

## PREFACIO

Este libro aborda las transformaciones judiciales experimentadas en el ámbito de la protección constitucional de los derechos fundamentales como consecuencia de la integración europea. Indaga en los cambios producidos en el sujeto, el objeto y el parámetro de control. Y continúa una línea de investigación anterior centrada en la adaptación del parámetro de control constitucional en el contexto de la Unión Europea.

Realicé una primera incursión al tema en el libro *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional* (INAP, Madrid, 2015). Entonces el objeto de estudio eran los ajustes en el objeto y el parámetro de control que podría necesitar introducir el Tribunal Constitucional español a la luz de la evolución del Derecho de la Unión Europea, en especial de las sentencias *Åkerberg Fransson* y *Melloni* del Tribunal de Justicia, y el marco de contraste, y el motivo para la reflexión eran los ajustes que ya habían introducido otros tribunales constitucionales europeos.

En el libro que el lector tiene en sus manos el foco se traslada al Tribunal Constitucional Federal alemán, con el telón de fondo de la especialización progresiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como jurisdicción supranacional de los derechos fundamentales. Aunque algunos tribunales constitucionales o supremos de otros Estados miembros habían introducido en el pasado ajustes en su ámbito de control, generalmente de forma discreta, indirecta y fragmentaria, la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán incorporó abiertamente a finales de 2019 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al parámetro de control de las decisiones judiciales.

En 2015 no se podía prever una transformación tan revolucionaria: no obstante, quien examine mi trabajo de entonces podrá comprobar

que ya se argumentaba que, con el modelo de separación practicado hasta entonces, la jurisdicción constitucional alemana corría «el peligro de verse cada vez más marginada» ante la concepción expansiva del ámbito de aplicación de la Carta y la interpretación restrictiva de su art. 53.

¿Por qué es revolucionaria esa transformación? Porque la jurisdicción constitucional alemana, por su propia iniciativa, y como forma de adaptación al nuevo contexto, asume una amplia europeización de su función jurisdiccional: europeización que significativamente alcanza a su parámetro de control de las decisiones judiciales. Esa europeización se añade a la bien conocida europeización de la función de la jurisdicción ordinaria, que se ha desarrollado por igual en todo el territorio de la Unión Europea, y que en Alemania había conducido ya a una primera modulación del parámetro de control: para garantizar el respeto de la dimensión europea de la función jurisdiccional, la jurisdicción constitucional alemana integró el respeto del deber de reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia en el canon constitucional de control aplicable a las decisiones judiciales (proceso que estudié y postulé que debía ser también seguido en España en mi libro *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, publicado en esta misma editorial en 2020). Mientras la europeización de la jurisdicción ordinaria había sido directamente impulsada por el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia *Simmenthal*), y, todo sea dicho, aceptada en su día a regañadientes por las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros, la europeización parcial de la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional Federal alemán es de elaboración propia y ha sido fundamentada en argumentos constitucionales. Mientras la europeización de la jurisdicción ordinaria había obligado al Tribunal Constitucional Federal alemán a introducir un pequeño ajuste en el canon de control aplicable a las decisiones judiciales, la transformación sobre la que versa este libro es cualitativamente superior: consiste en la incorporación de la Carta como parámetro de control, integral y exclusivo, de las decisiones judiciales en el supuesto de que estén plenamente determinadas por el Derecho de la Unión Europea.

Para explicar ese punto de llegada, nada fácil porque derriba el mito de que un tribunal constitucional solo aplica su constitución, este libro rastrea la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea como el factor desencadenante de

las transformaciones de las que el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido tanto agente como objeto en los últimos sesenta años. Sin presión ambiental no se produce la adaptación al medio. El libro intenta mostrar la coherencia y la tenacidad que han manifestado tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal Constitucional Federal alemán en un proceso recíproco de presión y adaptación: el primero desde la preocupación por garantizar la primacía del Derecho de la Unión; el segundo desde la de preservar la identidad constitucional (y, de paso, la relevancia de su jurisdicción) explorando diferentes métodos para ello.

Debo expresar mi gratitud a Miguel Azpitarte Sánchez, que leyó una versión inicial del manuscrito: como en ocasiones anteriores, sus observaciones críticas me resultaron enormemente útiles. Anuscheh Farahat atendió amablemente mis peticiones de información. De ambos me enorgullece su amistad. De los errores de todo tipo en que haya podido incurrir, solo yo soy responsable.

La etapa final de la investigación que ahora se da a la luz ha sido apoyada por el proyecto de investigación I + D + i 2020 concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación, titulado «La Constitución como instrumento de integración de la sociedad y el sistema político» (referencia PID2020-117503GB-I00), del que soy investigador principal.

También quiero agradecer a los directores de la colección «Estudios Constitucionales», los profesores Manuel Aragón Reyes y Pedro González-Trevijano Sánchez, la magnífica acogida dispensada a esta investigación, y al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y a su servicio de publicaciones por publicarla con el esmero de siempre.

Madrid, marzo de 2022



## INTRODUCCIÓN

### 1. Objeto

La decisión de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de mayo de 2020, sobre el programa de compras de activos públicos (PSPP), en la que por primera vez declaró *ultra vires* una actuación de una institución de la Unión Europea, provocó una gran agitación: suscitó ríos de tinta en las revistas jurídicas especializadas e incluso en la prensa europea, con desabridos e incluso hostiles editoriales y artículos de opinión<sup>1</sup>.

En cambio, de dos sentencias de 6 de noviembre de 2019 del mismo Tribunal, si bien de su Sala Primera<sup>2</sup>, no habrán oído hablar los ciudadanos europeos, y probablemente no se tenga noticia de ellas fuera del ámbito de los especialistas. Sin embargo, esas dos sentencias tendrán consecuencias importantes en el futuro. Auspician un nuevo federalismo cooperativo en la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, y sabido es que las novedades de la jurisdicción constitucional alemana tienen un efecto dominó y se extienden más tarde o temprano a otras jurisdicciones constitucionales<sup>3</sup>.

Esa nueva jurisprudencia ha sido calificada en la doctrina alemana como «uno de los desarrollos más importantes de la historia de la

---

<sup>1</sup> TCF, Sala Segunda, sentencia de 5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15 y otros (*PSPP*): se declararon *ultra vires* una actuación del Banco Central Europeo y su control por el Tribunal de Justicia.

<sup>2</sup> TCF, Sala Primera, sentencias de 6 de noviembre de 2019, 1 BvR 16/13 (*Derecho al olvido I*), y 1 BvR 276/17 (*Derecho al olvido II*). La página web del TCF ofrece versiones completas en inglés y francés de ambas sentencias.

<sup>3</sup> Al respecto *vid.* Häberle, 2005.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal sobre los derechos fundamentales<sup>4</sup>, una «transformación de la protección de los derechos fundamentales»<sup>5</sup>, un «jalón importante» en el desarrollo de la doctrina iniciada con las sentencias *Solange*<sup>6</sup>, una «Solange III»<sup>7</sup>, un «cambio de paradigma»<sup>8</sup>, una «nueva era»<sup>9</sup>, un «hito histórico»<sup>10</sup>, un «movimiento tectónico»<sup>11</sup>, «un cambio de época»<sup>12</sup>, un «paso revolucionario»<sup>13</sup>, «un nuevo trazado del mapa de la protección de los derechos fundamentales en el sistema multinivel europeo»<sup>14</sup> y hasta una «(r)evolución de noviembre»<sup>15</sup>.

En la actualidad no queda rastro del bramido y la espuma de las olas levantadas por la sentencia de 5 de mayo de 2020. Como otras veces en el pasado, la Sala Segunda optó un año después por rebajar la tensión y rechazó la solicitud de ejecución de aquella sentencia, por considerar, entre tanto, cumplidas las exigencias entonces señaladas<sup>16</sup>. Una escueta reseña se coló esta vez en los medios de comunicación y solo algunos lectores bien informados pudieron conectarla con las noticias publicadas un año antes.

Igualmente, el procedimiento de infracción abierto por la Comisión en julio de 2021, por considerar que se seguía manteniendo la declaración de *ultra vires* de 2020, fue cerrado sin alharacas a prin-

<sup>4</sup> Wendel, 2020, pp. 1383, 1425; en similares términos, Nettesheim y Schäufler, 2020, p. 119.

<sup>5</sup> Hofmann, Heger y Gharibyan, 2019, p. 277.

<sup>6</sup> Hoffmann, 2020, pp. 33, 37.

<sup>7</sup> Así, Hofmann, Heger y Gharibyan, 2019, título del artículo y p. 291; para otros, la ruptura producida solo autoriza a considerarla como una «Solange II y media» (Kämmerer y Kotzur, 2020, p. 181).

<sup>8</sup> Edenharter, 2020, p. 349; Rauchegger, 2020a, pp. 260-261; Wendt, 2020, p. 549; Swoboda, 2021, p. 66.

<sup>9</sup> Wendel, 2020, p. 1425; Hofmann y Heger, 2021, p. 1.

<sup>10</sup> Hofmann y Heger, 2021, p. 10.

<sup>11</sup> Thym, 2020, p. 188; similar metáfora en Kämmerer y Kotzur, 2020, p. 182 («movimientos tectónicos en marcha, que no se asentarán en un futuro inmediato»).

<sup>12</sup> Wendt, 2020, p. 552.

<sup>13</sup> Wendel, 2020, p. 1396.

<sup>14</sup> Kämmerer y Kotzur, 2020, p. 177.

<sup>15</sup> Kühling, 2020, p. 275; igualmente, Geiger, 2020, p. 226 («una revolución jurisprudencial»), y Machel, 2021, p. 141 («carácter revolucionario» de la decisión).

<sup>16</sup> TCF, Sala Segunda, decisión de 29 de abril de 2021, 2 BvR 1651/15 y 2 BvR 2006/15.

cipios de diciembre de 2021, con el argumento de que Alemania, en su contestación al emplazamiento, había reconocido firmemente los principios del Derecho de la Unión y la autoridad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y se había comprometido a utilizar «todos los medios a su alcance para evitar, en el futuro, la repetición de un caso *ultra vires*»<sup>17</sup>.

En cambio, el nuevo enfoque de la Sala Primera que se desprende de las sentencias de 6 de noviembre de 2019 tiene un impacto duradero: modifica los parámetros de la relación entre los derechos fundamentales de la Carta y los del ordenamiento jurídico alemán, así como la relación entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional Federal<sup>18</sup>. ¿Cómo ha ocurrido esto? ¿Dónde está el tradicional escepticismo del Tribunal Constitucional Federal respecto al acervo iusfundamental de la Unión? ¿Cómo se concilia esa doctrina con la creciente propensión de Karlsruhe a activar el control *ultra vires*? La búsqueda de respuesta a estas y otras preguntas han inspirado la presente investigación.

Sin anticipar un análisis que necesita ser articulado se puede desde ahora indicar el acontecimiento que con mayor probabilidad decidió ese nuevo enfoque: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sentada en las sentencias *Åkerberg Fransson* y *Melloni*, de 26 de febrero de 2013<sup>19</sup>. Ese acontecimiento solo se puede comparar en su trascendencia con las célebres sentencias *Van Gend en Loos* y *Costa/ENEL*, dictadas a principios de los años sesenta del siglo pasado por el mismo Tribunal<sup>20</sup>. También en el grado de osadía: el Tribunal de Justicia decidió en la sentencia *Åkerberg Fransson* contra el criterio del abogado general Cruz Villalón, la Comisión y los Estados miembros que participaron en el procedimiento. Cincuenta años antes, en la sentencia *Van Gend en Loos*, tampoco siguió el criterio del abogado general **Röemer** y los tres Estados miembros intervinientes en el proceso (Países Bajos, Bélgica y Alemania), y en la posterior senten-



<sup>17</sup> Andrés Gil, «Bruselas da carpetazo al expediente contra Berlín por los desafíos del Constitucional alemán a las normas europeas», *elDiario.es*, 2 de diciembre de 2021.

<sup>18</sup> Burchardt, 2020, p. 8.

<sup>19</sup> SSTJ de 26 de febrero de 2013, as. C-399/11, *Melloni*, y as. C-617/10, *Åklagaren y Hans Åkerberg Fransson*.

<sup>20</sup> SSTJ de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, *Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen*, y de 15 de julio de 1964, as. 6/64, *Costa/ENEL*.

cia *Costa/ENEL* resolvió en sentido contrario al criterio de Italia y de una sentencia del Tribunal Constitucional italiano (núm. 14, de 24 de febrero de 1964), que había versado sobre el mismo asunto.

En el origen de este libro está el intento de comprender la forma en la que la integración europea ha transformado la jurisdicción constitucional alemana en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales. El rechazo inicial, la posterior aceptación condicionada y distante y la más reciente incorporación de los derechos fundamentales de la Unión Europea por la jurisdicción constitucional alemana vertebrarán la narración.

