

RELACION ENTRE EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y LOS DERECHOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS*

Raúl Carnevali Rodríguez
Profesor de Derecho Penal

a) Consideraciones generales

1. Es indudable que el Derecho comunitario¹ ha incidido de manera notable en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE. El que se diga que normas que emanan de una entidad supranacional puedan afectar los sistemas jurídicos de Estados *soberanos*, sólo puede comprenderse si se conoce

Abreviaturas

as: asunto; CE: Comunidad/es europea/s; CEE: Comunidad Económica Europea; GJ-CE: Gaceta Jurídica de las Comunidades Europeas; Pjud: Poder Judicial; RAP: Revista de Administración Pública; Rec: Recopilación de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; RDE: Rivista di Diritto Europeo; RDI: Rivista di Diritto Internazionale; RGD: Revista General de Derecho; REE: Revista de Estudios Europeos; RIE: Revista de Instituciones Europeas; STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; TCE: Tratado de la Comunidad Europea; TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; TS: Tribunal Supremo español; TUE: Tratado de la Unión Europea; UE: Unión Europea.

1. ROBLES MORCHON, Elementos de Derecho comunitario, Madrid, 1996, p. 27, destaca que junto al concepto de Derecho de la Comunidad o Derecho comunitario, también se utiliza, especialmente por autores alemanes, la expresión "Derecho de Europa" (*Europarecht*). Este concepto es más amplio, pues abarca no sólo el Derecho de la Comunidad sino también se refiere a las normas que regulan el conjunto de las organizaciones europeas, tales como el Consejo de Europa, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), el EEE (Espacio Económico Europeo), la EFTA (European Free Trade Association) y la CSCE (Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa). Es innegable que al ser éstas, organizaciones internacionales, su normativa no tiene la misma repercusión que sí tiene la que emana de la UE. Conforme a lo anterior, se empleará en este trabajo la expresión Derecho comunitario, por ser las normas que emanan de la UE el objeto de la investigación.

el objetivo que persigue el fenómeno comunitario europeo, que es el de procurar la integración de sus Estados miembros. Para la consecución de dicho objetivo es necesario haber dotado a las instituciones comunitarias de mecanismos jurídicos especiales y recurrir a principios informadores que así lo permitan.

2. El Derecho comunitario ofrece características muy especiales que, aunque sucintamente, merecen ser señaladas². Si bien éste surge por Tratados celebrados entre Estados, no constituye, o mejor dicho, no participa de las particularidades propias del Derecho internacional. En efecto, éste último representa un ordenamiento jurídico distinto al de los Estados, de tal forma que sólo es reconocido cuando éstos lo manifiestan expresamente mediante sus propios actos normativos, transformándolo en Derecho interno³. Es un Derecho que se dirige exclusivamente a los Estados y sólo pretende la coordinación de éstos, manteniendo sus soberanías. Por el contrario, el Derecho comunitario es un ordenamiento jurídico autónomo⁴, generado por una entidad supranacional y que va destinado, tanto a los Estados como a los ciudadanos. Como ya se ha resaltado, el fenómeno comunitario es un fenómeno de integración, por el cual los Estados ceden el ejercicio de su soberanía en materias determinadas, para que éstas sean ejecutadas por un ente distinto con personalidad jurídica propia. Las normas que de ella emanen se integran ipso iure en los ordenamientos jurídicos de los Estados. Las CE se conforman como una

2. Para mayor detalle, cfr. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, (trad. G-L Ramos Ruano), 3ª ed., Barcelona, 1995, p. 184 y ss.; KOVAR, "Relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales" en: VVAA, *Treinta años de Derecho comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruxelles - Luxembourg, 1984, p. 115 y ss.; BUENO ARUS, "Características del ordenamiento jurídico comunitario" en: *Estudios de Derecho Comunitario Europeo*, Consejo general del Poder judicial, Madrid, 1989, p. 187 y ss.; IGLESIAS CABERO, *Fundamentos de Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1995, p. 159 y ss.; ROBLES MORCHON, *Elementos...*, 223 y ss.

3. Esto es lo que se conoce como la concepción dualista, es decir, la presencia diferenciada de dos ordenamientos jurídicos, el internacional y el nacional. En cambio la monista, de la que responde el Derecho comunitario, se distingue por una unidad del ordenamiento jurídico, la norma internacional se aplica inmediatamente sin que se requiera un pronunciamiento normativo por parte del Estado receptor. Esta concepción se ve reflejada en el ordenamiento comunitario, así por ejemplo, los art. 177 y 189 TCE. Vid. ISAAC, *Manual...*, p. 185.

4. Cfr. KOVAR, "Relaciones...", p. 116.

Comunidad de Derecho, sujeta a principios propios de un "Estado de Derecho", como el de legalidad y control jurisdiccional⁵.

3. Además de ser autónomo, el ordenamiento comunitario es *unitario*, esto es, tanto las normas que provienen del Derecho originario o primario (Tratados constitutivos y sus modificaciones) y del Derecho derivado o secundario (actos normativos de las instituciones comunitarias), como todos los actos ejecutados por los Estados miembros para su adopción y los pronunciamientos del TJCE⁶, deben ser considerados como un solo todo, cuyo propósito es la integración. Dentro de este contexto, es preciso destacar el alcance de lo que se conoce como el acervo comunitario (*acquis communautaire*)⁷, pues los Estados que pretenden adherirse a la UE deben aceptar no sólo los Tratados y el Derecho derivado vigente, sino además "acatar sin reservas sus finalidades políticas, las decisiones de todo orden adoptadas desde la entrada en vigor de los tratados y las opciones tomadas en materia de desarrollo y fortalecimiento de las Comunidades"⁸. De este acervo forman parte principios, que si bien no están expresamente establecidos en los Tratados, constituyen piezas fundamentales en la estructura normativa comunitaria, como son el de *aplicación directa* y el de *primacía del Derecho comunitario*⁹. La adhesión a la UE, como es de suponer, exige a los Estados un

5. Cfr. BUENO ARUS, "Características...", p. 188; IGLESIAS CABERO, *Fundamentos...*, p.159.

6. Papel fundamental ha desempeñado el TJCE en la construcción europea, puede decirse, sin temor a exageración, que gracias a su abundante jurisprudencia el proceso de integración se ha cimentado sobre bases sólidas. En este mismo sentido, GONZALEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, Vol. I, 2ª ed., Pamplona, p. 866.

7. El art. C del TUE señala expresamente que los objetivos de la Unión se deberán alcanzar dentro del respeto y desarrollo del acervo comunitario. Para mayor detalle sobre este concepto, *vid.* PESCATORE, "Aspectos judiciales del acervo comunitario", (trad. M. Loaysa), *RIE*, 1981, p. 331 y ss.

8. Dictamen final de la Comisión de 19 de Enero de 1972 (sobre las solicitudes de adhesión de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda), de 23 de Mayo de 1979 (Grecia) y 31 de Mayo de 1985 (España y Portugal). [citado por MANGAS MARTIN, *Derecho comunitario europeo y Derecho español*, Madrid, 1987, p. 18].

