



Torsten Stein (Alemania)*

La protección de los derechos fundamentales a través de los tribunales de los estados miembros y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: ¿competencia o cooperación?*

1. Introducción

En muchos países del planeta las personas se sentirían muy afortunadas si al menos contaran con *un* catálogo (nacional o internacional) de derechos humanos fundamentales que no solo estuviera escrito en la Constitución o en la colección de tratados internacionales a los que adhieren sus estados, sino que además les fuera garantizado en cuanto a respeto y cumplimiento efectivo por jueces tan independientes como valientes. Todos quienes en las últimas décadas han leído los informes dirigidos a la Comisión de Derechos Humanos creada en el marco del Pacto Internacional de 1966 sobre Derechos Cívicos y Políticos saben que el papel puede ser muy paciente.

En ese sentido, los ciudadanos de la Unión Europea parecen tener un problema de lujo: sus derechos fundamentales y humanos están protegidos por tres catálogos a falta de uno, y además cuentan con las instancias jurídicas correspondientes: los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones nacionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que hasta la fecha ha venido construyendo su propio catálogo de derechos fundamentales en libre creación jurídica y que recientemente

* Director del Departamento de Derecho del Europa-Institut de la Universidad del Saarland. <t.stein@mx.uni-saarland.de>

** Conferencia pronunciada durante el XIV Encuentro de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, Lima, 10 al 13 de setiembre de 2007. Traducción de Renate Hoffmann. Agradezco mucho la cooperación de la Dra. Barbara Havelková, LL.M. en la preparación de este artículo.

hizo por primera vez referencia a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que por ahora ni siquiera tiene carácter obligatorio. ¿Se trata verdaderamente de un lujo, o tanta protección encierra también un problema?

Al margen de los problemas de delimitación y de jerarquía, cobra particular relevancia la pregunta material por el nivel de protección. Esta temática fue materia de varias sentencias del Tribunal Constitucional Federal (TCF), en las que examinó la relación entre el derecho constitucional alemán y el derecho de las Comunidades Europeas, y entre el Tribunal y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo (TJCE). Las siguientes consideraciones estarán dedicadas a esta temática. Sin embargo, previamente se hará una breve descripción de la protección de los derechos fundamentales en el nivel de las Comunidades Europeas (CE) y la dogmática de la relación entre el derecho comunitario europeo y el derecho nacional.

2. Protección de los derechos fundamentales en la UE

La Comunidad Europea fue creada como una comunidad de orientación económica. Su objetivo primordial era promover un desarrollo armónico de la vida económica,¹ sin que en un inicio se pensara en un control de los derechos fundamentales. Es así que en sus primeras sentencias el TJCE no se declaró competente para intervenir en casos que afectaban los derechos fundamentales protegidos constitucionalmente en el nivel de los estados miembros de la Comunidad.²

Esto cambió en el año 1969 con la sentencia *Stauder*,³ en la que el TJCE por primera vez reconoció la existencia de derechos fundamentales. El caso estaba referido a una posible injerencia en el derecho general de la personalidad o en la dignidad humana, respectivamente. El TJCE sostuvo que la respectiva norma era compatible con el orden jurídico comunitario, pero por primera vez verificó su relación con los “principios generales del orden jurídico comunitario”, concretamente con los “derechos fundamentales de la persona”.⁴

Un año más tarde esta jurisprudencia fue ampliada en el fallo *Internationale Handelsgesellschaft*.⁵ El caso tenía por objeto la libertad de desenvolvimiento, la libertad de decisión y la libertad económica. Dado que la parte actora se apoyó en el juicio principal en la Constitución alemana (*Grundgesetz*), el TJCE estableció como primera medida que “hacer valer la violación de los derechos fundamentales, tal cual están consagrados en las constituciones nacionales, no puede afectar la validez de un

¹ Cf. artículo 2 del Tratado de Creación de la Comunidad Económica Europea (1957).

² Véase, por ejemplo, sentencia del 4 de febrero de 1959 en el asunto 1/58 (*Stork*, col. 1959, p. 45), 64.

³ Sentencia del 12 de noviembre de 1969 en el asunto 29/69 (*Stauder*, col. 1969, Sp. 419).

⁴ *Ibidem*, nota marg. 7.

⁵ Sentencia del 17 de diciembre de 1970 en el asunto 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*, col. 1970, p. 1125).

acto de la Comunidad o su vigencia”.⁶ El Tribunal sostuvo, además, que los derechos fundamentales también deben ser protegidos en el nivel comunitario:

El respeto de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, que asegura el Tribunal de Justicia. La salvaguardia de esos derechos, aunque inspirándose en tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser asegurada, en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad.⁷

La frase marca una importante distinción que se hace en la teoría de los derechos fundamentales de las Comunidades Europeas, y es aquella entre *fuentes del derecho* y *fuentes de conocimiento jurídico*. Las fuentes del derecho constituyen el motivo de validez del derecho y suministran las normas jurídicas en forma directa.⁸ Además de las disposiciones contractuales expresas del Tratado de la CE, integran las fuentes del derecho todos los principios generales no escritos del orden jurídico comunitario.⁹ Las constituciones nacionales, en cambio, solo constituyen una fuente de conocimiento jurídico, por lo que para el TJCE cumplen únicamente una “función orientadora”.¹⁰

Así lo manifestó expresamente el TJCE en la siguiente sentencia relacionada con los derechos humanos, correspondiente al asunto *Nold*:¹¹

El Tribunal ya ha manifestado que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto asegura. Al asegurar la protección de estos derechos, el Tribunal debe inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.¹²

Estaban en juego la protección de la propiedad y el libre ejercicio de las actividades económicas. El TJCE desestimó que los derechos hubieran sido violados y se manifestó respecto de la limitación de los derechos fundamentales en los siguientes términos:

Es correcto que los órdenes constitucionales de todos los Estados miembros protegen la propiedad y en forma similar la libertad de trabajo, del comercio y de las actividades económicas. Los derechos así garantizados, lejos de aparecer como prerrogativas absolutas, deben ser considerados a la vista de la función social de los bienes y actividades protegidas. Por esta razón, los derechos de este orden no son garantizados regularmente más que bajo reserva de las limitaciones previstas en función del interés público. En el orden jurídico comunitario parece también legítimo mantener en relación con estos derechos la aplicación de ciertos límites justificados por los objetivos

⁶ Ibidem, nota marg. 3.

⁷ Ibidem, nota marg. 4.

⁸ Jarass: *EU-Grundrechte*, C. H. Beck, 2005, pp. 12 ss.