El objetivo general es exponer la interacción dinámica entre la jurisdicción constitucional de un Estado miembro y la jurisdicción del Tribunal de Justicia a propósito de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Los derechos fundamentales no solo constituyen una parte esencial del desarrollo del Derecho de la Unión Europea: son también elemento básico de su constitucionalización. Con el telón de fondo del alto componente intergubernamental que caracteriza a la integración europea, por constitucionalización se entiende aquí el proceso de decantación de reglas escritas o jurisprudenciales para juridificar el ejercicio del poder, así como de incorporación de características propias de un sistema jurídico autónomo y autosuficiente.

La interacción entre la jurisdicción constitucional alemana y la jurisdicción del Tribunal de Justicia es en ocasiones conflictiva. Pero es también un proceso dinámico y creativo de adaptación y búsqueda de argumentos y soluciones para reforzar la propia misión, reaccionando ante la consolidación y el avance de la otra jurisdicción. El resultado de esa interacción es una acomodación mutua en un escenario que no es idéntico a la situación de partida, pues implica una profunda transformación jurídica y judicial. Ahora bien, mientras la transformación del Tribunal de Justicia es más o menos conocida en la bibliografía de la integración europea, con su elaboración de derechos fundamentales en tanto principios generales del Derecho comunitario y su progresiva conversión en una jurisdicción de derechos fundamentales asimilable a otras<sup>21</sup>, las profundas transformaciones

---

<sup>21</sup> La bibliografía es desbordante desde las perspectivas jurídica y política. Para una perspectiva jurídica general *vid.*, entre muchos, Rideau, 1997; Alston, Bustelo y Heenan, 1999; y Douglas-Scott y Hatzis, 2017.



de la jurisdicción constitucional alemana apenas han sido advertidas fuera de su ordenamiento jurídico.

La exposición de la capacidad de resistencia y adaptación de la jurisdicción constitucional alemana se centra en este libro en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. La focalización no es arbitraria. La identidad constitucional alemana está marcada por la protección de los derechos fundamentales. No es extraño que se convirtiera en la sempiterna *querelle allemande* en el proceso de integración europea: «una discusión típicamente alemana», como advertían los autores extranjeros a sus colegas alemanes en la década de los años sesenta del siglo pasado. Sus orígenes se remontan a los inicios de la integración europea. Contra lo que en ocasiones se afirma, la relación conflictiva del Tribunal Constitucional Federal con el desarrollo de la integración europea no comienza con la sentencia *Maas-tricht*, sino que es previa y afecta al diseño original de la arquitectura constitucional de las Comunidades Europeas. La que se expresó con las sentencias *Solange I* (1974) y *II* (1986) no fue una escaramuza menor, sino una objeción de calado al diseño constitucional de la integración europea. Sus consecuencias llegan hasta nuestros días:<sup>22</sup> entre otras, condujeron a ampliar la disposición europea de la Ley Fundamental con una cláusula de garantía estructural, todavía vigente.

Por otro lado, la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea es solo la parte visible —y sin duda la más accesible para el gran público— de un iceberg voluminoso en el que se incluyen muchas otras cuestiones: la naturaleza de la Unión (en su día, las Comunidades Europeas), sus necesidades estructurales (democracia, efectividad de la tutela judicial, rendición de cuentas, etc.), sus relaciones con los Estados miembros y, sobre todo, su *telos*. La cuestión de los derechos fundamentales protagoniza la confrontación inicial y, aunque pareció entrar después en cierto letargo, quedó latente y resurgió con fuerza en la segunda década del siglo XXI. Ciertamente, el discurso de la protección de los derechos fundamentales y el debate sobre las fórmulas más adecuadas para ello pueden ocultar otras preocupaciones, tanto jurisdiccionales e institucionales como

<sup>22</sup> Compárese la reciente interpretación de la sentencia *Solange I* por el anterior presidente del TCF: la conecta con las preocupaciones actuales (protección de la identidad constitucional y los derechos fundamentales y respeto de la distribución competencial). *Vid.* Voßkuhle, 2017, pp. 147-148.

de hegemonía y autoridad. ¿Qué es, si no, el extraordinario cúmulo de objeciones puestas por el Tribunal de Justicia al proyecto de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos?<sup>23</sup>. ¿O los continuos roces con los tribunales constitucionales respecto al ámbito de aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales o al significado de su art. 53?

Entre tanto, la controversia por la protección de los derechos fundamentales ha modificado, empero, algunos de sus perfiles. Si en los años sesenta y setenta del siglo pasado la complicación derivaba esencialmente de la percepción de una amplia divergencia estructural entre las Comunidades Europeas y los Estados constitucionales que las conformaban y de la existencia de un *déficit* de protección de los derechos (básicamente, por la inexistencia de un catálogo explícito), en la segunda década del siglo XXI la disputa incluye nuevas facetas.

A la persistente percepción del *déficit* de vigor del estándar europeo se añade en nuestros días una preocupación aparentemente contradictoria: la preocupación por el *exceso* de protagonismo del estándar europeo, por la acción de una jurisprudencia federalizante que se despliega a partir de la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Las jurisdicciones constitucionales se sienten cada vez más incómodas con la vis expansiva del ámbito de aplicación y del nivel de protección de un catálogo general de derechos que desplaza y arrinconaba las garantías nacionales. Si al principio existía preocupación por la calidad constitucional del naciente sistema comunitario (referida a la trinidad democracia-Estado de derecho-derechos fundamentales), la inquietud se dirige ahora preferentemente al encaje federal del modelo de protección de derechos de la Unión y se superpone con otros temas afines, la identidad constitucional y la preservación de un ámbito competencial suficiente para los Estados miembros.

La evolución de la jurisdicción constitucional alemana con respecto a la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en la Unión será abordada desde una doble perspectiva, sustantiva y procesal, que coinciden con los dos objetivos específicos del libro.

---

<sup>23</sup> Compárese De Witte, 2019, p. 73: «The primary concern of the CJEU, throughout its lengthy Opinion [2/13], is to protect the autonomy of the EU legal order against 'foreign' influence, whereas the concern to ensure optimal protection of human rights for European citizens is nowhere voiced».

Así, el primer objetivo específico de este libro es examinar críticamente, en el contexto evolutivo de su jurisprudencia, la nueva doctrina constitucional alemana sobre la articulación de los derechos fundamentales nacionales y los derechos fundamentales de la Carta.

El segundo objetivo específico consiste en poner de manifiesto las mutaciones que experimenta el programa de control iusfundamental de una jurisdicción constitucional inserta en una organización supranacional que progresa hacia una integración cada vez más estrecha. Este segundo objetivo requiere una breve explicación, porque no es un tema abordado en la bibliografía existente, tampoco en la alemana.

El ámbito jurisdiccional o programa de control asignado a los órganos judiciales o a las jurisdicciones constitucionales se define con la ayuda de tres nociones básicas: objeto, parámetro y nivel de control. Esas tres nociones básicas delimitan qué es lo que un órgano puede enjuiciar, con arreglo a qué canon y con qué nivel de intensidad o grado de escrutinio. Además, permiten explicar las diferencias que pueden existir entre distintos programas de control (jurisdicción ordinaria vs. constitucional, jurisdicción nacional vs. internacional, jurisdicción nacional vs. supranacional) y que se pueden traducir en resultados divergentes de la aplicación de los respectivos programas de control. Sin embargo, pese a su centralidad en cualquier definición del ámbito jurisdiccional, existen pocos estudios teóricos al respecto y en pocas ocasiones se utilizan de forma explícita y consciente, especialmente con respecto a la jurisdicción constitucional y a la del Tribunal de Justicia. El presente estudio quiere colmar esa laguna, atendiendo también a la posible interacción de ambas jurisdicciones y centrándose en el ámbito de los derechos fundamentales, pues en este ámbito son más nítidas las diferencias de las tres nociones entre sí y en su aplicación por los órganos judiciales, por un lado, y la jurisdicción constitucional, por otro.

El Derecho de la Unión Europea no altera esa triple distinción, pero sí puede reclamar ajustes en los elementos de los programas de control asignados a los órganos nacionales e internacionales que operan sobre el mismo territorio. Esto es evidente con respecto al programa de control de los jueces y tribunales ordinarios, en cuanto jueces ordinarios del Derecho de la Unión. Pero necesita acreditarse que también afecta al programa de control de los tribunales constitucionales. Este fenómeno no se ha materializado y, por tanto, no ha sido perceptible en España, pero sí en Alemania. Este libro quiere

mostrar justamente que el Tribunal Constitucional Federal no ha tenido inconveniente en ajustar varias veces a lo largo de su jurisprudencia el objeto y el parámetro de control en los asuntos vinculados al Derecho de la Unión, sin el amparo explícito del legislador e incluso en direcciones de ida y vuelta, de contracción y dilatación.

Para sintetizar el segundo objetivo específico, se puede señalar que en esta investigación se tratará de confirmar o refutar dos hipótesis. La primera, de orden empírico, es la siguiente: la evolución del Derecho de la Unión y el desarrollo de su protección de los derechos fundamentales ha tenido impacto sobre la jurisdicción constitucional alemana y su programa de control, de la misma manera, aunque de forma mucho más conocida, que la jurisdicción constitucional alemana y su preocupación iusfundamental tuvo un gran impacto en el despertar y evolución de la jurisprudencia iusfundamental del Tribunal de Justicia. La segunda hipótesis, aunque conectada con la anterior, tiene carácter teórico: la irrupción de un nuevo parámetro de validez y un nuevo órgano de control en el plano supranacional obliga a reajustar el objeto y el parámetro de control aplicable en el plano interno en los asuntos constitucionales vinculados al Derecho de la Unión<sup>24</sup>.

El objeto de estudio, como se ha indicado, es la jurisprudencia constitucional alemana. Esa jurisprudencia tiene suficiente enjundia y ha recorrido tantas y tan diversas vicisitudes que justifica que se le dedique una atención exclusiva. Por lo demás, la razón por la que se excluye un análisis paralelo o complementario de la jurisprudencia constitucional española, ni siquiera como contraste puntual, es sencilla: el autor de este libro ha tenido ocasión de abordar con cierta amplitud su estudio. En una obra previa defendió la tesis, menos revolucionaria que la acogida en 2019 por el Tribunal Constitucional Federal, de que el Tribunal Constitucional español debía procurar una tutela indirecta del Derecho de la Unión Europea, incluidos los derechos de la Carta, supervisando que los órganos judiciales cumplieran adecuadamente con su deber de reenvío prejudicial, en los términos establecidos en la jurisprudencia *Cilfit*; y en otra publicación desarrolló los fundamentos constitucionales y las cuestiones técnicas para realizar esa tutela indirecta<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Ya Streinz, 1989, p. 472; en relación con el Tribunal Constitucional Federal alemán, *ibídem*, pp. 293-304.

<sup>25</sup> Arzo Santisteban, 2015 y 2020.

## 2. Metodología

Antes de precisar la estructura del libro deben proporcionarse algunas explicaciones metodológicas y conceptuales. Una de las claves del presente estudio es evitar considerar que tanto el modelo alemán como el de la Unión Europea para la protección de los derechos fundamentales son estáticos y están plenamente configurados por sus normas institucionales básicas. Las jurisdicciones que velan por su aplicación surgieron en una fecha relativamente próxima, y debieron transitar durante un periodo fundacional para que arraigara su autoridad, que es su principal capital jurídico y político; solo entonces pueden desarrollar con confianza las funciones que les han sido confiadas. La integración europea no es un fenómeno que sobreviene a una jurisdicción constitucional ya conformada (la alemana), sino un fenómeno que se pone en marcha a la vez. De la misma forma, la polémica sobre la protección de los derechos fundamentales solo emerge cuando el Tribunal de Justicia, en un movimiento audaz, sienta los principios fundadores del ordenamiento supranacional comunitario: en cierta forma, el Tribunal de Justicia se da de bruces con una polémica que él mismo ha instigado con sus revolucionarias doctrinas jurisprudenciales. Las reacciones de ambos sistemas jurídicos desencadenaron una cadena de transformaciones judiciales que llegan hasta nuestros días.

A la hora de exponer esas transformaciones judiciales, este libro combina el punto de vista del Derecho constitucional comparado con el de los estudios jurídicos sobre la integración europea. Con ello se quiere evitar la tradicional incomunicación o aislamiento de las respectivas disciplinas y, sobre todo, el relato sesgado de que un sistema jurídico (y por extensión, su vértice jurisdiccional) es el «bueno» o el «legítimo» y el otro el factor irritante o perturbador, del que aquel «meramente» se defiende. El punto de partida de la investigación es que hay, o puede haber, racionalidad y legitimidad en los presupuestos de validez de ambos sistemas jurídicos, lo que no significa que cualesquiera decisiones que se adopten en su seno también participen de ellas, simplemente por provenir de donde provienen.