9. En todo caso, cabe precisar que el principio de aplicación directa encuentra apoyo en el art. 177 TCE que regula las cuestiones prejudiciales y en el art. 189 TCE, en cuanto define a los Reglamentos.

enorme esfuerzo normativo a fin de adecuar sus legislaciones al ordenamiento comunitario¹⁰. Conocidas pues, las peculiaridades que distinguen el Derecho de la Comunidad, corresponde ahora tratar sus principios informadores, que como ya se adelantó, no emanan explícitamente de los Tratados, sino que son producto, fundamentalmente, de la encomiable labor realizada por el TJCE. En efecto, esta institución ha contribuido de manera decisiva a su desarrollo, pues aunque parezca paradójico, muchas veces han sido los propios Estados miembros los que mayor resistencia han opuesto a su construcción.

La edificación progresiva de una organización supranacional como la UE, en la que confluyen diversas concepciones económicas, políticas y sociales, sería una tarea difícil si no existiera una institución que verdaderamente salvaguarde los intereses y propósitos que motivan la construcción europea. Precisamente, el TJCE ha asumido este papel, procurando plasmar en sus resoluciones estas diferentes posiciones, con el fin de poder *converger* hacia una esfera común, que facilite la continuidad y el desarrollo del proceso integrador¹¹.

b) Principio de aplicación directa (y de efecto directo)

1. Aunque esta regla no es originaria del Derecho comunitario, pues ya el Derecho internacional la conoce, sí puede decirse que en aquél alcanza un importante desarrollo¹². Que determinadas normas gocen de efecto directo quiere decir que estas son directamente exigibles ante los Tribunales, incluso por los particulares, sin que se requiera de un pronunciamiento normativo previo para incorporarlas al Derecho interno. Si bien esta exigencia, como se dijo, ya se conoce en el sistema

10. Para conocer el desarrollo histórico y el impacto jurídico que ocasionó el ingreso de España a las CE, *vid.* MANGAS MARTIN, *Derecho comunitario...*, p. 17 y ss.

11. Esta actitud asumida por el TJCE -positiva, por cierto- de constituirse en el garante del Estado de Derecho Comunitario, y de actuar cuando las necesidades comunitarias así lo han requerido, aun en contra de la opinión de algunas autoridades nacionales, ha llevado a señalar que en la CE existe un verdadero gobierno de jueces (*gouvernement de juges*). Al respecto, *ctr.* CIENFUEGOS MATEO, "poder Judicial y gobierno de jueces en las Comunidades Europeas", *Pjud.* N^o 45, 1997, p. 81 y ss.

12. WEILER, *Europa, fin de siglo* (trad. M. Ahumada Ruiz), Madrid, 1995, p.27, precisa el alcance que este principio puede tener en uno u otro ordenamiento.

jurídico internacional, es de muy escasa aplicación, debido principalmente a la primacía en este orden de la concepción dualista^{13, 14}. En cambio, sucede lo contrario en el Derecho comunitario, en donde, dada las características de sus normas, constituye un fenómeno más habitual.

En estricto rigor, es necesario distinguir entre las normas de aplicación directa y las que gozan de efecto directo. Si bien, son conceptos que frecuentemente se confunden, no son idénticos. La noción de aplicabilidad directa se emplea para referirse a aquellas normas que se introducen directamente en los ordenamientos jurídicos de los Estados, creando derechos y obligaciones, sin que sea exigible una norma interna que así lo ordene. Es lo que sucede, por ejemplo, con las normas de los Tratados fundacionales y con los Reglamentos comunitarios. Cosa distinta acontece con la Directiva, pues ésta al no ser directamente aplicable, para producir sus efectos, requiere de un acto normativo interno que lo transforme en Derecho nacional. Sólo gozará de aplicabilidad directa, cuando el Estado no la haya traspasado a su legislación o lo haya realizado en forma deficiente. Para que estas normas comunitarias además gocen de efecto directo, deben reunir los requisitos que se expondrán a continuación. Conforme con lo anterior, se puede decir que toda norma que goza de efecto directo es directamente aplicable, en cambio, no toda disposición de aplicación directa tiene efecto directo.

2. No fue, en todo caso, fácil lograr lo anterior, pues en los primeros tiempos de las CE se pensaba que los Tratados fundacionales establecían derechos y obligaciones sólo a los Estados. Por lo tanto, para que la legislación europea obligara a sus ciudadanos se requería de una manifestación normativa que la transformara en Derecho interno. El TJCE en la *S. Van Gend en Loos*¹⁵ —pieza capital en la construcción del ordenamiento comunitario, pues como señala ISAAC, marcó el

13. Vid. N° 3.

14. MANGAS MARTIN, *Derecho Comunitario...*, p.70 señala: "...es de rigor reconocer que las disposiciones *self executing* en los tratados internacionales, por lo general, son escasas y constituyen una excepción en las relaciones interestatales que se tienden entre soberanías que no resultan decisivamente constreñidas, salvo lo que supone de limitación el hecho mismo de la normación de esas relaciones soberanas".

15. STJCE *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, as. 26/62, Rec. 1963.

divorcio con la solución tradicional del Derecho internacional¹⁶- se encargó de establecer las bases sobre las cuales debía entenderse la relación entre los Derechos nacionales y el de la Comunidad. El TJCE estimó que el fundamento para la aplicación directa se hallaba en la finalidad misma del Tratado, a saber, la integración. En efecto, si lo que se propone es la creación de un mercado común, es indudable que éste afecta a los particulares, por lo tanto, el Tratado debe entenderse como algo más que un acuerdo entre Estados firmantes, pues sus destinatarios no son sólo éstos sino también sus nacionales. También se apela a un argumento judicial para fundamentar su posición, y es que por la vía del art. 177 del TCE —que establece las cuestiones prejudiciales ante el TJCE— se le reconoce al Derecho comunitario una eficacia susceptible de ser invocada directamente ante las jurisdicciones nacionales, garantizando a los ciudadanos una interpretación uniforme de los derechos y obligaciones que aquél dispone¹⁷. El que los Estados miembros hayan limitado sus competencias en determinados ámbitos en favor de la Comunidad, supone que éstos han renunciado a su potestad normativa, asumiéndola esta nueva entidad. Por lo tanto, las normas jurídicas que a este efecto emanen, no sólo se entienden válidas en el orden comunitario, sino también dentro del plano interno. Como indica ROBLES MORCHÓN, esta doble validez se muestra como un mecanismo esencial de la integración jurídica¹⁸.

3. De la jurisprudencia del TJCE pueden desprenderse los requisitos que deben exigirse a las normas comunitarias para que éstas gocen de efecto directo: a) la disposición debe ser válida, esto es, haber sido creada conforme a las exigencias del Derecho comunitario; b) de su propia naturaleza deben derivarse derechos y obligaciones, que pueden ser invocados directamente ante los Tribunales nacionales; c) su recepción en el orden interno puede tener lugar por sí misma sin que se requiera de transformación en Derecho nacional; y d) debe ser clara, precisa y no dejar margen de discrecionalidad a los

16. Cfr. ISAAC, *Manual...*, p. 189.

17. Vid. ISACC, *Manual...*, p.190; MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad europea*, Madrid, 1986, p. 129-130; MANGAS MARTIN, *Derecho comunitario...*, p.72; ROBLES MORCHON, *Los Derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Madrid, 1988, p.119.

