

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Ciclo XXIII

Settore scientifico-disciplinare di afferenza:
IUS/14 DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

TITOLO TESI

IL CONFLITTO TRA LIBERTÀ DEL MERCATO INTERNO COMUNITARIO E DIRITTI FONDAMENTALI NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: LA POSIZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DI LUSSEMBURGO QUALE GARANTE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Presentata da: JOAQUÍN SARRIÓN ESTEVE

Coordinatore Dottorato

Relatore

Prof. Lucia Serena Rossi

Prof. Lucia Serena Rossi

Correlatore

Prof. Mireya Castillo Daudí

Esame finale anno 2011

**A mis padres, Joaquín y María,
que tanto me han dado y enseñado,
por su constante paciencia, confianza y apoyo.**

**Y a Cristina, con quien espero
compartir los retos que esta vida nos depare.**

“No se columbra qué otra cosa de monta podamos *hacer* los que existimos en este lado del planeta si no es realizar la promesa que desde hace cuatro siglos significa el vocablo Europa”

José Ortega y Gasset, *La Rebelión de las Masas*, 1930.

Nota Preliminar

En primer lugar, me gustaría tomarme la licencia de mostrar por escrito mi agradecimiento a todos aquellos que, de una manera u otra, han contribuido a que fuera posible el desarrollo y presentación de este trabajo de investigación.

Ante todo debo agradecer al Exmo. Sr. Duque del Infantado y a los miembros de la Junta de Patronato del Real Colegio de España en Bolonia, el haberme otorgado una beca para permanecer en tan insigne institución, y realizar esta tesis en la Universidad de Bolonia.

De una manera especial quiero mencionar al Exmo. Sr. D. José Guillermo García-Valdecasas y Andrada-Vanderwilde, Rector del Real Colegio de España, pues durante mi estancia en el Colegio y gracias a su desinteresada dedicación aprendí muy buenas cosas de la grandiosa obra fundacional del Cardenal D. Gil Álvarez de Albornoz.

Quiero agradecer también a todo el personal del Colegio su esfuerzo diario en procurar que la estancia en el mismo fuera muy grata y acogedora.

Agradezco al *Centro Interdipartimentale Ricerche sul Diritto Europeo*, CIRDE, de la Universidad de Bolonia, y a todos sus miembros, la acogida que desde el principio me han mostrado, tanto profesores como compañeros; pues han hecho que me sintiera uno de ellos. De una forma especial me gustaría destacar a la Profesora Lucia Serena Rossi, Directora del Centro, cuyo entusiasmo por el Derecho europeo y grandes conocimientos sobre el mismo han orientado y dirigido esta tesis, apoyando desde el principio un proyecto que, de otra forma, no hubiera sido posible llevar a término. También a mi compañero Federico Forni que tuvo la gentileza de ayudarme con los retos que el italiano presentaba en un momento difícil.

Mi gratitud se dirige igualmente a la Profesora Mireya Castillo Daudí, de la Universidad de Valencia, que gustosamente asumió la tarea de *correlatore* de la tesis, y cuyas reflexiones y recomendaciones han contribuido a la mejor estructuración y desarrollo de la misma.

Tengo también una gran deuda de gratitud con Ignacio Borrajo Inieta, pues pude disfrutar de su magisterio durante mi etapa como analista de doctrina en el Tribunal Constitucional, del que aprendí mucho en poco tiempo.

Asimismo, quiero mostrar mi gratitud a los Departamentos de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a

Distancia (UNED), en particular a sus Directores, Antonio Torres del Moral y Vicente Gimeno Sendra, por la acogida que me han dispensado. Y de una manera muy especial a las Profesoras Yolanda Gómez Sánchez, y María José Cabezudo Bajo por la confianza que desde el principio han mostrado hacia mi.

Permítaseme mencionar también a Antonio Presencia Crespo, bajo cuya dirección en el Colegio Mayor Albalat, en Valencia, atisbé por primera vez el deseo de ir a Bolonia, y que siempre me ha mostrado su apoyo y consideración.

A Emilio Salvador Úbeda Botella, por la confianza depositada en mi trabajo y criterio durante los años que estuvo en Enguera; y por su permanente predisposición y amistad.

Al Excmo. Sr. D. Enrique Benavent Vidal, Obispo Auxiliar de Valencia, y a José Vicente Puig Raga, pues bajo su dirección disfruté de unos entrañables años en el Colegio Mayor San Juan de Ribera de Burjassot, que me han marcado y añoro profundamente.

No puedo olvidar a todos mis amigos, y mis compañeros colegiales de Albalat, y de Burjassot, que han sufrido en gran medida el desvelo y dedicación a este trabajo de investigación. Quiero recordar, de forma muy especial, a mis compañeros del Real Colegio de España, con los que he convivido, disfrutado y sufrido los retos de nuestras respectivas tesis. A todos ellos los tengo siempre presentes.

Por último, pero no por ello menos importante, quiero mencionar a mi familia. En particular a mis padres, Joaquín y María, mi hermano Esteban, mi hermana María, mis abuelas, María y Fina, mis tíos Fina, Alejandro, Carmen y José, mis primos Violeta y Alejandro. Su confianza, cariño y apoyo han contribuido a que no perdiera nunca la esperanza en llegar hasta aquí. A mis abuelos, Joaquín y Primitivo, que no están, pero sin los que tampoco estaría aquí. A Miguel Pau y Vicenta, que me han acogido como a un hijo. Y a Cristina, sin su cariño y amor a toda prueba no habría sido posible terminar esta tesis.

Indice

Appunti Preliminari	VII
Sintesi	XIX
Abbreviazioni	LVII
I. INTRODUZIONE	1
CAPITOLO 1. INTEGRAZIONE ECONOMICA E PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI.	9
1.1. INTEGRAZIONE ECONOMICA: IL MERCATO INTERNO COMUNITARIO E LE LIBERTÀ ECONOMICHE FONDAMENTALI.	19
1.1.1. LE LIBERTÀ ECONOMICHE FONDAMENTALI SUI TRATATI E NEL DIRITTO DERIVATO.	19
1.1.2. RESTRIZIONE SULLE LIBERTÀ ECONOMICHE FONDAMENTALI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.	25
1.2. PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELL' UNIONE EUROPEA.	32
1.2.1. I DIRITTI FONDAMENTALI NEI TRATATI.	33
1.2.1.1. DAL SILENCIO DEI TRATTI A LA FORMALIZZAZIONE DELLA PROTEZIONE DEI DIRITTI.	33
1.2.1.2. LA POSITIVAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI. LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI.	37
1.2.1.3. IL TRATATO DI LISBONA.	44
1.2.2. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA.	61
1.3. COLLEGAMENTO TRA LIBERTÀ FONDAMENTALI E DIRITTI FONDAMENTALI.	89
CAPITOLO 2: CONFLITTI TRA LIBERTÀ FONDAMENTALI DI MERCATO E DIRITTI FONDAMENTALI.	105
2.1. DELIMITAZIONE E CLASIFICAZIONE DEI CONFLITTI.	106
2.2. CONFLITTI INDIRETTI.	108
2.2.1. CAUSA C-368/05, <i>FAMILIAPRESS</i> .	108

2.2.2. CAUSA C-250/06, <i>UNITED-PAN-EUROPE</i> .	110
2.3. CONFLITTI DIRETTI.	111
2.3. 1. ANTECEDENTI.	111
2.3.1.1. CAUSA C-150/60, <i>GROGAN</i> .	111
2.3.1.2. CAUSA C-415/93, <i>BOSMAN</i> .	114
2.3.1.3. CAUSA C-265/95, <i>COMMISSIONE C. FRANCIA</i> .	116
2.3.2. AVICINAMENTO AI CONFLITTI DIRETTI.	120
2.3.3. L'ACCENTO "COSTITUZIONALE".	123
2.3. 3.1. TUTELA DEI DIRITTI DI RIUNIONE E DI MANIFESTAZIONE: CAUSA C-112/00, <i>SCHMIDBERGER</i> .	123
2.3.3.2 TUTELA DELLA DIGNITÀ UMANA: CAUSA C-36/02, <i>OMEGA</i> .	135
2.3.3.3. TUTELA DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA E DELLA IDENTITÀ COSTITUZIONALE: CAUSA C-208/09, <i>SAYN WITTGESTEIN</i> .	144
2.3.4. DIRITTI SOCIALI E PROTEZIONE DEI LAVORATORI	154
2.3.4.1. DIRITTI SOCIALI ¿DIRITTI FONDAMENTALI?	154
2.3.4.2. TUTELA DE LE ACCIONE COLECTIVE.	162
2.3.4.2.1. CAUSA C-438/05, <i>VIKING</i> .	162
2.3.4.2.2. CAUSA C-345/95, <i>LAVAL</i> .	171
2.3.4.3. TUTELA DELLA NEGOZIAZIONE COLLETTIVA: CAUSA C-271/08, <i>COMMISSIONE C. GEMANIA</i> .	180
2.3.4.4. TUTELA DELLA PROTEZIONE DEI LAVORATORI.	185
2.3.4.4.1. CAUSA C-346/06, <i>RÜFFERT</i> .	185
2.3.4.4.2. CAUSA C-319/06, <i>COMISSIONE C.</i> <i>LUSSEMBURGO</i> .	188
2.3.4.4.3. CAUSA C-515/08, <i>SANTOS PALHOTA</i> .	192

CAPÍTULO 3: LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEGLI STATI MEMBRI COME LIMITI ALL'INTEGRAZIONE EUROPEA.	197
3.1. PRIMATO DEL DIRITTO COMUNITARIO E SUPREMAZIA CONSTITUZIONALE.	203
3.2. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEGLI STATI MEMBRI: TENTATIVO DI CLASSIFICAZIONE.	207
3.2.1. ITALIA.	228
3.2.2. GERMANIA.	235
3.2.3. FRANCIA.	243
3.2.4. BELGIO.	249
3.2.5. DANIMARCA.	251
3.2.6. IRLANDA.	252
3.2.7. REGNO UNITO.	255
3.2.8. SPAGNA.	265
3.2.9. CIPRO.	276
3.2.10. POLONIA.	279
3.2.11. REPUBBLICA CECA.	281
II. CONCLUSIONI.	285
III. BIBLIOGRAFIA.	303

Índice

Nota Preliminar	VII
Síntesis	XIX
Abreviaturas	LVII
I. INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1: INTEGRACIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	9
1.1. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA: EL MERCADO INTERNO COMUNITARIO Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES.	19
1.1.1. LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS Y EL DERECHO DERIVADO.	19
1.1.2. LAS RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL JUSTICIA.	25
1.2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA.	32
1.2.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS.	
1.2.1.1. DEL SILENCIO DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS A LA FORMALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS.	33
1.2.1.2. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.	37
1.2.1.3. EL TRATADO DE LISBOA.	44
1.2.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.	61
1.3. RELACIÓN ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.	89
CAPÍTULO 2. LOS CONFLICTOS ENTRE LIBERTADES FUNDAMENTALES DE MERCADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.	105
2.1. DELIMITACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS.	106
2.2. CONFLICTOS INDIRECTOS.	108

