisis de derecho comparado en la jurisprudencia del TJCE.

Entre la doctrina comunitarista es ya un tópico afirmar la importancia de los principios generales del derecho en la jurisprudencia del TJCE y también la relevancia que ha tenido y tiene el derecho comparado a la hora de dotar de

contenido dichos principios. Según GALMOT¹ éste se trata de un método de interpretación, a diferencia de otros, "propio" del TJCE, en el sentido de que no es un método que acostumbre a ser utilizado por las jurisdicciones nacionales.

En efecto, a pesar de que el recurso al derecho comparado no es exclusivo del TJCE², lo cierto es que en el derecho comunitario confluyen una serie de factores que explican y motivan la mayor utilización de éste. Algunos de estos factores son de carácter material: un órgano jurisprudencial compuesto por juristas de distintas nacionalidades, por tanto, formados en distintas tradiciones jurídicas que necesariamente aportarán a la labor conjunta de las deliberaciones del órgano judicial, la influencia de los Abogados Generales que estudian en detalle los casos, las intervenciones de las partes, de los gobiernos y de las instituciones, la existencia de una biblioteca y un servicio de documentación muy amplios, entre otros³.

Pero además de estos factores de orden material, se ha señalado también que la utilización del derecho comparado se explica por la propia naturaleza de la Comunidad y su ordenamiento jurídico. En un proceso de integración, el ordenamiento comunitario y los de los Estados miembros están estrechamente relacionados: la Comunidad tiene su origen en los Estados miembros y el derecho comunitario se aplica e integra en ellos. Parece lógico que en caso de dudas o de ausencia de normativa el TJCE se dirija, pues, a los ordenamientos

¹ GALMOT, Y.: "Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes", *RFDA*, 1990, n° 2, pp. 255-262, p. 256.

² Para un examen de la relevancia del derecho comparado en el campo de los derechos humanos, véase la parte V, "Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme", en *The Limitation of Human Rights in Constitutional Comparative Law/La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 1986, pp. 447 y ss.

³ Véase HILF, M.: "The Role of Comparative Law in the Jurisprudence of the Court of Justice of European Communities", en *The Limitation of Human Rights in Constitutional Comparative Law*..., *op. cit.*, pp. 549-574, p. 564.

estatales⁴. En el ámbito de los derechos fundamentales no hay que olvidar, además, que los primeros casos que se plantearon pusieron en primer plano la protección constitucional interna de los derechos y su posible contradicción con el derecho comunitario. Por otro lado, a partir del TUE el recurso a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros aparece sancionado en el propio Tratado.

Por ello casi resulta un tanto sorprendente constatar que es difícil encontrar estudios comparativos de los derechos de los Estados miembros en las sentencias del TJCE, que acostumbran a ser al respecto francamente escuetas⁵. Ciertamente, también hay excepciones a esta tónica general; es decir, casos en los que en el texto de la sentencia se incluye un desarrollo de derecho comparado. Un ejemplo prototípico en este sentido lo constituye la sentencia *Hauer*, de 13 de diciembre de 1979⁶. En ella el TJCE analiza la regulación del derecho de propiedad en el derecho comparado, deteniéndose incluso a citar expresamente los artículos correspondientes de la Ley Fundamental de Bonn, de la Constitución italiana y de la Constitución irlandesa.

Si de la jurisprudencia se puede afirmar su parquedad en las referencias al derecho comparado, no cabe decir lo mismo ni de las alegaciones de las partes ni tampoco de las conclusiones de los Abogados Generales, donde sí es habitual

⁴ Así lo expresa HILF: "*This permanent 'comparative atmosphere' is a necessary condition for the process of integration; it is even unavoidable. Though Community law has to uphold its autonomy, a comparative approach seems to be essential for the acceptance and execution of Community law, for the development of the 'ius commune' and as the necessary basis for an ever-increasing process of integration*", HILF, *op. cit.*, p. 570.

⁵ KUTSCHER califica las referencias del TJCE al derecho comparado de "*constataciones lapidarias*" en KUTSCHER, H.: "*Méthodes d'interprétation vues par un juge à la Cour*", en *Rencontre judiciaire et universitaire. 27-28 septembre 1976*, Cour de Justice des Communautés européennes, Luxembourg, 1976, pp. I-1 a I-53, p. I-29.

⁶ Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979, as. 44/79, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, Rec. 1979, pp. 3727 y ss.

hallar interesantes discusiones al respecto. Probablemente ambos datos están íntimamente relacionados, en el sentido de que es normal que el TJCE incorpore implícitamente, mediante una breve alusión en el texto de la sentencia, el examen de derecho comparado realizado por el Abogado General quien, a su vez, habrá analizado detenidamente los argumentos jurídicos alegados por las partes⁷.

Pero incluso en las conclusiones de los Abogados Generales se puede observar una cierta tendencia a reducir las alusiones al derecho comparado. Para GALMOT ello no debe interpretarse como un progresivo abandono del recurso a los principios comunes de los Estados miembros. Según este autor cada año el TJCE, para aquellas cuestiones generales que todavía no están fijadas en la jurisprudencia comunitaria, encarga a su servicio de documentación y de investigación trabajos de derecho comparado que analicen las soluciones que los derechos nacionales ofrecen a estas cuestiones, para intentar establecer si hay o no tendencias comunes⁸.

⁷ Esto no significa, por supuesto, que el TJCE siempre asuma el principio que éstos extraen de su análisis comparativo. En este sentido se puede citar como ejemplo la sentencia *AM & S Europa*, asunto en el cual el Abogado General Sir GORDON SLYNN, tras reconocer el principio de confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y el cliente, sostuvo que dicho principio cubría las actuaciones del abogado que es miembro del servicio jurídico de una sociedad, rechazando *"toute idée selon laquelle les avocats (qualifiés professionnellement et soumis à la discipline professionnelle) qui sont employés à plein temps pour les institutions de la Communauté, par des ministères gouvernementaux ou dans les services juridiques d'entreprises privées, ne doivent pas être considérés comme ayant seulement une indépendance professionnelle telle qu'elle les empêche d'entrer dans le champ d'application de la règle"*, Conclusiones del Abogado General Sir GORDON SLYNN, presentadas el 26 de enero de 1982, as. 155/79, *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1982, pp. 1642 y ss., p. 1654. El TJCE, por el contrario, si bien incorpora en su sentencia como principio de derecho comunitario la confidencialidad entre abogados y clientes, matiza dos condiciones: *"d'une part, qu'il s'agisse de correspondance échangée dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats non liés au client par un rapport d'emploi"*, sentencia del TJCE, de 18 de mayo de 1982, as. 155/79, *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1982, pp. 1575 y ss., p. 1611.

⁸ GALMOT, *op. cit.*, p. 260.

Para explicar la brevedad de las referencias al derecho comparado en las sentencias del Tribunal, se pueden avanzar, siguiendo a PESCATORE, dos argumentos. Por un lado, el hecho que "*resulta aventurado para una jurisdicción lanzarse a desarrollos comparativos, complicados por naturaleza, y atraer así posibles reproches de imprecisión, incluso de diletantismo*"⁹. Por otro lado, la necesidad de redactar sentencias "ligeras", redactadas en lenguaje llano, intentando no caer en un excesivo hermetismo jurídico, a fin de facilitar la transposición de los textos en las distintas lenguas y en los distintos sistemas jurídicos internos¹⁰.

Tampoco se debe olvidar que una vez formulado un determinado principio general, basándose en un análisis de derecho comparado, las referencias posteriores a dicho principio se harán en cuanto principio del derecho comunitario, sustituyéndose la invocación a los ordenamientos estatales por la alusión a las propias sentencias del TJCE que ya han aplicado el principio de que se trate¹¹.

Siguiendo otra línea de explicación, se podría plantear que las afirmaciones dogmáticas en la jurisprudencia del TJCE sobre la existencia de determinados principios, sin entrar a detallar con profundidad los razonamientos jurídicos en los que se basa dicha afirmación, pueden relacionarse también con el

⁹ En francés en el original: "*...il est hasardeux, pour une juridiction, de se lancer dans des développements comparatifs, compliqués par nature, et de s'attirer alors le reproche d'imprécision, voir de diletantisme*", PESCATORE, P.: "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des Etats membres", *RIDC*, 1980, n° 2, pp. 337-359, p. 346.

¹⁰ PESCATORE, *op. cit.*, p. 356.

¹¹ ALONSO GARCÍA, R.: *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 251-252.

grado de discreción y la autonomía con que cuenta el Tribunal a la hora de dotar de contenido los principios generales del derecho¹².

En este sentido AKEHURST considera que existe una tendencia que convertiría los principios generales tomados de los ordenamientos estatales en principios fruto de la creación judicial del derecho. El contenido de dichos principios nacionales, al ser aplicados reiteradas veces por el TJCE acabaría siendo alterado y perdiendo la relación con su origen. El juez comunitario estaría en realidad creando o contribuyendo al desarrollo del derecho¹³.

También RIGAUX, que se muestra muy crítico con la utilización que se hace a veces por parte de las jurisdicciones del recurso al derecho comparado, señala que la referencia a los principios generales a menudo es una manera cómoda de motivar cualquier solución escogida por el juez¹⁴.

¹² En este sentido ADINOLFI afirma: "*L'estrema limitatezza delle analisi comparative svolte nella giurisprudenza comunitaria non sembra imputabile a motive di tecnica redazionale quanto piuttosto alla discrezionalità di cui la Corte intende avvalersi nella individuazione dei principi; la libertà della Corte nel ricostruire i principi verrebbe limitata se essa si dovesse fondare su analisi comparative puntuali*", ADINOLFI, A.: "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri", *RIDPC*, 1994, n° 3-4, pp. 521-578, p. 544.

¹³ Según este autor: "*At this point the fiction that the Court is applying general principles of law becomes transparently false. What the Court is really doing is creating law. Judicial legislation may seem undemocratic, but the rules which it produces are often practical and satisfactory. There is no reason to believe that the law created by the Court of Justice of European Communities will be any less satisfactory than English common law or the case-law of the French Conseil d'Etat*", AKEHURST, M.: "The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities", *BYIL*, 1981, pp. 29-51, pp. 39-40.

¹⁴ RIGAUX, F.: "Le droit comparé comme science appliquée", *Rev. de DI et DC*, 1978, n° 1, pp. 65-77, p. 75. Y pone el ejemplo de la sentencia *Eurocontrol*, en la que debía decidirse si una decisión belga que condenaba a una empresa alemana de transporte aéreo a pagar los cánones de las rutas que la Organización europea para la seguridad de la navegación aérea percibe había sido dictada "en materia civil y comercial" en el sentido del artículo 1 del Convenio de Bruselas. El TJCE decidió que los pagos a una autoridad internacional que ejerce poder público son parte del derecho público y por tanto no constituyen una materia civil o comercial contemplada por el Convenio, Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 1976, as. 29/76, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG contre Eurocontrol*, Rec. 1976, pp. 1541 y ss. Esta solución la basó en los principios generales, pero, según RIGAUX en realidad no hay ningún principio general común a los Estados miembros en este sentido: sólo la clásica distinción doctrinal entre derecho público y derecho privado.

El carácter creativo de la labor del juez en la interpretación e integración del derecho ha sido resaltado ya en el capítulo anterior. En el caso que ahora nos ocupa, es decir, el recurso al derecho comparado en el ámbito de los derechos fundamentales, el factor creativo de la jurisprudencia se pone de manifiesto al examinar en concreto los criterios seguidos por el TJCE en la utilización del derecho comparado.

En efecto, cuando se afirma que el TJCE recurre al derecho comparado para la construcción de determinados principios del derecho, hay una parte de la operación que resulta más o menos evidente: el análisis o estudio de los distintos ordenamientos de los Estados miembros sobre una determinada cuestión¹⁵. Pero una vez realizado este análisis, es necesario extraer alguna conclusión acerca de la existencia y del contenido de un determinado principio general del derecho. Y esta conclusión no se deriva automáticamente del análisis previamente efectuado, sino que depende de los criterios que se apliquen. La solución variará según se adopte como criterio el buscar entre todos los ordenamientos estudiados la regulación jurídica que se considere más progresista, o si se prioriza el hecho de que sea un principio conocido y regulado por una amplia mayoría de Estados miembros, etc...