⁹ Como motivo de vigencia se nombra el artículo 220 del Tratado constitutivo de la CE que obliga al TJCE a “salvaguardar el derecho”. Los principios provienen entonces del derecho que el TJCE debe preservar.

¹⁰ Jarass: o. cit.

¹¹ Sentencia del 14 de mayo de 1974 en el asunto 4/73 (*Nold*, col. 1974, p. 491).

¹² Ibidem, nota marg. 13.

de interés general perseguidos por la Comunidad, siempre que no se atente contra la sustancia de estos derechos.¹³

Esta limitación de la protección de los derechos fundamentales a través de los objetivos de la comunidad al servicio del bien general ha determinado que el balance en materia de protección de los derechos fundamentales del TJCE sea más bien modesto hasta la fecha.

Las fuentes de conocimiento jurídico fueron precisadas en mayor detalle en los asuntos *Rutili*¹⁴ y *Hauer*.¹⁵ En ambas sentencias el TJCE ha mencionado como otra fuente de conocimiento de los derechos fundamentales al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH):

También los tratados internacionales sobre la protección de los derechos humanos en cuya celebración participaron Estados miembros o a los que adhirieron, pueden suministrar indicaciones que deben ser consideradas en el marco del derecho comunitario.¹⁶

En el asunto *Hauer* el TJCE analizó, en función de las dos fuentes de conocimiento jurídico antes mencionadas, si la protección de la propiedad tiene carácter de derecho fundamental en el nivel de la CE:

El derecho de propiedad se garantiza en el ordenamiento jurídico comunitario a tenor de las concepciones constitucionales comunes de los Estados miembros, que también se reflejan en el Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos [...].¹⁷

El TJCE se pronunció a continuación sobre el alcance y las posibles limitaciones de este derecho y catalogó la proporcionalidad como un principio a ser observado:

Aun cuando, en principio, no se le pueda negar a la Comunidad la posibilidad de limitar el ejercicio del derecho de propiedad en el marco de una organización común de mercado y por los principios estructurales de los ordenamientos, cabe verificar si las restricciones contenidas en la regulación cuestionada efectivamente *responden a los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad* o si constituyen una *intervención desproporcionada no tolerable* con relación al fin perseguido en las prerrogativas del propietario que afecta al derecho protegido en su esencia.¹⁸

No obstante, el TJCE no constató en el caso *Hauer* una limitación indebida en el ejercicio del derecho de propiedad.

¹³ *Ibidem*, nota marg. 14.

¹⁴ Sentencia del 28 de octubre de 1975 en el asunto 36/75 (*Rutili*, col. 1975, p. 1219).

¹⁵ Sentencia del 13 de diciembre de 1979 en el asunto 44/79 (*Hauer*, col. 1979, p. 3727).

¹⁶ *Ibidem*, nota marg. 15.

¹⁷ *Ibidem*, nota marg. 17.

¹⁸ *Ibidem*, nota marg. 23, *itálica del autor*. (N. del T.: traducción al español del texto en alemán.)

En una serie de otras sentencias fueron calificados de derechos fundamentales, comunitarios además del ya mencionado derecho de propiedad,¹⁹ la libertad comercial y económica,²⁰ la libertad profesional²¹ y otros derechos. En la esfera económica se protegen también, por ejemplo, la libre competencia²² o la libertad general de actuar.²³ En el ámbito no económico, el TJCE reconoció la protección de la vivienda y de la esfera privada.^{24 25} Se protegen la libertad de fe y de culto²⁶ y la libertad de opinión,²⁷ igual que otras posiciones de derechos fundamentales.²⁸ En el ámbito de los derechos procesales se reconocen, entre otros, el derecho a un juicio justo²⁹ y el derecho a ser oído en juicio.³⁰

En primer plano de la jurisprudencia sobre derechos humanos está el reconocimiento del principio general de igualdad,³¹ que va más allá de las prohibiciones de discriminación consagradas en forma escrita por el tratado. Igual importancia revisten los principios de protección de la confianza y de la seguridad jurídica,³² así

¹⁹ Véase también sentencia del 19 de junio de 1980 en los asuntos relacionados 41, 121 y 796/79 (*Testa, Maggio y Vitale*, col. 1980, p. 1979).

²⁰ Sentencia del 17 de diciembre de 1970 en el asunto 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*, col. 1970, p. 1125).

²¹ Sentencia del 13 de diciembre de 1979 en el asunto 44/79 (*Hauer*, col. 1979, p. 3727); véase también sentencia del 8 de octubre de 1986 en el asunto 234/85 (*Keller*, col. 1986, S. 2897).

²² Sentencia del 7 de febrero de 1985 en el asunto 240/83 (*ADBHU*, col. 1985, S. 531).

²³ Sentencia del 21 de mayo de 1987 en el asunto 136/85 (*Rau*, col. 1987, p., 2289).

²⁴ Sentencia del 26 de junio de 1980 en el asunto 136/79 (*National Panasonic*, col. 1980, p. 2033).

²⁵ En la sentencia *Hoechst* (del 26 de marzo de 1987 en los asuntos relacionados 46/87 y 227/88 (*Hoechst*, col. 1989, S. 2859), Rz. 12.) el TJCE reconoció la inviolabilidad de la vivienda, pero con exclusión de las oficinas. Se discutió si la decisión constituía una revuelta contra la jurisprudencia del TEDH, ya que este alto tribunal en diferentes sentencias anteriores había colocado una intervención en espacios utilizados comercialmente bajo el ámbito de protección de la vida privada (artículo 8 del CEDH). Pero en estos casos se trataba de espacios usados con fines laborales por profesionales independientes, sin que pudiera establecerse si se los utilizaba con fines privados o profesionales. Más tarde el TJCE reconoció explícitamente la jurisprudencia del TEDH (sentencia del 22 de octubre de 2002 en el asunto C-94/00 (*Roquette Frères*, col. 2002, I-9011)).

²⁶ Sentencia del 27 de octubre de 1976 en el asunto 130/75 (*Prais*, col. 1976, p. 1589).

²⁷ Sentencia del 11 de julio de 1985 en los asuntos relacionados 60 y 64/84 (*Societe Cinetheque*, col. 1985, p. 2605).

²⁸ Para una discusión más exhaustiva de los diferentes derechos fundamentales ver Jarass: o. cit., pássim.

²⁹ Sentencia del 5 de marzo de 1980 en el asunto 98/79 (*Pecastaing*, col. 1980, p. 691).

³⁰ Sentencia del 8 de febrero de 2000 en el asunto C-17/98 (*Emesa Sugar*, col. 2000, I-675).

³¹ Sentencia del 8 de octubre de 1980 en el asunto 810/79 (*Überschär*—también conocido como *Seguro alemán voluntario*—, col. 1980, S. 2747).