2.2.1. ASUNTO C-368/2005, <i>FAMILIAPRESS</i> .	108
2.2.2. ASUNTO C-250/06, <i>UNITED-PAN-EUROPE</i> .	110
2.3. CONFLICTOS DIRECTOS.	111
2.3.1. ANTECEDENTES.	111
2.3.1.1. ASUNTO C-150/60, <i>GROGAN</i> .	111
2.3.1.2. ASUNTO C-515, <i>BOSMAN</i> .	114
2.3.1.3. ASUNTO C-265/95, <i>COMISIÓN C. FRANCIA</i> .	116
2.3.2. APROXIMACIÓN A LOS CONFLICTOS DIRECTOS.	120
2.3.3. EL ÉNFASIS CONSTITUCIONAL.	123
2.3.3.1. TUTELA DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN: ASUNTO C-112/00 <i>SCHMIDBERGER</i> .	123
2.3.3.2. TUTELA DE LA DIGNIDAD HUMANA: ASUNTO C- 36/02, <i>OMEGA</i> .	135
2.3.3.3. TUTELA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL: ASUNTO C-208/09, <i>SAYN WITTGESTEIN</i> .	144
2.3.4. DERECHOS SOCIALES Y PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES.	154
2.3.4.1. LOS DERECHOS SOCIALES: ¿DERECHOS FUNDAMENTALES?	154
2.3.4.2. LA TUTELA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: ASUNTOS C-438/05, <i>VIKING</i> Y C-341/95, <i>LAVAL</i> .	162
2.3.4.2.1. ASUNTO C-438/05, <i>VIKING</i>	162
2.3.4.2.2. ASUNTO C-345/95, <i>LAVAL</i> .	171
2.3.4.3. LA TUTELA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ASUNTO C-271/08, <i>COMISION C. ALEMANIA</i> .	180
2.3.4.4. LA TUTELA DE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES	185

2.3.4.4.1. ASUNTO C-346/06, <i>RÜFFERT</i>	185
2.3.4.4.2. ASUNTO 319/06, <i>COMISIÓN C. LUXEMBURGO.</i>	188
2.3.4.4.3. ASUNTO 515/08, <i>SANTOS PALHOTA.</i>	192
CAPÍTULO 3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ESTADOS MIEMBROS COMO LÍMITES A LA INTEGRACIÓN EUROPEA.	197
3.1. PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.	203
3.2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONTRALÍMITES EN LOS ESTADOS MIEMBROS: INTENTO DE CLASIFICACIÓN.	207
3.2.1. ITALIA.	228
3.2.2. ALEMANIA.	235
3.2.3. FRANCIA.	243
3.2.4. BÉLGICA.	249
3.2.5. DINAMARCA.	251
3.2.6. IRLANDA.	252
3.2.7. REINO UNIDO.	255
3.2.8. ESPAÑA.	265
3.2.9. CHIPRE.	276
3.2.10. POLONIA.	279
3.2.11. REPÚBLICA CHECA.	281
II. CONCLUSIONES.	285
III. BIBLIOGRAFÍA	303

Sintesi

Sintesi

INTRODUZIONE.	XIX
1. INTEGRAZIONE ECONOMICA E PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI.	XXIV
2. CONFLITTO TRA LIBERTÀ FONDAMENTALI DI MERCATO E DIRITTI FONDAMENTALI.	XXXV
3. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEGLI STATI MEMBRI COME LIMITI ALL'INTEGRAZIONE EUROPEA.	XLV
CONCLUSIONI.	LI

INTRODUZIONE

L'oggetto di studio "Il conflitto tra libertà del mercato interno comunitario e diritti fondamentali nel diritto dell'Unione Europea: la posizione della Corte di Giustizia di Lussemburgo quale garante dei diritti fondamentali" non è privo di una certa complessità. Tale complessità deriva principalmente dalla necessità di tener conto non solo della Giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha contribuito a risolvere i conflitti oggetto dell'analisi, ma di considerare anche l'ordinamento europeo ed il suo rapporto con il diritto nazionale, e quindi di considerare altresì la giurisprudenza delle corti costituzionali e supreme degli Stati membri. Risultano inoltre meritevoli di essere esaminati anche il sistema della CEDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Senza dubbio, nell'Unione Europea (UE) la protezione dei diritti umani o fondamentali acquista una importanza senza precedenti con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. L'UE ha subito modifiche molto evidenti rispetto alle fasi iniziali dell'integrazione europea, quando la tutela dei diritti umani non era menzionata nei Trattati. Questa organizzazione regionale è quindi passata da un sistema caratterizzato principalmente dalla cooperazione economica ad una Unione più politica in cui i diritti fondamentali e la dimensione sociale sono progressivamente aumentati guadagnando un peso maggiore.¹ Tuttavia, le libertà fondamentali del mercato hanno sempre avuto un

¹ Non vogliamo soffermarci troppo su disquisizioni dottrinali relative al concetto di "diritti fondamentali" e la sua relazione e distinzione con il concetto di "diritti umani". Su tale differenziazione, accogliamo la distinzione fatta da DIEZ PICAZO, che sottolinea come nell'Unione Europea viene comunemente usato il termine "diritti fondamentali". Si veda DIEZ PICAZO, L. M., *Sistema de derechos Fundamentales*,

esplicito riferimento nei Trattati, essendo strumenti necessari per l'integrazione economica europea. Sulla base di tale considerazione, si è sostenuto che questa evoluzione ha lasciato da parte i diritti fondamentali e in modo particolare ha assegnato un ruolo marginale ai diritti sociali.²

In realtà, il processo d'integrazione europea, in cui siamo immersi, è di carattere economico, sociale, politico e giuridico³ e questa molteplicità di elementi fa sì che la natura del progetto d'integrazione sia in costante discussione⁴ relativamente ai suoi futuri sviluppi.⁵

E' proprio questa duplice dimensione economica e sociale che si manifesta anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che prende in considerazione il conflitto tra libertà fondamentali del mercato e diritti fondamentali.

Come è noto, la Corte ha definito i rapporti tra diritto europeo e nazionale attraverso i principi di autonomia, effetto diretto e primato del diritto comunitario, anche rispetto le norme costituzionali.⁶ La costruzione giudiziaria del primato del diritto dell'Unione da parte della Corte di Giustizia si basa sul ricorso gerarchico e su un sistema giuridico chiuso, e non possono sorgere conflitti giurisdizionali per quanto riguarda l'autorità suprema, dal momento che tale ruolo viene ricoperto dalla Corte di Giustizia.

Tuttavia, le dinamiche di sviluppo del diritto comunitario e alcune decisioni delle Corti costituzionali di alcuni Stati membri sui "controlimiti"⁷ hanno obbligato la Corte

Civitas, Madrid, 2005 p. 389; per ulteriori approfondimenti sul concetto si rinvia a ALONSO DE ANTONIO, A.L., "Aproximación al marco constitucional de los derechos fundamentales", in *Anuario de Derechos Humanos*, n. 2, 2001; BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

² POIARES MADURO, M., "Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the European Union", in ALSTON, P., CASSESE, A., LALUMIÈRE, C., LEUPRECHT, P. (a cura di), *An EU Human Rights Agenda for the New Millenium*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 449.

³ CAPELLETI, M., SECCOMBE, M., e WEILER, J. (a cura di), *Integration though law. Europe and the American Federal Experience*, De Gruyter, Berlín e New York, 1985; DEHOUSSE, R., e WEILER, J., "The Dynamics of European integration: the legal dimension", in WALLACE, W. (a cura di), *The Dynamics of European Integration*, Pinter, London, pp. 242-260; JOERGES, C., "Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration", *European Law Journal*, n. 2, 1996, pp. 105-135.

⁴ DÍEZ PICAZO, L. M., *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas, 2009.

⁵ GILLINGHAM, J., *European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. xi.,

⁶ *Van Gend en Loos*, C-26/62; *Costa c. Enel*, C-6/64; *Accierie St Michele*, C-9 y 58/65.

⁷ È importante studiare la posizione delle Corte Costituzionale o supreme degli Stati Membri, dopo il Trattato di Lisbona anche, per vedere "whether Constitutional or Supreme Courts will give up their role as watchdogs of fundamental domestic principles". Vid. ROSSI, L.S., "How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon", *Yearbook of European Law*, 2008, p. 83.

di Giustizia ad assumere la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea come principi generali di Diritto comunitario.⁸

Era tempo che la Corte di Giustizia affrontasse la necessità di conciliare le libertà fondamentali del mercato e i diritti fondamentali. Tuttavia, dato che alcune Corti costituzionali di alcuni Stati membri sono molto sensibili alla materia di diritti fondamentali, non è pacifico che la risposta della Corte di Giustizia ai conflitti tra le libertà fondamentali del mercato e i diritti fondamentali comporti la fine al conflitto nel futuro prossimo.

- **OBIETTIVI E DEFINIZIONE**

Come indica il titolo, questa ricerca si propone studiare il conflitto tra libertà fondamentali del mercato interno dell'Unione Europea e dei diritti fondamentali, soffermandosi sulla posizione della Corte in quanto garante dei diritti nella risoluzione di tali conflitti nel diritto dell'Unione Europea.⁹

- **STRUTTURA**

Per effettuare questa ricerca è necessario sviluppare le seguenti sezioni:

1) **INTEGRAZIONE ECONOMICA E PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

Questa sezione esamina la protezione e la tutela delle libertà fondamentali del mercato e dei diritti fondamentali, sia nei Trattati che nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia, e il rapporto tra libertà e diritti fondamentali.

⁸ Tuttavia è discutibile se si possa parlare di un sistema di protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, dato che fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, non c'era una Carta con carattere vincolante, neanche meccanismi specifici per la loro tutela. Vid. CASTILLO DAUDÍ, M., "La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): La Obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea", in BOU FRANCH, V., y CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2 edizione, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 196

⁹ Attualmente, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, possiamo parlare di Diritto dell'Unione Europea invece di parlare del Diritto comunitario. Sulla questione dell'unità del Diritto dell'Unione europea. Si veda BOGDANDY, A., von., "The legal case for unity", *Common Market Law Review*, n° 36, 1999, pp. 887-910; HERRMANN, C., "Much ado about Pluto. The unity of the legal order of the European Community revisited", *Working Paper Robert Schuman Centre*, n. 5, 2007, www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/07_05.pdf

Vedremo che i Trattati costitutivi della Comunità Europea volevano creare un mercato comune avvalendosi del ruolo essenziale svolto dalle quattro libertà fondamentali.