De la doctrina que se ha ocupado de este tema y de la jurisprudencia se pueden aislar de forma sistemática tres criterios susceptibles de presidir la

¹⁵ El estudio de la posición de los ordenamientos estatales sobre una determinada cuestión no siempre es tarea fácil. En las conclusiones presentadas al caso *AM & S* el Abogado General Sir G. SLYNN da cuenta de las divergencias que se produjeron en la audiencia ante el TJCE entre el agente del gobierno francés, el agente del gobierno británico y el representante de la CCBE (*Commission consultative des Barreaux de la Communauté européenne*). El agente francés sostuvo que la descripción que éstos habían hecho de la regulación jurídica en Francia y en Reino Unido sobre la confidencialidad de la correspondencia entre abogados y clientes era incorrecta, Conclusiones presentadas el 26 de enero de 1982, *cit.*, Rec. 1982, p. 1651.

utilización del método comparativo por parte del Tribunal de Justicia: comunidad, mayor progresividad y funcionalidad¹⁶.

1.2. Los criterios utilizados por el TJCE para el análisis del derecho comparado.

Antes de pasar a analizar detenidamente los criterios relativos al grado de comunidad, progresividad y funcionalidad requeridos a los principios de los ordenamientos internos para su incorporación al derecho comunitario, es preciso recordar una vez más que la utilización del derecho comparado no es exclusiva del tema de derechos fundamentales ni mucho menos. Por ello en las páginas que siguen se harán muchas referencias a la utilización del derecho comparado en general, si bien lógicamente se insistirá en aquellas cuestiones específicas que atañen a la materia de los derechos fundamentales.

1.2.1. La ficción del carácter "común" de los principios aplicados por el TJCE.

Las fórmulas jurisprudenciales utilizadas por el TJCE en relación al derecho comparado incluyen, tanto en el ámbito de los derechos fundamentales como en otros sectores, una referencia al carácter "común" de los principios que se aplican: principios generales "comunes" a los ordenamientos de los Estados miembros y tradiciones constitucionales "comunes". Desde un primer momento la doctrina se interrogó sobre cómo había que entender este calificativo, es decir, qué grado de "comunidad" debía tener un principio respecto a los

¹⁶ Véase ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

ordenamientos de los Estados miembros para poder ser incorporado al derecho comunitario en calidad de principio general común a los Estados miembros.

Aunque en un primer momento ciertos autores, basándose en una rígida interpretación literal del artículo 215 del Tratado CEE, exigían un grado total de unanimidad entre los ordenamientos estatales para poder hablar de un principio general¹⁷, pronto la mayoría de la doctrina se inclinó por sostener que no es necesario que un principio esté recogido en todos los ordenamientos jurídicos internos para ser reconocido como tal. Así, por ejemplo, ya en 1964 LORENZ¹⁸ afirmaba que el TJCE debería partir de un área de coincidencia mínima, sin que sea preciso alcanzar un acuerdo total. Ahora bien, el que no se exija un grado total de unanimidad no quiere decir, para este autor, que se pueda adoptar, sin más, como "común" un principio que sólo estuviese presente en uno de los ordenamientos jurídicos internos. Parece ser, pues, que el aspecto "cuantitativo", aunque no llevado al extremo, es relevante para este autor¹⁹.

También AKEHURST parece inclinarse por la necesidad de adoptar el criterio de la mayoría: *"un principio que esté reconocido en los derechos de un amplio número de Estados miembros....merece ser reconocido como un*

¹⁷ Ver CASSONI, G.: "I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee", *Diritto Internazionale*, 1959, nº 4, pp. 428-463, p. 456.

¹⁸ LORENZ, W.: "General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities", *AJCL*, 1964, nº 1, pp. 1-29, pp. 8-10. Por su parte, MENDELSON señala la diferencia en este aspecto entre el TJCE y las jurisdicciones internacionales, que sí exigen un alto grado de comunidad a un principio del derecho para que éste pueda ser considerado como fuente del derecho, MENDELSON, M.H.: "The European Court of Justice and Human Rights", *YEL*, 1981, p. 125-165, p. 154.

¹⁹ Hay que decir que esta afirmación debe ser en parte matizada en el sentido de que LORENZ señala posteriormente que ningún derecho nacional particular puede reclamar preferencia sobre los otros, *"salvo que pueda ofrecer una solución mejor al problema, de manera que sirva mejor a los objetivos de los tratados"*. No obstante esta concesión a la introducción de criterios de selección cualitativos, el autor recuerda que no debe perderse de vista el hecho de que cuanto mayor grado de comunidad tenga el principio escogido, más fácil resultará su penetración en los Estados miembros, LORENZ, *op. cit.*, pp. 8-10.

principio general del derecho..."²⁰. Sin embargo, esta afirmación es matizada por el propio autor, al señalar seguidamente que cuando la mayoría es pequeña (por ejemplo, por estar sostenida por Estados con un porcentaje pequeño de habitantes), entonces debería procederse a utilizar otros criterios de selección, como por ejemplo la búsqueda del principio más progresista o más adecuado.

Otra matización que se ha introducido al que podríamos llamar criterio de la mayoría (es decir, que un principio puede ser incorporado incluso si no se da de forma unánime en todos los Estados miembros) consiste en afirmar que este criterio no puede aplicarse en aquellos casos en los que la falta de unanimidad o comunidad no se produce por ausencia o desconocimiento en uno o varios ordenamientos, sino porque las diferentes regulaciones entran en conflicto²¹.

Ahora bien, a medida que la jurisprudencia al respecto ha ido creciendo y desarrollándose, la mayoría de autores, al analizarla, han coincidido en afirmar que la solución que prevalece en la jurisprudencia del TJCE no es de carácter cuantitativo, sino cualitativo, es decir, determinada por otros criterios que el de la mayoría o el de la unanimidad²². Y ello parece bastante claro si nos atenemos a su jurisprudencia y a las conclusiones de los Abogados Generales.

²⁰ En inglés en el original: "...a principle which exists in the laws of a large number of member States (...) deserves to be recognized as a general principle of law...", AKEHURST, *op. cit.*, p. 37.

²¹ SCHERMERS, en este sentido, considera que incluso si algunos Estados miembros no han aceptado expresamente un principio jurídico, éste puede incorporarse al orden jurídico comunitario en la medida en que no entre en conflicto con el orden jurídico de aquellos Estados miembros, SCHERMERS, H.G.; WAELBROECK, D.: *Judicial Protection in the European Communities*, Fifth Edition, Kluwer, Deventer, 1992, pp. 32 y ss. Por tanto, para este autor, el criterio de la mayoría debe verse limitado a que en los ordenamientos en minoría no se planteen problemas de conflicto en relación a dicho principio.

²² Véase, en este sentido, BREDIMAS, A.: "Comparative Law in the Court of Justice of the European Communities", *YBWA*, 1978, pp. 320-333, p. 324.

Efectivamente, el TJCE nunca ha dicho expresamente que un principio tenga que existir en todos los ordenamientos de los Estados miembros para poder ser aplicado en derecho comunitario. Y, de hecho, principios en la actualidad totalmente consolidados en el ordenamiento comunitario, como el de proporcionalidad o el del respeto a la confianza legítima, proceden esencialmente del orden jurídico de un solo Estado miembro²³, aunque por un efecto clásico de imitación, a menudo se han difundido más fácilmente desde el derecho comunitario que los incorpora como principio general a los ordenamientos nacionales de otros Estados miembros que los habían desconocido previamente.

No es difícil encontrar ejemplos de sentencias en las que se han aplicado principios que no son comunes a todos los ordenamientos. Así, en la sentencia *Transocean Marine Paint*²⁴ el Abogado General WARNER detalló en sus conclusiones²⁵ que el principio *audi alteram partem* estaba plenamente reconocido en derecho inglés, escocés, danés, alemán e irlandés; la situación

²³ Así lo reconoce la doctrina. Por ejemplo, F. HUBEAU declara: "*Il est certain que la notion de "Vertrauensschutz", qui a été traduite en français par l'expression "protection de la confiance légitime", ajoutant ainsi expressement un qualificatif implicite à la version originale, est apparue dans la jurisprudence de la Cour à l'initiative des plaideurs allemands*", HUBEAU, F.: "Le principe de la confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes", CDE, 1983, n° 2-3, pp. 143-162, p. 145. También VERGÈS: "*Tel fut le sort glorieux de la Schutznormtheorie, transposée du droit allemand (et dans une certaine mesure celui du concept d'interessi legitimi du droit italien) pour devenir l'élément central de la définition de la faute "normative" des communautés dans le régime de leur responsabilité non contractuelle du fait de leur législation économique. A quelques nuances près on pourrait faire la même constatation pour le principe de proportionnalité ou pour le principe de respect de la confiance légitime*", VERGÈS, J.: "Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire", en *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 513-531, p. 526. Desde un punto de vista teórico, M. ZULEEG acepta plenamente la posibilidad de que el TJCE adopte como modelo el derecho de un sólo Estado miembro, ZULEEG, M.: "Fundamental Rights and the Law of the European Communities", CMLRev., 1971, n° 4, pp. 446-461, p. 451.

²⁴ Sentencia del TJCE de 23 de octubre de 1974, as. 17/74, *Transocean Marine Paint Association contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 1063 y ss.

²⁵ Conclusiones del Abogado General WARNER, presentadas el 19 de setiembre de 1974, as. 17/74, *Transocean Marine Paint Association contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 1083 y ss.

jurídica en Francia, Bélgica y Luxemburgo era dudosa y los ordenamientos italiano y holandés no lo consagraban (y citaba expresamente una sentencia en este sentido del *Consiglio di Stato*). A pesar de esta diversidad, el TJCE reconoció la existencia de un principio general común, según el cual los destinatarios de decisiones de las autoridades públicas, que afecten de manera sensible sus intereses, deben tener la posibilidad de dar a conocer su punto de vista²⁶.

A estos ejemplos jurisprudenciales hay que añadir el hecho que las conclusiones de los Abogados Generales explicitan, de forma sistemática, que la construcción de los principios que deben aplicarse en el ordenamiento comunitario no puede responder en ningún caso a una operación de corte "aritmético", en el sentido de buscar máximos o mínimos denominadores comunes.

Así, en sus conclusiones al asunto *Zuckerfabrik*²⁷, el Abogado General ROEMER estimaba que, para que un principio pudiera declararse común a los Estados miembros bastaba con que estuviera "*largement répandu*", y en el asunto *Werhahn*²⁸ precisaba que era suficiente que estuviera reconocido en un cierto número de Estados miembros, y que no se trataba de buscar la concordancia de los ordenamientos jurídicos en todos los Estados miembros, ni tampoco de realizar una especie de escrutinio, seguido de la constatación de una mayoría.

²⁶ Rec. 1974, p. 1080.

²⁷ Conclusiones del Abogado General ROEMER, presentadas el 13 de julio de 1971, as. 5/71, *Aktein-Zuckerfabrik Shöppenstedt contre Conseil des Communautés européennes*, Rec. 1971, pp. 987 y ss., p. 987.

²⁸ Conclusiones del Abogado General ROEMER, presentadas el 18 de setiembre de 1973, ass. 63-69/72, *Wilhem Werhahn Hansamühle et autres contre Conseil des Communautés européennes*, Rec. 1973, pp. 1253 y ss., p. 1258.

Por su parte, el Abogado General LAGRANGE, ya en sus conclusiones al caso *Hoogovens contra Alta Autoridad*, de 12 de julio de 1962²⁹, señaló que el TJCE, cuando se refiere a los derechos internos de los Estados para definir reglas jurídicas relativas a la aplicación del derecho comunitario, no se fundamenta en posibles denominadores comunes entre las soluciones nacionales, "...sino que elige de cada Estado miembro aquellas soluciones que, teniendo en cuenta los objetivos del Tratado, parecen ser las mejores, o, si uno puede utilizar la expresión, las más progresistas"³⁰.

En este párrafo de las conclusiones del Abogado General LAGRANGE se encuentran perfectamente sintetizados los dos factores que, en detrimento de los criterios estrictamente cuantitativos, se han convertido en una constante en la jurisprudencia del TJCE. Por un lado, el carácter más "progresista" de la solución a escoger; por otro, la adecuación de dicha solución a los objetivos y necesidades de los Tratados, es decir, su mayor o menor "funcionalidad" respecto al derecho comunitario.

En materia de derechos fundamentales, también pueden citarse ejemplos jurisprudenciales que ponen de manifiesto la menor importancia de los criterios meramente cuantitativos en el análisis del derecho comparado. Ya se ha citado la sentencia *Transocean Marine Paint*, que versaba sobre el derecho a ser oído, que puede considerarse una manifestación de los derechos de defensa. De la sentencia *Johnston*³¹ se deriva claramente que los principios generales

²⁹ Conclusiones del Abogado General LAGRANGE presentadas el 4 de junio de 1962, as. 14/61, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken N.V. contre Haute Autorité CECA*, Rec. 1962, pp. 527 y ss.