³² Sentencia del 21 de septiembre de 1983 en los asuntos relacionados 205 bis 215/82 (*Milchkontor*, col. 1983, S. 2633).

como el reclamo de que las limitaciones a los derechos fundamentales no deben ser desproporcionadas con vistas al objetivo.³³

El rango de todos los derechos fundamentales antes mencionados, como también de todas las normas jurídicas generales, es equiparable al rango del derecho primario. Los titulares de los derechos fundamentales son personas físicas y empresas. Están obligados con los derechos fundamentales de la Comunidad tanto todos los órganos de comunitarios como también los estados miembros. En la sentencia *ERT*, el TJCE declaró la sujeción de los estados miembros no solo a sus “propios” derechos fundamentales sino también a aquellos de la Comunidad en sus actos en el ámbito de aplicación del derecho comunitario.³⁴ El caso trató la compatibilidad del monopolio de radiodifusión griego con las normas comunitarias sobre competencia y la libre prestación de servicios.

Según su jurisprudencia [...] el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que tal normativa entre en el campo de aplicación del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, cuya salvaguarda el Tribunal debe garantizar y que en particular se desprenden del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En particular, si un estado miembro invoca el artículo 66 en relación con el artículo 56 del Tratado de la CE a fin de justificar una regulación adecuada para obstaculizar el ejercicio de la libertad de servicio, esta justificación prevista en el derecho comunitario debe ser interpretada a la luz de los principios jurídicos generales y en particular los derechos fundamentales. Por lo tanto, las excepciones contempladas en el artículo 66 en relación con el artículo 56 deben ser de conformidad con los derechos fundamentales cuya salvaguarda el Tribunal debe garantizar.³⁵

Volveremos sobre esta aplicación de los derechos fundamentales comunitarios incluso a actos de los estados miembros, ya que con la futura vigencia, seguramente obligatoria, de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales se ampliará y fortalecerá más aún.

Finalmente cabe mencionar que el TJCE ha reconocido en su jurisprudencia más reciente que la intensidad de la protección de un derecho fundamental (comunitario) no debe ser uniforme a lo largo de todos los estados miembros. En el fallo *Omega*³⁶ el TJCE respondió en estos términos a una cuestión prejudicial del Tribunal Federal Administrativo alemán. El caso estaba referido a una prohibición de operar ciertos juegos láser dictada por la municipalidad de la ciudad de Bonn. La municipalidad

³³ Cf. por ejemplo sentencia del 10 de enero de 1992 en el asunto C-177/90 (*Kühn*, col. 1992, pp. I-35).

³⁴ Sentencia del 18 de junio de 1991 en el asunto C-260/89 (*ERT*, col. 1991, I-2925).

³⁵ *Ibidem*, nota marg. 42 y 43. (N. del T.: Traducción al español del texto en alemán.)

³⁶ Fallo del 14 de octubre de 2004 en el asunto C-36/02 (*Omega Spielhallen*, col. 2004, pp. I-9609).

argumentó que estos juegos constituían un peligro para el orden público por cuanto simulaban actos de matar, lo que lesionaba las nociones básicas de valor de la generalidad, en particular de la dignidad humana. El TJCE aceptó esta argumentación y también el nivel de protección quizás más alto, porque:

El orden jurídico comunitario [apunta] indiscutiblemente a garantizar el respeto de la dignidad humana como una norma jurídica general [...] No es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido [...]

Por el contrario, la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones pertinentes [...] no quedan excluidas por el hecho de que un estado miembro hubiere dictado distintas normas de protección que otro Estado miembro.³⁷

3. Los derechos fundamentales en el Tratado constitutivo de la CE

Pese a que no es evidente a simple vista, el Tratado de la CE, orientado meramente a la cooperación económica, ya contemplaba una cierta protección de los derechos individuales. En el artículo 6 del Tratado (hoy artículo 12), por ejemplo, quedó consagrada la prohibición general de discriminación. También las libertades fundamentales del mercado único, la libre circulación de los trabajadores,³⁸ la libertad de radicación y de la prestación de servicios,³⁹ la libre circulación de capitales⁴⁰ o la obligación no sujeta a un aspecto transnacional de igual trato entre hombres y mujeres respecto de la retribución del trabajo y otras condiciones de trabajo⁴¹ protegen posiciones jurídicas básicas de los ciudadanos, aun cuando no son derechos fundamentales en sentido estricto. El Tribunal las considera derechos subjetivamente exigibles que en ciertas condiciones pueden desplegar eficacia frente a terceros.⁴²

El Tratado de Maastricht agregó a esta lista el derecho general de permanencia⁴³ y el derecho a voto en las elecciones comunales y las elecciones del Parlamento Europeo.⁴⁴

El Tratado de Maastricht también incorporó al artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea la jurisprudencia del TJCE sobre la protección de los derechos fundamentales, hasta ese momento no representada en modo alguno en los tratados europeos:

³⁷ Ibidem, nota marg. 34, 37 y 38. (N. del T.: Traducción al español del texto en alemán.)

³⁸ Artículos 48 ss. TCE (artículo 39 s. de la versión actual).

³⁹ Artículo 52 ss. (hoy 43), artículo 59 ss. (hoy 49).

⁴⁰ Artículo 67, 73.a TCE ss. (hoy esta materia es tratada en los artículos 56 ss.).

⁴¹ Artículo 119 TCE (hoy 141).

⁴² Fallo del 6 de junio de 2000 en el asunto C-281/98 (*Angonese*, col. 2000, p. I-4139)

⁴³ Artículo 8.a TCE (hoy 18).

⁴⁴ Artículo 8.b TCE (hoy 19).

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

4. ¿Por fin un catálogo? La Carta de Derechos Fundamentales

Esta evolución de la jurisprudencia y del derecho primario permite deducir un carácter más bien fraccionario de la protección de los derechos humanos en la CE hasta el momento. La Comunidad no conocía (y hasta la fecha no conoce) un catálogo de derechos fundamentales, al menos no de carácter obligatorio. Los órganos de la Comunidad vienen empeñando sus esfuerzos desde la década de 1970 por remediar esta situación. En 1977 la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron una declaración general sobre la protección de los derechos fundamentales; en 1989 el Parlamento aprobó una resolución que contenía una amplia lista de derechos fundamentales en lo que constituye una apelación y no un acto legislativo.