Questa nozione di “mercato comune” è successivamente diventata “mercato interno” per sottolineare l’unicità del mercato. L’aspetto più importante è che il mercato è stato il cuore della costruzione sostanziale delle Comunità e dell’Unione Europea ed è stato il fondamento e strumento chiave per l’evoluzione dell’ordine giuridico europeo fino all’ultima riforma introdotta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° Dicembre 2009.

A differenza delle libertà fondamentali, i Trattati europei nelle loro versione originale non contenevano disposizioni specifiche in materia di protezione dei diritti umani. Tuttavia, la Corte di Giustizia ha assunto un vero ruolo-guida nella protezione dei diritti fondamentali, e per questo motivo ci sono modificati i Trattati per prevedere la tutela di essi.

È importante studiare il collegamento tra le libertà fondamentali del mercato e i diritti fondamentali, perché tale rapporto non è sempre di tipo conflittuale, ma è anche di tipo positivo.

2) CONFLITTO TRA LIBERTÀ FONDAMENTALI DI MERCATO E DIRITTI FONDAMENTALI

Il conflitto tra libertà e diritti fondamentali nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia, sarà esaminato in base alla loro possibile classificazione e alla valutazione operata dalla della Corte nella risoluzione della controversia. Vi sono diversi tipi di conflitti tra libertà del mercato e diritti fondamentali. Possiamo distinguere due tipi di conflitti sulla base del tipo di diritti o libertà in gioco o se il confronto è diretto o indiretto. Nella nostra ricerca abbiamo cercato di differenziare i conflitti secondo queste variabili. Quindi, nel corso della analisi successiva, facciamo riferimento a conflitti indiretti e diretti e, all’interno di questi ultimi, a conflitti tra libertà del mercato e i diritti fondamentali civili e tra libertà di mercato e i diritti sociali.

Anche per risolvere i conflitti si possono utilizzare due approcci. In primo luogo, si può pensare ad un’interazione in cui i diritti fondamentali costituiscono un’eccezione giustificata alle libertà del mercato o si può sostenere invece che i diritti fondamentali siano la realizzazione del Diritto dell’Unione Europea e che, pertanto, il rapporto con le

libertà non sia di tipo gerarchico. Oppure, al contrario, si potrebbe ritenere che tale connessione sia gerarchico con una supremazia dei diritti fondamentali.

La Corte di Giustizia non ci fornisce una risposta chiara e definitiva sul rapporto gerarchico tra libertà del mercato e diritti fondamentale, pertanto la risposta dipenderà dalle circostanze del caso.

3) LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEGLI STATI MEMBRI COME LIMITI ALL'INTEGRAZIONE EUROPEA

In tale sezione viene analizzata la tutela dei diritti fondamentali da parte delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri come limitazione dell'integrazione economica europea a partire del primato con la dottrina dei controlimiti e la sua possibile influenza nella risoluzione effettiva di conflitti tra libertà fondamentali del mercato e diritti fondamentali.

La Corte di Giustizia ha seguito un percorso che l'ha portata a proclamare il primato del diritto comunitario sul diritto degli Stati membri. Tuttavia, in tale ambito è sorto il problema del rapporto tra diritto comunitario e norme costituzionali degli Stati membri.

Dobbiamo differenziare le esperienze degli Stati membri. I giudici costituzionali sono stati riluttanti ad accettare la supremazia del Diritto comunitario in materia di norme costituzionali, in quanto sono responsabili per la assicurare la protezione fornita da queste ultime disposizioni.

Tra le due prospettive discusse, si suggerisce un tipo di rapporto giudiziario europeo che sia dialettico e garantisca un equilibrio di poteri tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali nazionali, soprattutto in un'Unione Europea in cui anche il potere politico risiede in un sistema di equilibri teso a bilanciare esigenze diverse.

La posizione delle Corti Costituzionali nazionali è basata sulle rispettive costituzioni nazionali e, quindi, la massima autorità è rappresentata dalle Corti costituzionali, alle quali spetta la parola finale. I giudici costituzionali riconoscono il primato del diritto comunitario, a condizione che non si scontrino con i diritti fondamentali sanciti nelle loro costituzioni, di cui sono chiamati a garantire la protezione.

Senza dubbio, questo aspetto risulta estremamente importante al fine di studiare i conflitti tra libertà fondamentali del mercato e diritti fondamentali nel Diritto dell'Unione Europea.

1. INTEGRAZIONE ECONOMICA E PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI.

L'integrazione europea era inizialmente caratterizzata principalmente dalla cooperazione economica, ma è stata sviluppata in maniera che attualmente i diritti fondamentali giocano un ruolo che possiede un'importanza almeno pari a quella delle quattro libertà del mercato interno. Un'evoluzione molto evidente riguardo alla situazione iniziale in cui i Trattati non menzionavano la tutela dei diritti umani, mentre le libertà fondamentali del mercato interno godevano di una protezione esplicita nei Trattati, in quanto strumenti essenziali per l'integrazione economica europea.

Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che abbiamo studiato emerge che la Corte è il garante dei diritti fondamentali a livello europeo, perché bilancia i diritti con le libertà fondamentali del mercato considerandoli valori che posseggono almeno lo stesso status giuridico.

I Trattati istitutivi della Comunità Europea volevano creare un mercato comune con le quattro libertà fondamentali come strumento essenziale. L'aspetto più importante è che il mercato è stato il cuore della costruzione sostanziale delle Comunità e dell'Unione Europea ed è stato il fondamento e lo strumento chiave per l'evoluzione dell'ordine giuridico europeo fino l'ultima riforma dal Trattato di Lisbona, che è entrato in vigore il 1° Dicembre 2009.

Nella regolamentazione delle libertà c'è il divieto di porre restrizioni, ma tale divieto non è assoluto, in quanto esistono restrizioni giustificate dal Trattato. Inoltre la Corte di Giustizia ha sviluppato queste restrizioni mediante la nozione di esigenze imperative.

Per quanto riguarda la libera circolazione delle merci, la Corte ha chiarito il concetto di misure equivalenti al divieto di restrizioni nella sentenza *Dassonville* (C-8/74), che è stata completata con la considerazione secondo cui gli Stati membri potevano adottare misure volte a perseguire un interesse pubblico, in base alla dottrina dei "mandatory requirements" enunciata nella sentenza *Cassis de Dijon* (C-120/78). Lo

sviluppo della dottrina *Cassis* ha permesso agli Stati membri di invocare restrizioni alla libera circolazione delle merci per esigenze imperative. Questa dottrina, pur essendo nata per la libera circolazione delle merci, è stata successivamente applicata ad altre libertà di mercato: alla libera circolazione dei servizi nella sentenza *Manfred Säger* (C-76/90), alla libera circolazione dei lavoratori nella sentenza *Bosman* (C-415/93), al diritto di stabilimento nella sentenza *Gebhard* (C-55/94) ed alla libera circolazione dei capitali nella sentenza *Commissione c. Belgio* (C-503/99).

Tra le questioni o valori che hanno giustificato le restrizioni troviamo la tutela della salute,¹⁰ la tutela dei consumatori,¹¹ la tutela dell'ambiente,¹² la cultura,¹³ il pluralismo dei media,¹⁴ gli obiettivi sociali¹⁵ e il patrimonio storico, artistico o culturale.¹⁶ Inoltre, per la Corte, anche i diritti fondamentali costituiscono valore atto a limitare le libertà del mercato.¹⁷

Le misure restrittive devono essere conformi alla giurisprudenza della Corte, che richiede che la misura nazionale sia proporzionata, opportuna e necessaria per lo scopo che la giustifica e sia anche la meno restrittiva tra quelle possibili dal momento che queste misure non possono produrre disagi sproporzionati rispetto allo scopo perseguito (*Walter Rau*, C-261/81).¹⁸ Coerentemente con questo approccio, la Corte ha scelto di fare un esame approfondito sulla proporzionalità in quasi tutti i casi, anche se questa valutazione non sempre compiuta nello stesso modo. Vi sono infatti casi in cui il test di

¹⁰ *Criminal proceedings against Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun adn Grandvision Belgium SA*, C-108/96; *Konsumentombudsmannen (KO) et Gourmet International Products AB (GIP)*, C-405/98; *Deutsche Paracelsus Schulen fur Naturheilverfahren GmbH c. Kurt Grabner*, C-294/00; *Joseph Lennox c. Industria Lavorazione Carni Ovine*, C-220/01; *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*, C-322/01; *Commission c. Netherlands*, C-41/02; R (*on the application of Swedish Match AB*) c. *Secretary of Statte for Health*, C-210/03; *Commissione c. Portogallo*, C-432/03; *Klasd Rosengre c. Riksaklagarem*, C-170/04.

¹¹ *Deutscher Apothekerverband eV c.. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*, C-322/01); *Klasd Rosengren c. Riksaklagarem*, C-170/04.

¹² *Commission v. Denmark*, C-3027/86; *François de Coster v. Collage des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, C-17/00; *PreussenElektra AG et Schleswag AG*, C-379/98; *Concordia Bus Finland Oy Ab, antes Stagecoach Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*, C-513/99; *Commissione c. Germania*, C-320/03; *Commissione c. Francia*, C-201/06.

¹³ *Commissione c. France*, C-154/89.

¹⁴ *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags – und Vertriebs GmbH v Bauer Verlag*, C-368/95.

¹⁵ *Arlade c. Leloup*, C-369/96; de 1992, *Hanns Martin Bachmann c. Belgio*, C-204/90; *Albany International BV c. Sticing Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96.

¹⁶ *RTL Television GmbH c. Niedersächsische Landesmedienanstald fur privaten Rundfunk*, C-245/01; *TV10 c. Commissariaat voor Media*, C-23/93; *Verónica Omroep organisatiem*, C-148/91; *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gorda c. Commissariaat voor de Media*, C-288/89; *Commissione c. Paesi Bassi*, C-353/89; *Commissione c. Italia*, C-180/89; *Bond van Adverteeders*, C-352/85.

¹⁷ *Schmidberger*, C-112/2000; *Omega*, C-36/02; *Sayn Wittgestein*, C-208/09.

¹⁸ LINDFELT riflette che è “A two-step test, i.e. the test of suitability (means and ends) and the test of necessity (weighing of interests) in order to determine proportionality”. LINDFELT, M., *Fundamental Rights in Eruopean Union – Towards Higher Law of the Land?*, op. cit., p. 207.

proporzionalità viene applicato in modo più rigoroso, come nella sentenza *Commissione c. Danimarca* (C-302/86), ed altri casi in cui questo test viene effettuato in modo più flessibile, come la sentenza *Omega* (C-36/02) in cui si è risolto un caso di conflitto tra la libera prestazione dei servizi ed il diritto fondamentale alla dignità umana, e la sentenza *Sayn Wittgestein* (C-208/09) in cui si è risolto un caso di conflitto tra libera circolazione delle persone e il principio costituzionale di uguaglianza.