³⁰ En francés en el original: "...mais choisirait dans chacun des pays membres celles qui, compte tenu des objet du traité, lui paraîtraient les meilleures ou, si l'on veut employer ce mot, les plus progressistes", Rec. 1962, p. 539.

³¹ Sentencia del TJCE de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec. 1986, pp. 1651 y ss.

comunes a los derechos de los Estados miembros no son un denominador común de estos derechos nacionales, es decir, que no hay una nivelación a la baja. En efecto, en las observaciones presentadas ante el TJCE durante el procedimiento de este asunto, el gobierno británico insistió en el hecho que en Gran Bretaña eran habituales disposiciones legislativas del mismo tipo que la disposición irlandesa que se estaba juzgando. Además, las dos partes principales en el litigio reconocieron que si se aplicaba pura y simplemente el derecho irlandés, no se podía reconocer a la Sra. Johnston el derecho a un recurso jurisdiccional. La posición de estos dos ordenamientos jurídicos no impidió al TJCE afirmar la existencia de un principio general que otorga el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva contra los actos de la autoridad pública. El TJCE se apoyó además en el Convenio Europeo de Derechos Humanos para subrayar el carácter fundamental de este derecho.

GALMOT³² extrae de esta sentencia una descripción en dos etapas del modo en que procede el TJCE para afirmar la existencia de un principio general. Según este autor, en un primer paso, el TJCE, a partir del análisis de las legislaciones y de la jurisprudencia de los Estados miembros, intenta averiguar si es posible dilucidar una evolución común, que vaya más allá de las diferencias legislativas que se hayan podido constatar, es decir, si existe una tendencia hacia una determinada posición. En el caso *Johnston*, por ejemplo, podría afirmarse que se constató una evolución común tendente a reforzar y ampliar la posibilidad de control por parte de los tribunales de los actos de la autoridad pública, a pesar de que existía una desigualdad entre los ordenamientos internos en cuanto al nivel de protección otorgado a los justiciables. En segundo lugar, siempre según GALMOT, una vez se ha podido determinar que efectivamente existe una tendencia común, el TJCE afirma la consagración de un principio

³² GALMOT, *op. cit.*, pp. 258-259.

general común que se corresponde con las soluciones adoptadas por los ordenamientos internos que ha ido más lejos en el sentido de la evolución antes constatada.

Ahora bien, en materia de derechos fundamentales la discusión sobre el grado de "comunidad" que subyace a la fórmula "tradiciones constitucionales comunes" utilizada por el TJCE plantea problemas específicos. Como ya se ha analizado, el problema de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad ha estado desde sus inicios muy ligado a la comparación con la protección otorgada a los particulares por los ordenamientos internos, en especial en sus Constituciones. Exigir que un determinado derecho fundamental se halle reconocido en todos los ordenamientos jurídicos para poder ser incorporado en el derecho comunitario podría significar, para algunos ciudadanos, que el derecho comunitario les otorga un nivel de protección menor comparativamente al de su Constitución. Por ello, la utilización del derecho comparado en este ámbito se halla estrechamente ligada a las consideraciones sobre la necesidad o conveniencia de utilizar criterios de carácter cualitativo, en el sentido de asegurar la máxima protección de los derechos fundamentales.

1.2.2. La búsqueda de la solución "más progresista": ¿Hacia un estándar máximo de protección?

El criterio cualitativo de elección del principio "más progresista" se halla explicitado en diversas conclusiones de los Abogados Generales. Así, ya en sus conclusiones al caso *Wilhem*³³ el Abogado General ROEMER afirma: *"Creemos poder decir además, y esta es una consideración esencial que debe*

³³ Conclusiones del Abogado General ROEMER, presentadas el 19 de diciembre de 1968, as. 14/68, *Walt Wilhem et autres contre Bundeskartellamt*, Rec. 1969, pp. 18 y ss.

tenerse en cuenta en toda tentativa de completar las lagunas del Derecho comunitario con la ayuda del derecho comparado, que es el principio más progresista el que resultaría aplicado"³⁴.

El mismo Abogado General, en sus conclusiones presentadas al caso *Duraffour*³⁵, señala que podría optarse por el mínimo denominador común, pero, *"sin embargo, y a pesar de que en la práctica las diferencias entre los diversos sistemas jurídicos no parecen ser considerables, este método no podría aceptarse. En efecto, como subraya la doctrina constantemente (especialmente a propósito del artículo 215 del TCEE y del conocido problema de los derechos fundamentales en las Comunidades) cuando se recurre al Derecho comparado para descubrir normas a aplicar, conviene proceder de una manera crítica; ... hace falta tener en cuenta las exigencias propias de la materia en cuestión, del sistema que constituyen y de su evolución, (...) el Derecho comunitario se mueve por el principio más progresista"*³⁶.

Finalmente, en las conclusiones al caso *Werhahn*³⁷, en las que se plantea la cuestión de en qué medida un principio ya establecido a nivel comunitario

³⁴ En francés en el original: *"Nous croyons pouvoir dire en outre, et c'est là une considération essentielle dont il faut tenir compte dans toute tentative de combler les lacunes du droit communautaire à l'aide du droit comparé, que c'est le principe le plus progressiste qui serait appliqué"*, Rec. 1969, p. 27.

³⁵ Conclusiones del Abogado General ROEMER presentadas el 4 de mayo de 1971, as. 18/70, *Anne Duraffour contre Conseil des Communautés européennes*, Rec. 1971, pp. 527 y ss.

³⁶ En francés en el original: *"Cependant, et en dépit du fait qu'en pratique les différences entre les divers systèmes juridiques nationaux ne semblent pas très considérables, cette méthode ne saurait être approuvée. En effet, comme la doctrine le souligne constamment (spécialement à propos de l'article 215 du Traité CEE et du fameux problème des droits fondamentaux dans les Communautés), lorsqu'on recourt à des recherches du droit comparé pour découvrir les normes à appliquer, il convient de procéder d'une manière critique..., il faut tenir compte des exigences propres de la matière en jeu, de leur économie générale et de leur évolution (...) le droit des Communautés européennes, qui se veut en principe progressiste"*, Rec. 1971, pp. 532-533.

³⁷ Conclusiones del Abogado General ROEMER, cit., Rec. 1973, pp. 1257-1258.

puede verse afectado por los derechos de nuevos Estados miembros, adheridos a la Comunidad con posterioridad, se vuelve a reiterar la idea de mayor progresividad, haciendo especial hincapié en el hecho de que los sistemas jurídicos que podrían calificarse de menos progresistas muestran una clara tendencia a un desarrollo ulterior.

El criterio de mayor progresividad cobra especial relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales. Ya en 1971 PESCATORE expresaba la siguiente opinión:

*"En el trabajo de comparación y de aproximación al que deberá librarse el Tribunal de Luxemburgo, se verá conducido por la fuerza de las cosas a tomar en consideración cada vez el estándar de protección más alto, puesto que cuesta imaginar cómo el derecho comunitario podría conservar su autoridad si debiera descender por debajo de un nivel de protección considerado como esencial en uno u otro Estado miembro. Por una vez, el método de aproximación y de nivelación tendrá, pues, un alineamiento por lo alto, es decir en las soluciones que otorgan una mejor protección para los derechos de los individuos"*³⁸.

Podría decirse que en cuestión de derechos fundamentales, dada la naturaleza esencial de esta materia, el TJCE debe primar el criterio de

³⁸ En francés en el original: *"Dans la travail de comparaison et de rapprochement auquel devra se livrer la Cour de Luxembourg, elle sera amenée par la force des choses à prendre égard chaque fois au standar de protection le plus élevé puisqu'on conçoit difficilement comment le droit communautaire pourrait conserver son autorité s'il devrait descendre au-dessous d'un niveau de protection considéré comme essentiel dans tel ou tel Etat membre. Pour une fois, la méthode de rapprochement et de nivellement aura donc pour effet l'alignement vers le haut, c'est-à-dire sur les solutions qui donnent la meilleure protection aux droits des individus"*, citado por COHEN-JONATHAN, G.: "La Cour des Communautés européennes et les Droits de l'Homme", *RMC*, 1978, n° 214, pp. 74-100, p. 85, de la Comunicación escrita a la Conferencia Parlamentaria sobre los Derechos Humanos, Viena, 18-20 de octubre de 1971, Doc. AS/Coll. DH (71).

progresividad frente al de comunidad. Ello se traduciría en que cualquier derecho considerado como fundamental por cualquiera de los ordenamientos de los Estados miembros debería considerarse protegido también por el ordenamiento jurídico comunitario.

Se ha sostenido que esta afirmación encuentra un apoyo jurisprudencial en la formulación empleada por el TJCE en la sentencia *Nold*:

*"que, al asegurar la salvaguardia de estos derechos [fundamentales], 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"*³⁹.

Este párrafo ha sido interpretado, en nuestra opinión un tanto exageradamente, como una clara muestra del carácter "maximalista" de la protección de los derechos fundamentales por parte del TJCE, al entender que de él se desprende que la protección que ofrece el derecho comunitario nunca puede ser inferior a la reconocida por cualquier Constitución interna⁴⁰.

³⁹ En francés en el original: *"qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenu 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"*, 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., p. 508.

⁴⁰ LÓPEZ GARRIDO lo recoge de la manera siguiente: *"El Tribunal de Justicia se mueve en el criterio máximo de protección al entender que no puede el derecho comunitario admitir en su seno medidas que sean incompatibles con los derechos fundamentales garantizados por las constituciones nacionales. Lo que significa que la protección de los derechos fundamentales en el campo comunitario no puede ser inferior nunca a las exigencias de cualquier constitución de cualquier Estado miembro de la CEE"*, LÓPEZ GARRIDO, D.: *Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 128. También parece de esta opinión GOFFIN, L.: *"On voit la nuance. S'il s'agit d'un droit reconnu par les constitutions des Etats membres, ou même par l'une d'elles seulement, il constitue un principe général du droit communautaire. En revanche, les instruments internationaux ne peuvent donner que des 'indications'"*, GOFFIN, L.: *"La jurisprudence de la Cour de Justice sur les droits de la défense"*, CDE, 1980, n° 2-3, pp. 127-144, p. 141. Para PESCATORE, hay que subrayar la inserción,

Este enfoque "maximalista" se ha considerado, además, como una necesidad imperiosa, tanto en relación a la naturaleza de los derechos fundamentales como del derecho comunitario. Así lo argumenta ALONSO:

*"Y ello porque difícilmente los ordenamientos internos, y sobre todo, los ciudadanos que se benefician de su regulación, estarán dispuestos a renunciar, en caso de supuestas incompatibilidades entre la normativa comunitaria y el derecho nacional, a la protección dispensada por éste en un tema tan crucial como el de los derechos fundamentales (no hay que olvidar la manera en que empezó a desarrollarse la jurisprudencia comunitaria en esta materia como consecuencia de las reacciones operadas en los ámbitos judiciales alemán e italiano)"*⁴¹.

Y, desde el punto de vista del derecho comunitario, la calidad de la protección asumida por el TJCE no podría ser menor que la resultante del derecho interno, porque, en caso contrario, la misma primacía del derecho

mediante esta fórmula de la sentencia *Nold*, de la Comunidad en los que él llama la "*mouvance constitutionnelle*" de sus Estados miembros, "*de manière que la prise en consideration des garanties données aux droits fondamentaux du citoyen par les diverses constitutions nationales constitue une source d'inspiration et, plus que cela, une directive obligatoire pour elle-même*", PESCATORE, P.: "Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes,...", *op. cit.*, p. 341.

⁴¹ ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 269. También SØRENSEN: "*I poteri attribuiti alle istituzioni comunitarie non potrebbero, a reigo di termini, andare oltre le attribuzioni dei legislatori nazionali. Nella misura in cui le costituzioni nazionali, nelle loro elencazioni dei diritti fondamentali, impongono restrizioni al potere legislativo, restrizioni analoghe devono essere osservate da parte delle istituzioni comunitarie nell'esercizio dei poteri che sono stati loro attribuiti. E' vero che la Corte, nel settore dei diritti fondamentali, non si è basata espressamente sulla teoria del trasferimento dei poteri, ma, elaborando la nozione di "principi generali del diritto", ha adottato un metodo che porta al medesimo risultato. Essa si è orientata verso una soluzione ottimale, esigendo che vengano rispettati anche quei diritti fondamentali che sono garantiti soltanto da un numero limitato, se non da una sola, delle costituzioni nazionali. Onde evitare conflitti tra i sistemi nazionali di diritto costituzionali ed il diritto comunitario, la Corte ha nel contempo sottratto il principio della preminenza del diritto comunitario ad una difficile prova*", SØRENSEN, M.: "Punti di contatto tra la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo ed il Diritto delle Comunità Europee", *RDE*, 1978, n° 2, pp. 163-172, p. 165. Por su parte, HILF basa su argumento en favor del "maximalismo" en la referencia al principio constitucional federal de lealtad y solidaridad, el principio alemán de la *Bundestreue*, 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. 149.

comunitario correría el riesgo de ser contestada sobre la base de un derecho nacional más protector⁴².