Aunque el foco de atención del presente libro está en los aspectos doctrinales y jurisprudenciales, no se pueden descuidar los aspectos sociales y políticos, a veces accidentales, de las decisiones y las prácticas de ciertos actores e instituciones: esto es, la dimensión histórica

y pública del contexto y la transformación estudiada. Una creciente bibliografía explora la historia del Derecho europeo y trata de esclarecer la intrahistoria de las sentencias fundacionales, a partir del uso sistemático de la documentación existente en los archivos privados, nacionales y europeos, estos últimos abiertos parcialmente en 2016. Para este estudio se han considerado diversas publicaciones recientes de esa nueva historiografía<sup>26</sup>. Cuando menos, así podrá mitigarse el tedio que puede causar volver sobre cuestiones que en los estudios europeos se han contado numerosas veces<sup>27</sup>.

El libro es, por un lado, un estudio sobre la jurisdicción constitucional alemana y sobre su capacidad de transformación y reajuste de la función de control que le encomienda la Ley Fundamental, desde su posición bisagra entre el poder judicial nacional y el poder judicial europeo. Diversas obras han analizado en conjunto la forma en que el Tribunal Constitucional Federal ha construido su jurisprudencia y ha alcanzado su autoridad actual.<sup>28</sup> No obstante, esas obras suelen prestar menor atención al factor de la integración europea y, en particular, a la cuestión de quién y cómo deben protegerse los derechos fundamentales en la Unión Europea. Generalmente la relación de la jurisdicción constitucional alemana con el Tribunal de Justicia se suele estudiar desde la perspectiva del conflicto, o bien desde el ángulo de la contribución del primero al segundo.<sup>29</sup> Sin embargo, se suele pasar por alto la importante transformación del segundo como consecuencia del primero. A fin de cuentas, el poder judicial europeo es la única instancia que desafía la autoridad y la función del Tribunal Constitucional Federal y que le ha forzado a reconfigurar constantemente su ámbito y sus mecanismos de control.

El libro es también, por otro lado, un estudio sobre la Unión Europea. En primer lugar, porque la transformación de la jurisdicción alemana es en parte consecuencia de los procesos activados por el Tribunal de Justicia (y estos, a menudo, a su vez, de las exigencias

---

<sup>26</sup> En particular, los trabajos de Davies, 2012 y 2017; Rasmussen, 2008, 2014, 2017 y 2019; Phelan, 2019; y Arena, 2021. Estas publicaciones complementan la visión más jurídica sobre las sentencias de los estudios incluidos en Poiares Maduro y Azulai, 2010.

<sup>27</sup> Weiler, 1999, p. 108, se refería al «tedio» de volver a contar la historia de la invención jurisprudencial de los derechos fundamentales comunitarios.

<sup>28</sup> Wesel, 2004; Stolleis, 2011; Collings, 2015; Hailbronner, 2015.

<sup>29</sup> Al respecto *vid.* Martín y Pérez de Nanclares, 2008, y Voßkuhle, 2017.

alemanas). En segundo lugar, porque esas transformaciones tienen lugar en uno de los Estados miembros más importantes de la Unión. En tercer lugar, porque el Tribunal Constitucional Federal se vale de, e incorpora a su haber, los recursos y doctrinas que contiene el Derecho constitucional de la Unión, ya sea la cuestión prejudicial o la doctrina sobre la vinculación exclusiva al canon europeo en los ámbitos plenamente armonizados. Finalmente, porque la transformación constitucional alemana presupone una no menos importante transformación del Derecho constitucional de la Unión Europea, que con el tiempo ha incorporado a su vez sus principales señas de identidad: el catálogo escrito de derechos, el reconocimiento de la dignidad humana y la incorporación de los elementos centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, como el contenido esencial, el principio de proporcionalidad y la exigencia de ley delimitadora.

La jurisprudencia constitucional alemana sobre la integración europea comprende más aspectos que los que se abordan en este libro, que se circunscribe al análisis de la evolución de la posición del Tribunal Constitucional Federal sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. En ocasiones es difícil separar las cuestiones sobre la protección iusfundamental de las demás cuestiones constitucionales que suscita la integración europea. Incluso se ha sostenido que el tema de fondo de la jurisprudencia constitucional alemana sobre la integración europea es invariablemente la soberanía, pese a que aparentemente verse sobre la protección de los derechos fundamentales<sup>30</sup>. Algunas categorías, como por ejemplo la noción de identidad constitucional, se encuentran en la intersección entre ambos campos, porque en su contenido incluye un núcleo iusfundamental junto a otros elementos resistentes a la integración europea (Estado de derecho, federalismo, republicanismo). Esos aspectos se abordarán en la medida en que afecten al programa de control iusfundamental asignado al Tribunal Constitucional Federal.

Hay otro aspecto dinámico que debe advertirse desde el principio. La jurisdicción constitucional alemana no es monolítica. El funcionamiento de sus dos Salas presenta diferencias con el de las Salas del Tribunal Constitucional español<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Aziz, 2004, p. 50, en referencia expresa a las sentencias *Maastricht* y sobre el euro.

<sup>31</sup> *Vid.* Hermes, 2001.

Cada una de las salas del Tribunal Constitucional Federal alemán tiene un ámbito propio de competencias y ambas funcionan autónomamente, como si fueran dos tribunales distintos. El pleno solo ha tomado dos decisiones de fondo en setenta años. La pretensión inicial era que la Sala Primera tuviera la competencia en materia de derechos fundamentales, tanto en procesos de control de normas como en recursos de amparo, y la Sala Segunda ejerciera la llamada «jurisdicción de Estado». No obstante, el gran número de procesos de amparo desequilibró pronto la carga de trabajo de las salas. Por eso, el reparto final de materias entre las Salas es hoy más complejo, y se organiza mediante reglas generales incluidas en la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal<sup>32</sup>. Además, el pleno del Tribunal Constitucional Federal es competente para ajustar la carga final de trabajo de las Salas, y mediante una decisión anual suele trasladar una parte de los procesos de control de normas y de amparo a la Sala Segunda<sup>33</sup>. De todas formas, a los efectos de este libro el reparto puede sintetizarse así: la Sala Primera es competente en principio para la tutela de los derechos fundamentales, y a la Sala Segunda le corresponde el conocimiento de los asuntos internacionales y los relacionados con la integración europea, tanto en procesos de control de normas como de amparo en materia de asilo y extradición (además de otras cuestiones propias de una «jurisdicción de Estado»: conflictos entre órganos constitucionales, conflictos de competencias, prohibición de partidos políticos y amparo electoral).

Las secciones de ambas Salas resuelven los recursos de amparo que les corresponden en función del derecho fundamental concernido, tengan o no elementos relacionados con el Derecho de la Unión: por ejemplo, las secciones de ambas Salas son igualmente competentes para resolver sobre la alegación de que se ha vulnerado el derecho al juez legal del art. 101 LF por incumplir el deber de reenvío prejudicial al Tribunal de Justicia del art. 267 TFUE<sup>34</sup>.

En el seno de cada Sala los asuntos no se reparten entre los magistrados por riguroso turno, sino por materias: cada año se publica una decisión muy detallada para la asignación de materias a cada

<sup>32</sup> § 14, apartados 1 a 3, de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal.

<sup>33</sup> § 14, apartado 4, de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal. Sobre su uso *vid.* Wendel, 2020, p. 1415.

<sup>34</sup> Arzo Santisteban, 2020, pp. 161-197.



magistrado. En la Sala Primera, la distribución de asuntos atiende a la diversidad de derechos fundamentales, y se trata de un reparto estable, que no varía en el tiempo<sup>35</sup>. En la Sala Segunda el reparto de asuntos puede variar con las renovaciones, pero siempre hay un magistrado ponente que se ocupa de las cuestiones europeas e internacionales. Eso, junto al mandato de doce años, facilita el mantenimiento de una línea jurisprudencial coherente en cada materia.

Otro aspecto importante es que las cámaras legislativas no solo designan a los magistrados constitucionales que les corresponden en cada renovación, sino que también deciden quién será presidente y vicepresidente, alternándose a este respecto, y deciden a cuál de las Salas se incorporan los magistrados que nombran, del cupo de plazas vacantes que les corresponde en cada renovación. Por tanto, cuando toca renovar al magistrado de la Sala Segunda competente en asuntos europeos, la cámara legislativa a la que le corresponde esa renovación considera el perfil de jurista que quiere para esa plaza.

Como consecuencia del reparto general antes mencionado, todas las sentencias célebres del Tribunal Constitucional Federal sobre temas europeos provienen sin excepción de la Sala Segunda (*Solange I y II*, *Maastricht*, *Bananas*, *Lisboa*, *Honeywell*, *orden europea de detención I y II*, *ESM*, *OMT*, *PSPP*, etc.). La Sala Primera ha estado, generalmente, en la sombra en los temas europeos. No obstante, como se mostrará en este libro, ha sido la Sala Primera la que ha impulsado el cambio de modelo y la reconstrucción del espacio iusfundamental en el ámbito de aplicación coincidente de la Constitución alemana y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

También debe precisarse que por «derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión Europea», «estándar europeo», «canon europeo» o expresiones similares se entenderá en este libro, de acuerdo con el momento al que se haga referencia, tanto los derechos fundamentales reconocidos en su condición de principios generales del Derecho de la Unión (hoy positivizados en el art. 6.3 TUE) como los derechos fundamentales contenidos en la Carta de Derechos Fundamentales (incorporada por referencia al Derecho

---

<sup>35</sup> *Vid.* Grimm, 2017, p. 127. Aunque se pueden producir acrecimientos temporales del ámbito material de responsabilidad de un magistrado por baja temporal o retraso en la renovación de otros magistrados o para compensar los desajustes de la carga de trabajo.

primario mediante el art. 6.1 TUE). No obstante, para simplificar se hará a menudo referencia a la Carta, que a partir de 2000 da visibilidad a los derechos fundamentales de la Unión, aunque no los agota.<sup>36</sup>

Finalmente, algunas palabras son necesarias para explicar las decisiones adoptadas a la hora de traducir algunas expresiones del alemán jurídico. Se ha procurado facilitar la comprensión del lector, acudiendo para ello a los términos equivalentes utilizados en el ordenamiento jurídico español. Para designar las *Verfassungsbeschwerden* a las que alude el art. 93.1.4a LF, esto es, «los recursos de queja por inconstitucionalidad, que pueden ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en el artículo 20 inciso 4; o en los artículos 33, 38, 101, 203 y 104»,<sup>37</sup> se utilizará la expresión «recurso de amparo» con la que está familiarizado el lector. Asimismo, para designar las estructuras básicas del Tribunal Constitucional Federal (*Senate, Kammer*), se utilizan los términos de «sala» y «sección»: opciones técnicamente justificadas porque las dos Salas del Tribunal Constitucional Federal, aunque integradas en un mismo tribunal, tienen distinta especialidad, mientras que las Secciones son divisiones de las Salas que comparten la misma especialidad.

Más dificultades ofrece la traducción del par de conceptos que utiliza la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal alemán para designar las resoluciones de dicho Tribunal: *Urteile* y *Beschlüsse*. Aunque a menudo la diferenciación se traduce al castellano mediante el binomio de «sentencias» y «autos», se trata de una traslación equívoca para el lector español, porque la noción española de «auto» transmite la idea de una resolución que no resuelve sobre el fondo. Sin embargo, las *Beschlüsse* son resoluciones que pueden poner fin a un proceso constitucional, principal o incidental, de la misma forma que las *Urteile*. La diferenciación estriba en un aspecto procesal que es ajeno al sentido de la diferenciación procesal española entre sen-

---

<sup>36</sup> Sobre los problemas de delimitación y articulación de las distintas fuentes de derechos fundamentales en la Unión Europea *vid.* Ludwig, 2011; Schütze, 2011; Hoffmann y Mihaescu, 2013; Streinz, 2013; Hancox, 2020.

<sup>37</sup> *Ley de la Corte Constitucional Federal*, 2.<sup>a</sup> ed., Inter Naciones, Bonn, 1996, p. 97. Esta versión castellana de la Ley de la Corte Constitucional Federal utiliza la expresión «recurso de amparo (constitucional)» de forma regular (§ 90 BVerfGG y sigs.).

tencias y autos: la celebración de una vista oral (art. 25.2 de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal). Solo en un pequeñísimo número de procesos se celebra una vista oral: sería equívoco, por tanto, reservar la denominación de «sentencia» para un grupo muy limitado de resoluciones. Para simplificar y facilitar la comprensión todas las resoluciones que deciden sobre el fondo del proceso, en virtud de una vista oral o no, se denominarán «sentencias»; las demás resoluciones, ya inadmitan recursos, resuelvan incidentes de ejecución o suspensión o promuevan cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia, serán denominadas «decisiones». En cuanto a las traducciones de textos incluidas en esta obra, mientras no se indique otra cosa, han sido realizadas por el autor.