Per la protezione dei diritti fondamentali, i Trattati europei nelle loro versione originale non contenevano disposizioni specifiche in materia di protezione dei diritti umani. Ma la Corte di Giustizia ha assunto un vero ruolo-guida nella protezione dei diritti fondamentali, e per questo motivo sono stati successivamente modificati i Trattati per prevedere espressamente la tutela dei diritti.

Il silenzio dei Trattati originari in materia di diritti fondamentali è stato spiegato per la finalità economica che intendevano perseguire in quel momento e perché era difficile pensare a qualche azione futura delle Comunità che potesse pregiudicare i diritti fondamentali.

La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, o Carta di Nizza, costituisce una positivizzazione dei diritti fondamentali.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, la protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea è basata sull'art. 6 TUE, attraverso due vie: 1) il riconoscimento dei diritti, libertà e principi della Carta; 2) l'affermazione che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e quelli che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri formano parte del Diritto dell'Unione Europea in quanto principi generali con lo stesso valore del Trattato.

1) Il riconoscimento dei diritti, libertà e principi della Carta (art. 6,n.1 TUE)

Con questo riconoscimento possiamo dire che la Corte avrà un corpus di diritti fondamentali positivi: la Carta, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo,¹⁹ che potrebbe facilitare la tutela della Corte. È importante tenere in considerazione il titolo VII della Carta per interpretare la sua applicazione. La Carta si applica agli enti e organismi europei nel campo delle loro competenze, così come agli Stati membri nel

¹⁹ PARISI la chiama "Carta di Strasburgo". Si veda PARISI, N., "Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona", http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FunzioneCarta_dei_diritti_fondamentali.pdf

campo relativo all'applicazione del Diritto dell'Unione Europea (art. 51). Per i diritti della Carta corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU vi è la garanzia di un livello di protezione equivalente, ma il Diritto dell'Unione Europea può concedere una protezione più estesa (art. 52, par. 2). Infine, i diritti della Carta che sono anche diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni devono essere interpretati in armonia (art. 52, par. 4). Quindi, con tali disposizioni dobbiamo capire che l'art. 53 prevede una limitazione del campo di applicazione della Carta, nel senso che porta a una riduzione del livello di tutela dei diritti fondamentali, come un principio di non regressione. In altre parole, non sarà consentita la "reformatio in peius".

Tuttavia, occorre sottolineare il problema che non si parla dei diritti fondamentali delle Costituzioni degli Stati membri che non sono derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni. Questo potrebbe sollevare problemi nella risoluzione dei conflitti tra questi diritti fondamentali e le libertà fondamentali nel caso in cui la Corte di Giustizia non lasci un margine sufficiente oppure nel caso in cui non sia sensibile a questi diritti fondamentali.

2) L'affermazione che i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e quelli che risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri forma parte del Diritto dell'Unione Europea in quanto principi generali (art. 6,n.3 TUE).

Questa disposizione deve essere intesa nel senso di mantenere il sistema giurisprudenziale di protezione dei diritti fondamentali.²⁰ Anche la dottrina ha parlato della possibilità che la Corte di Giustizia possa costruire due diversi sistemi di tutela dei diritti fondamentali, il primo basato sulla sua giurisprudenza che applicherebbe agli Stati che hanno fatto l'*opt out*, mentre il secondo basato sulla Carta dei Diritti Fondamentale sarebbe applicato agli altri Stati.²¹

E inoltre, l'art. 6,n.2 TUE prevede un mandato d'adesione alla CEDU. Per prima volta c'è una base giuridica per l'accesso alla CEDU, che sarà un grande passo per la

²⁰ Si veda MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6 edizione, Iustel, Madrid, 2010.

²¹ DOUGAN, M., "The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds not hearts", *Common Market Law Review*, v. 45, n° 3, 2008, pp. 617 y ss.

protezione dei diritti fondamentali, anche se può comportare una articolazione della tutela più complessa.²²

Il ruolo di garante dei diritti fondamentali assunto dalla Corte di Giustizia, è stato un ruolo di garante sulla base di un riconoscimento dei diritti fondamentali in quanto principi generali del Diritto comunitario e l'assunzione della sua tutela.

DAUSES distingue fra tre fasi nella tutela dei diritti fondamentali per la Corte di Lussemburgo:²³

- 1) Una prima fase, con la Sentenza *Stauder* (C-29/69), in cui i diritti fondamentali sono principi generali del diritto comunitario.
- 2) Una seconda fase, con la sentenza *Internazionale Handelsgesellschaft* (C-11/70): i diritti fondamentali, ispirati alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, devono essere tutelati nel quadro della struttura e degli obiettivi della Comunità.
- 3) La terza fase, con le sentenze *Nold* (C-4/73) e *Hauer* (C-44/79). La Corte di Giustizia proclama che non può accettare misure incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni statali, e che i trattati internazionali devono essere considerati nel quadro del diritto comunitario.

Il rispetto dei diritti fondamentali è un obbligo non solo per le istituzioni UE (*Defrenne*, C-149/77) ma anche per i Stati membri quando applicano il diritto comunitario (*Wachauf*, C-5/84), o quando vi derogano (*ERT*, C-260/89) o vi eccettuano (*Familiapress*, C-368/95) mentre è esclusa dal controllo della Corte l'attività delle istituzioni nazionali che va oltre l'ambito di applicazione del diritto comunitario (*Cinéthèque*, C-60 e 61/81; *Meryem Demirel*, C-12/86; *Kremzow*, C-299/95; e *Annibaldi*, C-309/96).

Possiamo trovare un punto di svolta nella sentenza *Kreil* (C-285/98), pronunciata in un momento di enfasi europea, poco tempo prima dell'approvazione della Carta dei Diritti Fondamentali.²⁴

²² ROSSI, L.S., "How Fundamental are Fundamental Principles?...", op. cit., p. 81.

²³ DAUSES, M. A., "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", op. cit, pp. 404 y 405.; anche in inglese, "The Protection of fundamental rights in the Community legal order", *European Law Review*, v. 10, n. 6, 1985, pp. 398-419.

²⁴ CARTABIA ritiene che questa sentenza è "the forerunner of the new line of decisions of the European Court on human rights" perché "there was no hesitation in obliging the Germans to come into line with

È importante sottolineare che quando la Carta non possedeva ancora efficacia giuridica vincolante era utilizzata dalla Corte quale “strumento interpretativo” nella tutela dei diritti fondamentali nell’ambito dell’Unione europea (*Unibet*, C-432/05; *Viking*, C-438/05; *Laval*, C-341/05, e *Dyamic Medien*, C-244/06).

A seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte ha richiamato la Carta dei Diritti Fondamentali che ha il medesimo valore giuridico dei Trattati (art. 6,n.1 TUE), diverse volte.²⁵

In *Küçükdeveci* (C-555/07) la Corte richiama, per la prima volta, la Carta riferendosi al suo valore giuridico vincolante, una sentenza importante nella prospettiva della giustizia costituzionale europea. La Corte afferma che ha riconosciuto l’esistenza di un principio di non discriminazione in base all’età che deve essere considerato un principio generale del diritto dell’Unione (*Mangold*, C-144/04) e la direttiva 2000/78 dà espressione concreta a tale principio. Inoltre “l’art. 6, n.1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati” e l’art.21,n.1 vieta qualsiasi forma di discriminazione, in particolare la fondata sull’età.

In questo senso, la Carta dei diritti fondamentali è utilizzata dalla Corte come uno strumento con valore giuridico, e come fonte di diritti fondamentali, ma che non esclude altri diritti che può riconoscere in quanto principi generali del diritto dell’Unione.

In *Knauf Gips*, (C-407/08 P), la Corte di giustizia osserva che “il diritto ad un ricorso effettivo e all’accesso ad un giudice imparziale è garantito dall’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea che a termini dell’art.6, n.1, primo comma, TUE, possiede lo stesso valore giuridico dei Trattati. Ai sensi dell’art. 52, n.1, di tale Carta, qualsiasi limitazione all’esercizio dei diritti e delle libertà da essa riconosciuti dev’essere prevista ex legge”.

the European principles by revising their Constitution. Si veda CARTABIA, M., “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, op. cit., p. 9

²⁵ In questo senso, per esempio *Küçükdeveci*, C-555/07; *Povse*, C-211/10; *Knauf Gips c. Commissione*, C-407/08 P ; *Akzo Nobel Chemicals Ltd*, asunto C-550/07 P, *Zoi Chatzi*, C-149/09; *J.McB*, C-400/10 PPU; *Günter Fub*, C-243/09; *Union Syndacales Solidaires Isère*, C-243/09; *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eiffert e Land Hessen*, C-92/09 e C-93/09; *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, C-279/09, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU; *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, C-208/09; *Association belge des Consommateurs*, C-236/09.

In *Volker und Markus Schecke GbR* (C-92 e 93/09), richiama la Carta attribuendole il ruolo di parametro di validità degli atti dell'Unione europea, “le istituzioni, prima di divulgare informazioni riguardanti una persona fisica, devono soppesare l’interesse dell’Unione a garantire la trasparenza delle proprie azioni con la lesione dei diritti riconosciuti dagli artt. 7 e 8 della Carta. Orbene, non può riconoscersi alcuna automatica prevalenza dell’obiettivo di trasparenza sul diritto alla protezione dei dati personali (...) anche qualora siano coinvolti rilevanti interessi economici”.²⁶

Peraltro, rileva che l’art. 52 n.1 della Carta riconosce che “possano essere apportate limitazioni all’esercizio di diritti (...) purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.²⁷

In tal senso, in *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland* (C-279/09) la Corte dichiara che il principio della tutela giurisdizionale effettiva (art.47 della Carta) deve essere interpretato nel senso che non è escluso che possano invocarlo persone giuridiche, e che l’aiuto concesso in sua applicazione può comprendere il gratuito patrocinio, e spetta al giudice nazionale “verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia” che può tener conto della loro situazione, in particolare, la forma e lo scopo della persona giuridica.

Secondo l’avvocato generale KOKOTT “un riepilogo dei diritti fondamentali garantiti a livello dell’Unione è contenuto attualmente nella Carta dei diritti

²⁶ Punto 85.

²⁷ Punti 51 e 52.

In questo senso, L’avvocato generale CRUZ VILLALÓN rileva che dall’art.52, n.3 della Carta laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, “il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti da tale Convenzione (...) e il suo significato è determinato non solo dal testo, ma anche dalla giurisprudenza della Corte EDU. Peraltro, l’art.52, n.3 seconda frase “dispone che la prima frase della medesima disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa. Esso osta, *a contrario*, a che l’Unione adotti provvedimenti che offrono una minore tutela” Conclusioni dell’avvocato generale Pedro CRUZ VILLALÓN presentate il 17 febbraio 2011, C-120/10, punto 79.

fondamentali dell'Unione europea, la quale, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati".²⁸

In *Association belge des Consommateurs* (C-236/09) la Corte di giustizia richiama la Carta e afferma che a partire dal 1° dicembre 2009 “ha il medesimo valore giuridico dei Trattati”. E inoltre che “una disposizione che consente agli Stati membri interessati di mantenere senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni unisex, è contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini perseguito dalla direttiva 2004/113 ed è incompatibile con gli artt. 21 e 23 della Carta”.²⁹

In ogni caso, la garanzia dei diritti fondamentali dalla Corte dipende da due condizioni: che la fattispecie sia nel campo di applicazione del Diritto dell'Unione Europea e che la Corte sia competente.