Estos argumentos han encontrado eco también en las posiciones de algunos Abogados Generales. Contundente en este sentido resulta la opinión del Abogado General WARNER en sus conclusiones al caso IRCA⁴³:

*"El Tribunal ha establecido ya el principio general según el cual no puede mantener en vigor medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por las constituciones de los Estados miembros (asunto 4/73 Nold...). Nosotros iríamos más allá para señalar que un derecho fundamental reconocido y protegido por la Constitución de un Estado miembro cualquiera debe ser reconocido y protegido por el derecho comunitario. La razón radica en que, como ha declarado a menudo el Tribunal (...) el derecho comunitario debe su misma existencia a una transferencia parcial de soberanía efectuada por cada uno de los Estados miembros en favor de la Comunidad. No puede suponerse, en nuestra opinión, que algún Estado haya querido incluir en esta transferencia de poder, la posibilidad de que la Comunidad legisle violando los derechos protegidos por su propia Constitución. Afirmar lo contrario equivaldría a atribuir a un Estado miembro la posibilidad, en el momento de la ratificación del Tratado, de desvirtuar su propia Constitución, lo que nos parece imposible"*⁴⁴.

⁴² HETSCH, P.: "Emergence des valeurs morales dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes", RTDE, 1982, n° 3, pp. 511-555, p. 536.

⁴³ Conclusiones del Abogado General WARNER presentadas el 22 de junio de 1976, as. 7/76, *Société IRCA (Industria romana carni e affini Spa) contre Amministrazione delle finanze dello Stato*, Rec. 1976, pp. 1230 y ss.

⁴⁴ En francés en el original: "La Cour a déjà posé le principe général suivant lequel elle ne peut maintenir en vigueur des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et protégés par les Constitutions des Etats membres (affaire 4/73 Nold....). Nous serions tenté ici d'aller plus loin et de dire qu'un droit fondamental reconnu et protégé par la

Ahora bien, la teoría del estándar máximo de protección no está exenta de problemas. Algunos de ellos tienen que ver con su formulación misma. Otros hacen referencia al reconocimiento o no de sus argumentos por parte del TJCE.

En primer lugar, es preciso señalar que hablar en términos de "mayor grado de protección", o de "más progresivo", significa siempre recurrir a criterios de valoración, que dependen en última instancia de la subjetividad político-moral de quien realiza la afirmación. Así, WEILER⁴⁵ señala que no es correcto hablar de estándar alto o bajo, porque decidir si un derecho está mejor o peor protegido depende de un juicio de valor previo, que prima unos intereses sobre otros; las cuestiones relativas a los derechos humanos plantean casi siempre un conflicto de intereses, ya sea entre la colectividad y el individuo, o entre dos individuos, que deben ser contrapesados o ponderados.

En este contexto, hablar de una protección más alta supone una opción axiológica previa; un caso paradigmático para ilustrarlo, según este autor, son las diferentes decisiones constitucionales sobre el aborto y el derecho a la vida: ¿Cuál representa el estándar máximo, el ordenamiento constitucional que prima el derecho a la vida y prohíbe el aborto, o aquél que prima el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo? El ejemplo propuesto no es descabellado.

Constitution d'un Etat membre quelconque doit être reconnu et protégé également par le droit communautaire. La raison en est le fait que, comme l'a souvent déclaré la Cour (...), le droit communautaire doit son existence même à un transfert partiel de souveraineté effectué par chacun des Etats membres en faveur de la Communauté. Aucun Etat membre ne peut, à notre avis, être censé avoir voulu inclure dans ce transfert le pouvoir, pour la Communauté, de légiférer en violation des droits protégés par sa propre Constitution. Affirmer le contraire équivaudrait à attribuer à un Etat membre la possibilité, au moment de la ratification du Traité, de flouer sa propre Constitution, ce qui nous semble impossible", Rec. p. 1238.

⁴⁵ 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.

Piénsese en la sentencia *Grogan*⁴⁶ en la que el TJCE tuvo que pronunciarse sobre la compatibilidad con la libertad de expresión y de información de una normativa nacional que prohibía la difusión de información sobre clínicas situadas en otro Estado miembro en las que se realizan prácticas abortivas. El TJCE no entró en la cuestión, y se limitó a observar que en el caso concreto que debía examinar no podía invocarse el principio de libre prestación de servicios, dado que el organismo que difundía la información no tenía ninguna relación con las clínicas que practicaban abortos, y por tanto no había relación entre la prestación de un servicio médico y la difusión de información. Ahora bien, si el TJCE hubiese considerado, por el contrario, que la normativa en cuestión sí entraba dentro del ámbito del derecho comunitario, se hubiera visto obligado a realizar una ponderación entre dos derechos fundamentales, el derecho fundamental a la vida protegido por la Constitución irlandesa, y el derecho a la libertad de expresión, reconocido en todos los Estados miembros y que el TJCE ha incorporado al derecho comunitario.

Por ello, afirmar que el TJCE debe seguir el estándar de protección nacional máximo invalidando una disposición comunitaria contraria a un derecho reconocido en cualquier Constitución nacional no tiene sentido para WEILER, porque es un ejercicio imposible:

*"Hay diferencias constitucionales inevitables entre los Estados miembros incluso en la interpretación de normas que parecen similares. La adopción de una solución correspondiente a una ponderación en un Estado miembro puede estar en contradicción con la ponderación adoptada en otra parte"*⁴⁷.

⁴⁶ Sentencia del TJCE de 4 de octubre de 1991, as. C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contra Stephen Grogan y otros*, Rec. 1991, pp. I-4685 y ss.

⁴⁷ En inglés en el original: *"There are inevitable constitutional differences among the member States even in interpreting norms which look alike. The adoption of an outcome*

En esta idea de WEILER se encuentran dos cuestiones que pueden ser diferenciadas. Por un lado, y como señalábamos antes, este autor pone de relieve el problema valorativo que conlleva siempre referirse a un nivel de protección "más alto" o "más progresista". En definitiva, considerar cuál es el estándar de protección máximo es un juicio de valor opinable.

Pero, además, WEILER apunta otra crítica, no ya al criterio que debe presidir el análisis del TJCE de las tradiciones constitucionales comunes, sino al concepto mismo de "tradiciones constitucionales comunes". En este punto parece coincidir también DÍEZ PICAZO⁴⁸, quien subraya que no existe una coincidencia entre los ordenamientos estatales ni en la forma de reconocer los derechos, ni en la manera en que se les protege, ni en los contenidos que se les asignan. Las diferencias alcanzan incluso al significado mismo del concepto de derechos fundamentales, que en algunos ordenamientos implica una rango constitucional de los mismos y en otros representa meramente una superioridad política o moral. De ahí que este autor afirme:

"Así las cosas, lo único que tienen en común los Estados miembros es una concepción política de los derechos fundamentales, es decir, el disfrute efectivo, independientemente de sus mecanismos jurídicos, de un mínimo de libertades sin las cuales no puede afirmarse siquiera la existencia de un ordenamiento liberal-democrático. Pero ésta es ciertamente una pobre base para edificar, por vía jurisprudencial, un sistema jurídico de tutela de los derechos fundamentales, de donde se sigue que el Tribunal de Justicia de las Comunidades no sólo ha adoptado una actitud indudablemente activista,

corresponding to a balancing choice in one member State will be in contrast to a balancing choice adopted elsewhere", WEILER, op. cit., p. 589.

⁴⁸ DÍEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 151.

sino que este activismo carece en realidad de cauces y directrices efectivos externos al propio Tribunal"⁴⁹.

BELLINI, por su parte, distingue entre el reconocimiento de un derecho y el grado de tutela del mismo. Respecto a lo primero, para este autor sí cabe hablar de una "comunidad" entre los Estados miembros, puesto que, dada la notable homogeneidad existente entre los principios fundamentales que caracterizan los ordenamientos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, resulta difícil pensar en la hipótesis, en relación con las competencias comunitarias, de la existencia de una situación de conflicto en el reconocimiento de un derecho fundamental. La problemática se centrará normalmente en el diverso grado de tutela de un mismo derecho. Sería en relación a éste que el Tribunal de Justicia debería escoger la opción que represente un estándar de protección máximo⁵⁰.

Una segunda observación crítica que se ha realizado a la teoría del maximalismo hace referencia a los problemas políticos que de este enfoque podrían derivarse. Los gobiernos de los Estados miembros no están en una posición muy fuerte para plantear objeciones al TJCE, si éste aplica normas basadas en su propio ordenamiento, pero pueden mostrarse críticos si se les

⁴⁹ *Ibid.* Un razonamiento parecido al de DÍEZ PICAZO lo encontramos en SCHWARZE, pero en referencia no a los derechos fundamentales, sino a los principios generales que entran dentro del campo del derecho administrativo: "*In the field of administrative law, however, traditional legal concepts differ fundamentally, if one takes, for example, the well-established system of French administrative law on the one hand, and the British legal order on the other, where even the notion of an administrative law has only been accepted in the last decades and not without considerable reluctance and opposition. Moreover, within the branch of administrative law, the method of comparative analysis is rather new.*", SCHWARZE, J.: "The Administrative Law of the Community and the protection of Human Rights", *CMLRev.*, 1986, nº 2, pp. 401-417, p. 406.

⁵⁰ BELLINI, S.: "La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer", *RDI*, 1981, nº 2, pp. 318-327, p. 321.

obliga a observar parámetros constitucionales que les son ajenos⁵¹. Aquí de nuevo hay que recordar el polémico tema del aborto y el derecho a la vida.

Como se indicaba antes, aparte de los problemas teóricos que la formulación del maximalismo en sí mismo presenta, resta por dilucidar hasta qué punto puede afirmarse que este enfoque ha sido recogido por la jurisprudencia del TJCE. Los autores que defienden que en la jurisprudencia se ha optado por el criterio del estándar máximo de protección citan siempre como sentencia de referencia el caso *Nold*. Sin embargo, esta posición maximalista no puede deducirse del conjunto de la jurisprudencia comunitaria. Por un lado, en la fórmula utilizada en el caso *Nold* se percibe una cierta tensión entre lo que es meramente facultativo y lo que es imperativo : "...el Tribunal está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros...". Es cierto que, al añadir que "*no puede, por ello, admitir medidas incompatibles con los derechos reconocidos y garantizados por las Constituciones de estos Estados*", parece que el TJCE está reforzando el carácter imperativo. Pero hay que tener en cuenta que, en toda su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, el TJCE no ha dejado de insistir en que la validez de las normas comunitarias no puede enjuiciarse en relación a las disposiciones internas, aunque sean constitucionales. Así lo recuerda, por ejemplo, en la sentencia *Hauer*, de 1979, posterior a la sentencia *Nold*:

"...la cuestión relativa a un ataque eventual a los derechos fundamentales por un acto institucional de las Comunidades no puede ser apreciada más que en el marco del propio derecho comunitario. La introducción de criterios de apreciación particulares derivados de la

⁵¹ MENDELSON, *op. cit.*, p. 162. AKEHURST critica las fórmulas del principio "más progresista" o "más cuidadosamente elaborado", además de por el grado de subjetivismo que encierran, por la consideración de que a los demás Estados miembros les resultaría molesto que se les diga que sus principios no son progresistas, AKEHURST, *op. cit.* p. 33.

*legislación o del orden constitucional de un Estado miembro determinado atentaría contra la unidad material y la eficacia del derecho comunitario, lo que tendría como efecto romper la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad"*⁵².

Afirmar que el TJCE debería descartar una disposición comunitaria simplemente porque infringe una disposición constitucional interna parece olvidar este principio de la jurisprudencia comunitaria. Querer realizar un alineamiento sistemático de la protección comunitaria a los niveles de protección de los ordenamientos internos puede conllevar el riesgo de cuestionar o poner en entredicho la justificación autónoma de la protección de los derechos en el ordenamiento comunitario. La pretensión de que cualquier norma de derecho comunitario que entre en conflicto con cualquier derecho reconocido en una Constitución debe ser inaplicable, podría significar una fisura en los principios de autonomía y unidad del derecho comunitario⁵³.