### 3. Estructura

Para entender el carácter revolucionario de la nueva doctrina constitucional alemana a la que se aludió más arriba, debemos situarla en su contexto y explorar las razones de su aparición. La posición de la jurisdicción constitucional alemana sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea ha ido modificándose con el tiempo, pasando por prácticamente todas las actitudes posibles: del rechazo a la aceptación condicionada, de la aceptación condicionada a la progresiva rivalidad y, finalmente, de la rivalidad a una reconstrucción del espacio iusfundamental, que incluye la aplicación directa de los derechos de la Carta por la jurisdicción constitucional. Se trata de una clave importante de la evolución de la integración europea que, a juicio de este autor, merece ser contada de forma autónoma, hasta los últimos desarrollos.

El capítulo segundo comenzará exponiendo las premisas de la jurisprudencia constitucional alemana relativa a la protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas. En los primeros años se formuló en la doctrina alemana una importante crítica doctrinal al modelo político europeo, fundamentada en una concepción maximalista de las exigencias estructurales que derivan de la Ley Fundamental. Esa actitud fue evolucionando hasta configurar la respuesta más moderada de la sentencia *Solange I* de 1974 del Tribunal Constitucional Federal. No obstante, doce años después, en la sentencia *Solange II*, se inauguró una actitud más confiada, que

aceptaba la equivalencia general en lo esencial del nivel europeo de protección garantizado por el Tribunal de Justicia. Mientras este mantuviera un nivel de protección equivalente en lo esencial al que deriva de la Ley Fundamental, el Tribunal Constitucional Federal renunciaría a ejercer su jurisdicción sobre el Derecho derivado de la Unión.

La aplicación rigurosa del nuevo criterio derivó en un modelo de estricta separación de los espacios iusfundamentales asignados al Tribunal de Justicia, por un lado, y al Tribunal Constitucional Federal, por otro. El primero controlaba la conformidad iusfundamental del Derecho derivado, el segundo la conformidad iusfundamental de los actos y normas de los poderes públicos internos que no estuvieran determinados por el Derecho de la Unión. Cada uno aplicaba su parámetro de control, y su control nunca podía coincidir en el mismo objeto. En efecto, el Tribunal de Karlsruhe no controlaba los actos y normas de las instituciones y órganos de la Unión, pero tampoco lo hacía indirectamente controlando actos y normas de las autoridades alemanas que aplicasen el Derecho de la Unión.

Ese modelo de separación estricta se ha aplicado durante más de tres décadas. Sin embargo, no era inmune al paso del tiempo. El capítulo III examina tanto la configuración del modelo de separación como su posterior crisis. La entrada en vigor y la creciente centralidad de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como la interpretación federalizante de las disposiciones horizontales de la Carta por el Tribunal de Justicia, reabrieron la caja de Pandora. El modelo de estricta separación funcionó relativamente bien en tanto en cuanto el Tribunal de Justicia practicaba la misma separación y cierta contención: se centraba en controlar sin excesivo celo los actos de las instituciones de la Unión. Con el tiempo el Tribunal de Justicia amplió su ambición, perfeccionó su canon de control, extendió el ámbito de aplicación de la Carta y amplió su eficacia a los actos *nacionales* relacionados con el Derecho de la Unión: como resultado, el modelo de separación entró en crisis. El Tribunal Constitucional Federal alemán comenzó a darse cuenta de la pérdida paulatina de relevancia, porque el modelo de estricta separación le arrinconaba en un espacio iusfundamental cada vez más reducido.

La crisis se precipitó con las dos sentencias de 26 de febrero de 2013 del Tribunal de Justicia en los asuntos *Åkerberg Fransson* y *Melloni*. Las premisas y consecuencias de estas dos sentencias soca-

varon el modelo de estricta separación aplicado durante décadas. El malestar del Tribunal Constitucional Federal era evidente. Este es el punto de partida real del presente libro, que, con la necesaria introducción y contextualización, pretende, por tanto, exponer la reacción del Tribunal Constitucional Federal ante el nuevo escenario creado por las sentencias *Åkerberg Fransson* y *Melloni*.

La reacción fue doble y se organizó en dos momentos sucesivos. El capítulo IV analiza la primera reacción del Tribunal Constitucional Federal, cuyo protagonista fue la Sala Segunda, con el lenguaje y la argumentación que le es habitual: consistió esencialmente en un reajuste *parcial* de la doctrina tradicional (*Solange II*), con el fin de poner coto a los aspectos amenazantes de la doctrina *Melloni*. Con ese fin se activó, aunque sin llegar a aplicarlo en el caso concreto, el control constitucional del respeto de la identidad constitucional sobre el Derecho derivado de la Unión, levantando para ello parcialmente la renuncia a ejercer el control constitucional que la jurisdicción constitucional se había impuesto en 1986.

La segunda reacción fue protagonizada por la Sala Primera, que, en un tono más conciliador, articuló una estrategia más ambiciosa. En lugar de atrincherarse detrás de un estándar constitucional irrenunciable, persiguió la reconstrucción del entero espacio iusfundamental, mediante la cual el Tribunal Constitucional vuelve a controlar toda la actividad de los poderes públicos internos, esté o no determinada por el Derecho de la Unión, y los derechos fundamentales nacionales retornan como canon de aplicación preferente. Los capítulos V, VI y VII exponen y valoran críticamente esa segunda estrategia.

Por último, el libro concluirá con un balance de las profundas transformaciones judiciales que se han desarrollado en el espacio iusfundamental alemán, que indague en el modelo de tutela de los derechos fundamentales que se perfila en la Unión Europea, el tipo de relación que el Tribunal Constitucional Federal quiere entablar con el Tribunal de Justicia y la cuestión de la legitimidad del Tribunal Constitucional Federal alemán para marcar el paso al Tribunal de Justicia y, con ello, a la integración europea.



## EL *IMPASSE* DE LA DIFERENCIA

### 1. Introducción

El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea ha sido impulsado y conformado por dos tensiones: por un lado, la tensión con la perspectiva constitucional dominante en algunos Estados miembros (la presión interna) y, por otro, con la jurisprudencia dinámica de una jurisdicción internacional de derechos humanos que se iba consolidando progresivamente como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la presión externa).

Ambos factores apremiaban una protección similar o equivalente a la existente en el ámbito interno y en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y han determinado la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea: sin su «interferencia» la historia se habría narrado de forma diferente. Ambos crearon, por su lado, una complicación y una tensión que al final contribuirían a que la Unión aceptara la elaboración de su propia Carta y se dotara de una habilitación para la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El factor interno fue exclusivamente dominante en las primeras décadas; la relevancia del externo creció posteriormente en cuanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dio muestras del carácter dinámico de su jurisprudencia<sup>1</sup>.

El objetivo de este trabajo es delimitar el referido factor interno, que se identifica esencialmente con la influencia constitucional alemana. Para entender esta influencia será importante fijar primero el estado de la cuestión según los Tratados constitutivos, así como la posición inicial que desarrolló el Tribunal de Justicia. En este punto suele acudir a diferentes narrativas, incluso opuestas.

---

<sup>1</sup> *Vid.*, entre otros, Scheeck, 2005.

En ocasiones, la aproximación al Derecho primario y a la jurisprudencia de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado se realiza desde la percepción de una grave laguna de los Tratados o de una incomprensible falta de visión del órgano judicial comunitario, o bien desde ambas perspectivas. Ese relato adolece de anacronismo: valora el Derecho y la jurisprudencia iniciales con arreglo a la comprensión actual del valor y función de los derechos fundamentales.

Similarmente, pero en sentido opuesto, la objeción respecto a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario que formuló la jurisdicción constitucional alemana en 1974 suele presentarse como un *ataque* a la autonomía y la primacía del Derecho comunitario fruto de una deficiente comprensión o una reticente aceptación de la integración europea. En la dogmática e historiografía alemanas del Derecho de la Unión, bajo la influencia de europeístas convencidos, la objeción de 1974 suele presentarse como un «error de juventud» de la jurisdicción constitucional.

Las dos narrativas presentan sesgos. Conviene contextualizar tanto la situación de partida en las Comunidades Europeas como las motivaciones y el significado de la objeción alemana. Esto permitirá una lectura más equilibrada, y sin duda menos negativa, del significado de la sentencia *Solange I*.

En el inicio, la conciencia de la diferencia en ambas jurisdicciones, europea y constitucional —la conciencia de la integración europea, por un lado; la conciencia del ordenamiento constitucional alemán, por otro— condujo, usando palabras ajenas, «fatalmente a un impás por ambos lados, puesto que en la diferencia encontramos, siempre, la identidad»<sup>2</sup>. La percepción de la diferencia retuvo ambas jurisdicciones aisladas y contribuyó a «esencializar» sus respectivos ordenamientos bajo unas características consideradas fundamentales (la efectividad, la unidad y la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario, las estructuras y garantías intangibles de la Ley Fundamental). Hizo falta tiempo para que, en lugar de replegarse sobre sus diferencias, cada parte quedara concernida por la otra sin encerrarse ante ella. Y era necesario un desarrollo, lo que en la experiencia humana implica tiempo. «Progresiva y pacientemente las posiciones respectivas —separadas y distantes como están— se descubren entre sí, se reflexiona cada una a través de la otra y elaboran poco a poco

---

<sup>2</sup> Jullien, 2017, p. 55.



las condiciones de posibilidad de un encuentro efectivo»<sup>3</sup>. Fue una tensión fecunda pues activó sus recursos inventivos. Como se ha señalado, «despite being conflictual in origin, the dialogue on fundamental rights has served to deepen legal integration, to widen the scope of EU constitutional politics, and to strengthen the supranational aspects of Community»<sup>4</sup>. También fue fecunda para el constitucionalismo alemán: sirvió para identificar y reforzar los elementos estructurales de la Constitución alemana.

Esa tensión fecunda no fue una lucha nacional entre alemanes y «demás europeos» (o bien franceses, italianos, etc.), ni una disputa ideológica entre los creyentes en el nuevo orden y los defensores del viejo, como a veces se representa la historia de las Comunidades Europeas<sup>5</sup>, sino una controversia jurídico-política desarrollada por igual en Alemania y en Bruselas/Luxemburgo, y cuyos protagonistas principales fueron a menudo de nacionalidad alemana: profesores, políticos, altos funcionarios y jueces.

Este capítulo mostrará con cierto detalle cómo se incubó, se desarrolló y se resolvió el conflicto planteado por la jurisdicción constitucional alemana. Para entender ese conflicto, se necesita una doble contextualización previa. Primero, deben recordarse los orígenes de los dos actores principales, esto es, la creación del Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal de Justicia después de la segunda guerra mundial. Y, segundo, se debe analizar la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas.

## 2. Dos nuevas jurisdicciones en la posguerra: el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal de Justicia

La historia de la jurisdicción constitucional alemana se solapa con el proceso de integración europea: el Tribunal Constitucional Federal alemán y el Tribunal de Justicia son coetáneos. La jurisdicción constitucional alemana era la única existente en el momento de la creación de las Comunidades Europeas. Esa jurisdicción, junto a la *Corte Costituzionale*, creada poco después, ha destacado por desarrollar

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 100-101.

<sup>4</sup> Stone Sweet, 2004, p. 90. En el mismo sentido Schwarze, 2001, pp. 225-226.

<sup>5</sup> Lo que critica Milward (2000, p. 318).

un condicionamiento permanente de la integración europea. En cualquier caso, solo la primera contaba con un procedimiento específico para la protección de los derechos fundamentales.

El disparo de salida se produce en 1951, a los trescientos años de la publicación del *Leviatán* de Thomas Hobbes. El Tribunal Constitucional Federal alemán, previsto en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, se constituyó solemnemente el 7 de septiembre de 1951. El origen del Tribunal de Justicia —hoy llamado «de la Unión Europea»— está en el Tratado de la CEECA, aprobado el mismo año 1951 y creador de la primera Comunidad Europea: ese Tribunal se constituyó en diciembre de 1952 y tuvo su primera vista en diciembre de 1954. No obstante, su protagonismo no comenzó a visualizarse hasta la entrada en vigor de la Comunidad Económica Europea<sup>6</sup>. Antes de 1958 solo pronunció veintisiete sentencias. El 1 de enero de 1958 entraron en vigor los Tratados de Roma, y el Tribunal de Justicia se convirtió en el órgano jurisdiccional único y común a las tres Comunidades Europeas, jurídicamente separadas.