Per quanto riguarda alla competenza dalla Corte, sarebbe necessario aumentarla per permettere la necessaria tutela efficace dei diritti fondamentali anche negli ambiti degli antichi pilastri non comunitari.³⁰ Come è noto, la Corte aveva segnalato le sue limitate competenze all'interno del cosiddetto terzo pilastro (cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) nella sentenza *Pupino* (C-105/03) e nell'ambito del secondo (Politica estera e di sicurezza comune) nelle sentenze *Gestoras Pro Amnistia*, (C-354/04 P) e *Segi* (C-355/04). Nonostante le modifiche contenute nel Trattato di Lisbona (abbandono del sistema dei Pilastri, estensione della giurisdizione della Corte nell'ambito dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia) il ruolo della Corte incontra limiti nell'ambito dello spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia,³¹ anche permane

²⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Juliane KOKOTT presentate il 30 settembre 2010, C-236/09, punto 28.

²⁹ Punto 31. In questo senso, l'art. 5, n.2 della direttiva del Consiglio 12 dicembre 2004, 2004/113/CE, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne è invalido per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, con effetto alla data del 21 dicembre 2012.

³⁰ Si veda MANGAS MARTÍN, A., e LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6 edizione, op. cit., p. 133; e ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2 edizione, Civitas, Madrid, 2010, p. 314.

³¹ Anzitutto vi sono eccezioni. In particolare l'art. 276 TFUE prevede “Nell'esercizio delle attribuzioni (...) concernenti lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente a esaminare la validità o la proporzionalità di operazioni condotte dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di uno Stato membro o l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna”. Nonché il Protocollo n.20 sull'applicazione di alcuni aspetti dell'articolo 26 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea al Regno Unito e all'Irlanda; e i limiti derivanti dall' Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie.

l'esclusione della giurisdizione della Corte nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune.³²

Il campo di applicazione del Diritto dell'Unione Europea non si limita esclusivamente a questione della concorrenza europea, poiché, come ha affermato la Corte, gli Stati, nell'esercizio delle loro competenze, anche esclusive, devono rispettare il diritto dell'Unione, a meno che non si tratti di situazioni meramente interne prive di connessione con il diritto europeo. In questo senso, la Corte ha controllato le norme tributarie nella sentenza *Schemp* (C-403/03), l'iscrizione e il cambiamento del nome nelle sentenze *Kostantinidis* (C-168/91), *Garcia Avello* (C-148/02), *Grunkin-Paul* (C-353/08), *Sayn Wittgestein* (C-208/09) e la revoca della nazionalità di un cittadino europeo, nella sentenza *Janco Rottman* (C-135/08).

Inoltre, senza dubbio, la Corte affronta altre sfide nella tutela dei diritti fondamentali: la conciliazione della protezione dei diritti e del diritto internazionale e degli obblighi internazionali³³ e i conflitti tra libertà del mercato e i diritti fondamentali.

Per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali in relazione al diritto internazionale e gli obblighi internazionali, la sfida si può vedere in occasione degli sviluppi giurisprudenziali concernenti le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza sulla lotta al terrorismo. In tale ambito, dobbiamo tenere presente la sentenza *Kadi e Barakaat* (C-402/05 e C-415/05)³⁴ che annulla il regolamento 881/2002 che dava attuazione alla risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite del 15 ottobre 1999 sulle liste di presunti terroristi. Questa sentenza si basava principalmente sulle conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro e superava l'orientamento del Tribunale dell'Unione,³⁵ che aveva controllato il regolamento sulla base del *ius cogens*,

³² Art. 275 TFUE.

³³ BRYDE suggerisce che la tutela dei diritti fondamentali in quanto principi generali potrebbe insegnare molte cose per la tutela dei diritti a livello internazionale, in particolare per la crescente attività del Consiglio di Sicurezza, riconoscendo tuttavia i problemi derivanti dalla mancanza di una Corte Internazionale con competenza per la protezione globale dei diritti umani. Vid. BRYDE, B.O., "The ECJ's fundamental rights jurisprudence – a milestone in transnational constitutionalism", in POIARES MADURO, e AZOULAI, L. (a cura di), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010 pp. 119-129.

³⁴ *Kadi et Al Barakaat International Foundation*, C-402/05, y C-415/05.

³⁵ *Ahmed Ali Yusuf c. Consiglio*, T-306/701; *Chafiq Ayadi c. Consiglio*, T-253/02; *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Consiglio*, T-362/04; *People's Mojahedin organization of Iran c. Consiglio*, T-256/07.

Anche nella sentenza *Modjahedines*, la Corte ritiene che i diritti fondamentali sono stati violati con l'inclusione dei ricorrenti nella lista dei terroristi, perché questo inserimento si aveva fatto direttamente dalle istituzioni europee e non dalle risoluzioni di nazione Unite. T 228/02.

considerandosi competente a controllare la validità degli atti comunitari, anche se adottati per dare attuazione alle risoluzioni dal Consiglio di sicurezza, al fine di garantire i diritti fondamentali.³⁶ Forse si potrebbe vedere la costruzione di una dottrina dei limiti costituzionali europei rispetto al diritto internazionale, simile all'orientamento che i giudici costituzionali hanno sviluppato in relazione al primato del diritto dell'Unione Europea.

Il Tribunale dell'Unione, nella sentenza *Kadi c. Commissione Europea*, T-85/09, constata la necessità di un adeguato controllo giurisdizionale della legittimità di una misura di congelamento di fondi per garantire un adeguato equilibrio tra le esigenze della lotta contro il terrorismo internazionale e la tutela dei diritti delle libertà fondamentali.

La seconda sfida è il bilanciamento tra libertà del mercato e diritti fondamentali. Per risolvere questo, la questione importante consiste nel valutare come si mettono in relazione i diritti e le libertà fondamentali del mercato. In questo senso, sorge il quesito del loro reciproco rapporto che consiste nel valutare quale di queste due categorie di diritti sia più fondamentale.

Libertà e diritti fondamentali costituiscono principi generali del diritto dell'Unione Europea, in accordo con la giurisprudenza della Corte, e secondo i Trattati (dopo il Trattato di Amsterdam per quanto riguarda i diritti fondamentali). Inoltre, la Corte di giustizia, come abbiamo visto, ha assunto la sua tutela e protezione con l'uso del test o esame di proporzionalità per giustificare in entrambi casi una restrizione, nonostante il loro significato e il loro scopo sia diverso.

Tale finalità consiste infatti nella realizzazione del mercato interno in un caso (le libertà del mercato) e nella realizzazione e nella garanzia della vita dei cittadini, dall'altro (i diritti fondamentali). Questa differenziazione in due categorie non impedisce tuttavia ai diritti fondamentali di esercitare qualche influenza sulle libertà del mercato.

Questa influenza si è manifestata nello sviluppo dell'ordinamento giuridico comunitario anche prima dell'adozione della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea. Nella terminologia utilizzata dalla Corte di giustizia, come abbiamo visto, le libertà del mercato sono definite:

³⁶ Sentenza *Kadi y Barakaat*, 316.

- a) come libertà fondamentale: *Angonese* (C-181/98) per quanto riguarda la libera circolazione dei lavoratori; *Heinonen* (C-394/97), *Canal Satellite Digital* (C-390/99) e *Schmidberger* (C-112/2000) relativamente alla libera circolazione delle merci.
- b) come uno dei principi fondamentali del Trattato: *Commissione c. Grecia* (C-205/89) e *Commissione c. Francia* (C-265/95), entrambi basati sulla libera circolazione delle merci; *Commissione c. Germania* (C-205/84) riferendosi ai servizi gratuiti.
- c) come una disposizione fondamentale della Comunità in *Corsica Ferries France* (C-44/89), per quanto riguarda le quattro libertà.
- d) come uno dei fondamenti della Comunità, *CIA Security c. Signalson* (C-194/94) e *Unilever Italia c. Central Food* (C-443/98) per quanto riguarda la libera circolazione delle merci.
- e) come diritti fondamentali: *Forcheri c. Belgio* (C-152/82); ³⁷ *UNCTEF c. Heylens* (C-222/86); *Dounias c. Il Ministro per gli affari economici* (C-228/98). ³⁸

Al contrario, nella Carta dei Diritti Fondamentali, le libertà sono richiamate nel preambolo, quindi non sono diritti fondamentali, salvo la libera circolazione dei lavoratori, che sì si può vedere come diritto fondamentale.

Ma quello che è più importante è la relazione tra libertà e diritti al fine di valutare se si vuole una relazione gerarchica o di subordinazione tra loro. È noto che in un certo numero di casi la Corte di Giustizia ha collegato libertà del mercato e diritti fondamentali, e non sempre con un collegamento di tipo conflittuale, ma anche positivo. Possono citarsi ad esempio:

- 1) La sentenza *ERT* (C-260/89), che è la prima sulla libera prestazione di servizi in relazione con il diritto fondamentale alla libertà di espressione in cui la Corte afferma che il rispetto dei diritti fondamentali è necessario anche quando si tratta di una esclusione di obblighi derivanti dal Trattato. Pertanto, l'adozione di una misura che limita libertà fondamentali del mercato deve essere giustificata ma anche deve rispettare i diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario.

³⁷ Per quanto riguarda la libera circolazione dei lavoratori.

³⁸ Per quanto riguarda la libera circolazione delle merci.

- 2) La sentenza *Karner* (C-71/02), sulla libera circolazione delle merci in relazione alla libertà di espressione.
- 3) La sentenza *Carpenter* (C-60/00), sulla libera circolazione delle persone e dei lavoratori in relazione al diritto alla vita familiare.

Quando si esamina la giurisprudenza che riguarda le libertà economiche e i diritti fondamentali si può vedere come la Corte garantisce i diritti fondamentali a livello dell'Unione operando un bilanciamento tra entrambe le categorie.

2. CONFLITTO TRA LIBERTÀ FONDAMENTALI DI MERCATO E DIRITTI FONDAMENTALI.

Il rapporto tra libertà di mercato e diritti fondamentali non è sempre stato positivo, si possono trovare anche dei conflitti.

Vi sono diversi tipi di conflitti tra libertà del mercato e diritti fondamentali. Possiamo distinguere due tipi di conflitti a seconda del tipo di diritti o libertà in gioco o a seconda che il confronto sia diretto o indiretto.