Por otro lado, hay que tener en cuenta la posición del TJCE en la sentencia *Hoechst*⁵⁴, en la que se invocó el derecho a la inviolabilidad del domicilio. El Abogado General MISCHO analiza detenidamente en sus

⁵² En francés en el original: "...la question relative à une atteinte éventuelle aux droits fondamentaux par un acte institutionnel des Communautés ne peut pas être apprécié autrement que dans le cadre du droit communautaire lui-même. L'introduction de critères d'appréciation particuliers, relevant de la législation ou de l'ordre constitutionnel d'un Etat membre déterminé, du fait qu'elle porterait atteinte à l'unité matérielle et à l'efficacité du droit communautaire, aurait inéluctablement pour effet de rompre l'unité du marché commun et de mettre en péril la cohésion de la Communauté.", Rec. 1979, p. 3744.

⁵³ Ver DAUSES, M.: "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", *RTDE*, 1984, n° 3, pp. 401-424, p. 413, y MARCOUX, L.: "Le concept des droits fondamentaux dans le droit de la Communauté économique européenne", *RIDC*, 1983, n° 4, pp. 691-733, p. 717.

⁵⁴ Sentencia del TJCE de 21 de setiembre de 1989, ass. 46/87 y 227/88, *Hoescht AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 2859 y ss.

conclusiones⁵⁵ la existencia de un derecho a la inviolabilidad de domicilio en todos los ordenamientos, especialmente en cuanto a si este derecho se extiende a las personas jurídicas. Del resultado de su examen deduce que todos los Estados miembros reconocen la inviolabilidad de domicilio de las personas físicas y que hay divergencias respecto a las personas jurídicas. Algunos (España y Alemania, por ejemplo) lo aceptan, en otros no está claro y en otros no se acepta (Irlanda, Países Bajos). Como conclusión de este análisis, el Abogado General afirma: *"Más allá de estas divergencias, ha de observarse, no obstante, una tendencia general en el sentido de esa equiparación en el plano de los Derechos nacionales.... Os proponemos... reconocer expresamente la existencia en el ámbito comunitario del derecho fundamental a la inviolabilidad de los locales empresariales"*⁵⁶. El TJCE no siguió al Abogado General en este punto y declaró: *"...hay que observar que, en tanto que el reconocimiento de ese derecho respecto al domicilio particular de las personas físicas viene impuesto en el ordenamiento jurídico comunitario como principio común a los Derechos de los Estados miembros, no sucede así en lo que se refiere a las empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en lo relativo a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a las intervenciones de las autoridades públicas"*⁵⁷.

Por tanto, el hecho que en un ordenamiento estatal esté protegido este derecho, incluso recogido expresamente en la norma constitucional, no lleva al TJCE a reconocer automáticamente la existencia de este derecho en el

⁵⁵ Conclusiones del Abogado General MISCHO, presentadas el 21 de febrero de 1989, ass. 46/87 y 227/88, *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades europeas*, Rec. 1989, pp. 2875 y ss., pp. 2884-2893.

⁵⁶ Rec. 1989, p. 2893.

⁵⁷ Rec. 1989, p. 2924.

ordenamiento comunitario. El TJCE resalta la existencia de divergencias jurídicas, y por tanto parece que aplique aquí un criterio "cuantitativo", es decir, que exige un mínimo de coincidencia, cuando en otros casos no lo ha hecho, si bien no respecto del derecho fundamental en sí, sino de los sujetos que puedan invocarlo.

Una vez más, se hace preciso recalcar que el TJCE no aplica las normas constitucionales internas, sino principios generales del derecho, para la formulación de los cuales el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Una cosa es defender que, al llevar a cabo esta operación, el TJCE no debería buscar un mínimo común denominador sino que se consiguiera un nivel máximo de protección, sin olvidar todos los problemas de valoración que se encierran en esta fórmula, y otra cosa es pretender que el TJCE ha de respetar cualquier norma constitucional interna protectora de un derecho, como si de aplicar dicha norma se tratara⁵⁸.

En realidad, con ese último grupo de críticas, lo que se está proponiendo es dar mayor peso a otro de los criterios que están presentes en la jurisprudencia del TJCE cuando utiliza el derecho comparado como método para la elaboración de principios generales del derecho comunitario: el criterio de su funcionalidad.

⁵⁸ En palabras de ROTTOLA: "E' evidenti, infatti, che una cosa è ritenere che il diritto costituzionale dei singoli Stati membri abbia per sua natura una tale forza espensiva da imporsi anche agli organi comunitari, giungendo in pratica a negare carattere originario all'ordinamento comunitario, ed altra cosa è ritenere che l'ordinamento comunitario si completi mediante un rinvio ai principi generali comuni degli ordinamenti degli stati membri: in questa ipotesi è sempre l'ordinamento comunitario, in realtà, a consentire, sia pure implicitamente, un siffatto rinvio, sicché la sua autonomia rimane fuori discussione", ROTTOLA, A.: "Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario", *RDE*, 1978, n° 2, pp. 219-228, p. 224.

1.2.3. La búsqueda de una solución "funcional" al derecho comunitario.

El elemento funcional en la incorporación de un principio general en el ordenamiento comunitario ha sido destacado tanto por la doctrina como en las conclusiones de los Abogados Generales. Sirva como ejemplo paradigmático de ello el siguiente párrafo de las conclusiones del Abogado General ROEMER al caso *Werhahn*:

*"...conviene tener en cuenta la estructura particular del derecho comunitario en la explotación de los resultados del análisis del derecho comparado y en la inclusión de estos en el derecho comunitario"*⁵⁹.

Significativo también al respecto es la opinión ya en 1955 del Abogado General LAGRANGE expresada en las conclusiones al caso *Assider*⁶⁰, donde señaló que *"no se trata de aplicar el derecho italiano o el derecho francés o cualquier otro derecho de un Estado perteneciente a la Comunidad, sino de aplicar el derecho del Tratado, y solamente en orden a conseguir tal construcción del derecho del Tratado debe buscarse una referencia a través del estudio de las soluciones jurídicas nacionales cuando dicha referencia sea necesaria para aquel propósito"*⁶¹.

⁵⁹ En francés en el original: *"...il convient de tenir compte de la structure particulière du droit communautaire dans l'exploitation des résultats de l'analyse d droit comparé et dans l'inclusion de ceux-ci dans le droit communautaire"*, Conclusiones del Abogado General ROEMER presentadas el 18 de setiembre de 1973, *cit.*, Rec. 1973, pp. 1258-1259.

⁶⁰ Conclusiones del Abogado General LAGRANGE, as. 3/54, *Associazione Industriale Siderurgiche italiana (ASSIDER) contre Haute Autorité CECA*, Rec. 1955, pp. 143 y ss.

⁶¹ En francés en el original: *"...il ne s'agit pas ici d'appliquer le droit italien ni le droit français ni celui de tout autre pays de la Communauté, mais le droit du Traité, et c'est uniquement pour parvenir à l'élaboration de ce droit du Traité que l'étude des solutions juridiques nationales doit être entreprise, chaque fois qu'elle apparait nécessaire à cette fin"*, Rec. 1955, p. 148.

En cuanto a los escritos doctrinales, KUTSCHER, entonces juez comunitario, escribía en 1976 que el TJCE debía indagar en los ordenamientos internos, sopesando las posibilidades que éstos ofrecen, para la "mejor" solución, entendiendo ésta no sólo como la más apropiada para el caso concreto, sino también como la que se corresponda mejor con las finalidades específicas y la estructura del derecho comunitario⁶².

También BOULOUIS ha destacado este carácter funcional de la incorporación, en el sentido de que los principios surgen por y para un ordenamiento específico, a saber, el comunitario, y para quien *"en la elección que realiza, el juez toma en consideración, en efecto, no tanto la naturaleza común de un principio o de una regla, como su aptitud para entrar en el orden jurídico comunitario y la aptitud de éste para recibirlo, lo que implica la existencia de una concepción de este orden jurídico susceptible de jugar un papel de referencia"*⁶³.

GALMOT⁶⁴ también sostiene que la metodología del TJCE no puede describirse como una transposición pura y simple de determinadas fórmulas nacionales, sino que éste se reserva la posibilidad de introducir las modificaciones oportunas en razón de las particularidades propias del derecho comunitario.

⁶² KUTSCHER, *op. cit.*, p. I-29.

⁶³ En francés en el original: *"Dans le choix qu'il opère, le juge prend en effet en considération moins tant la nature commune d'un principe ou d'une règle que leur aptitude à entrer dans l'ordre juridique communautaire et l'aptitude de celui-ci à les accueillir ce qui implique l'existence d'une conception de cet ordre juridique susceptible de jouer un rôle de référence."*, BOULOUIS, J.: *"À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'oeuvre jurisprudentielle de la Cour de Justice des Communauté Européennes"*, en *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, T. I, LGDJ, Paris, 1974, pp. 149-162, p. 154.

⁶⁴ GALMOT, *op. cit.*, p. 259.

En el ámbito de los derechos fundamentales, la proclamación del carácter funcional de la incorporación al derecho comunitario parece estar presente en algunos pasos de la jurisprudencia del TJCE.

Así, en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*⁶⁵ se señala que el recurso a reglas o nociones jurídicas de derecho nacional para apreciar la validez de los actos dictados por las instituciones de la Comunidad, tendría por efecto atentar contra la unidad y eficacia del derecho comunitario, por lo que la validez de tales actos no puede ser apreciada más que en función del derecho comunitario. Se reconoce, sin embargo, a continuación, que el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto asegura el Tribunal, si bien "*la salvaguardia de estos derechos, inspirada en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad*"⁶⁶.

En esta misma línea se pronunció el TJCE en la sentencia *Hauer*⁶⁷, y también posteriormente en la sentencia *Keller*, de 8 de octubre de 1986⁶⁸, en la que señala que "*según jurisprudencia constante, la validez de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad sólo pueden apreciarse en función del ordenamiento comunitario. Por lo tanto, la alegación de violaciones de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de*

⁶⁵ Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Rec. 1970, pp. 1125 y ss.

⁶⁶ En francés en el original: "...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.

⁶⁷ Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979, *cit.*

⁶⁸ Sentencia del TJCE de 8 de octubre de 1986, as. 234/85, *Ministerio Fiscal de Friburgo contra Franz Keller*, Rec. 1986, pp. 2897 y ss.

un Estado miembro no basta, por sí sola, para cuestionar la validez de un acto de la Comunidad, o los efectos que pueda surtir en el territorio de dicho Estado"⁶⁹.

Una vez más, lo que pone de manifiesto esta jurisprudencia, y la doctrina que pone su énfasis en la necesidad de elegir el principio más funcional al derecho comunitario, es que la Comunidad dispone de un sistema autónomo de protección de los derechos fundamentales, que tiene su base legal en el propio ordenamiento jurídico comunitario y negarlo significaría cuestionar la autonomía, unidad y primacía del derecho comunitario. Por tanto, los principios generales del derecho que el TJCE aplica en orden a la protección de los derechos fundamentales, son derecho comunitario, no una pura transposición de normas constitucionales internas. No se produce un reenvío a los ordenamientos nacionales, sino una utilización de las normas internas para la producción de un nuevo derecho comunitario⁷⁰.

Y también en el mismo sentido VERGÈS: *"Así, la protección de los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, dada su formulación por el Tribunal de*

⁶⁹ Rec. 1986, p. 2912.

⁷⁰ En este sentido SIMON: *"Il importe toutefois de préciser que les droits fondamentaux ainsi intégrés par la Cour dans la légalité communautaire, ne constituent pas la transposition pure et simple des règles internes, dans la mesure où la reconnaissance d'un principe n'entraîne pas pour autant son entrée dans l'ordre juridique communautaire: ne sont considérés comme droits fondamentaux que ceux dont la sauvegarde "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" (arrêt de 17 de décembre de 1970, as. 11/70). L'autonomie du système communautaire par rapport aux droits nationaux se traduit par l'autonomie du système communautaire de protection des droits individuels. La portée des droits fondamentaux pourra ainsi être légitimement limitée en fonction des "objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté", sous réserve qu'il ne soit pas porté atteinte "à la substance de ces droits". Cette limite posée par l'arrêt Nold tend à éviter l'invocation systématique et abusive des libertés individuelles fondamentales - en l'espèce le droit de propriété et la liberté de commerce et de l'industrie- par des entreprises cherchant à échapper aux contraintes communautaires conçues dans l'intérêt général", SIMON, D.: "Ordre public et libertés publiques dans les Communautés européennes. À propos de l'arrêt Rutili", RMC, 1976, n° 195, pp. 201-223, p. 221.*

*Justicia, no procede de un reenvío a los derechos nacionales sino del propio derecho comunitario, reservándose el Tribunal la función esencial de escoger aquéllos derechos que le parecen necesarios para la vida de la Comunidad y de operar la conciliación de su protección con la lógica propia del sistema comunitario"*⁷¹.