18. Cfr. ROBLES MORCHON, *Elementos...*, p. 231.

Estados¹⁹. Es precisamente éste, la incondicionalidad, el elemento determinante para que pueda hablarse de efecto directo. Significa que no esté condicionada su aplicación a otra norma que la desarrolle o complemente, en definitiva, que no existan márgenes de apreciación. Ahora bien, este principio requiere de ciertas precisiones para su comprensión, pues sus consecuencias dependerán de cuál sea la categoría jurídica de la norma comunitaria. En efecto, el alcance será distinto si la disposición proviene de los Tratados, de un Reglamento o de una Directiva.

b.1) Tratados y Reglamentos

1. Con respecto a los Tratados, no existe controversia alguna en este punto, basta con señalar que el TJCE ha estimado, en abundante jurisprudencia²⁰ que éstos contienen disposiciones que gozan de efecto directo, tanto en el orden *vertical* —vincula en la relación jurídica al Estado, a las instituciones comunitarias y a los particulares—, como *horizontal* —establece relaciones jurídicas entre particulares—. Los Reglamentos tampoco ofrecen dudas, pues, expresamente, el TCE al regular su alcance ha dispuesto que sean directamente aplicables. En efecto, el art. 189 en su párrafo 2º señala: "El Reglamento tendrá alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro". Además, como ya se ha dicho, ha sido precisamente en este artículo en que se ha basado el TJCE para fundamentar el principio de aplicación directa. Sólo resta señalar, que el Reglamento puede conferir derechos y obligaciones a los particulares, tanto en sus relaciones con el Estado y con las entidades comunitarias, como con otros particulares —efecto vertical y horizontal—²¹. Por último, para que el Reglamento

19. Cfr. MANGAS MARTIN, "La obligación de derogar o modificar el derecho incompatible con del Derecho comunitario", RIE, 1987, p. 319; JIMENEZ - BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, "El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Europea", RAP, n° 109, 1986, p. 130; BUENO Arus, "Características..." p. 193; ROBLES MORCHON, "Los Derechos...", p. 120.

20. Para este efecto, *vid.* la amplia lista de artículos y sentencias del TJCE que recoge ISAAC, *Manual* p. 194 - 195.

21. STJCE *Politi* de 14 de diciembre de 1971, as. 43/71, Rec. 1971. En ella se señala: "...ya que en razón de su propia naturaleza y por su función en el sistema de fuentes del derecho comunitario, produce efectos inmediatos y es como tal. apto

goce de efecto directo es necesario que su contenido cumpla con las exigencias ya señaladas.

b.2) Directivas

1. Es esta clase de actos normativos del Derecho derivado el que mayores y más interesantes problemas plantea. El art. 189 párrafo 3º TCE indica que la Directiva: "obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios". De su lectura se desprende claramente que su destinatario es el Estado, pues se requiere de su actividad normativa, transformándola en Derecho interno, para que produzca sus efectos. Se exige, como dice MUÑOZ MACHADO²², de la colaboración normativa de dos instancias, la comunitaria y la nacional. Se puede adelantar, como primera aproximación, que la Directiva no tiene aplicabilidad directa, los ciudadanos quedarán obligados a su contenido, sólo y cuando los Estados la hayan transpuesto en su legislación interna. Sin embargo, como luego se verá, no es una regla absoluta, pues está sujeta a ciertas matizaciones. En efecto, el TJCE se ha encargado de señalar que, aun cuando el art. 189 del TCE sólo otorga aplicación directa a los Reglamentos, ello no quiere significar que otros actos individualizados en dicho artículo no puedan producir efectos análogos²³.
2. Si bien queda claro que una Directiva no genera directamente derechos ni obligaciones a los particulares, los problemas se plantean cuando un Estado *no ha ejecutado correctamente una Directiva, o, lo que se da con cierta frecuencia, ésta no ha sido transpuesta en la legislación interna dentro del plazo fijado para ello*. Es aquí, bajo estos presupuestos de inactividad o indebida actuación del Estado, donde surge la aplicación directa de la

para conferir a los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la obligación de respetar".

22. Cfr. MUÑOZ MACHADO, *El Estado...*, p. 134

23. STJCE *Grad* de 6 de octubre de 1970, as. 9/70, Rec. 1970. *Ratti* de 5 de abril de 1979, as. 148/78, Rec. 1979-1. *Becker* de 19 de enero de 1982, as. 8/81, Rec. 1982-1. Al respecto, *vid.* TRAYTER JIMENEZ, "El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la administración y de los jueces en su aplicación", *RAP*, n° 125, 1991, 241 y ss.

Directiva pudiendo además, gozar de efecto directo, en la medida que cumpla con los presupuestos indicados. Está claro que el dejar a la discrecionalidad del Estado el transponer o no una Directiva, sin que ello le signifique algún tipo de responsabilidad, atentaría contra las bases mismas del Derecho comunitario, como así lo ha entendido el TJCE²⁴.

3. La Directiva, bajo estos presupuestos, tiene aplicación directa limitada²⁵. Por de pronto, se puede decir que *sólo tiene un alcance vertical*. El particular puede exigir al Estado los derechos que la Directiva le ha concedido, mas éste no puede requerir a aquél las obligaciones que de la Directiva pudieran emanar. Bajo estas condiciones la aplicación directa de la *Directiva opera como correctivo contra la inadecuada actuación del Estado*²⁶. En consecuencia, si la Directiva reúne además los requisitos de ser *clara, precisa e incondicionada*, el justiciable puede invocarla directamente ante los Tribunales internos²⁷. Lo

24. Hoy incluso, los particulares pueden exigir una indemnización por los daños causados por el Estado al infringir el Derecho comunitario. Así lo ha resuelto el TJCE en la sentencia *Francovich y Bonifaci*, de 13 de noviembre de 1991, as. acumulados 6/90 y 9/90, Rec. 1991-9. *Vid.* El comentario que de la sentencia hace MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Madrid, 1993, p.101-120. También es interesante citar la sentencia del TJCE de 5 de marzo de 1996, en los asuntos acumulados *Brasserie du pêcheur y Factorame Ltd. y otros*, as. 46/93 y 48/93, rec. 1996-3. En ella se reafirma la línea del fallo anterior, declarando que, "En los casos en que una violación del Derecho comunitario por un Estado miembro sea imputable al legislador nacional que ha actuado en un ámbito en el que dispone de un margen de apreciación amplio para adoptar opciones normativas, los particulares lesionados tienen derecho a una indemnización cuando la norma de Derecho comunitario violada tenga por objeto conferirles derechos, la violación esté suficientemente caracterizada y exista una relación de causalidad directa entre esta violación y el perjuicio sufrido por los particulares". Cfr. MANGAS MARTIN / LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996, p. 432-434.

25. MANGAS MARTIN, *Derecho comunitario...*, p. 76, al respecto señala: "Aunque no aparece en la argumentación del Tribunal de la Comunidad, se entiende que dos razones de fondo que sostienen el efecto directo de la Directiva se encuentran en el principio de la aplicación uniforme y el principio de no discriminación (art. 7 del Tratado CEE), ya que en caso de ejecución correcta de la Directiva en un Estado, los particulares estarán sujetos a las obligaciones y se beneficiarán de los derechos que contenga, mientras en caso de inexecución en algún Estado, los particulares no estarán sujetos a las mismas cargas ni a los mismos beneficios. De ahí al menos al aflorar aquellas disposiciones de la Directiva que tengan efecto directo, en el caso de inexecución, se esté paliando parcialmente los eventuales perjuicios que pudieran sufrir los particulares debido al propio incumplimiento de su Estado".

26. *Vid.* MANGAS MARTIN, *Derecho comunitario...*, p. 76.