Este primer apunte cronológico pone de manifiesto un dato elemental que conviene tener en cuenta desde el principio. A menudo se analizan las relaciones entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal Constitucional Federal alemán como si ambas fueran jurisdicciones maduras con cuerpos jurisprudenciales ya conformados, que repentinamente se encuentran en el terreno de juego de la integración europea y discrepan sobre su rumbo o su ritmo. Esa visión no es correcta, al menos, para las dos primeras décadas, las que pueden considerar como la etapa formativa o fundacional de ambas jurisdicciones<sup>7</sup>. No será el único anacronismo que encontremos en este ámbito.

---

<sup>6</sup> Sobre el perfil bajo, en términos constitucionales, desarrollado por el Tribunal de Justicia al amparo de la primera Comunidad Europea (CEECA), *vid.* Alter, 2009, pp. 7-9, 47-62.

<sup>7</sup> La jurisdicción constitucional alemana consolida su centralidad en el sistema político alemán a principios de los años sesenta; de hecho, en los años sesenta no hay sentencias (tan) espectaculares como en los cincuenta. Faller (1992, p. 131) señala que, a finales de los años sesenta, «[p]odría parecer como si la jurisdicción constitucional hubiera superado su período de prueba». Y a finales de los años sesenta concluyen las modificaciones legales que definieron la configuración actual de la jurisdicción constitucional. Por lo que respecta al Tribunal de Justicia, aunque sus sentencias más emblemáticas se adoptan relativamente pronto, ya en 1962-1963, el entero Derecho primario no era todavía directamente aplicable, pues hasta mediados de 1968 no finalizan los

Tanto las tres Comunidades Europeas como las dos jurisdicciones mencionadas no tenían precedentes, nacieron en un escenario jurídico y político complejo y debieron luchar para apuntalar el innovador ordenamiento que las había alumbrado y, al mismo tiempo, consolidarse institucionalmente. En el caso de las Comunidades Europeas ello es evidente<sup>8</sup>, pero también se puede aplicar al Tribunal Constitucional Federal alemán. Como afirmó Rudolf Smend en una alocución con motivo del décimo aniversario de su creación en 1962, se trató de «un ensayo con resultados en principio impredecibles»<sup>9</sup>. Aunque en términos generales algo parecido podría afirmarse también de otros tribunales creados también *ex novo*, incluido el Tribunal de Justicia, en el caso alemán hay que contar además con la indeterminación inicial del diseño de la jurisdicción constitucional.

Pocos de los elementos que caracterizan en la actualidad a la jurisdicción constitucional alemana fueron discutidos durante la elaboración de la Ley Fundamental (1948-1949) o se contemplaron en el texto inicialmente aprobado (1949). En el texto constitucional original el modelo estaba poco definido en cuanto a las competencias, la organización, la composición y la elección del Tribunal Constitucional Federal. La Ley Fundamental incluso contemplaba un Tribunal Federal Supremo único (*Obertes Bundesgericht*) por encima de las diversas jurisdicciones, incluida la constitucional: ese Tribunal nunca llegó a constituirse y la previsión constitucional fue suprimida, pero inicialmente era un factor inquietante. Algunas de las características y elementos estructurales actuales del Tribunal Constitucional Federal no se concretaron hasta la aprobación de la Ley reguladora del Tribunal Constitucional Federal (1951); otros se fueron añadiendo o

---

periodos transitorios relativos al Tratado CEE. A más tardar, la etapa formativa del Tribunal de Justicia terminaría con la materialización de la primera ampliación de las Comunidades Europeas, el 1 de enero de 1973, y la ampliación de la composición del Tribunal de Justicia, de siete a nueve jueces. Algunos la extienden a 1980 (por ejemplo, Alter, 2009, p. 45).

<sup>8</sup> *Vid.*, por todos, Dedman, 2010, p. 80: «The ECSC's supranational High Authority and other components were untried experimental arrangements».

<sup>9</sup> Citado según Faller, 1992, p. 127. En el mismo sentido, Jestaedt, 2011, p. 149 («una historia de éxito improbable»); su anterior presidente, Voßkuhle, 2020, p. 166 («el establecimiento de una poderosa jurisdicción constitucional no era evidente y en absoluto expresión de una necesidad histórica»); y Hailbronner, 2021, p. 500 («Las primeras discusiones en la doctrina no auguraban el enorme papel que el Tribunal adquiriría»).

depurando con posterioridad, hasta conformarse a finales de los años sesenta la jurisdicción constitucional que hoy conocemos<sup>10</sup>.

Ambos tribunales mostraron desde el principio el mismo afán de consolidación de su respectiva norma fundamental. Sus diferencias estaban en los objetivos y en la elección de los medios y las formas para conseguirlos: la determinación era análoga. Pese al carácter incompatible de sus conceptos de norma fundamental (algo que solo el tiempo revelaría), los dos alcanzaron un éxito comparable en un breve periodo de tiempo. Un éxito amplio, pero parcial, afortunadamente, pues el éxito total de uno habría supuesto la derrota del otro proyecto y ambos proyectos eran necesarios después de la segunda guerra mundial. Cuanto más efectiva era la Constitución que interpretaban, pese a no llevar ese nombre (una fue denominada «Ley Fundamental» por su carácter provisional, la otra «Tratados» por su naturaleza jurídico-internacional), tanto mayor era también la autoridad de su desempeño como jurisdicciones constitucionales<sup>11</sup>. El éxito de ambos tribunales es consecuencia de, y refuerza a la vez, el éxito de su respectiva norma fundamental y, por extensión, del sistema jurídico-político que vertebran: las Comunidades Europeas en un caso, la República Federal de Alemania en el otro<sup>12</sup>.

Los retos iniciales de la jurisdicción constitucional alemana no fueron menores que los de la jurisdicción europea. Luchó por obtener el estatus de órgano constitucional que tenían otros poderes del Estado (1952), una consideración que no le otorgaba la Ley Fundamental<sup>13</sup>; impuso su pretensión de liderazgo hegemónico a su más directo rival, el Tribunal Supremo Federal competente en materia civil y penal (*Bundesgericht*); estableció las líneas directrices de su concepción de los derechos fundamentales (sentencias *Elfes*, *Lüth* y de las «farmacias», en 1957-1958); y, en fin, tuvo que lidiar con muchos espinosos temas, con posiciones en ocasiones contrarias a la mayoría parlamentaria, como la discusión sobre el rearme (1952-1953), la fusión de

<sup>10</sup> Vid. Schönberger, 2011, pp. 11-39.

<sup>11</sup> Horeth, 2015, p. 886.

<sup>12</sup> Para el caso alemán, vid. Jestaedt, 2011, p. 84.

<sup>13</sup> El juez constitucional Gerhard Leibholz presentó ante el pleno del Tribunal Constitucional Federal un informe apenas meses después de la creación de ese órgano, con el que se fundamentó la condición de órgano constitucional y, por ende, la equiparación con otros órganos constitucionales. El informe puede consultarse en castellano en Leibholz, 2014.

tres pequeños *Länder* en el *Südweststaat* (1951), el estatuto del Sarre (1955), la prohibición de partidos políticos (en 1952 la del partido continuador del partido nacionalsocialista y en 1956 la del partido comunista)<sup>14</sup>, la persistencia de la relación funcional de los funcionarios cesados por su vinculación al periodo nazi (1953 y 1957)<sup>15</sup> o el proyecto gubernamental de una televisión nacional (1961)<sup>16</sup>.

A la vez que, con esas decisiones, consagraba su centralidad en el sistema político alemán<sup>17</sup> y se convertía en la institución más valorada por la ciudadanía, el Tribunal Constitucional Federal alemán comenzó a afrontar las cuestiones que suscitaba la integración europea: entre otras, las condiciones y los límites constitucionales a la cesión de competencias soberanas a una organización internacional, la eficacia en el ámbito interno del Derecho emanado de una organización internacional a la que se han cedido competencias soberanas, y las relaciones entre ese Derecho y el Derecho alemán en caso de conflicto.

El Tribunal Constitucional Federal no tenía de entrada una posición elaborada sobre los problemas constitucionales derivados de la integración europea: esos problemas iban surgiendo y evolucionaban con la integración. La elaboración de su posición colegiada fue pro-

<sup>14</sup> La referida a la prohibición del partido comunista es la sentencia más larga que haya adoptado en su historia el Tribunal Constitucional Federal: 309 páginas impresas en la colección oficial de jurisprudencia (BVerfGE 5, 85-393).

<sup>15</sup> Las dos sentencias, asuntos de los *funcionarios* (1953) y de la *Gestapo* (1957), llevaron a cabo un extenso enjuiciamiento histórico del desempeño de la Administración pública en el Tercer Reich. El Tribunal Constitucional Federal se enfrentó a los demás tribunales federales en el tema de la constitucionalidad de la Ley adoptada de conformidad con el art. 131 LF, que regulaba las compensaciones y los derechos de los funcionarios cesados con fecha de 8 de mayo de 1945. La primera sentencia mencionada, que rechazó la inconstitucionalidad de dicha Ley, provocó reacciones de la totalidad de la doctrina jurídica: solo en un año se publicaron ochenta artículos en contra (Wesel, 2004, pp. 146-147). La segunda ya no generó reacciones.

<sup>16</sup> Sobre las sentencias o asuntos mencionados en el texto, *vid.* Wesel, 2004, pp. 43-147; Schönberger, 2011, pp. 21-39; Collings, 2015.

<sup>17</sup> Para van Ooyen (2020, p. 189), el informe sobre su estatus constitucional (mencionado más arriba) y la sentencia *Lütj*, que le permitía controlar materialmente las decisiones judiciales de todos los órdenes jurisdiccionales, en virtud del efecto irradiador de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, fueron el principal acto de «autoempoderamiento» del Tribunal Constitucional Federal y consagró su centralidad en el sistema político alemán, con una repercusión similar a la de las sentencias *van Gend en Loos* y *Costa/ENEL* del Tribunal de Justicia, unos pocos años más tarde.

gresiva y para ello se siguieron atentamente los debates académicos sobre las implicaciones constitucionales de los entonces novedosos arts. 24 y 25 de la Ley Fundamental, que contenían, respectivamente, la autorización de la incorporación de la República Federal de Alemania (entonces conocida como la «Alemania Occidental») a organizaciones internacionales y el reconocimiento de la primacía del Derecho internacional sobre las leyes internas.

Esos debates se iniciaron en fecha temprana (en 1952), a propósito de la discusión política y constitucional sobre el rearme, que constituyeron el primer debate constitucional europeo<sup>18</sup>. Aunque interrumpido con el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa, el debate se trasladó después a la opinión pública, movilizada más tardíamente, a lo largo de los años sesenta. Por eso, la respuesta a la rampante constitucionalización del Derecho comunitario no se articuló de forma inmediata, sino que se demoró bastantes años, hasta 1974. Para entonces la discusión académica y pública se había concretado en dos exigencias de calado: mayor participación y control democrático sobre el ejecutivo comunitario y garantías adecuadas de protección de los derechos fundamentales. Y para entonces el Tribunal Constitucional Federal había consolidado su estatus constitucional en el plano formal y doctrinal, desarrollando un Derecho constitucional basado en los derechos fundamentales y los principios constitucionales. El auge y éxito iniciales del Tribunal Constitucional Federal es también expresión de una cierta introversión de la República Federal, respecto a la integración europea y la relevancia creciente del derecho internacional, en los años cincuenta y sesenta<sup>19</sup>.

### 3. La protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas

#### 3.1. LA CUESTIÓN EN LOS TRATADOS

Según una determinada narrativa, la inexistencia, en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, de disposiciones sobre derechos fundamentales constituyó, de alguna forma, un défi-

<sup>18</sup> Hummer, 2009, p. 44.

<sup>19</sup> Schönberger, 2011, pp. 59-60.

cit importante en el diseño inicial de la integración europea<sup>20</sup>. Esa descripción, aun siendo en parte correcta, no es completa. Sería un error tanto hablar de carencia absoluta de disposiciones de derechos humanos o fundamentales como presentar retrospectivamente la carencia inicial como un error o fallo grave de la integración europea. Conviene, pues, realizar una aproximación contextualizada al estado de la cuestión, intentando contemplarla como se hacía en la época.

En primer lugar, no había una razón imperiosa por la que los tratados constitutivos tuvieran que incluir entonces un conjunto completo de disposiciones de protección de los derechos fundamentales<sup>21</sup>. No se debe caer en el anacronismo de exigir, desde la sensibilidad actual, una protección plena de los derechos fundamentales que pocos Estados tenían entonces. En los años cincuenta del siglo xx, la preocupación por la protección de los derechos humanos y las referencias al respecto no eran habituales en un tratado internacional, no solo en los tratados con un alcance limitado como una integración económica, sino incluso en tratados de naturaleza más amplia.