Ahora bien, poner el énfasis en la necesidad de tener en cuenta la perspectiva y las necesidades del ordenamiento comunitario es también una operación no exenta de problemas. Si se pone el acento en el aspecto meramente orientativo de la referencia a las tradiciones constitucionales comunes se corre el riesgo de minusvalorar el contexto en el que surgió la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos, en el sentido de la necesidad de evitar conflictos con algunas instancias constitucionales de los Estados miembros. Y, de nuevo, aparece aquí el fantasma de la rebelión de las jurisdicciones internas, si, en su afán de incorporación funcional, se llegara a lastimar gravemente el grado de protección conferido por un ordenamiento nacional. De ahí que algunos autores reivindiquen en materia de derechos fundamentales la necesidad de un estándar máximo, al que ya nos hemos referido.

En realidad, es difícil optar por una u otra de las citadas interpretaciones de la jurisprudencia del TJCE, puesto que ésta no ha conseguido transmitir un enfoque uniforme. Las declaraciones hechas en las sentencias *Internationale Handesgesellschaft* y *Nold* son harto diferentes. La primera deja un gran margen

⁷¹ En francés en el original: "Ainsi, la protection des droits fondamentaux issus des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, du fait de leur formulation par la Cour de justice, ne résulte pas d'un renvoi aux droits nationaux mais du droit communautaire lui-même, la Cour se réservant la fonction essentielle de choisir ceux des droits fondamentaux qui lui paraissent nécessaires à la vie de la Communauté et d'opérer la conciliation de leur protection avec la logique propre au système communautaire", VERGÈS, *op. cit.*, p. 520.

de discreción al juez comunitario; la segunda perfila una vinculación de éste a las constituciones nacionales mucho más estrecha. Tanto una posición como otra, como se ha visto, plantean problemas específicos, entre el *Scila* de un activismo judicial excesivo y el *Caribdis* de una erosión de la primacía del derecho comunitario⁷². Ante ello lo único que se puede constatar es que el TJCE ha intentado perfilar el contenido y el alcance de la protección de los derechos fundamentales caso por caso, en función de las circunstancias económicas, políticas y sociales presentes en cada uno de ellos⁷³. La naturaleza de su labor es, por tanto, claramente creadora de derecho: el TJCE no aplica las constituciones internas ni tampoco una norma escrita de derecho comunitario. En este contexto, la invocación de los principios generales del derecho cumple una función de legitimación de las opciones jurisprudenciales del TJCE.

Tal vez consciente de la vaguedad y de la imprecisión de la referencia a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, el TJCE ha completado sus fuentes de inspiración en materia de derechos fundamentales, acudiendo también al derecho internacional.

⁷² SASSE sintetiza así lo que para él son los principales reproches que pueden hacerse a ambas posiciones: "*Les traditions constitutionnelles des Etats membres ne sont pas communes mais tout à fait différentes. Les bases existantes en matière de libertés ont peu de similitudes que ce soit en matière d'étendue, de rang ou de conception des droits fondamentaux ainsi qu'en matière d'effet dans la pratique juridique. Il manque des normes nécessaires à une étude d'appréciation comparative de droit. Le standard maximum aboutit- d'après l'interprétation de Pescatore- soit à la protection maximale commune (le droit fondamentale de la plus grande portée s'applique à tous les citoyens du marché), soit au morcellement (à chacun sa propre protection nationale en matière des droits fondamentaux dans le cadre des affaires communautaires). Les deux conceptions sont inacceptables*", SASSE, C.: "La protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne", en *Mélanges F. DEHOUSSE. Vol. 2: La Construction européenne*, Nathan-Labor, Paris-Bruxelles, 1979, pp. 297-304, p. 299.

⁷³ 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, p. 115.

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

La protección comunitaria de los derechos fundamentales ha incluido e incluye importantes referencias al derecho internacional convencional. La presencia de éste en la jurisprudencia comunitaria arranca de la sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974⁷⁴. En este asunto, la sociedad demandante invocó, al fundamentar su demanda de anulación de una decisión de la Comisión, la violación de ciertos derechos fundamentales consagrados en las constituciones nacionales y "recibidos" en el derecho comunitario. Por otro lado, a efectos de definir los principios generales del derecho comunitario en la materia, tanto la empresa en su demanda, como la Comisión en sus observaciones, citaron expresamente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH) y su protocolo adicional sobre el derecho de propiedad. El TJCE, por su parte, señaló que, junto a las tradiciones constitucionales comunes,

*"los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han colaborado o a los que se hayan adherido, pueden igualmente suministrar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario"*⁷⁵.

⁷⁴ Sentencia del TJCE, de 14 de mayo de 1974, as. 4/73, *J. Nold, Kohlen-un Baustoffgroßhandel c. Commission des Communautés européennes*, Rec. 1974, pp. 491 y ss.

⁷⁵ Traducido del francés: *"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.

COHEN-JONATHAN ha calificado esta fórmula de "*amplia y prudente a la vez*"⁷⁶. Prudente porque el TJCE habla de fuentes de inspiración, sin declararse obligado jurídicamente por dichos instrumentos; amplia, porque no exige una adhesión formal por los Estados miembros, sino simplemente "cooperación".

La utilización de fuentes de carácter internacional no es exclusiva del ámbito de los derechos fundamentales, pero es en esta materia donde adquiere un carácter especialmente importante. El TJCE y sus Abogados Generales se han mostrado más bien reacios a recurrir al derecho internacional en la tarea de interpretación y desarrollo del derecho comunitario. En cambio, en el ámbito específico de los derechos fundamentales se ha hecho un uso muy amplio e importante de este recurso, destacando especialmente las alusiones al CEDH, que sobresale por las abundantes referencias al mismo que se encuentran en la jurisprudencia comunitaria.

En efecto, desde la sentencia *Nold* antes reseñada, el TJCE no sólo ha mantenido en sus formulaciones generales sobre la protección de los derechos fundamentales su referencia al derecho internacional en general, sino que, en muchas ocasiones, ha procedido en sus sentencias a un análisis de textos y artículos concretos para apoyar su decisión o argumentación jurídica.

Aunque destaca en la jurisprudencia comunitaria el CEDH, es preciso señalar que no es el único convenio internacional al que el Tribunal se ha referido en su jurisprudencia. Así, por ejemplo, puede verse la alusión en la sentencia *Defrenne*, de 15 de junio de 1978⁷⁷, a la Carta Social Europea, de 18

⁷⁶ COHEN-JONATHAN, G.: "L'incidence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme sur les Communautés Européennes", *AE/EY*, 1981, pp. 79-111, p. 84.

⁷⁷ Sentencia del TJCE, de 15 de junio de 1978, as. 149/77, *Gabrielle Defrenne contre Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Rec. 1978, pp. 1365 y ss.

de noviembre de 1961⁷⁸, y a la Convención 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a la discriminación en materia de empleo y de profesión, de 25 de junio de 1958⁷⁹. También en la sentencia *Blaizot*, de 2 de febrero de 1988⁸⁰, se hace una referencia a la Carta Social Europea para confirmar que la educación universitaria constituye una forma de enseñanza profesional. Y en la sentencia *Orkem*⁸¹ se encuentra una mención al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁸².

Pero, como se ha dicho, el CEDH juega un papel especial en el ámbito comunitario. Como observación preliminar, se podría decir, siguiendo a SAGGIO⁸³, que el sistema comunitario y el del CEDH están en una posición de autonomía y a la vez de interrelación. En efecto, están relacionados entre otras cosas puesto que todos los Estados miembros de la Comunidad son partes del CEDH y que dicho Convenio se coloca en la línea de la integración europea, como lo demuestra las referencias que a él se hacen en el Acta Única y en el Tratado de Maastricht⁸⁴. Y al mismo tiempo, son dos sistemas autónomos, en la medida en que persiguen distintos objetivos y cada uno posee una estructura institucional propia e independiente.

⁷⁸ Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961, BOE nº 153, de 26 de junio de 1980.

⁷⁹ Convenio 111 de la OIT de 15 de junio de 1958, BOE nº 291, de 4 de diciembre de 1968.

⁸⁰ Sentencia del TJCE, de 2 de febrero de 1988, as. 24/86, *Vincent Blaizot contra Universidad de Lieja y otros*, Rec. 1988, pp. 379 y ss.

⁸¹ Sentencia del TJCE de 18 de octubre de 1989, as. 374/87, *Orkem contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1989, pp. 3283 y ss.

⁸² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE nº 103 de 30 de abril de 1977.

⁸³ En este sentido, SAGGIO, A.: "La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario", *Documenti Giustizia*, 1993, nº 3, pp. 275-304, p. 295.

⁸⁴ Ver el Preámbulo del Acta Única Europea y el artículo F.2 del TUE.

Tanto la normativa comunitaria como la jurisprudencia del TJCE incluyen referencias explícitas al CEDH. El debate que se ha planteado a partir de ellas gira en torno a la pregunta de si puede considerarse que el CEDH forma parte del ordenamiento comunitario y, por tanto, representa una obligación jurídica para las instituciones comunitarias, incluido el TJCE, y para los Estados miembros cuando actúan en el ámbito comunitario. Puesto que las Comunidades, por el momento, no son partes del CEDH⁸⁵, es preciso determinar cuál sería la base jurídica que fundamentaría dicha obligación. Como se verá a continuación, algunos autores consideran que las Comunidades han "sucedido" a los Estados miembros en dicha obligación. Otros buscan la fundamentación por la vía de los principios generales del derecho, a partir de la jurisprudencia del TJCE. Por último, se ha planteado si dicha sujeción no podría extraerse de la referencia al CEDH en el articulado del TUE.

2.1. Las referencias al CEDH en la normativa comunitaria.

Los Tratados constitutivos de la CECA, la CEE y la CEEA, de 1951 y 1957, no contienen ninguna referencia al CEDH ni a los derechos fundamentales: a nivel de derecho originario hay que esperar hasta la modificación que supuso el Acta Única en 1986 para encontrar una mención explícita al tema de los derechos fundamentales, y en concreto, al CEDH.

⁸⁵ Aunque algún autor ha afirmado que la Comunidad ya se ha adherido al CEDH. Así, se ha afirmado: "...la Comunidad optó finalmente por adherirse como tal al CEDH, facilitando un fundamento jurídico a la jurisprudencia del TJCE...La adhesión tampoco solucionó totalmente el problema...", GARCÍA PASCUAL, C.: "La función del juez en la creación y protección de los derechos humanos", en BALLESTEROS, J. (editor): *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 213-223, p. 222.

Pero antes ya del Acta Única, las instituciones comunitarias se pronunciaron en diversas ocasiones sobre los derechos fundamentales, con menciones explícitas al CEDH. De hecho, la primera referencia importante al CEDH en un acto comunitario se encuentra en la Declaración interinstitucional de 1977. La Declaración común sobre Derechos Fundamentales fue firmada por los Presidentes COLOMBO por el Parlamento Europeo, OWEN por el Consejo de ministros y JENKINS por la Comisión, el 5 de abril de 1977 en Luxemburgo. A pesar de que sólo las tres instituciones comunitarias políticas estuvieron implicadas en su redacción y firma, una representación del TJCE estuvo presente en la ceremonia oficial de adopción⁸⁶.

El texto de la Declaración es extremadamente breve⁸⁷ y sus cinco párrafos parecen seguir una secuencia lógica. En el primero de ellos se hace una referencia implícita a los artículos 164 del TCEE, 136 del TCEEA y 31 del TCECA, en el sentido de que el respeto al derecho incluye a los derechos fundamentales. En el segundo párrafo se desarrolla esta idea y se hace una referencia expresa a la jurisprudencia del TJCE, en el sentido de avalar su utilización de los principios generales del derecho. No se recoge, en cambio, la concreta expresión que se halla en la jurisprudencia del TJCE: referirse a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. También es de notar que se habla de derechos fundamentales y no de derechos humanos.

⁸⁶ La iniciativa de dicha declaración puede relacionarse con el informe de la Comisión sobre la protección de los derechos fundamentales transmitido al Parlamento Europeo el 4 de febrero de 1976 (Suplemento 5/76 del *Bol. CE*, p. 17). La sugerencia de realizar una declaración institucional se encuentra en el estudio del profesor BERNHARDT sobre los problemas relativos al establecimiento de un catálogo de derechos fundamentales para la Comunidades Europeas, estudio que está en la base del informe de la Comisión, publicado como anexo al Informe de la Comisión, *op. cit.*, pp. 18-73.

⁸⁷ JOCE C 103 de 27 de abril de 1977, p. 1, EE 01/02, p. 67. Sobre ella, véase FORMAN, J.: "The Joint Declaration on Fundamental Rights", *ELRev.*, 1977, nº 3, pp. 210-215.