27. STJCE *Smit Transport* de 29 de Enero de 1983, as. 126/82, Rec. 1983-1. En ella se afirma: "Cada vez que las disposiciones de una Directiva sean, por su

anterior no obsta, claro está, a que el Estado cumpla con su obligación de transponer el contenido de la Directiva en su legislación²⁸. En lo que respecta a si la aplicación directa de una Directiva puede tener también un alcance horizontal, parece no existir dudas en cuanto a negar tal eficacia. Así, el TJCE en sentencia *Marshall*²⁹ señaló que una Directiva no puede por sí misma crear obligaciones a la carga de los particulares y, por tanto, no puede ser invocada, como tal, ante otros particulares. En todo caso, dicha posición del TJCE no ha dejado de suscitar críticas, pues puede dar lugar a situaciones discriminatorias. Es así, por ejemplo, que en el ámbito laboral, trabajadores del servicio público han podido invocar derechos contenidos en Directivas, que les han sido negados a quienes trabajan en el sector privado³⁰.

c) Principio de primacía

1. Significa que las normas comunitarias tienen preferencia sobre las de Derecho interno, de forma tal, que en caso de conflicto, aquéllas son las que deben aplicarse, cualquiera que sea el rango de las normas internas y con independencia de que estas últimas hayan sido aprobadas con posterioridad³¹. Este también es reconocido en el Derecho internacional³². El Derecho

contenido, incondicionales y suficientemente precisas, pueden ser invocadas ante el juez por los particulares en el caso en que el Estado miembro afectado no haya ejecutado correctamente la Directiva en el marco de la legislación nacional".

28. El no hacerlo supondría un incumplimiento de las obligaciones del Tratado y dar lugar al procedimiento establecido en el art. 169 y ss. TCE.

29. STJCE *Marshall* de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, Rec. 1986-2.

30. En este sentido, MANGAS MARTIN, *Derecho comunitario...*, p. 81-82, apunta: "Las repercusiones en el ámbito laboral y, en general, en las relaciones de Derecho comunitario entre particulares abona la creencia de que los argumentos de una Comunidad de pueblos y la oponibilidad a los Estados de sus propios actos pueden ser argumentos jurídicamente correctos (la seguridad jurídica sería su límite), pero social y políticamente arriesgados cuando se hace tal selección de determinados beneficiarios". (La cursiva es mía); ISAAC, *Manual...*, p. 199.

31. Vid. RUIZ-JARABO COLOMER, "La primacía del Derecho Comunitario europeo", *RGD*, Junio - Agosto 1988, p. 4497.

32. Si bien existe similitud entre el Derecho internacional y el comunitario en la conceptualización de la primacía, en la práctica no puede entenderse de la misma manera. En efecto, el ordenamiento internacional aún se cimenta sobre bases poco sólidas, y hablar de su primacía sobre los Derechos nacionales no es más que un dogma. En cambio, el sistema jurídico comunitario no sólo "declara" su primacía,

comunitario sustenta su primacía, no en lo que puedan señalar los ordenamientos jurídicos internos, sino en sus propias particularidades. Está claro que la aplicación directa y el efecto directo de las normas comunitarias no se podría explicar sin dar al Derecho comunitario supremacía sobre los sistemas jurídicos nacionales. Esta debe entenderse como una consecuencia necesaria del principio explicado precedentemente³³.

2. El principio en cuestión ha sido producto, fundamentalmente, de la elaboración jurisprudencial del TJCE, pues los Tratados, en este punto, tampoco hacen mención a esta particularidad, aunque puede hallarse una base de argumentación en los artículos 5, 6 y 189 TCE³⁴. La sentencia capital en esta materia la constituye *Costa/ENEL*³⁵, que fue la que dio inicio a la elaboración de este principio, el que se ha visto reforzado, como luego se expondrá, por otros importantes fallos. Dicho pronunciamiento en términos generales, se fundamenta en que el Derecho comunitario ha creado un ordenamiento que es autónomo, diferente al internacional y a los nacionales, que se integra al de los Estados miembros, imponiéndose a sus jurisdicciones. Los Estados, al haber transferido el ejercicio de parte de sus competencias en favor de la Comunidad, no pueden hacer prevalecer sus normas nacionales posteriores sobre estos derechos ya traspasados. Entender esto en sentido contrario, equivaldría a condicionar la validez del Derecho comunitario a actuaciones normativas nacionales futuras. La primacía se entiende sobre *cualquier* norma interna, anterior o posterior. Desde esta sentencia se va afirmando la posición de que tanto el principio de *lex posterior derogat priori* como el de

además, la "impone" a los Derechos internos, debiendo éstos aplicar su normativa. Vid. ROBLES MORCHON, *Elementos...*, p. 242 - 243.

33. En este sentido, MUÑOZ MACHADO, *El Estado...*, p. 143.

34. En palabras de MANGAS MARTIN, *Derecho comunitario...*, p. 87, el art. 189, 2º TCE que preceptúa los Reglamentos, marca la relación de interdependencia entre primacía y aplicabilidad directa. Además, respecto de los otros dos artículos citados, debe señalarse que éstos se vinculan con el deber de cooperación de los Estados miembros (art. 5), el que se quebrantaría si cada uno impusiera sus intereses, a través de una legislación contraria, sobre los de la Comunidad, y el de no discriminación (art. 6), la que se originaría entre los particulares de los distintos Estados, si varían sus Derechos y obligaciones, al hacer prevalecer sus normas incompatibles. Ambos artículos en definitiva, permiten mantener la unidad del ordenamiento comunitario.

35. STJCE *Costa/ENEL* de 15 de julio de 1964, as. 6/64, Rec. 1964.

lex superior derogat inferiori van perdiendo eco en la relación Derecho comunitario - Derecho nacional³⁶.

ISAAC extrae fundamentalmente cuatro consecuencias de la sentencia citada, las que han sido confirmadas posteriormente: 1) la primacía es una condición existencial del Derecho comunitario, que no puede existir en cuanto tal, sino con la condición de no doblegarse ante el Derecho de los Estados miembros; 2) el Derecho comunitario afirma su superioridad en virtud de su propia naturaleza, y no como consecuencia de concesión de ningún tipo por parte del Derecho constitucional de los Estados miembros; 3) el orden jurídico comunitario prevalece en su integridad sobre los órdenes jurídicos nacionales, lo que significa que la primacía beneficia a todas las normas comunitarias, primarias o derivadas, directamente aplicables o no, frente a todas las normas nacionales; 4) la primacía del Derecho comunitario no es válida sólo en el orden comunitario. Es decir, en las relaciones entre los Estados y las instituciones, sobre todo ante el TJCE, sino también en los ordenamientos jurídicos nacionales, donde se impone a los órganos jurisdiccionales³⁷.

3. Pero, es en la sentencia *Simmenthal*³⁸ donde el TJCE lleva este principio a su mayor expresión. En efecto, el Tribunal de Luxemburgo es claro en señalar que la norma comunitaria no sólo se dirige a la legislación nacional existente, sino también y sin excepciones, a las normas futuras incompatibles, impidiendo su aplicación³⁹. Esto es, si se dicta una norma nacional contraria a la comunitaria ya existente, el juez nacional tiene la obligación de *inaplicar* aquélla en favor de la

36. EL TJCE ha sido bastante enérgico en afirmar la primacía de la normativa comunitaria incluso sobre la constitucional. Así en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft* de 17 de diciembre de 1970, as. 11/70, Rec. 1970, indica: "los principios de una estructura constitucional nacional, no podrían afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su defecto sobre el territorio de ese Estado". Vuelve a reafirmar su postura, entre otras sentencias, en *Hauer* de 13 de diciembre de 1979, as. 44/79, Rec. 1979-3 y en *Commission c. Belgique*, 17 de diciembre de 1980, as. 149/79, Rec. 1980-8.