La expresión «protección de los derechos humanos» o sus equivalentes no eran frecuentes en los tratados de aquella época<sup>22</sup>. Los estándares internacionales vinculantes sobre derechos humanos no comenzaron a cobrar fuerza en Europa y en el mundo hasta finales de los años sesenta, cuando comenzó a visibilizarse la actividad de los órganos de supervisión del Convenio Europeo de Derechos Humanos —la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos— y cuando las Naciones Unidas adoptaron los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966<sup>23</sup>.

Pese a todo, ya en la época, los proyectos de integración europea más ambiciosos de principios de los años cincuenta del siglo pasado incluían las expresiones «derechos fundamentales» o «derechos huma-

<sup>20</sup> Por todos, Bernardi, 2021, p. 121 («grave laguna»).

<sup>21</sup> Murphy, 1994, p. 77. En el mismo sentido, Rubio Llorente, 2002, p. 171: «solo una visión ahistórica permite considerar como una laguna».

<sup>22</sup> Douglas-Scott (2002, p. 433) menciona el Convenio germano-polaco sobre la Alta Silesia de 1922, el preámbulo de Carta de las Naciones Unidas de 1945 y el Tratado de Bruselas de 1948 sobre Unión Europea Occidental, que está relacionada con la cooperación militar. A esos instrumentos hay que añadir el Estatuto del Consejo de Europa de 1949 (art. 3).

<sup>23</sup> Blackburn, 2001, p. 89.

nos»: este fue el caso de la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea. La segunda, calificada por algunos como «la primera Constitución de Europa»<sup>24</sup>, establecía como una de sus tareas «la contribución a la protección de los derechos humanos y las libertades públicas en los Estados miembros», contemplaba que determinadas disposiciones materiales del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos formaran parte del propio Estatuto de creación de la Comunidad Política Europea, y admitía incluso los recursos directos de los particulares fundamentados en esos derechos humanos<sup>25</sup>.

Generalmente se entiende que el fracaso de ambos proyectos motivó que en los Tratados de Roma, al igual que en el precedente Tratado de París, se optara por objetivos más limitados políticamente, ceñidos a los aspectos técnicos de una integración económica<sup>26</sup>. No obstante, parece ser que la delegación alemana quiso introducir una referencia explícita a que la Comunidad preservaría los derechos políticos de los ciudadanos y los derechos fundamentales de los particulares, pero la propuesta fue rechazada por las demás delegaciones, que consideraban que esa reserva podría usarse por los Estados miembros para perseguir fines incompatibles con los objetivos de los Tratados<sup>27</sup>. Esta suspicacia de algunos Estados miembros ante la posible instrumentalización de una garantía supranacional de respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos por los Estados miembros evoca la reluctancia de los federalistas americanos, ciento setenta años antes, ante la demanda de una carta de derechos por los antifederalistas<sup>28</sup>.

En el diseño original de las Comunidades Europeas no solo se excluyeron unas palabras que les comprometieran a salvaguardar los derechos fundamentales. Había sobre todo una decisión consciente de construir el sistema jurisdiccional de las Comunidades Europeas a imagen y semejanza del modelo jurídico francés, más o menos compartido por los demás Estados miembros fundadores, con la única excepción de Alemania<sup>29</sup>. En su estudio sobre la transformación

<sup>24</sup> Griffiths, 2000.

<sup>25</sup> Ruiz-Jarabo Colomer, 1990, p. 162; Rasmussen, 2008, p. 81.

<sup>26</sup> Dausés, 1985, p. 399; Ruiz-Jarabo Colomer, 1990, p. 162.

<sup>27</sup> Zuleeg, 1971, pp. 446-447, con más referencias.

<sup>28</sup> Levy, 2001, p. 43.

<sup>29</sup> En el mismo sentido Ziegler (1970, p. 54) destacaba la «normalidad», en términos comparados, de la inexistencia de un catálogo de derechos fun-



del ordenamiento jurídico francés por influencia de los derechos fundamentales europeos (básicamente los del Convenio Europeo de Derechos Humanos), Lasser considera que el inicial olvido iusfundamental comunitario era consecuencia de la influencia jurídica francesa<sup>30</sup>. En el mismo sentido, para el abogado general Maurice

damentales fuera de Alemania, aduciendo tanto el ámbito anglosajón como el ordenamiento jurídico francés, y subrayó la proximidad del modelo comunitario al ordenamiento francés, que buscaba la solución del problema iusfundamental dentro del orden objetivo del Derecho material ordinario. Una opinión algo diferente en Rasmussen (2008, p. 85), para quien las características del Tribunal de Justicia adoptadas en el Tratado de París constituían una mezcla de la tradición jurídico-administrativa de Francia, en la que no se conocieron los tribunales constitucionales en sentido americano hasta la V República, y la nueva tradición constitucional alemana. En cualquier caso, el autor subraya la inequívoca ambición de la delegación alemana en las negociaciones del Tratado de París de crear un Tribunal Supremo Federal a la americana o bien un Tribunal Constitucional como el Tribunal Constitucional Federal recién creado en Alemania, y que en el grupo de redacción del Tratado de Roma todos sus miembros buscaban reforzar los elementos constitucionales del Tribunal de Justicia, con la excepción de los franceses: en parte lo consiguieron al establecer un procedimiento prejudicial que iba más allá del acogido en el Tratado de París, aunque entonces no fueran probablemente conscientes, y al introducir la noción de responsabilidad en el art. 215 TCEE (*ibid.*, pp. 83-85, 88-90).

<sup>30</sup> Lasser, 2009, pp. 1-2: «Until extremely recently, the French and the European judicial orders were indifferent, and perhaps even hostile, to justiciable claims of fundamental rights. The French legal system's hostility stemmed from its traditional and distinctive brand of republicanism, which stressed four essential and interlocking commitments: (1) a unitary conception of the general will and of the general interest, (2) the supremacy of the legislature as the voice of the general will, (3) a strict separation of the judiciary from the political branches of government, and (4) a commitment to elite and expert institutional decision-making. These features have traditionally been understood to entail several more, including (5) the refusal of judicial review, [...] (9) legality-based—as opposed to fundamental rights-based—review of executive acts, and (10) institutionally-oriented—as opposed to party-oriented—judicial decision-making procedures. These core commitments explain why the land of Rousseau was hardly fertile ground for the growth of judicially administered fundamental rights.

These characteristic understandings and structures long dominated at the European supranational level as well. France was the leading legal and political force at the birth of what is now the European Union ('EU'); indeed, the legal orders of four of the other five original Member States (Belgium, the Netherlands, Luxembourg, and Italy) were patterned overwhelmingly on the French model. The EU's strong, centralized, and relatively opaque system of administrative governance reflects this genealogy. So do the procedures,

Lagrange, quien, en su condición de comisario del Gobierno del Consejo de Estado francés, ayudó a Jean Monnet a diseñar el sistema jurisdiccional comunitario, adoptando para ello casi literalmente el recurso contencioso-administrativo francés, la clave de la protección de los particulares estribaba en el *control jurisdiccional*, concebido además a la francesa como depuración *objetiva* de la legalidad. No entendería, por tanto, las objeciones provenientes de Alemania respecto al nivel de garantías existentes en el ámbito comunitario<sup>31</sup>. Para él, como para otros, el equilibrio institucional *sui generis* de las Comunidades Europeas, el principio de atribución y el control estricto de legalidad garantizado por el Tribunal de Justicia eran sustitutos eficaces de las estructuras estatales y garantizaban la vigencia del *rule of law* en condiciones comparables a las que operan en una organización estatal. Así se explica que la ratificación de los Tratados de Roma en 1957 no generase problemas constitucionales en ninguno de los Estados fundadores<sup>32</sup>.

Pero esta no es toda la historia. La carencia de disposiciones sobre derechos fundamentales no equivale a inexistencia de disposiciones referidas a la protección de los individuos en asuntos fundamentales, ni a una insuficiente protección individual. Como muestra el ejemplo del *common law*, la protección puede ser garantizada mediante otras técnicas jurídicas, y es lo que hicieron también los tratados constitutivos<sup>33</sup>. Así, los tratados constitutivos sí incluían disposiciones referidas a la protección del individuo, además de las que regulan el acceso de los particulares a la justicia, como las cláusulas de no discriminación (por razones de nacionalidad o sexo, o específicas para determinados sectores) y las cuatro libertades económicas<sup>34</sup>. Eran disposicio-

---

doctrines, and argumentation of the EU's high court, the European Court of Justice.» Sobre la concepción iusfundamental francesa desde la óptica alemana *vid.* Classen, 2020.

<sup>31</sup> El abogado general Maurice Lagrange, en sus conclusiones de 25 de junio de 1964 en el asunto 6/64 (*Costa/ENEL*), *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1964, p. 1178, afirmaba lo siguiente: «Donc, les citoyens de la République fédérale retrouvent dans l'ordre juridique communautaire, notamment par le contrôle juridictionnel, des garanties, non pas identiques, mais comparables à celles que leur ordre juridique national leur assurait [...]».

<sup>32</sup> Hummer, 2009, p. 48.

<sup>33</sup> Pernice, 1979, pp. 20-21.

<sup>34</sup> Ipsen, 1972, pp. 728-729; Murphy, 1994, p. 77. Ruiz-Jarabo Colomer (1990, pp. 163-164) extraía el siguiente elenco del Tratado CEE: «el derecho a

nes dispersas, pero importantes en número y potencialidad, cuyas consecuencias el Tribunal de Justicia extrajo debidamente<sup>35</sup>. Como subrayaba en la época el juez del Tribunal de Justicia Pierre Pescatore, los tratados contenían numerosas referencias al principio de libertad, que tenían en común una filosofía inspirada en la iniciativa privada y el libre desarrollo de la persona humana en cuanto a sus actividades económicas y profesionales<sup>36</sup>. Y, sobre todo, los tratados se preocuparon de establecer los presupuestos políticos y económicos de la protección de los derechos civiles, políticos y sociales en Europa: la paz y la estabilidad económica<sup>37</sup>. Paz, progreso, bienestar, estabilidad, desarrollo económico y libertad son las palabras clave de los preámbulos de los tres tratados constitutivos.

Algunos autores contemporáneos argumentaron que la protección de los derechos fundamentales era inmanente a las Comunidades Europeas: en los objetivos, los principios y numerosas disposiciones latían orientaciones iusfundamentales, comunes a los Estados miembros, que eran expresión de una realización efectiva de los derechos fundamentales que funcionalmente no se podía alcanzar en el ámbito estatal y que, por ese motivo, había sido organizada en el plano supranacional. Bajo el atavío de disposiciones competenciales, los

---

la mejora continua del nivel de vida (artículo 2), la prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad (artículo 7), la regulación de la libre circulación de personas (artículos 48 y ss.) y de la libertad de establecimiento (artículos 52 y ss.) o el principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo (artículo 119); y también la protección de la propiedad industrial y comercial (artículo 36), la promoción de los derechos sindicales básicos (artículo 118.1), la protección del secreto profesional (artículo 214).»

<sup>35</sup> Basta recordar la importante sentencia *Defrenne* del Tribunal de Justicia de 1976 o la sentencia *Bilka Kaufhaus* de 1986. En la primera, se reconoció efecto directo al principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo (art. 119 TCEE) desde el 1 de enero de 1962 (inicio de la segunda fase del periodo de transición), calificándolo de «parte de los fundamentos de la Comunidad» y atribuyéndole no solo un objetivo económico sino también social. En la segunda, se incorporó la noción de discriminación inversa al ámbito del art. 119 TCEE. *Vid.* SSTJ de 8 de abril de 1976, as. 43/75, *Defrenne*, apartado 12; y de 13 de mayo de 1986, as. 170/84, *Bilka Kaufhaus*, apartados 29-31.

<sup>36</sup> Pescatore, 1970, p. 349.

<sup>37</sup> Menéndez, 2002, pp. 398-401. Para este autor, el ethos de la integración europea estaba fundado en garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales.

tratados constitutivos conformaban al mismo tiempo la legitimación y la limitación de una política autónoma europea de derechos fundamentales mediante órganos especiales en interés común de los Estados miembros y sus ciudadanos; esas disposiciones aparecían como una contribución positiva y de Estado de bienestar a la garantía de la dignidad humana y demás garantías específicas contenidas en las Constituciones nacionales<sup>38</sup>.

Los tratados no se reducían a competencias supranacionales para la consecución del bien común. El tratado constitutivo de la primera Comunidad Europea, la del Carbón y el Acero (CECA), firmado en París, aspiraba sin duda a una amplia reestructuración de concretos sectores económicos. Al mismo tiempo contemplaba potenciales «derechos europeos» relativos a la libre circulación de los trabajadores de los sectores del carbón y el acero. El Tratado CECA contenía «el fundamento de lo que hoy forma la esencia del derecho de la ciudadanía de la Unión: libertad de movimiento»<sup>39</sup>. El reconocimiento de derechos europeos estaba vinculado al proyecto de integración europea desde el inicio. Aunque no fructificaron en la CECA<sup>40</sup>, el precedente influirá, y tendrá éxito, en la Comunidad Económica Europea.