La referencia al CEDH se introduce en un nuevo párrafo, en el que se subraya la importancia de este convenio entre otros textos internacionales de protección de los derechos humanos. No se realiza, sin embargo, ninguna declaración significativa sobre el preciso estatuto jurídico del CEDH respecto al derecho comunitario.

Los dos últimos párrafos son la parte propiamente operativa de la declaración. En ellos, las instituciones asumen que ejercerán sus poderes y competencias en el respeto a los derechos fundamentales.

Por lo que se refiere a los efectos de dicha Declaración, tanto de la forma como del contenido de la misma se puede extraer que sus efectos son de carácter político y muy poco, o nulo valor jurídico: no viene a modificar la posición jurídica de los individuos respecto a los derechos fundamentales⁸⁸ y no contiene un catálogo de derechos ni plantea nuevas vías de acceso a los tribunales para protegerlos. Ello no equivale a negar su importancia: por un lado, representa un importante aval a la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales y también puede verse como un nuevo apoyo para los ciudadanos. Por otro lado, al declarar las instituciones su voluntad de adoptar sus decisiones en el respeto de los derechos fundamentales están aceptando que, en caso de duda, los textos legales se interpreten a la luz de dichos derechos. Pero poca cosa más puede decirse desde un punto de vista de la aplicación del derecho. A pesar de que algunos autores han querido darle mayor relevancia jurídica⁸⁹, lo cierto es que el TJCE nunca la ha utilizado para extraer

⁸⁸ SASSE considera poco útil la declaración, porque es una declaración "en blanco", que no aporta ningún progreso desde el punto de vista constitucional o dogmático, SASSE, *op. cit.*, p. 304.

⁸⁹ Véase BENGOTXEA, J.: *The Legal Reasoning of the European Court of Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 68 y VERGÈS, *op. cit.*, p. 515. También hay que destacar que la sentencia del Tribunal Constitucional alemán *Solange II* la consideró relevante desde el punto de vista comunitario y de las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros; para PIPKORN la Declaración fue un elemento importante en el giro

consecuencias de ella autónomamente⁹⁰. En ningún caso puede considerarse que a través de dicha declaración se opere una recepción formal del CEDH en el ordenamiento jurídico comunitario⁹¹.

Con posterioridad a esta Declaración común, las instituciones comunitarias han tenido ocasión de reiterar su compromiso con la protección de los derechos fundamentales, señalando la mayoría de las veces la importancia particular del CEDH. Sin embargo, ninguna de estas declaraciones constituye un acto jurídico obligatorio que pueda tener efectos respecto al estatuto del CEDH en el ordenamiento comunitario⁹².

Como ya se ha indicado, el CEDH aparece mencionado a nivel de derecho originario por primera vez en el Acta Única. En efecto, se incluye en su

jurisprudencial que representa esta sentencia alemana, PIPKORN, J.: "La Communauté européenne et la Convention européenne des Droits de l'Homme", *RTDH*, 1993, n° 14, pp. 221-241, p. 227.

⁹⁰ El TJCE se ha limitado a señalar, en relación con esta declaración, que, al igual que él, las instituciones comunitarias han declarado que conviene tener en cuenta el CEDH en el marco del derecho comunitario (sentencia del TJCE, de 15 de mayo de 1986, as. 222/84, *Marguerite Johnston contra Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Rec. 1986, pp. 1651 y ss.). Como señala MOITINHO DE ALMEIDA: "Tales actos, si bien carecen de efectos jurídicos propios, no obstante, no dejan de constituir elementos importantes de la dinámica comunitaria hacia una protección amplia de los derechos fundamentales. Abren, así, la puerta a una evolución jurisprudencial creativa, intérprete objetiva de la cultura europea en este ámbito", MOITINHO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 118. En un sentido parecido también MENDELSON, *op. cit.*, p. 139.

⁹¹ En este sentido, SØRENSEN, *op. cit.*, p. 164.

⁹² Así, el CEDH recibe una mención especial en muchas resoluciones de Parlamento Europeo (véase, por todas, la de 18 de enero de 1994, DOCE C 44, de 14 de febrero de 1994, p. 32) y del Consejo Europeo (véase, por ejemplo, la Declaración del Consejo Europeo de Luxemburgo de 28 y 29 de junio de 1991, en la que se afirma que los derechos humanos son un factor esencial en las relaciones internacionales y se destaca que "El Consejo de Europa desempeña una tarea fundamental en el ámbito de los derechos humanos, por su experiencia, sus numerosas acciones en este ámbito, sus actividades en materia de formación y educación y sus programas de cooperación con los países de la Europa central y oriental que se han dotado o tratan de dotarse de instituciones democráticas. Bajo su égida, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales constituye, por el carácter vinculante de dichos mecanismos de control, a la vez un sistema muy avanzado y eficaz de protección y una referencia para otras regiones del mundo. El Consejo Europeo acoge favorablemente la disposición del Consejo de Europa para poner su experiencia al servicio de la CSCE.", *Bol. CE*, 6/1991, p. 19).

Preámbulo una consagración general del "*respeto del derecho y de los derechos del hombre*", fundada sobre "*los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones y las leyes de los Estados miembros, por el Convenio sobre salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales y por la Carta Social europea, especialmente los de libertad, igualdad y justicia social*". La delegación belga hubiera preferido retomar el dispositivo de la Declaración interinstitucional de 1977 en el texto del artículo 4 del TCEE para que el respeto de los derechos humanos tuviese un valor jurídico más vinculante, pero su propuesta no salió adelante⁹³.

Se podría considerar que esta declaración, al figurar en el Preámbulo y no en el articulado del Acta Única, y debido a su generalidad, puede tener un importante valor a efectos de interpretación, pero no viene a modificar sustancialmente la falta de una fundamentación expresa en los Tratados para el reconocimiento y protección de determinados derechos fundamentales. De hecho, la metodología jurídica seguida por el TJCE a la hora de afirmar un derecho fundamental no ha variado desde la entrada en vigor del Acta Única. Sin embargo, no se debe menospreciar los efectos de esta declaración. Si se tiene en cuenta que el TJCE ha protegido los derechos fundamentales por la vía de los principios, realizando una interpretación extensiva y una integración del derecho comunitario, la inclusión del principio del respeto de estos derechos en el Preámbulo del Acta Única puede considerarse como un reconocimiento y una base en los Tratados de la operación llevada a cabo por el TJCE. Es justamente en el terreno de la interpretación en el que adquieren relevancia las declaraciones contenidas en el Preámbulo.

⁹³ DE RUYT, J.: *L'Acte unique européen*, 2ª ed., Col. Études européennes, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, p. 102.

Mayor relevancia adquiere el tema de los derechos fundamentales en la última modificación de los Tratados comunitarios: el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (en adelante, TUE). El Preámbulo de este Tratado confirma la adhesión de las partes contratantes "*a los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho*". Esta declaración se concreta además en el articulado del TUE. En efecto, el artículo F.2 establece:

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

La delimitación del alcance jurídico de dicho artículo plantea algunos interrogantes. Ciertamente, no incorpora un catálogo de derechos fundamentales en el sentido clásico del mismo, sino que articula una doble remisión: al CEDH, por un lado, y a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, por otro. Es el alcance jurídico de dicha remisión al CEDH lo que aquí interesa considerar. La cuestión que se plantea es si se puede considerar que la remisión del artículo F.2 tiene por efecto operar una incorporación del CEDH en el ordenamiento jurídico comunitario.

La opción más rotunda para clarificar definitivamente la relación jurídica entre el ordenamiento jurídico comunitario y el CEDH, y que ha sido defendida, no sólo por parte de la doctrina sino también por algunas instituciones

comunitarias, es la de propugnar la adhesión de la Comunidad al Convenio⁹⁴. Sin embargo, algunos autores habían apuntado otras vías de solución. Así, COHEN-JONATHAN ha considerado que una mención específica del CEDH en el preámbulo de una futura Constitución de la Unión Europea supondría que *"su contenido se integraría así en el ordenamiento comunitario en tanto que estándar mínimo y con valor constitucional, sin perjuicio de que se pueda completar por algunos principios específicos a la acción de la Organización"*⁹⁵. Por su parte, la profesora VILÀ COSTA estimaba que podría ser suficiente la inclusión, mediante una revisión de los Tratados, de una disposición similar a la del artículo 10.2 de la Constitución española, lo que equivaldría a sancionar al CEDH como elemento esencial de interpretación en materia de derechos fundamentales⁹⁶.

Ambas sugerencias se aproximan a la solución consagrada en el TUE. Sin embargo, existe una diferencia clara entre ellas. En efecto, COHEN-JONATHAN habla de "incorporación" del CEDH al ordenamiento jurídico comunitario, mientras que la profesora VILÀ COSTA se mueve en el terreno de la "interpretación". Las consecuencias varían de un caso a otro. ¿Cuál de las dos opciones establece el TUE?

La lectura de las primeras palabras del artículo F.2 parece apuntar a una obligación de remisión al CEDH que va más allá de la mera guía interpretativa, y

⁹⁴ Sobre este tema véase *infra*, cap. VII.

⁹⁵ COHEN-JONATHAN, G.: "La problématique de l'adhésion des Communautés Européennes à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Etudes de Droit des Communautés Européennes. Mélanges offerts à Pierre Henri Teitgen*, Pedone, Paris, 1984, pp. 81-108, p. 85.

⁹⁶ VILÀ COSTA, B.: "Protección de los derechos humanos fundamentales en la Europa comunitaria de los ciudadanos", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1990, inédito, citado por PÉREZ VERA, E.: "EL Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos", *RIE*, 1993, nº 2, pp. 459-482, p. 474.

que por tanto permitiría hablar de incorporación del CEDH al ordenamiento jurídico comunitario: "*La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio...*" (subrayado añadido). En este sentido se pronuncia, por ejemplo, KROSGAARD: "...la referencia al CEDH es una codificación de la aplicación del TJCE del Convenio como fuente de derechos fundamentales, y en el futuro la Comunidad estará legalmente obligada a observar el estándar del Convenio. El CEDH está ahora formalmente integrado en el derecho de la Comunidad Europea"⁹⁷.

Sin embargo, algunos elementos que deben tenerse necesariamente presentes para el análisis del artículo F.2 permiten albergar ciertas dudas acerca de lo bien fundado de dicha interpretación.

En primer lugar, es preciso recordar el artículo L del propio TUE. Dicho artículo establece lo siguiente:

"Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las

⁹⁷ Traducción del inglés: "...the reference to the ECHR is a codification of the Court's application of the Convention as a source of fundamental rights, and that in future the Community will be legally bound to observe the standards of the Convention. The ECHR is now formally integrated into EC law...", KROSGAARD, L.B.: "Fundamental Rights in the European Community after Maastricht", *LIEI*, 1993, nº 1, pp. 99-113, p. 108. La interpretación del artículo F.2 del TUE, según la cual éste opera una auténtica incorporación del CEDH al ordenamiento comunitario, es defendida también por la profesora PÉREZ VERA, quien realiza el siguiente comentario acerca de la técnica jurídica utilizada en el TUE: "En cuanto a la técnica utilizada, si bien no es frecuente en los textos internacionales, no puede considerarse en modo alguno inédita en el mundo del Derecho. En efecto, tal era la técnica empleada por el artículo 75 del Código civil español para regular los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico. Por otra parte, a la misma técnica responde el tratamiento que la Constitución francesa de 1958 da al tema de los derechos humanos, cuando establece en su Preámbulo que, "el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional, tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946", op. cit., p. 474.

Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del Tratado:

a) disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea a fin de establecer la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica;

b) tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3;

c) artículos L a S."

Por tanto, resulta claro que el Título I del TUE, que recoge las llamadas "Disposiciones comunes", entre las que figura el artículo F.2, quedan excluidas de la competencia del TJCE; no son, pues, justiciables. Si el TJCE no tiene competencia para aplicar el artículo F.2, resulta cuando menos complicado considerar el CEDH como una fuente del derecho comunitario.

La profesora PÉREZ VERA ofrece, sin embargo, una interpretación del artículo F.2 basada en su propio texto que permite, desde su punto de vista, soslayar dicha dificultad. Dicha autora observa que el artículo F.2 no se limita a señalar el contenido del compromiso con los derechos fundamentales, sino que también indica "*el vehículo jurídico a través del cual se produce su incorporación*"⁹⁸, en virtud de la frase final, a cuyo tenor la Unión respetará los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario. Para PÉREZ VERA⁹⁹, la declaración formal de que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho implica por fuerza la posibilidad de su invocación y aplicación por el TJCE.