37. Cfr. ISAAC, *Manual...*, p. 204-205.

38. STJCE - *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978, as. 106/77, Rec. 1978-1.

39. Como indica ISAAC, *Manual...*, p. 205, el TJCE ha ido cambiando su postura, hacia una mayor rigidez. En efecto, de hablar de "oponibilidad" en *Costa*, ahora aborda el problema en términos de "impedir la formación válida" en *Simmenthal*.

comunitaria⁴⁰. El TJCE simplemente se limita a ordenar al juez que no aplique la norma interna, no a declarar su nulidad, ni menos su derogación, pues estas son materias que corresponden a otras instancias estatales⁴¹. El TJCE, en su afán por lograr asentar el principio en cuestión, de manera de que no haya dudas al respecto, ha llegado a afirmar en la sentencia *Comisión c. Italia*⁴² que no basta con dejar inaplicada

40. En *S. Simmenthal*, cit., se señala: "En virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, no sólo hacer inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria a la legislación nacional existente, sino también impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con normas comunitarias".

41. *S. Simmenthal*, cit.: "El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones de derecho comunitario, tiene la obligación de garantizar el pleno efecto de esas normas dejando, si es necesario, sin aplicar, por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que tenga que pedir o esperar la eliminación previa de ésta por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional". En este mismo sentido, la STS de 24 de abril de 1990 (RJ, 2747) afirma: "Los Reglamentos y Directivas comunitarios tienen el valor de leyes marco cuya primacía sobre las normas internas y efecto directo en su caso no podrán ser discutidos, desde el momento de la adhesión a los tratados fundacionales. Las normas anteriores que se opongan al derecho comunitario deberán entenderse derogadas y las posteriores contrarias habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia —art. 93 y 96.1 de la Constitución Española— pero no será exigible que el juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la Constitución) para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tiene establecido el principio *pro communitate*". Si bien los órganos jurisdiccionales españoles no han ofrecido mayores obstáculos al principio de primacía, no puede decirse lo mismo, por ejemplo, de los franceses. En efecto, éstos por mucho tiempo sostuvieron que en caso de plantearse un conflicto entre una ley posterior y un Tratado (ya convertido en ley), debía resolverse en favor de la ley (doctrina *Matter*). Sin embargo, el Tribunal de Casación en sentencia *Jacques Vabre* de 1975, cambia de opinión, afirmando la superioridad del Tratado CEE sobre las leyes, sosteniéndose para ello en el art. 55 de la Constitución de 1958. Es digno de destacar esto último, pues la afirmación de la supremacía, según dicho Tribunal, no emana exclusivamente del propio ordenamiento comunitario, sino también de su Constitución. Por su parte, la jurisdicción administrativa, representada por el Consejo de Estado, fue por mucho más tiempo reticente a aceptar la prevalencia del Tratado (incluyendo actos de Derecho derivado) sobre las leyes posteriores. Fue recién en el asunto *Nicolo* de 1989 donde abandona tan estricta posición, fundando la primacía también en el art. 55 de su Constitución. Para mayor detalle, *Vid. ISAAC, Manual...*, p. 207-215.

42. STJCE *Comisión c. Italia* de 15 de octubre de 1986, as. 168/85, Rec. 1986-9. En ella se afirma: "El mantenimiento sin cambios, en la legislación de un Estado miembro, de un texto incompatible con una disposición del Tratado, aun directamente aplicable, crea una situación de hecho ambigua que mantiene a los sujetos de derecho interesados en una situación de incertidumbre en cuanto a las

la norma interna contraria, sino que el Estado miembro debe adoptar las medidas necesarias para evitar que los justiciables queden en una situación de incertidumbre, al mantener una legislación ambigua. Agrega además, que esta incompatibilidad sólo puede quedar eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio, del mismo valor jurídico que las que deben ser modificadas. Si bien no lo dice expresamente, las palabras empleadas por el Tribunal parecen claras, en cuanto a exigir al Estado, ya sea la derogación de tales disposiciones o a lo menos, su modificación expresa y formal⁴³.

c.1) Posición del Estado ante normas internas que contradicen el Derecho de la Comunidad

1. Es este un aspecto del Derecho comunitario que plantea una serie de interrogantes, a saber, qué actitud debe asumir el Estado frente a una normativa interna incompatible —queda claro que no tiene el mismo alcance jurídico hablar de inaplicabilidad que de derogación—, por lo que conviene detenerse un momento⁴⁴. Antes que nada es preciso distinguir, entre las normas comunitarias que son directamente aplicables y las que no. En efecto, respecto de las segundas el problema en principio, no se presenta con la misma intensidad. Por ejemplo, respecto de una Directiva que haya sido transpuesta en la legislación interna, dará lugar a la derogación o a la modificación de las normas anteriores que le sean incompatibles. Hasta aquí no hay mayor diferencia con la solución clásica sobre sucesión de normas en el tiempo —*lex posterior derogat priori*—, pues en definitiva, se está en

posibilidades de recurrir al Derecho comunitario, y constituye un incumplimiento de las obligaciones que le incumben a dicho Estado miembro en virtud del Tratado. La incompatibilidad de la legislación nacional con las disposiciones del Tratado sólo puede quedar definitivamente eliminada mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico que aquellas que deben modificarse; simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de una ejecución adecuada de las obligaciones del Tratado, idónea para hacer desaparecer el incumplimiento".

43. En este mismo sentido, MANGAS MARTIN, *Derecho comunitario...*, p. 91; MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea...*, p. 80; ROBLES MORCHÓN, *Elementos...*, p. 246.

44. *Vid.* el interesante trabajo que sobre este tema realiza, MANGAS MARTIN, "La obligación de derogar...", p. 311 y ss.

presencia de normas internas. El problema se plantea *cuando con posterioridad a la Directiva transpuesta, se dicta una norma interna que le es incompatible*. Aparentemente, debería seguirse la misma regla sobre sucesión de normas, pero como hay que considerar que se está en presencia de una norma comunitaria, los presupuestos a aplicar son otros⁴⁵. Como entra en juego la primacía del Derecho comunitario, la Directiva producirá un "efecto dique"⁴⁶, esto es, impedirá que la legislación que con posterioridad se dicte, derogue o modifique la norma transpuesta. Es indudable que la situación es delicada, pues, se está ante dos normas internas, que son incompatibles, pero, por una situación especial como lo es la participación de una norma comunitaria, se alteran las reglas de sucesión. Ello genera inseguridad jurídica, que sólo podría, en principio, solucionarse por vía judicial a través de la inaplicación de la norma posterior. Se puede apreciar entonces, que esta última situación, a saber, el mantenimiento de una norma interna posterior incompatible con la comunitaria no directamente aplicable —Directiva ya transpuesta—, genera los mismos conflictos que tienen lugar cuando la incompatibilidad se plantea con la norma comunitaria directamente aplicable. De forma tal, que las soluciones que a continuación se expongan son posibles para ambos casos.