En la Cumbre de Niza, celebrada en el 2000, se proclamó solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁴⁵ El propósito de esa “solemne proclama” era desviar la atención de que en verdad no se trataba de un derecho realmente aplicable, lo que tampoco había sido su intención. Su objetivo era “hacer visibles a los ciudadanos de la Unión sus derechos”, algo que en verdad era ridículo teniendo en cuenta que los ciudadanos no podían recurrir a la vía judicial para hacer valer esos derechos. La Carta consta de 54 artículos que incluyen tanto las libertades clásicas como derechos económicos y sociales, es decir, también “respuestas en calidad de derechos fundamentales a desafíos modernos”.⁴⁶ Volveré sobre el particular en un momento.

Hasta ahora la Carta no es más que una declaración política no obligatoria a la que el TJCE durante mucho tiempo ni siquiera hizo referencia luego de que en la Cumbre de Niza fracasara el intento de incluir una referencia a la Carta en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, además de las otras “fuentes de derechos fundamentales”.

Más tarde, sin embargo, la Carta fue incorporada al “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”⁴⁷ como Parte II, y debía alcanzar carácter jurídicamente obligatorio una vez que entrara en vigor la “Constitución”. Sin embargo, el “Tratado Constitucional” en su forma original fracasó a consecuencia de los dos referendos negativos, en Francia y Países Bajos.

⁴⁵ *Boletín Oficial de la CE*, C 364, p. 1.

⁴⁶ Oppermann: *Europarecht; Ein Studienbuch*, C. H. Beck, 2005, p. 151.

⁴⁷ ABI. C 310, 16.12.2004, p. 1.

La cumbre de la UE celebrada el 21 y 22 de junio del 2007 en Bruselas, que otorgó un mandato para elaborar un “Tratado de Reforma” que debía tomar el lugar del “Proyecto Constitucional”, también adoptó decisiones que atañen a la “Carta de Derechos Fundamentales”. El fin es concederle carácter obligatorio pero no en calidad de parte integral de los tratados, sino como un protocolo adicional al Tratado de la Unión Europea, en el que se hará referencia a este protocolo y a la Carta en los “artículos sobre los derechos fundamentales (hasta ahora artículos 1-9). Al Reino Unido se le concedió la posibilidad de un *opting out* de la Carta.⁴⁸ Más adelante, cuando vuelva sobre este tema, veremos por qué la actitud de Gran Bretaña resulta comprensible en cierta manera.

A pesar de no ser obligatoria, la Carta de los Derechos Fundamentales ha demostrado tener cierto efecto aun antes de entrar en vigor. Esto reviste importancia en la medida en que los abogados generales del TJCE, el Tribunal de Primera Instancia⁴⁹ y más recientemente el TJCE mismo,⁵⁰ la han mencionado. Por el momento queda abierto si ello ya es un indicio de que estas instancias judiciales se obligan voluntariamente con la Carta.

Pasemos ahora a los diferentes niveles de la protección de los derechos fundamentales y antes, brevemente, a la relación entre derecho comunitario y derecho nacional.

5. La relación del derecho comunitario con el derecho nacional en la jurisprudencia del TJCE

En la famosa sentencia *Van Gend & Loos*⁵¹ el TJCE constató que la aplicabilidad directa del derecho comunitario “constituye un nuevo orden jurídico del derecho internacional [...] un orden jurídico cuyos sujetos de derechos no son solo los Estados miembros sino también los individuos”.⁵² En consecuencia, el derecho comunitario puede implicar derechos y obligaciones no solo para los estados miembros de la Comunidad, sino también para individuos. Hemos visto ya que reviste especial importancia para las libertades fundamentales que otorgan derechos a personas físicas y jurídicas.

El efecto del derecho primario y de reglamentaciones de los sistemas jurídicos nacionales no es problemático. Tal como surge del artículo 249.2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, una norma comunitaria puede ser fuente directa de

⁴⁸ Consejo Europeo (Bruselas), 21-22 de junio de 2007, Conclusiones de la Presidencia, doc. 11177/07, CONCL 2 del 23 de junio de 2007.

⁴⁹ Sentencia del 3 de mayo de 2002 en el asunto T-177/01 (*Jégo-Quéré*, col. 2002, p. II-2355).

⁵⁰ Sentencia del 3 de mayo de 2007 en el asunto C-303/05 (*Advocaten voor de Wereld*, sin publicar).

⁵¹ Sentencia del 5 de febrero de 1963 en el asunto 26/62 (*Van Gend & Loos*, col. 1963, p. 1).

⁵² *Ibidem*, nota marg. 10.

derechos y obligaciones en los estados nacionales sin necesidad de normas internas de ejecución por el legislador nacional. Sin embargo, la eficacia directa de las directivas no puede deducirse sin más trámites del artículo 249.3, que determina que las directivas son obligatorias respecto del fin propuesto. Es decir que en principio el legislador nacional debe traducir al derecho nacional una directiva mediante un acto nacional. No obstante, en la jurisprudencia fue reconocido el efecto vertical directo, es decir, la eficacia frente al Estado. El TJCE lo explicó en la sentencia *Ratti*⁵³ en los siguientes términos:

En particular en los casos en los que las autoridades de la Comunidad obligan mediante una directiva a los estados miembros a observar una determinada conducta, la eficacia práctica de tal medida se vería menoscabada si los individuos no pudieran invocarla ante el tribunal y si los tribunales estatales no los pudieran tomar en consideración como parte integral del derecho comunitario.

Por lo tanto, un estado miembro que no haya dictado dentro del plazo establecido los decretos reglamentarios estipulados en la directiva no puede oponer al individuo que él —el estado— no ha cumplido con las obligaciones emanadas de esta directiva.⁵⁴

Vale decir que el derecho comunitario es una parte del derecho nacional y de aplicación directa en ciertas circunstancias. La relación exacta que existe entre el derecho comunitario y el derecho nacional, en caso de que se llegara a un conflicto, fue especificada por el TJCE en la sentencia *Costa/ENEL*.⁵⁵ el derecho comunitario primará sobre el derecho nacional. La prerrogativa alcanza tanto al derecho comunitario primario como secundario, pero solo debe interpretarse como prioridad de aplicación en el caso concreto y no como primacía de validez; es decir que el derecho nacional contrario no es nulo: únicamente no es de aplicación en tanto exista un derecho comunitario que regule el mismo hecho.

En la ya mencionada sentencia en el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*,⁵⁶ se planteó el tema de si el derecho comunitario secundario prevalecía por sobre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución nacional o por sobre principios estructurales básicos. El TJCE respondió que la validez de actos de los órganos de la Comunidad solo puede ser evaluada en función del derecho comunitario.⁵⁷ Las consecuencias de esta primacía pueden ilustrarse tomando como ejemplo la sentencia *Kreil*,⁵⁸ que atañe a la Constitución alemana. La señora Kreil, de profesión técnica en electrónica, se postuló para cumplir el servicio voluntario en las Fuerzas Armadas alemanas. Su postulación fue rechazada con el argumento de que, según el artículo 12.a.4, frase 2, de la Constitución, las mujeres no pueden

⁵³ Sentencia del 5 de abril de 1979 en el asunto 148/78 (*Ratti*, col. 1979, S. 1629).