Nella nostra ricerca abbiamo cercato di differenziare i conflitti in base a queste variabili. Quindi, parliamo di conflitti indiretti e diretti e, all'interno di questi ultimi, di conflitti tra libertà del mercato e i diritti fondamentali civili, e tra libertà di mercato e i diritti sociali.

Anche per risolvere i conflitti vi sono due approcci. In primo luogo si può pensare a un'interazione in cui i diritti fondamentali costituiscono un'eccezione giustificata per le libertà del mercato oppure no, in quanto i diritti fondamentali sono la realizzazione del Diritto dell'Unione Europea, e pertanto, il rapporto non è gerarchico. oppure si può pensare ad un rapporto gerarchico a beneficio dei diritti fondamentali. La Corte di Giustizia non fornisce una risposta chiara e definitiva sul rapporto gerarchico tra libertà del mercato e diritti fondamentale e la risposta dipenderà pertanto dalle circostanze del caso.

I conflitti indiretti sono quelli dove i diritti fondamentali non si contrappongono alle libertà del mercato. Qui c'è un altro valore, ma in relazione con un diritto

fondamentale che si contrappone a una libertà fondamentale del mercato. I casi più rappresentativi sono *Familiapress* (C-368/95) e *United Pan-Europe* (C-250/06).

La sentenza *Familiapress* risolve un conflitto tra la libera circolazione delle merci e la pluralità dei mezzi di comunicazione, ma contrappone anche il diritto fondamentale alla libertà di espressione. La questione era la conformità con il diritto comunitario di una legge austriaca che vietava la vendita di pubblicazioni con giochi a premi quando non sono pubblicazioni nazionali. L'obiettivo della normativa era conservare i giornali di minore diffusione. La Corte di giustizia ha dichiarato che lo scopo della legge austriaca giustifica una restrizione della libera circolazione delle merci, che deve essere appropriata per raggiungere l'obiettivo, deve essere la meno restrittiva fra le misure che potrebbe imporre e deve rispettare i diritti fondamentali come la libertà di espressione. Inoltre la Corte ha assegnato al giudice di rinvio il compito di pronunciarsi sulla questione lasciandogli un certo margine di discrezionalità. In tale fattispecie emerge un conflitto ma è molto indiretto, e certamente il diritto alla libertà di espressione può giocare un ruolo rilevante in relazione al pluralismo dei mezzi di informazione, ma in relazione alla libera circolazione delle merci, perché la restrizione deve rispettare il diritto fondamentale. La soluzione seguita dalla Corte lascia un ampio margine al giudice nazionale per risolvere il problema.

In *United Pan Europe*, la Corte si sofferma su una legislazione che imponeva ai concessionari di rete televisiva di trasmettere una serie di programmi di organismi di radiodiffusione che dipendevano dalla Comunità francese e fiamminga. Questa legislazione era stata adottata con l'obiettivo di salvaguardare il pluralismo e l'accesso alla cultura delle comunità linguistiche della capitale. La Corte di giustizia ha ritenuto che tale legislazione costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi, ma è giustificata perché il mantenimento del pluralismo associato con la libertà di espressione è un obiettivo legittimo da perseguire.

A differenza del caso *Familiapress*, in quest'ultimo caso la Corte di Giustizia risolve la questione direttamente, perché collega il diritto alla libertà di espressione con la tutela del pluralismo e l'accesso alla cultura delle comunità. Al contrario, in *Familiapress* il diritto fondamentale alla libertà di espressione non è stato così chiaramente legato alla protezione dei piccoli giornali nazionali, ma alla libera prestazione dei servizi, al fine di evitare una restrizione che non rispettasse il diritto

fondamentale e perciò lasciando al giudice nazionale il compito di risolvere la questione.

Il conflitto può essere diretto. Tuttavia, ci sono casi di conflitti diretti dove la Corte di giustizia non ha iniziato a valutare il conflitto quando era fuori del campo di applicazione del diritto comunitario, come è il caso *Grogan* (C-159/90). Si trattava della questione se la pratica di una diffusione d'informazione su attività di interruzione medica della gravidanza da parte di cliniche inglesi, era in contrasto con l'art. 40.3.3. della Costituzione irlandese, che tutela il diritto alla vita (compreso il nascituro), o se invece ricadeva sotto la tutela della libertà d'informazione e della libertà di prestazione dei servizi. Secondo la Corte di giustizia l'attività di interruzione medica della gravidanza praticata sotto la legislazione di uno Stato membro in cui è realizzato era un servizio ai sensi dell'art. 60 del Trattato, ma per i giudici il divieto di diffusione dell'informazione non costituiva una restrizione alla libera prestazione dei servizi perché questa diffusione non veniva effettuata dal fornitore del servizio. Quindi la Corte di giustizia non risolse il conflitto e la relazione tra la libertà di prestazione dei servizi e il diritto fondamentale alla vita tutelato dalla Costituzione irlandese è ancora da risolvere.

Un altro caso in cui potrebbe esserci un conflitto, ma che la Corte di Giustizia non risolve come caso di conflitto, è il caso *Commissione c. Francia* (C-265/95). Gli agricoltori francesi avevano compiuto atti contro prodotti ortofrutticoli di altri Stati membri come la Spagna, fino al punto di compiere intercettazioni violente e di distruggere tali prodotti. La Corte di giustizia dichiara che il governo francese aveva violato i suoi obblighi per consentire le azioni violente, ma il governo francese non parlò della tutela della libertà di riunione e di manifestazione degli agricoltori francesi. In questi caso, la Corte avrebbe potuto bilanciare questi diritti e i suoi limiti in relazione con la libera circolazione delle merci.

Alcuni autori hanno parlato della sentenza *Bosman* (C-415/93) come esempio di conflitto tra libertà del mercato e diritti fondamentali, la libera circolazione dei lavoratori e il diritto di associazione, ma sarebbe un approccio forzato perché la libera circolazione dei lavoratori è la libertà del mercato più concettualizzata come un diritto.

L'accento "costituzionale"

La Corte comincia a risolvere il conflitto tra libertà del mercato e i diritti fondamentali con le sentenze *Schmidberger* (C-112/00) e *Omega* (C-36/02). Lo scorso

anno i giudici hanno operato un bilanciamento tra libertà di mercato e diritti fondamentali con il principio costituzionale di uguaglianza nella sentenza *Sayn Wittgestein* (C-208/09).

Parliamo di accento “costituzionale” perché i primi due casi sono casi di conflitto tra libera circolazione delle merci e il diritto fondamentale alla libertà di riunione e di manifestazione (*Schmidberger*) e tra la libera prestazione dei servizi e il diritto fondamentale alla dignità umana (*Omega*) dove la Corte bilancia le libertà e i diritti fondamentali senza nessuna gerarchia apparente delle libertà fondamentali. In tali casi i giudici non si limitano ad indicare al giudice nazionale i parametri per risolvere il conflitto, ma è la stessa Corte che risolve il conflitto.

La sentenza *Sayn Wittgestein* è un caso speciale, perché la Corte opera un bilanciamento tra la libera circolazione delle persone, la libertà di prestazione dei servizi e il principio costituzionale di uguaglianza.

La tutela dei diritti di riunione e di manifestazione nella sentenza *Schmidberger*

Questa sentenza è molto importante perché è il “modello” di studio dei conflitti tra libertà fondamentali e diritti fondamentali. È la prima volta che uno Stato membro invoca la tutela dei diritti fondamentali per giustificare una restrizione delle libertà fondamentali. La Corte di giustizia risolve il conflitto con il criterio della proporzionalità per verificare se le restrizioni agli scambi intracomunitari siano proporzionate allo scopo legittimo di tutela dei diritti fondamentali e riconosce che la autorità nazionale ha un ampio potere discrezionale per questa tutela e accetta la decisione in quanto proporzionale.

Vi sono diverse interpretazioni possibili di questa sentenza:

- 1) i diritti fondamentali sono eccezioni alle libertà fondamentali, *mandatory requirements*, e quindi le libertà del mercato sono gerarchicamente superiori;
- 2) la Corte ha operato un bilanciamento tra valori della stessa categoria;
- 3) oppure i diritti fondamentali sono superiori alle libertà fondamentali del mercato.

Tuttavia è importante notare che c'è un bilanciamento effettivo tra libertà fondamentali del mercato e diritti fondamentali, e che la Corte lascia un ampio spazio allo Stato membro per tutelare i diritti fondamentali.

In *Omega*, la Corte di giustizia risolve un conflitto tra la libera prestazione dei servizi e la protezione della dignità umana. Omega è dedicata alla prestazione di giochi-laser. L'autorità di Bonn vieta di continuare con l'attività perché se nei giochi si permette di sparare a bersagli umani, questo viola la dignità umana, perché questi giochi comportano una banalizzazione della violenza e la violazione dei valori fondamentali di ordine pubblico, e questo divieto è giustificato per l'ordine pubblico e la sicurezza. La Corte di giustizia ritiene che il divieto non va oltre il necessario per raggiungere l'obiettivo e non può essere considerato come una restrizione ingiustificata per la libera prestazione di servizi. La dignità umana è un diritto fondamentale nella Costituzione tedesca, a differenza degli altri Stati membri dove è considerato un valore, ma secondo la Corte questo aspetto non è importante in quanto ogni Stato può scegliere un diverso sistema di protezione.

Certo è che a differenza di *Schmidberger*, dove i diritti fondamentali si possono vedere come *mandatory requirements*, qui la tutela dei diritti fondamentali si giustifica in virtù della deroga di ordine pubblico dal Trattato.

In *Sayn Wittgestein*, la Corte risolve un conflitto tra la libera circolazione delle persone in relazione alla libertà di prestazione dei servizi ed il principio costituzionale di uguaglianza e l'identità costituzionale repubblicana. Una cittadina austriaca adottata in età adulta in Germania da un cittadino tedesco, il cui cognome conteneva un titolo nobiliare, aveva iscritto nei registri di stato civile in Austria l'equivalente femminile di quel cognome e lo utilizzava anche nella sua attività di intermediaria nella compravendita immobiliare di castelli e case signorili. La Corte Costituzionale austriaca nella sentenza di 27 novembre 2003, risolve una situazione simile, e dichiara che la legge per l'abolizione della nobiltà, che godeva di rango costituzionale, vieta l'adozione e l'utilizzo per i cittadini austriaci di nomi nobiliari, anche in caso di adozione da un cittadino straniero. 15 anni dopo l'iscrizione veniva pertanto correggeva l'iscrizione di questa cittadina rimuovendo gli elementi nobiliari. La Corte di giustizia, a seguito della avvocato generale, dichiarava l'applicabilità del Diritto dell'Unione perché la situazione di una cittadina di uno Stato membro, residente e professionalmente attiva in un altro Stato membro non è una situazione puramente interna, e anche se il diritto nazionale di uno Stato membro è l'unica normativa applicabile alla determinazione del nome di uno dei suoi cittadini, lo Stato membro deve osservare il Diritto dell'Unione Europea. La Corte, ricorda la sentenza *Omega*, e risolve il caso affermando che una norma che

riveste rango costituzionale in uno Stato membro fondata su una considerazione fondamentale di ordine pubblico, può limitare una libertà fondamentale. In questo caso, questa legge fondamentale che si basa sul principio d'uguaglianza tra cittadini e sull'abolizione dei privilegi può giustificare in linea di principio un divieto di titoli o designazione nobiliari e causare inconveniente nell'esercizio del diritto di cittadino di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, rispettando il principio di proporzionalità.