Además, las posibilidades de injerencia directa en los derechos de los particulares eran reducidas al principio. Los destinatarios de las disposiciones del Tratado CECA eran, además de los Estados miembros y las instituciones comunitarias, empresas, primordialmente de cierto tamaño, no individuos. En la posterior Comunidad Económica Europea las posibilidades de injerencia directa estaban también muy localizadas: se trataba de las competencias de la Comisión para aplicar las normas de la competencia mediante decisiones individuales en el seno de procedimientos de inspección, investigación y sanción. Después del fracaso de la Comunidad Europea de Defensa, los objetivos políticos fueron cuidadosamente evitados o minimizados, en favor de beneficios económicos y comerciales a corto y medio plazo<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Pernice, 1979, p. 240.

<sup>39</sup> Maas, 2005, p. 1021.

<sup>40</sup> En realidad, la disposición en cuestión (art. 69 TCECA) se dirigía exclusivamente a los Estados miembros, y fue derogada en 1974.

<sup>41</sup> *Vid.* Dedman, 2010, p. 83: «For the EEC emphasis was placed on short- and medium-term economic and commercial benefits rather than long-term political possibilities to avoid arousing the latent fears of nationalists. It was

Aunque el carácter económico de la materia o del sujeto de la injerencia no excluye la dimensión iusfundamental, como bien sabemos hoy en día, sí puede explicar que sus implicaciones fueran menos perceptibles al principio<sup>42</sup>.

Con el tiempo, en cuanto la Comunidad Europea comenzó tímidamente a desarrollar una dimensión no económica, con relativa naturalidad se fueron añadiendo referencias y disposiciones con un carácter iusfundamental más directo. Las expresiones «derechos humanos», «libertades fundamentales» y «derechos fundamentales» entraron en el Derecho primario de la mano del preámbulo del Acta Única Europa. Con el Tratado de Maastricht se reconoció la libertad de circulación en todo el territorio de la Unión (el antiguo art. 18 TCE), y con el Tratado de Ámsterdam, no solo se incluyó la igualdad entre hombres y mujeres como una de las misiones de la Unión Europea, sino que esta se dotó de una competencia más amplia para eliminar la discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual (el antiguo art. 13 TCE). Todas esas disposiciones, las existentes y las añadidas, no conformaban ciertamente una lista completa y coherente de derechos; y en su mayoría se contemplaban como instrumentos para establecer un mercado común, más que factores de legitimación de la nueva organización política.

Por último, y no menos importante, la necesidad y relevancia de un régimen jurídico propio de protección de los derechos fundamentales dependía del modelo de aplicación del Derecho comunitario, que no estaba plenamente aclarado en los propios Tratados<sup>43</sup>. Nadie podía imaginarse que el Tribunal de Justicia desarrollara las doctrinas del efecto directo y la primacía<sup>44</sup>, y es evidente que nadie podía

---

essentially a commercial treaty between six states embedded in another supranational community».

<sup>42</sup> Todavía en los setenta del siglo pasado, para una parte de la doctrina alemana la orientación económica de las iniciales Comunidades y la carencia de potestades limitativas de tipo estatal excluían la relevancia de la cuestión de la protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas. Ipsen había sido el principal valedor de ese argumento desde los años sesenta (plasmado luego en Ipsen, 1972, p. 721); *vid.* también Scheuner, 1974, p. 46, y Hummer, 2009, p. 49. En los años ochenta el argumento sonaba ya anacrónico (así, Dauses, 1985, p. 400).

<sup>43</sup> Terhechte, 2011, p. 13.

<sup>44</sup> Van Middelaar, 2013, pp. 102-103: «fallo sorprendente», «carácter revolucionario».

prever qué clase de complicaciones supondría ni la intensidad de la resistencia que causaría, tanto en el plano doctrinal como en lo que se refiere a la reacción de los órganos judiciales. Para que la relativa ausencia de disposiciones iusfundamentales generase algún tipo de conflicto o complicación con los ordenamientos constitucionales de los Estados miembros, fue preciso que el Tribunal de Justicia desarrollara previamente sus revolucionarias doctrinas del efecto directo y de la primacía.

El efecto directo y la primacía del Derecho comunitario no estaban contemplados en el texto de los Tratados, ni habían pasado en ningún momento por la mente de sus redactores: la creencia general era que los Estados miembros tendrían cierto grado de flexibilidad a la hora de aplicar el Derecho comunitario, lo que les permitiría adaptarse a las sensibilidades políticas, económicas y sociales nacionales<sup>45</sup>. Sin embargo, el efecto directo y la primacía fueron deducidos del «espíritu del Tratado», en una lectura selectiva de sus disposiciones. Sorprendente fue, sobre todo, la adopción jurisprudencial de la doctrina del efecto directo contra la opinión expresa de tres Estados miembros y del abogado general Roemer, y en el seno de un procedimiento que estaba concebido para obtener la interpretación del Derecho comunitario, no para precisar las condiciones de su aplicación en el ámbito interno<sup>46</sup>. Pese a todo ello, el Tribunal de Justicia aceptó la doctrina revolucionaria del efecto directo, la cual había sido deliberadamente diseñada como una «innovación jurídica» por el servicio jurídico de la Comisión e incluso aprobada, de forma inusual, por el entero Colegio de Comisarios<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Rasmussen, 2019, p. 293.

<sup>46</sup> Van Middelaar (2013, p. 105) afirma: «en *Van Gend & Loos* el Tribunal lanzó un órdago. Todos los Estados se conformaron con la sentencia. Sólo con esa aceptación por parte de los Estados, y no antes, la Comunidad se convirtió en «un nuevo ordenamiento jurídico». De paso, el Tribunal se proclamó a sí mismo portavoz del espíritu fundacional». Michel Gaudet, director del servicio jurídico de la Comisión que auspició esa innovación jurídica, argumentó justamente con el elemento de sorpresa: «mieux vaut la surprise devant les exigences juridiques de la Communauté que le doute sur la signification même de la Communauté» (Rasmussen, 2012, p. 94).

<sup>47</sup> Rasmussen, 2012, pp. 92-95, y 2019, pp. 294. Una valoración exhaustiva de la sentencia, que pone de relieve su carácter revolucionario y sitúa el origen de su doctrina en el servicio jurídico de la Comisión, puede verse en Rasmussen, 2014 y 2019. El autor sitúa las claves de la constitucionalización del Derecho comunitario en la acción deliberada emprendida por la Comisión

Una vez que el Tribunal había dado ese importante paso, solo quedaba completar aquella doctrina con la de la primacía. La afirmación de la primacía podría haberse demorado en el tiempo, pero lo que la hizo urgente fue la sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 24 de febrero de 1964, que, en el asunto *Costa/ENEL*, había aceptado, en aplicación estricta de la aproximación dualista al derecho internacional seguida en Italia, que una ley pudiese derogar lo previsto en un tratado internacional concluido previamente. Esa explícita y contundente declaración del Tribunal Constitucional de un Estado miembro (al que se le podría añadir en el futuro, quizá, algún tribunal superior alemán en aplicación de la aproximación dualista que también regía en su país) convirtió en urgente la necesidad de que se afirmara la primacía del Derecho comunitario, y así se hizo gracias al tenaz abogado italiano del asunto *Costa/ENEL* que consiguió en un segundo juzgado un reenvío prejudicial y le dio la oportunidad al Tribunal de Justicia<sup>48</sup>; posteriormente, la primacía se afirmó también frente al Derecho constitucional de los Estados miembros<sup>49</sup>.

La creación jurisprudencial del efecto directo y la primacía del Derecho comunitario impulsó la constitucionalización de ese ordenamiento<sup>50</sup> y trajo consigo importantes e imprevistas implicaciones

---

y en el nombramiento del francés Robert Lecourt como juez del Tribunal de Justicia en 1962 (llegaría a ser su presidente en el periodo 1967-1976) por el nada federalista presidente De Gaulle, lo que permitió configurar una nueva mayoría de inspiración federal de cuatro jueces frente a tres en Luxemburgo. Elementos accidentales también estuvieron detrás de la sentencia *Costa/ENEL*.

<sup>48</sup> STJ de 15 de julio de 1964, as. 6/64, *Costa/ENEL*, p. 105 de la edición castellana, accesible en [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu). Un análisis actualizado de la sentencia puede verse en Blanc, 2017, y una lúcida reconstrucción histórica del contexto nacional y europeo en Arena, 2021.

<sup>49</sup> STJ de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, apdo. 3.

<sup>50</sup> Rasmussen (2012, p. 97) habla del establecimiento de un orden jurídico de carácter semifederal. Igualmente, Baquero Cruz (2002, pp. 81-82, 90, 95) señala lo siguiente: «las teorías constitucionales sobre la Comunidad empezaron únicamente cuando la propia Comunidad adquirió sustancia constitucional (*Van Gend en Loos* es de 1963; *Costa/ENEL* de 1964)» (énfasis añadido); «en sentencias como *Van Gend en Loos*, *Costa/ENEL* o *Simmmenthal* ya había extraído las consecuencias de las semillas constitucionales contenidas en el Tratado»; «Este aserto de primacía se basaba en la mera argumentación y *persuasión*» (énfasis añadido). Para la doctrina alemana, *vid.* Grimm, 2012, pp. 137-141, y Nettesheim, 2012, p. 329.

para los ordenamientos internos de los Estados miembros. El efecto directo otorgó un papel determinante a los derechos subjetivos que en el futuro reconocería el ordenamiento comunitario concretando mediante el Derecho derivado los objetivos políticos de los Tratados, lo que a su vez contribuyó a la judicialización de la aplicación de ese ordenamiento en el ámbito estatal<sup>51</sup>. Al mismo tiempo, la interpretación extensiva del objeto del procedimiento prejudicial permitió que los particulares pudiesen controlar la aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros<sup>52</sup>. Este movimiento adicional, que suele pasar inadvertido detrás de la creación jurisprudencial del efecto directo y la primacía, es igualmente importante. Sin la expansión del objeto del procedimiento prejudicial, la primacía y el efecto directo se habrían seguido aplicando por los órganos judiciales de los Estados miembros<sup>53</sup>.

*Last but no least*, condujo al modelo difuso de control de europeidad sobre las disposiciones internas incompatibles con el Derecho comunitario que constituye hoy una de las señas de identidad del sistema jurisdiccional europeo. El rechazo del Tribunal Constitucional italiano a considerar inconstitucionales las leyes nacionales posteriores incompatibles con los Tratados constitutivos obligó no solo a declarar cuanto antes la primacía del Derecho comunitario, sino también a descartar la opción de un control concentrado de la primacía «interna» del Derecho comunitario sobre las disposiciones legales nacionales y, en su lugar, a forjar una alianza con los jueces ordinarios, reconociendo a todos ellos el poder de inaplicar las disposiciones internas, incluso las de rango legal, que fueran incompatibles con el Derecho comunitario<sup>54</sup>. Como sintetiza van Middelaar: «De un golpe, cientos de tribunales y millones de posibles demandantes estaban al servicio de Europa: en el mero sentido sociológico y jurídico *Van Gend & Loos* supuso una jugada magistral»<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Möllers, 2009, p. 266.

<sup>52</sup> Rasmussen, 2019, p. 296.

<sup>53</sup> Compárese la argumentación de Zuleeg (1971, pp. 452-453), un autor alemán europeísta: «The Court of Justice has no jurisdiction to decide domestic litigation and to solve conflicts between Community Law and national law. The procedure of preliminary rulings gave the opportunity to develop a general supremacy rule, but leaves the final decision in single cases to national courts».

<sup>54</sup> Arena, 2021, p. 924, ello se explicaría en la sentencia *Simmenthal* (1978).

<sup>55</sup> Van Middelaar, 2013, p. 105.



En suma, el problema *constitucional* no fue debido a la ausencia de disposiciones iusfundamentales específicas en los tratados constitutivos, que para la mayoría de los políticos y juristas eran, o bien delicadas después del fracaso de las dos comunidades europeas más ambiciosas, o bien innecesarias considerando la naturaleza económica de las Comunidades Europeas, la competencia general de los Estados miembros (también para la aplicación del nuevo Derecho) y el estricto control de legalidad encomendado al Tribunal de Justicia. Fue la imprevista constitucionalización jurisprudencial del Derecho comunitario lo que originó una seria complicación con los ordenamientos estatales dotados de un catálogo formal y una tutela robusta de los derechos fundamentales. El Tribunal de Justicia puso en marcha un proceso y desencadenó unas consecuencias que, en interés de la proclamada autonomía del Derecho comunitario, tuvo después que encauzar<sup>56</sup>. Una vez que afloró, fue un conflicto enormemente productivo: como se verá después, obligó a una generación de juristas y políticos a intentar que encajaran las piezas. También el Tribunal de Justicia tuvo una importante contribución en el resultado final, pues podía haber demorado su respuesta algunos años más o haberla aplicado de forma menos drástica<sup>57</sup>.