⁹⁸ PÉREZ VERA, *op. cit.*, p. 477. De la misma opinión es GAJA, G.: "The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty", en *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, pp. 549-560, p. 553.

⁹⁹ PÉREZ VERA, *ibid.*

Ahora bien, si se acepta esta interpretación, hay que reconocer que, según el artículo F.2, la fuente que el TJCE debe utilizar para salvaguardar los derechos fundamentales no es el propio CEDH como tal, sino los principios generales del derecho. Y entonces habrá que reconocer también que el artículo F.2 no aporta ninguna solución jurídica nueva ni original al tema de los derechos fundamentales en el derecho comunitario, puesto que ya desde finales de los años sesenta el TJCE viene protegiendo los derechos fundamentales a partir de los principios generales del derecho, y también viene utilizando en su jurisprudencia el CEDH como criterio de interpretación¹⁰⁰. Afirmar esto no significa negar la importancia que el artículo F.2 puede tener como confirmación convencional de la evolución de la jurisprudencia en esta materia del TJCE. Las referencias al CEDH en la jurisprudencia del TJCE encuentran a partir del TUE un nuevo y mayor encaje normativo, puesto que la decisión de integrar el derecho comunitario mediante el derecho internacional no es una decisión discrecional del TJCE, sino sancionada por el propio Tratado, con lo cual, además, se imposibilitaría un hipotético cambio jurisprudencial. Pero esto es muy distinto a otorgar tal fuerza jurídica a este artículo que implicase que el CEDH se convertiría en una parte del derecho comunitario¹⁰¹.

¹⁰⁰ El siguiente párrafo del artículo de PÉREZ VERA parece reconocerlo implícitamente: "A mayor abundamiento, cabe recordar que, como veíamos, el art. 164 TCEE (que seguirá siendo, tras la entrada en vigor del TUE, la pieza clave para establecer el ámbito competencial del TJCE) dispone que el Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado, y que es precisamente sobre este mandato genérico de garantizar el "respeto del derecho", sobre el que el Tribunal ha construido su teoría de los principios generales del derecho comunitario, a partir de la cual ha podido asumir una postura claramente portectora de los derechos fundamentales. En tal sentido, constituiría toda una paradoja que, avalada a nivel "constitucional" la tesis de la jurisprudencia comunitaria de que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho comunitario, la norma que la ratifica y precisa se sustrajera a la competencia del propio Tribunal", *op. cit.*, p. 477.

¹⁰¹ En este mismo sentido, DE MIGUEL ZARAGOZA, J.: "Métodos de integración del Convenio Europeo de Derechos del Hombre en el sistema comunitario", en *El Defensor del Pueblo en el Tratado de la Unión Europea. Jornadas celebradas los días 2 y 3 de noviembre de 1992, en la Sede de la Universidad de Getafe*, Universidad Carlos III de Madrid, Cátedra Joaquín Ruíz-Giménez de estudios sobre el Defensor del Pueblo, Madrid, 1993, pp. 225-233, p. 233. La posición del profesor CASADO RAIGÓN sobre este tema

En definitiva, se podría concluir diciendo que las múltiples referencias al CEDH en la normativa comunitaria no clarifican su estatuto jurídico dentro del ordenamiento de las Comunidades, aunque sí expresan una voluntad de respetar dicho Convenio, reconociéndolo como elemento clave de la protección de los derechos fundamentales.

2.2. El CEDH en la jurisprudencia del TJCE.

Las menciones al CEDH se han convertido en una constante en la jurisprudencia comunitaria. Una referencia explícita al mismo aparece por primera vez en la sentencia *Rutili*, de 28 de octubre de 1975¹⁰², en la que el TJCE consideró que las limitaciones que el derecho comunitario establece a los poderes de los Estados miembros en materia de control policial de extranjeros son la manifestación específica de un principio más general, consagrado en los artículos 8, 9, 10 y 11 del CEDH, y en el artículo 2 de su Protocolo nº 4. A esta sentencia le siguió una abundante jurisprudencia que alude a distintos artículos del CEDH.

resulta un tanto ambigua, pues parece aceptar la tesis de que el TUE incorpora el CEDH en el derecho comunitario, pero de forma "incompleta", dada la falta de competencia del TJCE sobre el artículo F.2; el autor concluye que "*el Tratado de la Unión Europea no ha dado un salto significativo para los Derechos Humanos en la Comunidad*", CASADO RAIGÓN, R.: "Unión Europea, Derechos Humanos y Convenio de 1950", en *Cuestiones Actuales de Derecho Comunitario Europeo II*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1993, pp. 77-84, p. 84. Por su parte, COHEN-JONATHAN considera que el CEDH, después del TUE, sigue siendo una fuente de inspiración, que se toma en consideración a título de principios generales del derecho, COHEN-JONATHAN, G.: "L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme", *Journal des Tribunaux. Droit européen*, 1995, nº 17, pp. 49-53, p. 49.

¹⁰² Sentencia del TJCE de 28 de octubre de 1975, as. 36/75, *Roland Rutili contre Ministre de l'Intérieur*, Rec. 1975, pp. 1219 y ss. Anteriormente, el CEDH había sido mencionado en algunas de las conclusiones de los Abogados Generales, como por ejemplo, por el Abogado General MAYRAS en sus conclusiones presentadas el 29 de noviembre de 1972, as. 7/72 *Boehringer Mannheim GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Rec. 1972, pp. 1293 y ss.

Ante las referencias cada vez más abundantes del TJCE al CEDH, la doctrina se ha preguntado por la naturaleza jurídica de sus relaciones con el ordenamiento comunitario. Dicho en otras palabras, se plantea la cuestión del fundamento de la competencia del TJCE cuando examina la compatibilidad de una norma comunitaria con uno de los derechos garantizados por el CEDH. Este tema presenta un interés tanto teórico como práctico: teórico, en la medida en que determina la naturaleza de la operación que realiza el TJCE (aplicación de las disposiciones del CEDH o mera inspiración en ellas); práctico, puesto que indirectamente condiciona el debate, iniciado ya en los años setenta, sobre la conveniencia de la adhesión de la Comunidad a dicho instrumento internacional.

Ya en 1965 el profesor WAELBROECK¹⁰³ sostuvo que el CEDH debía considerarse obligatorio para la Comunidad y sus instituciones. Desde entonces, dicha obligatoriedad ha sido fundamentada por la doctrina en dos argumentos distintos: por una lado, la teoría de la sucesión y, por otro, la incorporación como principios generales del derecho.

Se ha sostenido que el CEDH (o al menos, su contenido normativo) vincularía jurídicamente a la Comunidad por el efecto de una sucesión limitada a las materias que caen dentro de la competencia comunitaria. Este argumento basa su fundamentación jurídica por una parte en el artículo 234 del Tratado CEE, y por otra, en el razonamiento efectuado por el TJCE en el asunto *International Fruit Company* de 12 de diciembre de 1972 a propósito del GATT¹⁰⁴.

¹⁰³ WAELBROECK, M.: "La Convention Européenne des Droits de l'Homme lie-t-elle les Communautés Européennes?", en *Droit Communautaire et Droit national. Semaine de Bruges*, De Tempel, Bruges, 1965, pp. 305-318.

¹⁰⁴ Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 1972, ass. 21 a 24/72, *International Fruit Company NV et autres contre Produktschap voor Groenten en Fruit*, Rec. 1972, pp. 1219 y ss.

En este asunto, se planteó un recurso prejudicial ante el TJCE sobre la compatibilidad de determinados reglamentos de la Comisión con el artículo XI del GATT, que había sido ratificado por todos los Estados miembros antes de la entrada en vigor de los Tratados comunitarios. El TJCE señala que, para que la validez de un acto de derecho comunitario pueda verse afectada por una disposición de derecho internacional, es preciso examinar en primer lugar si dicha disposición vincula a la Comunidad. En su análisis, el TJCE parte del hecho que los Estados miembros eran partes del GATT antes de la entrada en vigor del Tratado CEE y que no podían librarse de sus obligaciones internacionales frente a terceros por causa de un acuerdo celebrado entre ellos. Esta exigencia de derecho internacional figura expresamente en el artículo 234 del Tratado de Roma. Por otro lado, el TJCE constata que los Estados miembros han manifestado su intención de respetar los compromisos del GATT, como se pone de manifiesto particularmente en el artículo 110 del Tratado CEE. Asimismo, la Comunidad ha asumido competencias, antes detentadas por los Estados, en materia arancelaria y comercial. Como subraya el TJCE, los Estados miembros, al conferir a la Comunidad dichas competencias, han mostrado su voluntad de vincular a la Comunidad por las obligaciones contratadas en virtud del Acuerdo General. Por lo demás, las actuaciones de la Comunidad demuestran que se ha considerado como efectivamente vinculada por este Tratado¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Posteriormente a esta sentencia, el Tribunal y sus Abogados Generales han tenido ocasión de reiterar las condiciones, restrictivas, en las que se puede hablar de sucesión, limitada hasta ahora al caso del GATT. Así, en las Conclusiones del Abogado General CAPOTORTI, presentadas el 10 de julio de 1980, as. 812/79, *Attorney general contre Juan C. Burgoa*, Rec. 1980, pp. 2809 y ss. (retomadas en la sentencia de 14 de octubre de 1980, Rec. 1980, pp. 2787 y ss.), se señala: "...le fait que les Etats membre étaient déjà liés par le GATT lorsqu'ils ont conclu le Traité CEE, la volonté de ces Etats de lier la Communauté par les obligations de l'Accord coïncidant avec l'adhésion de la Communauté aux buts poursuivis par le GATT qui découle de l'article 110 du Traité de Rome, l'action effectivement menée par les institutions communautaires dans le cadre de cet accord, et la reconnaissance par les autres parties contractantes du transfert de pouvoirs des Etats membres à la Communauté", Rec. 1980, p. 2815.

La pregunta radica en si es posible y correcto trasladar este razonamiento efectuado por el Tribunal en el caso del GATT al CEDH. Una parte de la doctrina se ha mostrado partidaria de dicha afirmación¹⁰⁶. Para PESCATORE no hay ninguna duda al respecto. Ya en los años sesenta este autor consideraba que el único impedimento para considerar el CEDH parte del derecho comunitario era el caso de Francia¹⁰⁷. Una vez efectuada la ratificación francesa, su convicción es absoluta:

*"...el Convenio europeo de derechos humanos forma parte integrante del ordenamiento jurídico aplicable en el interior de la Comunidad..."*¹⁰⁸.

Es por ello que considera que una adhesión formal de las Comunidades al Convenio es del todo punto innecesaria.

¹⁰⁶ Véase, entre otros, CAPOTORTI, F.: "À propos de l'adhésion éventuelle des Communautés à la Convention européenne des Droits de l'Homme", en *Das Europa der zweiten Generation. Gedächtnisschrift Sasse*, Band II, Engel Verlag, Kehl am Rhein, Straßburg, 1981, pp. 703-726, p. 714; 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. 402; SØRENSEN: *op. cit.*, p. 165 (este autor ya en un artículo anterior afirmaba que si Francia ratificaba el Convenio no habría ninguna duda acerca de su obligatoriedad: "The enlargement of the European Communities and the protection of Human Rights", *AE/EY*, 1971, pp. 3-22, p. 8); SCHERMERS, H.G.: "The European Community bound by Fundamental Human Rights", *CMLRev.*, 1990, n° 2, pp. 249-258, p. 252. SIMON también parece estar de acuerdo después de la sentencia *Rutili*, que considera un paso importante en favor del reconocimiento del carácter vinculante del CEDH, aunque se muestra a la espera de una decisión más definitiva por parte del Tribunal (SIMON, *op. cit.*, p. 222). En el mismo sentido GOFFIN, L.: "La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention Européenne des droits de l'homme", en *Liber Amicorum Frédéric Dumon*, vol. II, Kluwer, Antwerpen, 1983, pp. 1129-1142; y ROTTOLA, A.: "L'adesione della Comunita' alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *RDE*, 1980, n° 1, pp. 19-28.

¹⁰⁷ PESCATORE, P.: "Les droits de l'homme et l'intégration européenne", *CDE*, 1968, n° 6, pp. 627-657, p. 650.

¹⁰⁸ Traducido del francés: "...la Convention européenne des droits de l'homme forme partie intégrante de l'ordre juridique applicable à l'intérieur de la Communauté...", PESCATORE, P.: "La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire. Rapport communautaire", en *L'individu et le droit européen*, FIDÉ, VII Congrès, Bruxelles, 1975, II/2, pp. 1-31, p. 24. El autor ha mantenido y reafirmado de nuevo esta posición en "La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des Droits de l'Homme", en MATSCHER, F.; PETZOLD, H. (ed.): *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1988, pp. 441-455, p. 450.