2. Sin entrar a detallar la evolución que la jurisprudencia del TJCE ha tenido al respecto, basta señalar que en un principio no se estimaba, en general, como infracción al Derecho comunitario la *mantención de normas incompatibles en la legislación interna*⁴⁷. El efecto que generaba tal conflicto era la

45. Así, GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho...*, p. 878.

46. La expresión es de MANGAS MARTÍN, "La obligación de derogar...", p. 314; GONDRA ROMERO, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea" en: GARCÍA DE ENTERRÍA/GONZÁLEZ CAMPOS/MUÑOZ MACHADO (Dir.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, T. I, 1986, p. 302, habla de *still stand*, para referirse al efecto de "petrificación" que se produce en el Derecho nacional, al bloquearse la actuación posterior del legislador interno. Con ello se produce un *trasvase oculto* de competencias a la Comunidad.

47. En este sentido, STJCE *Comisión c. Italia* (caso del "Cacao") de 15 de abril de 1970, as. 28/69, Rec. 1970. Aun cuando es preciso señalar, que en este asunto, la posibilidad de aplicar las leyes nacionales eran remotas. En todo caso es necesario tener presente la STJCE *Comisión c. Francia* (caso "Code Maritime") de 4 de abril de 1974, as. 167/73, Rec. 1974-1, pues en ella sí se estimó la infracción, al generar la legislación interna una situación de ambigüedad y de inseguridad jurídica, aunque tal situación sólo debía dar lugar a la inaplicabilidad de la norma nacional contraria.

inaplicabilidad de la norma interna contraria, consecuencia que tenía lugar por aplicación del principio de primacía. Dicho alcance fue desarrollado en la sentencia *Simmenthal*⁴⁸. En ella se señala que la norma comunitaria de aplicación directa, desde su entrada en vigor, torna inaplicable de pleno derecho toda disposición que le sea contraria. Lo mismo sucede respecto de la norma posterior contraria. De lo expuesto se desprende lo siguiente: la orden se dirige al juez, que es quien debe inaplicar la disposición interna contraria a la comunitaria, sin esperar para ello, el pronunciamiento de otro órgano que la deje sin efecto. La inaplicabilidad constituye la garantía mínima que se le exige al juez nacional para salvaguardar los derechos que emanan de la norma comunitaria. Formalmente, esta norma nacional incompatible no tiene aplicación, en tanto en cuanto sea contraria a lo establecido por la disposición comunitaria, pero, si ésta deja de producir efectos o si aquélla regula materias no comprendidas por la legislación comunitaria, nada impide su plena validez. Si bien lo recién expuesto puede parecer razonable, también lo es, que el mantener normas incompatibles genera incertidumbre e inseguridad jurídica entre los justiciables⁴⁹.

3. Son argumentos de seguridad los que avalan la necesidad de llegar a otra solución, pues la inaplicabilidad se revela no sólo de efectos limitados, sino también peligrosos, pues podría ocurrir que en un futuro, se aplique el Derecho interno que, aunque incompatible, está formalmente en vigor. Precisamente,

48. STJCE *Simmenthal*, cit. n. 38.

49. MANGAS MARTÍN, "La obligación de derogar...", p. 324, certeramente apunta: "Ciertamente confiar que un juez protegerá los derechos conferidos por la norma comunitaria no soluciona el problema de aplicación efectiva de la norma comunitaria. La protección jurisdiccional mediante largos y costosos procesos, es una garantía para las situaciones límite; pero la norma comunitaria debe tener una aplicación ordinaria, pacífica e incontestada en las relaciones intersubjetivas como las relaciones con la Administración sin necesidad de llegar al juez. (...)Para que el Derecho comunitario se imponga y rijan las relaciones para las que fue previsto, para que arraigue en el tejido social no puede correr el riesgo de verse confrontado con normas nacionales que prevean otros derechos y obligaciones diferentes, las cuales obstaculizan, por su derogación expresa y formal, la normal aplicación de la norma comunitaria. La invocación ante el juez de la aplicabilidad directa revela la falta de eficacia real de la norma comunitaria frente a la norma nacional incompatible. Una norma jurídica obligatoria y revestida de primacía debe imponerse por sí misma y sólo de manera excepcional ver sancionada por la acción judicial su fuerza y protegidos los derechos que confiere. No se puede hablar de un patrimonio jurídico de los ciudadanos de los Estados miembros logrado a golpe de proceso judicial".

en la sentencia *Comisión c. Italia*⁵⁰ se recogen estas inquietudes, al estimarse que el mantener las normas internas incompatibles, constituyen una infracción al Derecho comunitario. No basta que el Estado miembro haya aprobado la efectiva aplicación de la norma comunitaria, sino que debe derogar o modificar la disposición contraria. Tal obligación de adaptar su legislación a la normativa comunitaria, le vendría impuesta por el art. 5 del TCE. La sentencia en cuestión se encarga también de precisar que la norma incompatible y aquella que será dictada deben tener el mismo valor jurídico, de forma que permita una total aplicación de su contenido⁵¹. Lo expuesto no significa que los jueces no puedan dejar de aplicar la norma interna incompatible a la espera de la actuación de los otros órganos estatales. Dicho de otra forma, la obligación que ahora pesa sobre los Estados de derogar o modificar, no impide que los jueces nacionales actúen al respecto, desestimando la norma contraria, lo que constituye una "garantía mínima". Se puede decir que el TJCE ha añadido una tarea adicional, no basta con la inaplicabilidad, es necesario además, derogar o modificar la normativa incompatible, a fin de no continuar con la situación de ambigüedad e inseguridad que ésta originaba. Al respecto, es preciso dejar claro que los efectos de la norma derogatoria o modificatoria se retrotraen a la fecha en que entró en vigor la norma comunitaria. Como precisa MANGAS MARTÍN⁵², el valor de dicha disposición es meramente declaratorio, pues es la propia norma directamente aplicable, dadas sus peculiares características, la que produce tales efectos.

d) *Protección de los Derechos fundamentales en el seno de la Unión*

1. Cuestión aparte que merece ser atendida, aunque no en forma detallada, pues escapa al objeto de este trabajo, dice relación a la posición que ocupan los Derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario. Es sabido que en los Tratados fundacionales no existe un catálogo detallado de éstos, lo que ha ocasionado en más de una oportunidad importantes

50. STJCE *Comisión c. Italia*, cit. n. 42.

51. Vid. *supra* n. 42.

52. Cfr. MANGAS MARTÍN, "La obligación de derogar...", p. 334.

tensiones, poniendo en peligro la primacía del Derecho comunitario. Ya se precisó la rigurosidad del TJCE en cuanto a afirmar la preeminencia de las normas comunitarias sobre las internas, incluso constitucionales⁵³. La primacía no proviene porque así se lo hayan reconocido los sistemas constitucionales de los Estados miembros, sino de su propio carácter autónomo. Como afirma MUÑOZ MACHADO, el TJCE ha repetido hasta la saciedad que la validez de los actos comunitarios sólo puede ser apreciada en función del Derecho comunitario⁵⁴. No obstante, Tribunales constitucionales de algunos Estados miembros, fundamentalmente el italiano y el alemán, reflejaron su preocupación, manifestando que el orden comunitario al no garantizar los Derechos fundamentales en un grado comparable con la Constitución, se reservaban la facultad de declarar inconstitucional la norma comunitaria, si ésta vulneraba tales derechos⁵⁵. A todas luces queda claro, que de haberse aceptado la tesis expuesta, las bases mismas que sostenían la supremacía del Derecho comunitario se habrían derrumbado, pues en definitiva, la norma comunitaria quedaba sujeta al control constitucional de cada Estado miembro. La reacción del TJCE al ataque "constitucionalista" se puede apreciar en la sentencia *Hauer*⁵⁶. En lo esencial, en ella se señala que si bien

53. La sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, cit. n. 36, al ratificar la primacía del Derecho comunitario, también se encarga de precisar que las normas constitucionales que protegen los Derechos fundamentales no son invocables, y que éstos son garantizados por el TJCE. Además, en la STJCE *Nold* de 14 de mayo de 1974, as. 4/73, Rec. 1974-1, se reconoce que el fundamento de protección se halla en los principios generales de Derecho. Así también, alude como fuentes, a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a los Tratados internacionales sobre protección de Derechos humanos, en los que hayan intervenido o adherido. Para conocer la evolución de la jurisprudencia del TJCE, vid. NEUWAHL, "The Treaty on European Union: a step forward in the protection of Human Rights?", en: NEUWAHL/ROSAS (ed), *The European Union and Human Rights*, The Hague, 1995, p. 6 y ss.