⁵⁴ *Ibidem*, notas marg. 21 y 22. (N. del T.: Traducción al español del texto en alemán)

⁵⁵ Sentencia del 15 de julio de 1964 en el asunto 6/64 (*Costa/ENEL*, col. 1964, p. 1141).

⁵⁶ Ver n.a.p. 5.

⁵⁷ *Ibidem*, nota marg. 3.

⁵⁸ Sentencia del 11 de enero de 2000 en el asunto c-285/98 (*Kreil*, col. 2000, p. 1-95).

servir bajo armas. El TJCE interpretó esta exclusión como una violación al principio de igual trato entre hombres y mujeres consagrado en el artículo 2.2 de la directiva 76/207/CEE.⁵⁹

Que el TJCE haya sobrepasado sus competencias luego de que él mismo constata en esta sentencia que la “organización de las Fuerzas Armadas es asunto de los Estados miembros” es otro tema diferente. Asimismo, en el año 1976 nadie pensó que esta directiva de igual trato alguna vez se llegaría a aplicar a las Fuerzas Armadas; de lo contrario se habría incorporado una excepción. Sin embargo, la sentencia llevó a una modificación de la Ley Fundamental. Por el momento sigue sin respuesta definitiva si ello implica que las disposiciones del derecho comunitario prevalecen siempre sobre las disposiciones constitucionales nacionales y seguramente merecerá diferentes respuestas del TJCE y del Tribunal Constitucional Federal (TCF).

Desde la perspectiva del derecho comunitario, es de exclusiva competencia del TJCE decidir sobre la validez de las normas del derecho secundario por parte de los órganos comunitarios,⁶⁰ y esto tanto desde la perspectiva de la competencia como también respecto de la compatibilidad con las garantías de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, en cambio, sustenta otro criterio.

6. La relación entre el derecho (constitucional) nacional y el derecho comunitario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF)

Para ofrecer una respuesta a la pregunta implícita en el título de esta contribución, en cuanto a si existe una relación de competencia o de cooperación entre el TJCE y el TCF, es necesario analizar aquellos ámbitos en los que puede haber superposiciones en la jurisprudencia del TJCE y del TCF. El primer ámbito se refiere a la protección de los derechos fundamentales. La pregunta que se plantea es si al individuo se le otorga en Alemania la misma protección (de derechos fundamentales) contra actos soberanos de la Comunidad que le es garantizada contra actos del poder soberano alemán. La pregunta subsiguiente es qué tribunal es competente para otorgarle esa protección.

La segunda problemática se refiere al control del ejercicio de las competencias de la Comunidad Europea. El principio de atribución en la delimitación de competencias de la CE, establecido expresamente en el Tratado Constitutivo de la CE, señala que esta solo puede actuar cuando el Tratado así lo prevé explícitamente. Solo en esa medida los pueblos de Europa han aprobado a través de sus parlamentos la delegación de derechos soberanos a la CE y a la UE, respectivamente. Pero ¿qué pasa si la

⁵⁹ Directiva 76/207/CEE del Consejo del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, ABL. L 39 del 14/02/1976, p. 40.

⁶⁰ Cf. artículos 220 y 234 del Tratado constitutivo de la CE.

Comunidad excede sus facultades? ¿Qué pasa, en particular, cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no constata ese exceso?

El TCF ha dado una respuesta a estas dos preguntas en una serie de sentencias, aun cuando no lo ha hecho hasta las últimas consecuencias.

En la sentencia *Solange I (Hasta que I)*,⁶¹ de 1974, el TCF se manifestó sobre si los actos jurídicos de la Comunidades Europeas deben ser evaluados tomando como parámetro los derechos fundamentales alemanes. La TCF se reservó el control “en tanto el proceso de integración de la Comunidad no haya avanzado lo suficiente como para estar dotado de un catálogo codificado de derechos fundamentales semejantes al de la Constitución que hubiera sido aprobado por un Parlamento y estuviera vigente”.⁶² En la llamada resolución *Vielleicht (Quizás)*,⁶³ de 1979, el TCF dio a entender que podría revisarse esta reserva “en vista de los desarrollos políticos y jurídicos que han tenido lugar en el ámbito europeo”. En la resolución *Solange II (Hasta que II)*, de 1986, prácticamente invirtió la fórmula utilizada en *Solange I (Hasta que I)*: ya no exigió una protección semejante hasta en sus detalles y constató en consecuencia que está dada una protección de los derechos fundamentales por el derecho comunitario adecuado a la Constitución alemana:

En tanto la Comunidad Europea, en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asegure la efectiva protección de los derechos fundamentales de la Constitución, y salvaguarde el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional no ejercerá su jurisdicción sobre la aplicabilidad de derecho comunitario deducido que se utiliza como base jurídica para una actuación de los tribunales o las autoridades alemanas [...] y por lo tanto no examinará más la conformidad del Derecho comunitario tomando como parámetro los derechos fundamentales de la Constitución alemana.⁶⁴

En su sentencia *Maastricht*,⁶⁵ de 1993, el TCF insistió en esta “inversión”, aunque al mismo tiempo la suavizó. Se reservó la facultad de establecer si la protección de un derecho fundamental inalienable está garantizada en el nivel comunitario. Hizo mención a una “relación de cooperación” que contemplaba que el TJCE garantizaba en cada caso concreto la protección de los derechos fundamentales, mientras que el TCF se limitaba a verificar si la protección de los derechos fundamentales alcanzaba en general el nivel requerido.

⁶¹ Resolución del 29 de mayo de 1974; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 37, 271 ss.

⁶² Resolución del 29 de mayo de 1974; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 37, 27 ss., Leitsatz.

⁶³ Resolución del 25 de julio de 1979; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 52, 187, 202 s.

⁶⁴ Resolución del 22 de octubre de 1986; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 73, 339 ss., Leitsatz [2].

⁶⁵ Sentencia del 12 de octubre 1993; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 89, 155 ss.

Volveré en un momento sobre el particular, ya que los pasajes correspondientes en la sentencia bien podrían haberse interpretado más propios de una “relación de control” que de una “relación de cooperación”.