È interessante che il diritto di circolazione dei cittadini (art. 18.1 CE, ora 21.1 TFUE), la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi (art. 43 e 49 CE, ora 49 e 56 TFUE) anche in relazione con il diritto alla vita privata (art. 8 CEDU e art. 7 Carta) possono essere limitati sulla base di un principio costituzionale o per motivi di ordine pubblico.

Quindi ci sono delle differenze tra questi conflitti: 1) il conflitto in *Schmidberger* è tra libera circolazione delle merci e il diritto fondamentale alla libertà di riunione e di manifestazione; mentre in *Omega* è tra la libera prestazione di servizi e il diritto fondamentale alla dignità umana della Costituzione tedesca. 2) In *Schmidberger* il diritto fondamentale potrebbe essere considerato come un *mandatory requirement*, mentre in *Omega* la tutela del diritto si giustifica in virtù della deroga di ordine pubblico dal Trattato. Perché questa divergenza? La dignità umana è un diritto fondamentale nella Costituzione tedesca, a differenza degli altri Stati membri, dove è considerato un valore. Ma questo non risulta una distinzione rilevante per la Corte in quanto ogni Stato può scegliere un diverso sistema di protezione. 3) In *Sayn Wittgestein*, la tutela di un principio costituzionale giustifica una deroga di ordine pubblico (come in *Omega* la tutela di un diritto fondamentale). Si può pensare che il principio costituzionale d'uguaglianza tra cittadini e l'abolizione dei privilegi è un principio proprio degli Stati Repubblicani e che, come parte dell'identità nazionale di questo Stato, è una parte fondamentale dell'ordine pubblico.

Troviamo conflitti anche tra libertà fondamentali e diritti sociali. A prima vista, pare che siano prevalse le libertà fondamentali del mercato e non la tutela dei diritti fondamentali, ma è vero che i diritti sociali sono stati riconosciuti come diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia.

Abbiamo studiato diverse sentenze: *Viking* (C-438/05); *Laval* (C-341/05); *Commissione c. Germania* (C-271/08); *Rüffert* (C-346/06); *Commissione c. Lussemburgo* (C-319/06); e, *Santos Palhota* (C-515/08).

In *Viking*, una società finlandese, Viking Lane, gestiva una linea di trasporto nautico tra la Finlandia e l'Estonia, e intendeva immatricolare in Estonia uno dei suoi traghetti, il Rosella. L'obiettivo era quello di beneficiare di minori costi di manodopera, perché il Rosella aveva dimostrato di non essere capace di competere contro le navi estoni. Per ostacolare il progetto, i sindacati finlandesi avevano minacciato un'azione collettiva e avevano ottenuto il sostegno solidale del Sindacato Internazionale dei Trasporti per boicottare la Viking. La Viking non rinunciava tuttavia al suo progetto e, dopo un procedimento in Finlandia per tentare di fermare lo sciopero, ne avvia un altro nel Regno Unito, dove Viking chiede che le azioni di sciopero e le azioni collettive vengano dichiarate contrarie al Diritto dell'Unione europea. La Corte di giustizia riconosce che le azioni collettive, compreso il diritto di sciopero, sono diritti fondamentali che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario. Successivamente, la Corte si occupa di fare una ponderazione tra questi diritti fondamentali e la libera prestazione dei servizi. L'applicazione del criterio di proporzionalità sembra di risolversi a favore della libertà del mercato. Tuttavia, la sentenza lascia aperta la questione principale al giudice nazionale.

In *Laval*, una società lettone (Laval) distacca lavoratori lettoni a Vaxholm, Svezia, per la costruzione di una scuola. La società aveva sottoscritto contratti collettivi con il sindacato lettone, ma nessuno con i sindacati svedesi, e non c'era stato un successo nelle negoziazioni. L'unione di costruzione svedese ha pertanto avviato un'azione collettiva con il blocco dei lavori, impedendo la consegna di merci e l'ingresso alle opere di lavoratori lettoni. La Corte di giustizia ha ritenuto contrario al diritto comunitario bloccare alcune opere da parte dei sindacati svedesi, perché costituisce una restrizione alla libera prestazione di servizi, discostandosi dalle conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi. L'opinione che la Corte assume è la stessa che nella causa *Viking*: riconosce i diritti sociali come diritti fondamentali, fa un bilanciamento tra libertà fondamentali e i diritti fondamentali, ma alla fine non lascia la decisione finale al giudice nazionale, secondo la Corte la misura è contraria al Trattato.

Viking e *Laval* sono due casi di conflitto tra la libera prestazione di servizi e azioni collettive, dove la Corte riconosce che l'azione collettiva è un diritto

fondamentale che fa parte dei principi generali del diritto comunitario, e applica la proporzionalità. In *Viking*, la Corte si occupa di fare il bilanciamento, e l'applicazione del criterio di proporzionalità sembra di risolversi a favore della libertà del mercato, ma lascia aperta la questione principale al giudice nazionale. In *Laval*, invece, non lascia la risoluzione al giudice nazionale, e considera la misura contraria al Trattato.

Questo non significa che i diritti sociali abbiano un valore minore che il diritto di riunione o la dignità umana. Anche la giurisprudenza della Corte ha un'evoluzione, non si può pensare che in questi casi la risoluzione del conflitto non sia chiara, sebbene la Corte lascia la risoluzione al giudice nazionale, indica che le azioni collettive sono sproporzionate, e questo è il problema.

Commissione c. Germania è un nuovo caso di conflitto tra libertà del mercato e diritti fondamentali, in questo caso tra la libera prestazione di servizi e il diritto alla negoziazione collettiva. Sulla base di una legge tedesca, un accordo collettivo di 2003 prevede una attribuzione diretta di contratti, senza gara di appalto a livello dell'Unione, ad organismi assicurativi, ai quali è affidato esclusivamente il risarcimento dei lavoratori comunali. In questa sentenza è dimostrata l'applicabilità delle norme in materia di contratti pubblici agli enti comunali, anche per il caso di contratti conclusi in attuazioni di accordi collettivi. Ma la Corte di giustizia risolve questo conflitto con un bilanciamento e poi condanna la Germania.

Rüffert, *Commissione c. Lussemburgo*, e *Santos Palhota*, invece, non sono casi di conflitto in stretto senso, sono casi di condizioni statali imposte per la protezione dei lavoratori come restrizione alla libera prestazione di servizi, e dove la Corte dichiara che non sono giustificate. In *Commissione c. Germania*, le condizioni imposte si incorporano in un accordo collettivo (e per questo parliamo di conflitto in stretto senso tra prestazione di servizi e il diritto alla negoziazione collettiva).

In *Rüffert*, nel 2003 una società tedesca si era aggiudicata una gara pubblica di appalto relativa alla costruzione di un istituto penitenziario in una città nel Land della Bassa Sassonia. In questa zona la legge in materia di appalti pubblici stabilisce che le imprese partecipanti alle gare devono impegnarsi a corrispondere ai loro dipendenti almeno le retribuzioni fissate dal contratto collettivo di lavoro del luogo di esecuzione. La società tedesca aveva affidato in subappalto i lavori ad una società di Polonia, ma da un controllo risultava che la società subappaltatrice non rispettava le retribuzioni e l'amministrazione tedesca risolve il contratto.

La Corte di giustizia ha affermato che l'art. 3.7 della Direttiva 96/71 non autorizza lo Stato a realizzare una prestazione di servizi sul suo territorio rispettando le condizioni di lavoro, e questa direttiva interpretata ai sensi dell'art. 49 TCE è contraria a questa pratica.

Alcuni autori hanno sostenuto che questo caso è un altro conflitto tra libertà di mercato e diritti sociali che vengono risolti a favore delle libertà del mercato e che facilita il dumping sociale. Ma in senso stretto, non siamo davanti un conflitto tra una libertà del mercato e diritti sociali fondamentali. La questione è se la protezione dei lavoratori possa giustificare una restrizione alla libertà di prestazioni di servizi, che è una altra cosa.

Commissione c. Lussemburgo è un altro caso di condizioni imposte per la protezione dei lavoratori, in particolare da una legge del Granducato del Lussemburgo del 2002. Questa legge stabilisce una regola nazionale come disposizione imperativa di ordine pubblico nazionale per tutti i lavoratori che esercitano un'attività nel Granducato, inclusi a titolo temporaneo. La Commissione ha presentato ricorso alla Corte di giustizia, che ha condannato il Granducato, perché non ritiene che le misure imposte sono giustificate.

In Santos Palhota, la legge sociale belga richiede, per i trasferimenti di lavoratori da una impresa stabilita in un altro Stato membro, l'invio di una previa dichiarazione di distacco subordinato alla notifica di un numero di registrazione. In base a tale normativa nazionale occorre inoltre tenere a disposizione delle autorità nazionali una copia dei documenti equivalenti ai documenti sociali o di lavoro nazionali, e l'invio dei documenti a queste autorità.

Il giudice nazionale che conosce delle presunte violazioni della legge sociale belga, considera la possibilità che queste disposizioni violino gli art. 56 e 57 TFUE e impediscano o ostacolino l'accesso al mercato dei servizi belgi.

Secondo l'avvocato generale CRUZ VILLALÓN, la Corte di giustizia doveva esaminare un problema simile a quello di *Arblade*, ma, stavolta “nell'ambito di un nuovo contesto normativo nazionale e sulla scorta di importanti sviluppi nella giurisprudenza dell'Unione in materia sociale”. Era stata inoltre rilevata “l'opportunità di chiarire se l'affermazione secondo cui l'Unione persegue anche una finalità sociale

(...) e considerata l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, abbia qualche impatto sulla dottrina elaborata con la sentenza *Arblade*".

Una interessante conclusione dove considera che un regime che richiede la conservazione di determinati documenti dello Stato di stabilimento equivalenti a quelli dello Stato ospitante, dopo la cessazione del distacco effettivo dei lavoratori, e un sistema che esige direttamente la redazione dei documenti dello Stato ospitante nei trasferimenti temporali di lavoratori di durata superiore a sei mesi sono sproporzionati. Invece, gli art. 56 e 57 TFUE "non ostano ad una legislazione nazionale che richiede la presentazione di determinati documenti del paese di stabilimento come il conto individuale e la busta paga previsti dal regime belga, che siano equivalenti a quelli che devono essere redatti nello Stato ospitante".