### 3.2. LA TOMA DE CONCIENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Los primeros acercamientos del Tribunal de Justicia al problema de los derechos fundamentales testimonian una perspectiva formalista. Ello era comprensible: se trataba de la jurisdicción de una organización internacional concebida en términos instrumentales y circunscrita inicialmente a organizar dos sectores productivos, de acuerdo con un modelo de intervencionismo económico consagrado por los Estados miembros y que aquel no podía cuestionar. Así, las alegaciones iniciales de vulneración de disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales se rechazaban como motivos inadmisibles sin más fundamentación<sup>58</sup>. Esos primeros acercamientos muestran la

<sup>56</sup> Stone Sweet, 2004, pp. 87-91. En el mismo sentido, Rauegger, 2018, p. 100: «EU fundamental rights as general principles closed the gap that arose because national constitutional law could be set aside under the primacy principle».

<sup>57</sup> *Vid.* Terhechte, 2011, p. 26.

<sup>58</sup> STJ de 4 de febrero de 1959, as. 1/58, *Stork*, p. 227 (230) de la edición castellana, accesible en [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)

perplejidad inicial del Tribunal de Justicia con ese tipo de argumentos. En 1960, tras afirmar el argumento formal-competencial de que no era competente para aplicar disposiciones constitucionales de los Estados miembros ni para utilizarlas a efectos interpretativos (*sic*), adujo como segundo argumento que el Derecho de la Comunidad, establecido en el Tratado CECA, no contenía «un principio general escrito o no escrito» que garantizase el mantenimiento de los derechos adquiridos<sup>59</sup>.

La primacía del Derecho comunitario fue reconocida apenas cuatro años después en la sentencia *Costa/ENEL*. Solo entonces se percibió la ausencia en los tratados de disposiciones explícitas sobre derechos fundamentales como un problema: en realidad, no como un problema en sí, sino como un peligro para la aceptación de la proclamada primacía. Al carecer de disposiciones que garantizaran los derechos fundamentales de los particulares, los tribunales supremos o constitucionales de los Estados miembros podrían invocar sus disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales frente a la primacía de las disposiciones del Derecho comunitario. Confrontado con lo que parecía una objeción absoluta a su doctrina sobre la primacía, el Tribunal de Justicia desarrolló una estrategia ingeniosa para preservar la primacía del Derecho comunitario, sin tener que modificar para ello los tratados constitutivos. El instrumento para colmar la citada laguna serían los principios generales del Derecho cuyo respecto garantiza el Tribunal de Justicia.

Los principios generales del Derecho no eran ajenos al Derecho comunitario. Estaban mencionados en los tratados constitutivos, si bien en un ámbito muy específico, la responsabilidad extracontractual de las Comunidades (art. 215 TCEE). El Tribunal de Justicia había utilizado ya esa fuente del Derecho para resolver numerosos problemas de derecho administrativo derivados de la CECA antes de acudir a ella en un caso en el que se alegaba una vulneración de derechos fundamentales. El engarce de los derechos fundamentales en la cate-

---

<sup>59</sup> STJ de 15 de julio de 1960, as. ac. 36/59, 37/59, 38/59 y 40/59, *Organización común de ventas de carbón*, p. 887 (921) de la edición alemana («Andererseits enthält das Recht der Gemeinschaft, wie es im EGKS-Vertrag niedergelegt ist, weder einen geschriebenen noch einen ungeschriebenen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß ein erworbener Besitzstand nicht angetastet werden darf»), p. 860 (891) de la edición francesa («le droit communautaire, tel qu'il résulte du traité C.E.C.A., ne contient aucun principe général, explicite ou non, garantissant le maintien des situations acquises»).

goría de los principios generales del Derecho permitía aplicarles la misma metodología desarrollada para su reconocimiento, la llamada «comparación jurídica crítica», método que consistía en examinar críticamente las soluciones al problema planteado que se encontraran en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y optar por la que se adaptara mejor a la estructura y objetivos de los tratados.

Para el Tribunal de Justicia era suficiente con reconocer el problema y afirmar que su doctrina sobre los principios generales del Derecho comunitario (con su correspondiente metodología) era trasladable al ámbito de los derechos fundamentales. Los primeros casos que le permitieron aplicar aquella doctrina provinieron, no casualmente, de órganos judiciales alemanes.

Así, en el asunto *Stauder* (1969) se desestimó una objeción iusfundamental esgrimida contra un acto comunitario, señalando que interpretada de este modo, la disposición controvertida no ha revelado ningún elemento que permita cuestionar los derechos fundamentales de la persona subyacentes en los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia<sup>60</sup>. Aquí estaba *in nuce* la estrategia del Tribunal de Justicia para colmar las lagunas de los Tratados. Fue un pronunciamiento tan audaz como el de otras sentencias célebres en las que un tribunal supremo o constitucional proclama su competencia de guardián del orden jurídico. En realidad, fue el abogado general alemán Karl Roemer quien, en las brevísimas cinco páginas de sus conclusiones en el asunto *Stauder*, apoyó la prometedor vía para completar el déficit de protección existente en el ordenamiento comunitario, que había sido sugerida por el auto de remisión de la cuestión prejudicial<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> STJ de 12 de noviembre de 1969, as. 29/69, *Stauder*, apartado 7.

<sup>61</sup> Conviene recordar sus palabras: «Según dice la resolución de remisión, el Tribunal a quo piensa que es preciso orientarse según los principios del Derecho nacional. Ello se ajusta a la opinión de numerosos autores: según ellos es menester determinar, a través de un estudio crítico de Derecho comparado, los conceptos cualitativos comunes del Derecho constitucional nacional, en particular de los Derechos nacionales fundamentales que, como parte integrante no escrita del Derecho comunitario, habrían de respetarse a la hora de elaborar el Derecho comunitario derivado. Tiene, pues, razón un Tribunal para pedir que se examine la validez de una Decisión de la Comisión a partir de este criterio.» *Vid.* conclusiones del abogado general Karl Roemer, presentadas el 29 de octubre de 1969, en el as. 29/69, *Stauder*, p. 395 de la edición española. Entre las opiniones doctrinales a la que se refiere, una influyente

Más completa fue la respuesta en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft* (1970). Tras rechazar expresamente la aplicabilidad de los derechos fundamentales nacionales porque «tendría por efecto menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho comunitario», argumentó lo siguiente: «[...] sin embargo, es preciso examinar si no se ha infringido ninguna garantía análoga, inherente al Derecho comunitario; que, en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia; que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad»<sup>62</sup>. Finalmente, en la sentencia *Nold* (1974) incorporó una segunda fuente de inspiración para el reconocimiento de esos principios generales: los tratados internacionales para la protección de los derechos humanos en los cuales han sido parte o a los cuales se han adherido los Estados miembros<sup>63</sup>. El momento en que se hizo este reconocimiento no fue casual. Pocos días antes de la sentencia, Francia había ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, siguiendo la estela de los demás Estados miembros: ese instrumento regional estaba llamado a constituirse en el mínimo común denominador en Europa, también para el Tribunal de Justicia.

Ese despliegue jurisprudencial estaba meditado. Entre la sentencia *Stauder* y la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, el juez Pierre Pescatore defendió en un escrito no jurisdiccional la idea de que el ordenamiento comunitario contenía todos los medios necesarios para construir un sistema adecuado para la protección de los derechos fundamentales. En su opinión, que venía a constituir una interpretación cuasi auténtica de la intención del Tribunal de Justicia, el fragmento antes transcrito de la sentencia *Stauder* contenía la respuesta correcta y completa al problema de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas<sup>64</sup>.

---

puede haber sido la de Pescatore (1968), que además se incorporó al Tribunal de Justicia como juez el 9 de octubre de 1967.

<sup>62</sup> STJ de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, apartado 4.

<sup>63</sup> STJ de 14 de mayo de 1974, as. 4/73, *Nold*, apartado 13.

<sup>64</sup> Pescatore, 1970, p. 351: «Despite its incidental character, this short statement is full of implications. It shows that the Court of Justice is aware of the

En los años siguientes el Tribunal de Justicia fue desplegando una amplia jurisprudencia iusfundamental, cubriendo progresivamente los principales derechos fundamentales afectados por el Derecho comunitario. Junto a las mencionadas, otras dos sentencias inmediatamente posteriores fueron igualmente determinantes: las sentencias *Rutili* (1975) y *Hauer* (1979), a las que se hará referencia más tarde, en este mismo capítulo, en el contexto de la reacción a las objeciones constitucionales alemanas. Para completar esta presentación inicial, debe aludirse a la sentencia con consecuencias más importantes después de las citadas anteriormente.

En la sentencia *Wachauf* de 13 de julio de 1989, el Tribunal de Justicia afirmó que «las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario [...] vinculan, asimismo, a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no menoscaben tales exigencias»<sup>65</sup>. En suma, la sentencia extendió el parámetro de control de los derechos fundamentales comunitarios a los actos estatales de aplicación del Derecho comunitario y, con ello, amplió el alcance de su control sobre dichos actos. Poco después, el Tribunal de Justicia precisó que la vinculación a los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito comunitario no desaparecía en los supues-

---

problem here under discussion which, as it eventually turned out, did not have to be passed upon in the case submitted to the Court. It means, moreover, that the Court would be prepared to act if a case arose in which fundamental human rights should actually be at stake. Finally, the statement indicates that fundamental human rights are included among those general principles of law which form an integral part of the Community law whose observance the Court must ensure. The Court's very succinct pronouncement shows that the system of legal controls established by the Community Treaties is perfectly well equipped, should the case arise, to resolve problems calling for the protection of fundamental rights and freedoms without going beyond the bonds of the legal order of the Communities themselves. It follows therefrom that, while such international human right treaties as the Conventions of the Council of Europe and the Covenants of the United Nations might offer a useful inspiration, it is not necessary to incorporate these instruments into the Community system, because it already disposes of all the resources that might be required for the construction of an adequate system for the protection of fundamental rights.»

<sup>65</sup> STJ de 13 de julio de 1989, as. 5/88, *Wachauf*, apartado 19. Curiosamente, esta importante sentencia fue adoptada por una Sala formada por solo tres jueces, aunque siguiendo el criterio del abogado general Jacobs.

tos en que los Estados miembros invocaban las excepciones a las libertades económicas fundamentales previstas en los Tratados<sup>66</sup>.

La trascendencia futura de esos pronunciamientos será enorme. Los derechos fundamentales comunitarios (de la Unión, posteriormente) tendrían una doble función: por un lado, limitar el ejercicio de poder por las instituciones europeas, completando el mecanismo de protección previsto en los tratados constitutivos; por otro lado, limitar el ejercicio de poder de las autoridades estatales, cuando aplicasen el Derecho comunitario, no con el fin de colmar una laguna de protección en el ámbito interno, sino para garantizar la unidad y efectividad del ordenamiento comunitario. Ambas funciones se asemejan en su resultado limitativo, pero sus implicaciones son distintas. Los derechos fundamentales comunitarios desarrollan en el ordenamiento jurídico comunitario una función que ninguna otra norma realizaba previamente. En cambio, respecto a los ordenamientos jurídicos nacionales asumen una función que estaba plenamente cubierta por los derechos fundamentales nacionales, esto es, concurren con esos derechos nacionales y esa concurrencia puede generar situaciones de rivalidad, conflicto y desplazamiento. La primera función podía satisfacer las aspiraciones de algunos Estados miembros, aunque, como se verá seguidamente, encontró al inicio reparos en la jurisdicción alemana. No obstante, la segunda función será con el tiempo problemática y no dejaría indiferente a casi ningún Estado miembro.

Volviendo a principios de la década de los años setenta, el Tribunal de Justicia acertó plenamente al considerar que la consagración de sus doctrinas del efecto directo y la primacía hacía urgente la inclusión de una protección de los derechos fundamentales estrictamente comunitaria. La audaz e ingeniosa jurisprudencia que desarrolló a partir de 1969 tenía ese cometido. Como señala un autor, el Tribunal de Justicia estaba envalentonado por sus éxitos de 1963 y 1964 y quería consolidar sus ganancias<sup>67</sup>. La jugada era importante. Se analice como un movimiento dirigido a incorporar la protección de los derechos fundamentales al Derecho comunitario o bien como un pretexto para garantizar la unidad y primacía del Derecho comunitario, los efectos fueron considerables: se privó de jurisdicción a los órganos judiciales nacionales (incluidos los constitucionales) para aplicar los derechos

<sup>66</sup> STJ de 18 de junio de 1991, as. C-260/89, *ERT*, apartado 43.

<sup>67</sup> Davies, 2017, p. 167.