Siete años más tarde el TCF podría haber precisado el significado exacto de aquella afirmación sobre la protección de los derechos fundamentales en su resolución sobre el *Orden que regula el mercado bananero*.⁶⁶ El caso estaba referido al reglamento sobre la organización común del mercado bananero, que había introducido una preferencia por las bananas de determinados estados miembros de la CE y los territorios de ultramar ligados a esos países frente a las “bananas de la región del dólar”, sobre todo de Centroamérica. Esa regulación generó masivas pérdidas a los importadores de las “bananas del espacio del dólar”, que vieron en ella una injerencia contraria a derecho en sus derechos de propiedad y libertad profesional.

En su sentencia en el contencioso sobre *Bananas*, de 1994,⁶⁷ el TJCE consideró el reglamento legal y rechazó que hubiera habido una injerencia en los derechos fundamentales comunitarios.⁶⁸ Esta sentencia, y en particular la falta de examen de la proporcionalidad de la injerencia en el libre ejercicio de la profesión, recibieron frecuentes críticas.⁶⁹ Al parecer, el TJCE malinterpretó la fórmula *Solange II (Hasta que II)* del TCF y consideró que solamente era necesario preservar “el contenido esencial” de un derecho fundamental; sin embargo, ese es el límite inferior que solo puede alcanzarse en casos de excepción y que en ningún caso debe ser perforado.

¿En esta sentencia había caído tanto la norma inalienable del derecho fundamental que el TCF debía sustituir el control del TJCE por el suyo propio? ¿No era un caso en el que la protección del derecho fundamental en un caso concreto había sido tan miserable en su resultado que era necesario hacer una corrección a través del Tribunal Constitucional nacional, aun cuando no se pudiera hablar todavía de una “deficiencia general”? Este interrogante fue planteado por el TCF en un proceso de control de normas ante el Tribunal Administrativo de Fráncfort, al que se habían dirigido los importadores luego de que su demanda ante el TJCE no prosperara. El Tribunal Administrativo de Fráncfort, que ya con su solicitud de control de normas había dado lugar a la sentencia *Solange I (Hasta que I)*, dejó pocas dudas en cuanto a que el TCF debía intervenir.

⁶⁶ Resolución del 7 de junio de 2000; sentencia del Tribunal Constitucional Federal 102, 147 ss.

⁶⁷ Sentencia del 5 de octubre de 1994 en el asunto C-280/93 (*Alemania contra Consejo*, “*Bananas*”, col. 1994, I-4973).

⁶⁸ *Ibidem*, notaa marg. 64 ss.

⁶⁹ Cf. entre otros, Stein: “*Bananen-Split? Entzweien sich BVerfG und EuGH über den Bananenstreit?*”, en *EuZW* 9/1998, pp. 261-264, o Cascante y Sander: *Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung*, Duncker & Humblot, 1999.

¿No era este también un caso que debía darle motivos al TCF para plantearle al TJCE una pregunta prejudicial, lo que, por lo demás y hasta la fecha, ha negado consecuentemente?

La *disputa del banano* también planteó preguntas respecto del derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que hubieran justificado una cuestión prejudicial ante el TJCE. Este había dado a entender que tomaría nota de lo que el TCT consideraba *protección inderogable de los derechos fundamentales*, pero, mientras el asunto aún estaba pendiente en el TCT, hubo un recambio del juez a cargo y como consecuencia de ello el TCF retomó en la resolución (para muchos sorprendentemente) su jurisprudencia *Solange (Hasta que)*. Sostuvo que un recurso de amparo o presentación era básicamente inadmisibles, y únicamente procedía si se comprobaba que el estándar necesario de los derechos fundamentales había decaído en general. En opinión del TCF, ese no era el caso para el reglamento sobre el mercado bananero y la sentencia en el contencioso sobre *Bananas* del TJCE.

Teniendo presente esta jurisprudencia, el presidente del Tribunal Constitucional Federal, Hans-Jürgen Papier, describe la actual situación de un recurrente alemán de la siguiente manera:

Para la protección de los derechos fundamentales contra actos jurídicos de la Comunidad Europea ante el Tribunal Constitucional Federal existen obstáculos difícilmente superables en la práctica: los tribunales que plantean cuestiones prejudiciales y los recurrentes deben exponer que no se cumplen los estándares mínimos indispensables de los derechos fundamentales. Una mera desviación de las garantías que otorga la Constitución como tal no es suficiente. Y tampoco podrán limitar sus consideraciones exclusivamente al contencioso concreto, sino que además deben demostrar que no se cumplen en general los estándares de protección exigidos para los derechos fundamentales, es decir, realizar en definitiva una evaluación general de la protección de los derechos fundamentales en el derecho comunitario.

Lo que en este contexto no queda claro es si la evaluación del estándar puede limitarse a la temática afectada —por ejemplo, las libertades económicas— o si un déficit en un ámbito puede ser compensado por una protección mayor o similar en otros órdenes —por ejemplo, la libertad de reunión.⁷⁰

Papier deduce de la actual situación que es muy improbable un conflicto de jurisprudencia entre el TJCE y el TCF. No obstante, es al menos dudoso si esta situación podrá perdurar.

En estas condiciones de un potencial conflicto judicial, se esperó con mucha impaciencia la sentencia del TCF sobre la decisión marco referida a la *orden de detención europea*. La pregunta de la compatibilidad de un acto de la UE con los derechos fundamentales alemanes demostró no ser decisiva. En su sentencia del 2005 sobre la

⁷⁰ Papier: "Gerichtshöfe in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten - Konfrontation oder Kooperation?", Conferencia pronunciada en la Fundación Heinz Schwarzkopf el 16 de febrero de 2006 en Berlín, disponible en <http://www.heinz-schwarzkopf-stiftung.de/uploads/vortrag_prof_papier_16_2_2006_474.pdf>, p. 9. (N. del T.: Traducción al español del texto en alemán.)

*orden de detención europea*⁷¹ el Tribunal solo se expresó sobre la constitucionalidad de la ley de implementación alemana, a la que declaró nula por no haber tomado en cuenta opciones permitidas por la decisión marco que favorecerían la protección jurídica. Dado que la decisión marco fue dictada sobre el tercer pilar, el ámbito de la “cooperación policial y judicial en asuntos penales”, y por lo tanto forma parte del derecho público internacional, de todos modos no se podrían haber asumido automáticamente los mismos parámetros de la verificación de derechos fundamentales.⁷²

7. ¿Cuáles son las perspectivas?