54. Cfr. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea...*, p. 84.

55. Esto es resumidamente lo dicho, tanto por el Tribunal Constitucional italiano en la sentencia *Frontini* de 27 de diciembre de 1973 (vid. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 102 y ss.) como por el alemán en la sentencia conocida como *Solange I* de 29 de mayo de 1974. Vid. el análisis que se hace de ambas sentencias, CHUECA SANCHO, *Los Derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1989, p. 109 y ss.; ROBLES MORCHON, *Los Derechos...*, p. 124 y ss.

56. STJCE *Hauer*, cit. n. 36. Al respecto, vid. BELLINI, "La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario secondo la sentenza Hauer", *RDI*, 1981, p. 318 y ss.

la CE efectivamente no cuenta con un catálogo de Derechos fundamentales, éstos podían deducirse de los propios principios generales de Derecho comunitario y de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. De lo anterior se desprende entonces, que el propio TJCE protegería los Derechos fundamentales, no porque éstos estén garantizados en los Derechos constitucionales de los Estados miembros, sino por el hecho de que forman parte del ordenamiento comunitario. De forma tal, que el control de validez de las normas comunitarias sólo debe realizarse dentro del propio ordenamiento comunitario. La sentencia provocó, como era de esperar, una reacción positiva en los Tribunales Constitucionales "rebeldes", la que se vio reflejada en su posterior jurisprudencia. Se puede citar al respecto, las sentencias del órgano alemán conocidas como *Solange II* de 22 de octubre de 1986 y *Soweit* ["en la medida que"] de 12 de mayo de 1989. Éstas en lo esencial, reconocen que el ordenamiento comunitario aplica en la protección de los Derechos fundamentales los mismos principios reconocidos por la Ley Fundamental alemana, esto es, otorga un grado de protección equiparable al brindado por esta última. Por tanto, el Tribunal Constitucional renunciaría a examinar la validez de las normas comunitarias, sólo en el supuesto de que la protección brindada por el TJCE a estos derechos sea suficiente. Lo expuesto, debe ser interpretado como una valoración positiva de la protección brindada por el TJCE.

2. Sin perjuicio de lo anterior, en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993⁵⁷ —por la que se confirmaba la constitucionalidad de la ratificación del TUE por el gobierno alemán— puede apreciarse un cambio de criterio. En efecto, en la sentencia se señala que el TCF ejercerá su jurisdicción sobre el Derecho comunitario derivado en Alemania, en una especie de "relación de cooperación" con el TJCE. De lo expuesto, se desprende que el Tribunal de Karlsruhe podría actuar cuando estime que aquél no satisface el grado de protección estimado indispensable por la Ley Fundamental. Cabe observar por tanto, un cambio de apreciación con lo que venía sucediendo desde *Solange II*, pues en ésta se partía, de modo general, de que la protección otorgada por el TJCE era equiparable al brindado por la Ley de Bonn. En cambio ahora, el TCF puede ejercer su jurisdicción en

57. Sentencia publicada en *GJ-CE*, Boletín 91, enero - febrero 1994, p. 63 y ss.

cada caso, cuando se estime que hay una protección inadecuada de los Derechos fundamentales por parte del Derecho comunitario. Esta sentencia vuelve a plantear pues, los mismos problemas ya descritos, esto es, la posibilidad de que se cuestione la primacía del Derecho comunitario y el papel interpretador del TJCE⁵⁸.

3. Si bien hoy, todavía no se han planteado mayores discusiones, es indudable que la cuestión tampoco debe entenderse superada⁵⁹. Antes que nada, conviene realizar ciertas precisiones. Aun cuando resulta frecuente oír decir, sobre todo del propio TJCE, que los Tratados, que conforman el Derecho originario, constituyen la Constitución de la Comunidad, existe cierto consenso en la doctrina de que no es así⁶⁰. Estos no reúnen las características propias de una Constitución, no sólo desde un punto de vista formal, sino en aspectos esenciales, como lo es establecer un catálogo de Derechos fundamentales⁶¹. Precisamente, este carácter sustancial es del que carecen los Tratados comunitarios. A pesar de lo anterior, el TJCE ha tratado, como se ha expuesto, de constituirse en verdadero garante, recurriendo para ello a los principios generales del Derecho comunitario, considerando, tanto al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 como a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros sus

58. Para BACIGALUPO, M., "La constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea en Alemania (la sentencia del Tribunal Constitucional federal de 12 de octubre de 1993)", *GJ-CE*, serie D-21, abril 1994, p. 26, esta sentencia supone un retorno parcial a la doctrina *Solange I*.

59. Al respecto, cfr. SCUDIERO, "Comunità Europea e diritti fondamentali: un rapporto ancora da definire?", *RDE*, 1996, p. 263 y ss.; BACIGALUPO, M., "¿Vinculan los Derechos fundamentales nacionales a los gobiernos de los respectivos Estados miembros en su participación en la fase ascendente de la normativa comunitaria? El caso alemán", *GJ-CE*, Boletín 88, octubre 1993, p. 5 y ss.

60. Cfr. DÍAZ JIMÉNEZ, "Hacia la constitución europea", *Comunidad Europea*, Aranzadi Ed., Noviembre 1993, p. 48.; GARCÍA DE ENTERRÍA, "El proyecto de Constitución europea", *RDE*, 1994, p. 671 y ss.; MEDINA ORTEGA, *Hacia una constitución europea*, Valladolid, 1994, p. 14; RODRÍGUEZ, "La falta de competencia de la Comunidad europea, en el estado actual del Derecho comunitario, para la ratificación de la Convención Europea de Derechos humanos", *Comunidad Europea*, Aranzadi Ed., Mayo 1996, p. 32.

61. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, "El proyecto...", p. 679, una Constitución es esencialmente un sistema de garantía de derechos fundamentales, los que son definidos al efecto.

"fuentes de inspiración". El que estas fuentes mencionadas precedentemente, se hallen recogidas ahora en la parte dispositiva —art. F apartado 2 del TUE⁶²—, constituye un importante avance, pues hasta entonces, la acción comunitaria en materia de derechos humanos sólo se basaba en el preámbulo⁶³.