Por ahora el TCF insiste —y así lo ha subrayado su presidente, una vez más, en una entrevista recientemente publicada en un medio gráfico—⁷³ que en la praxis diaria “existen pocos puntos de contacto” entre el TCF y el TJCE. En la entrevista, el presidente puntualiza que ambos tribunales tienen diferentes competencias y diferentes parámetros de control. El TCF controla actos soberanos alemanes tomando como parámetro los derechos fundamentales de la Constitución (alemana), en tanto que el TJCE vela por la interpretación y aplicación del derecho de la Unión Europea. Este ha sido siempre, y continúa siéndolo, el argumento determinante del TCF para que, a diferencia de los tribunales constitucionales de otros estados miembros, nunca elevara al TJCE una cuestión para su decisión prejudicial. Es al menos dudoso si ello podrá mantenerse.

En la entrevista mencionada, el presidente del TCF también se refirió a “la tendencia en alguna medida problemática” del TJCE de evaluar los actos jurídicos nacionales, aun en aquellos casos en los que no se trata de una implementación forzosa de derecho de la Unión, en función de los “principios jurídicos generales” desarrollados por el propio Tribunal. La afirmación se refiere tanto a la jurisprudencia del TJCE según la cual los derechos fundamentales del derecho de la Unión también deben observarse “en el ámbito de aplicación del derecho comunitario”⁷⁴ como a la sentencia *Mangold*,⁷⁵ en la que el TJCE estableció que la modalidad de renovar contratos a plazo fijo indefinidamente para desocupados de largo plazo de mayor edad contradecía el derecho europeo, ya que la prohibición de discriminación basada en la edad era un “principio jurídico general del derecho europeo”, aunque omitió indicar de

⁷¹ Sentencia del 18 de julio de 2005, 2 BvR 2236/04.

⁷² El presidente de la Corte Constitucional Federal, Hans-Jürgen Papier, resume: “Dado que —tal como se expuso— una resolución marco no forma parte del orden jurídico supranacional del derecho de la Unión, sino del derecho internacional, una verificación de este tipo debería realizarse siguiendo otros parámetros que erigen obstáculos menos altos que los existentes en el ámbito del derecho de la Unión. Es posible que entonces sea innecesario exponer una ‘decadencia de los derechos fundamentales’ (o. cit., pp. 10-11).

⁷³ *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 24.7.2007, p. 5.

⁷⁴ Cf. la sentencia en el asunto ERT, cit.

⁷⁵ Sentencia del 22.11.2005, RS C-144/04, col. 2005, I-9981.

dónde deduce ese principio jurídico. De hecho, la sentencia fue criticada en forma bastante abierta por un abogado general del TJCE⁷⁶ y ha sido llevada ante el TCF en un procedimiento que podría desatar un “conflicto de tipo fundamental”.⁷⁷

La problemática podría agudizarse aún más si la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se convierte, junto con el Tratado de Reforma, en derecho de carácter obligatorio para los estados miembros de la Unión Europea. En principio no hay nada que objetar a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, ya que su vigencia pondría fin a una situación que no puede calificarse menos que de “anómala” que están viviendo los órganos y las instituciones de la Unión (y con ello también el TJCE). Nos estamos refiriendo al hecho de que hasta ahora el TJCE no está sujeto a ningún catálogo de derechos fundamentales. Por el contrario, basándose en el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, “inventa” el respectivo “derecho fundamental comunitario” por sí mismo, apoyándose para ello en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en las tradiciones constitucionales de los estados miembros antes de aplicarlos a un caso concreto. Ahora bien, el “derecho de creación judicial” para cerrar vacíos legales no intencionales es algo conocido en todo orden jurídico, pero siempre constituye una excepción y no la norma.

Un punto débil de la Carta de Derechos Fundamentales es, sin duda, que además de los derechos humanos clásicos recoge toda una serie de “principios” o “desideratas” que no constituyen derechos genuinamente exigibles y para cuya realización la Unión Europea carece en parte de las competencias necesarias. Ya se mencionó que esta situación determinó que en la Cumbre de Bruselas de junio de 2007 el Reino Unido solicitara que en un protocolo anexo al Tratado de Reforma se aclarara que la Carta no constituye un derecho aplicable por los tribunales ingleses. La postura británica resulta comprensible hasta cierto punto, dado que nadie puede predecir qué va a hacer un tribunal con los “principios” enunciados en la Carta, que no están formulados como derechos exigibles, pero a los que, no obstante, los tribunales pueden recurrir como parámetro de interpretación o “inspiración”. Esto mismo se aplica, por otra parte, al propio TJCE.

Con el protocolo, el Reino Unido les ha puesto un cerrojo a sus tribunales en esta materia, pero para todos los demás estados no es así, ya que el artículo 51.1 de la Carta establece que “las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión [...], así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”.

Esta disposición es poco clara en más de un sentido: ¿Significa “cuando apliquen el Derecho de la Unión” lo mismo o menos que “en el ámbito de aplicación del derecho comunitario”, teniendo en cuenta que la jurisprudencia sentada del TJCE

⁷⁶ Cf. Reich: “‘Mangold’ und kein Ende - oder doch?“, en *EuZW* 2007, 198 (sobre las conclusiones del abogado general Mazák del 15.2.2007 en el asunto C-411/05).

⁷⁷ En ese sentido se manifestó el presidente de la TCF en la entrevista mencionada.

ya está evaluando actualmente los actos jurídicos de los estados miembros en función de los derechos fundamentales comunitarios formulados por el propio Tribunal cuando se entra en contacto con el derecho de la Unión? ¿Qué relación guardan entre sí los actuales derechos fundamentales de la Unión como “principios generales del derecho comunitario” (artículo 6.2 del Tratado de la UE y artículo I-9.3 del “Tratado Constitucional”) con los “derechos, libertades y principios” de la Carta? ¿Debería un tribunal alemán en la verificación de la aplicación de una ley alemana distinguir según si la norma verificada se basa en una directiva de la CE (en tal caso sería de “aplicación el derecho de la Unión” con la consecuencia de que también deberían tenerse en cuenta los derechos fundamentales de la Carta) o si se trata de una norma “puramente alemana” (con la consecuencia de que en tal caso solo serían de aplicación los derechos fundamentales de la Constitución alemana)? ¿Y debería controlar, además, si la aplicación de esta norma alemana limita una libertad fundamental europea (con la consecuencia de que entonces se estaría moviendo “en el ámbito de aplicación del derecho comunitario” y debería tener en cuenta los derechos fundamentales del TJCE)? La confusión difícilmente podría ser mayor y sería aún más grande si la Unión Europea, tal como prevé el “Tratado para establecer una Constitución de Europa” y presumiblemente también el “Tratado de Reforma” que debe tomar su lugar, adhiere a la Convención de Derechos Humanos del Consejo de Europa. En tal caso, para medidas de la Comunidad, pero también para algunos actos de los estados miembros, habría que verificar tres categorías de derechos fundamentales.⁷⁸

¿Podría el TCF seguir sosteniendo que tiene una competencia y un parámetro de control diferentes de los del TJCE (a saber, solo la Constitución alemana) cuando la Carta de Derechos Fundamentales adquiera carácter obligatorio para determinadas medidas nacionales (“cuando se aplique el derecho de la Unión”) tomadas por los estados miembros? En una situación que se inserta en esta categoría, ¿el TCF no debería contemplar también la Carta y eventualmente presentar la cuestión de su interpretación al TJCE, lo que hasta ahora insiste en rechazar? Como tribunal de última instancia, el Tribunal estaría obligado a hacerlo según el actual artículo 234.3 del Tratado Constitutivo de la CE.