Se critica la solución hasta ahora adoptada, a saber, la vía judicial, por presentar una mayor inseguridad jurídica. Al no existir un marco definido de actuación, existe una posibilidad mayor de resoluciones imprevisibles. Para evitar lo anterior, se hace necesario establecer un catálogo claro de Derechos fundamentales que formen parte del sistema jurídico comunitario. Tal vía permitiría precisar los valores que son estimados primordiales en el ámbito de la UE y además, delimitar con claridad el campo de acción de los distintos órganos. Asimismo, constituiría un factor de inestimable valor en el camino hacia la integración política de Europa. Sin embargo, hay quienes creen que mediante la confección de un catálogo, más que lograr una mejor protección se puede llegar a retroceder con respecto a la situación actual⁶⁴. Es necesario desechar la idea de que la seguridad jurídica sólo se logra mediante una carta escrita, y que el Derecho sólo existe en los "códigos". Basta citar Inglaterra, país con una honda tradición democrática y de respeto a los Derechos humanos, en donde no existe una relación escrita. Los principios generales de derecho forman parte del ordenamiento comunitario. El TJCE en una jurisprudencia constante, ha reconocido como fuentes, tanto a las tradiciones constitucionales comunes como a los Tratados internacionales que los Estados miembros hayan adherido o colaborado en su confección, en el que debe incluirse, indudablemente, el Convenio de Roma de 1950. El TJCE extrae de allí los Derechos cuya protección garantiza⁶⁵.

62. Art. F, apart. 2 TUE: "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".

63. Además del art. F. 2. y del preámbulo, ambos del TUE, hacen referencia a esta materia, entre otros, los art. K.2, J.1. del TUE, art. 130 U apart. 2 TCE.

64. En este mismo sentido, ROBLES MORCHÓN, *Los Derechos...*, p. 154-155.

65. Avala esta postura doctrinaria, la circunstancia de que efectivamente existe entre los países que forman la UE un consenso axiológico, en cuanto a los Derechos fundamentales y a las libertades públicas que deben ser reconocidos.

4. No es posible terminar este comentario sin referirse a lo que dispone el art. L del TUE⁶⁶, pues, aparentemente privaría al TJCE de su función garantizadora, al no incluir, en su contenido, el art. F apart. 2. De más está decir, lo inquietante que podría resultar tal exclusión, ya que lo estaría privando de la facultad de interpretar la noción de Derecho fundamental, así como también, la de anular aquellos actos comunitarios que violen tales derechos⁶⁷. Es poco probable que la intención haya sido sustraer al TJCE de su papel garantizador, teniendo presente, sobre todo, la ardua tarea que a este efecto ha llevado a cabo, y que integra el acervo comunitario. Precisamente, el respeto a este acervo, conforme lo ordena el art. C del TUE, es el que impide que haya una regresión en materia de respeto a los Derechos fundamentales. Además, el propio preámbulo del TUE recuerda que uno de los pilares sobre los cuales se construye la UE lo constituye el respeto de los Derechos humanos y libertades fundamentales. Conforme a lo expuesto, la interpretación que debería darse es la siguiente: el art. F apart. 2 lo único que hace es reconocer la jurisprudencia que sobre esta materia existe, así como también, dar legitimidad al TJCE para que éste continúe en su tarea garantista. El artículo simplemente constituye una declaración de principios y no un otorgamiento de competencias. En cambio, el art. L lo que hace es pronunciarse acerca de las competencias del TJCE, substrayendo aquellas materias que conforman la política de cooperación dentro del marco de la UE, y que están establecidas en los títulos V y VI —con excepción de lo señalado en la letra b del art. L del TUE—. Su exclusión está justificada, pues se trata de materias sobre las cuales no hay una cesión de competencia, los Estados mantienen su imperio sobre las políticas a seguir y los actos deben ser juzgados por sus propias jurisdicciones, lo que no

66. Art. L TUE: "Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica *relativas a la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al ejercicio de dicha competencia sólo serán aplicables a las siguientes disposiciones del Tratado:* a) disposiciones por las que se modifica el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea a fin de establecer la Comunidad Europea, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; b) tercer párrafo de la letra c) del apartado 2 del artículo K. 3; c) artículos L a S. (La cursiva es mía).

67. Vid. el comentario que se hace del art. L en relación a la supuesta exclusión de los derechos fundamentales en CONSTANTINESCO, KOVAR Y SIMON, *Traité sur L' Union Européenne, (Commentaire article par article)*, Paris, 1995, p. 866 y ss.

evita establecer una coordinación al respecto⁶⁸. En definitiva, no forman parte del Derecho de integración, cuyo control sí le corresponde al TJCE. Quizá la redacción del artículo no ha sido correcta, pues podría dar lugar a diversas interpretaciones⁶⁹, lo que indudablemente no favorece a la seguridad jurídica que debe reinar en torno a la protección de los Derechos fundamentales.

5. También se ha afirmado, respecto a cuál es la mejor fórmula para salvaguardar los Derechos fundamentales, que la UE debe adherirse al Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950⁷⁰. Durante mucho tiempo rondaba la idea, dentro de las mismas instituciones comunitarias — Comisión y Consejo—, acerca de la necesidad de que la Unión se *adhiriera formalmente al Convenio a fin de brindar una mayor protección a los Derechos fundamentales*. Dada la inexistencia de un catálogo, el mejor apoyo con que podía contar el TJCE se lo otorgaría precisamente tal adhesión. Lo anterior zanjaría en definitiva, las permanentes críticas de inseguridad jurídica que rodeaban la cuestión. Pues bien, el Consejo con fecha 26 de abril de 1994 solicitó al TJCE que dictaminara si la adhesión al Convenio era compatible con el TCE. Este en dictamen 2/94 de 28 de marzo de 1996⁷¹, resolvió que conforme al estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse al Convenio de 1950⁷². No me parece que este pronunciamiento pueda traer consecuencias que dificulten la labor garantizadora que desarrolla el TJCE. En primer lugar, es necesario dejar claro, que el dictamen sólo se refiere a un problema de competencia, esto es, si entre las atribuciones que le han sido otorgadas a la

68. Así también se pronunció el TCF en sentencia ya citada de 12 de octubre de 1993.

69. GARCIA DE ENTERRIA, "El proyecto...", p. 680, sostiene que el art. L priva de una garantía judicial a lo proclamado en el art. F apart. 2.

70. Vid. lo que expone sobre el tema, ROBLES MORCHÓN, *Los Derechos...*, p. 156-159. Para este autor la adhesión no agregaría nada nuevo al nivel de protección ya alcanzado, gracias a la labor de tutela que ha desarrollado el TJCE.

71. Para conocer el texto completo del dictamen, así como también la solicitud presentada por el Consejo, vid. *Comunidad Europea*, Aranzadi E., Mayo 1996, p. 71 y ss.

72. Vid. el comentario que hace del dictamen, Rodríguez, "La falta de competencia...", p.31 y ss.

UE, se comprenden las de adoptar normas sobre Derechos humanos o las de celebrar convenios en ese campo. El TJCE concluye que la UE aún no está dotada de ellas. Asimismo, se resuelve también que la adhesión implicaría una modificación al Tratado, dada la inserción en un sistema institucional diferente "de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario"⁷³. Esto último reafirma que las disposiciones del Convenio mantienen su calidad de fuente de inspiración, y que no revisten la de norma comunitaria. Quizá es demasiado pronto para conclusiones más exhaustivas, pero no sería inoportuno señalar que esta resolución puede reavivar la discusión sobre la necesidad de dotar a la UE de un catálogo propio de derechos fundamentales.

73. Parte del apart. 34 del dictamen del TJCE.