Aquí no solo amenaza con sobrevenir una situación de competencia, sino un conflicto concreto de constitucionalidad. Lo que ahora es un *lujo* podría transformarse en *plaga*, algo que únicamente podría evitarse si no se adoptara el artículo I-9 del “Tratado para establecer una Constitución de Europa” bajo esa forma en el nuevo Tratado de la Unión (“Tratado de Reforma”).⁷⁹ Por el contrario, es menester

⁷⁸ En ese sentido se manifestó ya Cremer, o. cit., p. 1457.

⁷⁹ Las principales disposiciones del artículo I-9 en su versión actual rezan: “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales [...]. 2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión [...]. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo [...] y los que son fruto de las tradiciones

efectuar una clara separación: La Carta de los Derechos Fundamentales solo adquiere carácter obligatorio para los órganos y las instituciones de la Unión, pero no para los estados miembros. Los instrumentos jurídicos del derecho secundario de la Unión serán controlados exclusivamente por el TJCE en función de la Carta de Derechos Fundamentales. Las medidas de ejecución nacionales serán verificadas exclusivamente por los tribunales nacionales con base en los derechos fundamentales nacionales y sin consideración de “principios jurídicos generales” en el sentido de derechos fundamentales del derecho de la Unión. Si la Unión Europea adhiere al Convenio de Derechos Humanos de Estrasburgo y el TJCE queda sujeto a la Carta de Derechos Fundamentales, ya no serán necesarios estos “principios jurídicos generales”. Todo tribunal con funciones de control de constitucionalidad en su ámbito contaría entonces con derechos fundamentales “concretos”, “especiales” y propios. Y dado que los respectivos derechos “propios” no se distinguen sustancialmente ni en su texto ni en la interpretación de los tribunales (que desde siempre tuvieron en cuenta la actuación de los otros tribunales), esto no llevaría a un estándar de protección divergente, sino que, por el contrario, crearía responsabilidades claras. Sobre ambas instancias —esto es, los tribunales constitucionales nacionales y el TJCE— velaría en caso de necesidad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo, si llegara a producirse un “accidente de trabajo” y la protección de los derechos humanos quedara por debajo de la medida requerida (lo que también puede darse en un caso concreto y no solo cuando se manifiesta una situación generalizada). Los tribunales constitucionales nacionales están acostumbrados a situaciones de este tipo y seguramente el TJCE también se acostumbrará. En tal caso, se contaría en Europa con un sistema de cooperación pero también de control para la protección de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- BRÖHMER, Jürgen: “Das Bundesverfassungsgericht und sein Verhältnis zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften”, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 1999, 16.
- BROSS, Siegfried: “Bundesverfassungsgericht, Europäischer Gerichtshof, Europäischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom ausbrechenden Rechtsakt und vom Kooperationsverhältnis”, en *VerwArch* 2001, pp. 425-441.
- CASCANTE, José Christian, y Gerald G. SANDER: *Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung*, Duncker & Humblot, 1999.

constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

- CREMER, Wolfram: “Der programmierte Verfassungskonflikt: Zur Bindung der Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union nach dem Konventsentwurf für eine Europäische Verfassung”, *NVwZ* 2003, pp. 1452 ss.
- EIFFLER, Sven R.: “Der Grundrechtsschutz durch BVerfG, EGMR und EuGH”, en *JuS* 1999, pp. 1068-1073.
- FUNK-RÜFFERT, Petra: *Kooperation von Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht im Bereich Grundrechtsschutz*, Duncker & Humblot, 1996.
- JARASS, Hans: *EU-Grundrechte*, C. H. Beck, 2005.
- KINGREEN, Thorsten: “Theorie und Dogmatik der Grundrechte im europäischen Verfassungsrecht”, en *EuGRZ* 2004, 570-576.
- KUBE, Hanno: “Verfassungsbeschwerde gegen Gemeinschaftsrecht und Vorlagepflicht des BVerwG nach Artículo 234 III EGV”, en *JuS* 2001, pp. 858-861.
- LENAERTS, Koen, y Eddy DE SMIJTER: “A ‘Bill of Rights’ for the European Union”, en *Common Market Law Review* 2001, pp. 273-300.
- ODENDAHL, Kerstin: “Anmerkung zu BVerfG, B. v. 07.06.2000 - 2 BvL 1/97 - (Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden wegen Grundrechtsverletzung durch sekundäres Gemeinschaftsrecht [‘Bananenmarktordnung’]), en *JA* 2001, pp. 284-286.
- OPPERMANN, Thomas: *Europarecht; ein Studienbuch*, C. H. Beck, 2005.
- PAPIER, Hans-Jürgen: “Gerichtshöfe in der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten - Konfrontation oder Kooperation?”, Vortrag bei der Heinz-Schwarzkopf-Stiftung am 16. Februar 2006 in Berlin, abrufbar unter http://www.heinz-schwarzkopf-stiftung.de/uploads/vortrag_prof_papier_16_2_2006_474.pdf.
- QUASDORF, Peter: *Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union*, Peter Lang Verlag, 2001.
- SCHALLER, Werner: *Die EU-Mitgliedstaaten als Verpflichtungsadressaten der Gemeinschaftsgrundrechte*, Nomos, 2003.
- STEIN, Torsten: “Bananen-Split? Entzweien sich BVerfG und EuGH über den Bananenstreit?”, en *EuZW* 9/1998, pp. 261-264.
- EuGH: “Gescheiterte Klage Deutschlands gegen Tabakwerbeverbotrichtlinie”, en *EuZW* 2007, pp. 47 ss.
- TRIEBEL, Matthias: “Die rechtliche Bedeutung der Grundrechtecharta”, en *Jura* 2003, pp. 525-527.
- VON DANWITZ, Thomas: “Grundfragen einer Verfassungsbindung der Europäischen Union”, en *JZ* 23/2003, pp. 1125-1132.