La Corte di giustizia ricorda che la tutela dei lavoratori è una delle ragioni imperative di interesse pubblico idonee a giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi (*Arblade*, C-369/96 e C-376/96; *Finalarte*, C-445/03; *Commissione c. Lussemburgo*, C-319/06). E in questo senso, gli Stati membri hanno la facoltà di verificare e controllare il "rispetto di requisiti essi stessi giustificati da ragioni di interesse pubblico". E dichiara che gli articoli 56 e 57 TFUE ostano ad una normativa che preveda per un datore di lavoro con sede in un altro Stato membro, che distacca lavoratori sul territorio nazionale, l'invio di una previa dichiarazione di distacco subordinato alla notifica di un numero di registrazione. Ma questi articoli non ostano che una legge nazionale preveda di tenere a disposizione delle autorità nazionali una copia dei documenti equivalenti ai documenti sociali o di lavoro nazionali, e l'invio dei documenti a queste autorità, perché sono misure proporzionate.

Ovviamente, non siamo in un conflitto tra un diritto fondamentale e una libertà del mercato, ma in un caso dove si considera la tutela dei lavoratori come una misura che può giustificare una restrizione delle libertà economiche, come nei casi *Riiffert* e *Commissione c. Lussemburgo*. Questo caso particolare è di un maggior interesse perché fa riferimento al TFUE in quanto risolve il caso dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

La Corte finisce per dare una risoluzione molto più vantaggiosa per la tutela dei lavoratori di quella proposta dall'avvocato generale. Pertanto, è evidente che la tutela dei lavoratori ha assunto un profilo elevato all'interno dell'Unione europea, e la Corte di giustizia può sviluppare questa giurisprudenza in futuro.

3. LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEGLI STATI MEMBRI COME LIMITI ALL'INTEGRAZIONE EUROPEA.

Mentre la Corte di Giustizia ha seguito un percorso che l'ha portato a proclamare il primato del diritto comunitario con il diritto degli Stati membri, le Corti e il giudice nazionale, invece, non hanno sempre accettato tale primato, e alcuni hanno sviluppato la dottrina dei “controlimiti”. In questo senso, la tutela dei diritti fondamentali da parte delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri può essere una limitazione dell’integrazione economica europea a partire dal primato con la dottrina dei controlimiti. Tuttavia, il problema che è sorto è stato il rapporto tra diritto comunitario e le norme costituzionali degli Stati membri. Dal punto di alcuni Stati membri, il rapporto tra il Diritto europeo e il Diritto nazionale deve essere governato dal principio di supremazia costituzionale, e per questo alcune Corti hanno affermato l’esistenza di riserve costituzionali o “controlimiti”, che possono motivare un dialogo tra Corti anche lontane tra di loro.

Dobbiamo differenziare le esperienze nei diversi Stati membri. Abbiamo studiato diversi Stati e abbiamo cercato di fare una classificazione, anche se l’analisi si è rivelata difficile a causa delle diverse caratteristiche dei sistemi giuridici e della giurisprudenza dei giudici nazionali. Infatti, la dottrina dei controlimiti iniziata dalla Corte Costituzionale italiana (*Frontini*, n.183/1973) non è una regola che si estende a tutti, alcune Corti hanno accettato senza limiti il primato del Diritto comunitario, e quindi non c’è un limite all’integrazione europea che possa influire sulla risoluzione dei conflitti tra libertà del mercato interno e diritti fondamentali.

Vi è inoltre un’altra differenziazione, che distingue tra i “limiti formali” per il primato (limiti incorporati nella costituzione) e “limiti materiali” (limiti che non vengono incorporati nelle costituzioni ma sono stati applicati dai giudici nazionali). Per quanto riguarda i limiti nella giurisprudenza dei giudici nazionali, troviamo tre linee:

a) la prima linea è quella che accetta il primato del Diritto europeo in modo incondizionato: Paesi Bassi, Lussemburgo, Austria e Svezia.

b) la seconda, linea accetta in forma parziale il primato dal momento che lo limita con riserve costituzionali o controlimiti. E' stata iniziata dalla Corte costituzionale italiana e la Corte Federale Tedesca, ma anche si può vedere in altri Stati, come in

Francia, Belgio, Danimarca, Regno Unito, Irlanda, Spagna, Polonia, Cipro, e la Repubblica Ceca.

c) la terza accetta il primato, ma non è chiaro se questa accettazione è incondizionata, anche se non c'è ancora una dottrina di riserve costituzionale o controlimiti ancora in questo momento: Portogallo, Finlandia, Grecia, Malta, Estonia, Slovenia, Ungheria Bulgaria e Romania.

Studiando i casi della seconda linea, la conclusione è che i controlimiti o le riserve costituzionali sono integrate per la tutela dei diritti fondamentali delle costituzioni, la identità nazionale e la sua organizzazione territoriale.

In Italia, la ricezione del Diritto europeo e il suo rapporto con il Diritto italiano è stato segnato per la posizione della Corte costituzionale italiana,³⁹ con un'evoluzione dalla sentenza *Frontini* (n.183/1973, 27 dicembre) dove costruisce la dottrina dei “controlimiti”. Questi controlimiti sono i diritti fondamentali e i principi costituzionali. Confermata in *Granital* (n.170/1984, 8 giugno), a partire da questa sentenza si accetta la dottrina *Simmenthal* (un giudice nazionale può presentare una questione alla Corte di giustizia senza l'autorizzazione della Corte costituzionale).

Ma ancora non è mai stata in pratica applicata la dottrina dei controlimiti. Nella causa *Fragd* (n.232/1989, 21 aprile) si doveva rispondere a una violazione di un diritto costituzionale da parte dell'art 177 TCE, ma si evita di statuire l'incostituzionalità dichiarando inammissibile la questione, perché è un “self-restraint”. Ugualmente è successo in un conflitto tra il principio di uguaglianza (art. 3 Costituzione italiana) per quanto riguarda due direttive UE sulla professione di dentista, dal momento che questo diritto non era assoluto (n. 9653/1997, 3 ottobre).

Abbiamo un'applicazione di questa dottrina da parte del Consiglio di Stato, (n. 4207 /2005, *Admenta c. Federfarma e altri*). Ma questo, contrasta con la dottrina della Corte costituzionale in cui si afferma che la Corte costituzionale è competente per risolvere il conflitto “qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto, *sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale*, con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona” (n. 454/2006, 28 dicembre)

³⁹Corte Costituzionale, www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do.

E' importante osservare che la Corte costituzionale italiana ha sottoposto questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia (n. 102/2008, 15 aprile, e n. 103/2008, 15 aprile) e questo può facilitare il dialogo tra Corti.

In Germania, la posizione della Corte costituzionale federale⁴⁰ si è iscritta nella linea dei controlimiti con la sentenza *Solange* (37 BVerfGE 271, 27 maggio 1974). Più tardi, come è noto, precisa la sua dottrina nella sentenza *Solange II* (73 BverfGE 339, 22 ottobre 1986).

Ma la Corte tedesca ha sempre mantenuto una rigida teoria di riserve costituzionali e quindi di limiti all'integrazione europea, e questo si vede nella sentenza *Maastricht* (89 BverfGE 155, 12 ottobre 1993). Certo che ogni tanto la Corte concretizza questa dottrina, come si vede nella sentenza sul caso “banane” (BverfG, 2 BvR 1/97, 7 giugno 2000). La Corte costituzionale afferma che un controllo potrà essere operato solo per casi di violazioni continuate e sistematiche dei diritti fondamentali.

La dottrina dei contro limiti rimane nella nota sentenza sul mandato d'arresto europeo (BVerfG 2BvR 2236/04, 18 luglio 2005), e poi nella recente sentenza sul Trattato di Lisbona (BverfG 2, BvE 2/08, 30 giugno 2009), dove il giudizio della Corte Tedesca dichiara il Trattato di Lisbona sostanzialmente conciliabile con i principi fondamentali dell'ordinamento tedesco, ma sembra di limitare l'integrazione europea, con una “rivendicazione di sovranità costituzionale”.⁴¹

E alla fine, nella sentenza *Honeyey* (2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010) concreta la sua dottrina. La Corte costituzionale ritiene non contrastante con i principi fondamentali interni quelli fissati dalla sentenza *Mangold* dalla Corte di Lussemburgo, e afferma che il controllo nazionale “can moreover only be considered if it is manifest that acts of the European bodies and institutions have taken place outside the transferred competences”.⁴²

⁴⁰ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), www.bverfg.de.

⁴¹ ROSSI, L.S., “Il processo di integrazione al capolinea? La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona”, www.europeanrights.com.

⁴² Punto 61.

In questo senso, la Corte Tedesca afferma che “*Ultra vires* review by the Federal Constitutional Court can moreover only be considered if it is manifest that acts of the European bodies and institutions have taken place outside the transferred competences see BVerfGE 123, 267 <353, 400>. (A breach of the principle of conferral is only manifest if the European bodies and institutions have transgressed the boundaries of their competences in a manner specifically violating the principle of conferral (Article 23.1 of the Basic Law), the breach of competences is in other words sufficiently qualified“.

In Francia, in relazione ai Trattati e le sue riforme, il Consiglio Costituzionale francese⁴³ ha esercitato il controllo costituzionale negli stessi termini come qualsiasi altro trattato internazionale, e quando è stato necessario ha richiesto la riforma costituzionale prima della ratifica (n. 70-39 DC, 19 giugno 1970; n. 76-71 DC , 30 dicembre 1976; n. 92-308 DC 9 aprile 1992; n. 92-312 DC, 2 settembre 1992; n. 92-313 DC, 23 settembre 1992; n. 97-394 DC 21 dicembre 1997; n. 2004-505 DC, 19 novembre 2004; n. 2007-560 DC, 20 dicembre 2007)

Il Consiglio Costituzionale ha accettato il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale (D. 20 maggio 1988) ma dopo ha comincia ad elaborare una dottrina che gli permette controllare indirettamente la costituzionalità delle direttive attraverso il controllo di costituzionalità della legge nazionale di trasposizione (D. 10 Giugno 2004, confermata anche alle D. n. 2004-497, 1 luglio 2004; n. 2004-498, 29 Luglio 2004; n. 499, 29 Luglio 2004; 29 Ottobre 2004; n. 2006-540, 27 luglio 2006). Questa ultima sulla *Loi relative au droit d'auter et aux droits voisins dans la société de l'informacion*, introduce un ampliamento dei controlimiti alle norme o principi inerenti all'identità costituzionale francese.

Il Consiglio di Stato ha applicato la dottrina dei controlimiti nella decisione 20 ottobre 1998, *Serran*; 3 dicembre 2001, *SNIP*; e n. 287110, 8 febbraio 2007; è stata confermata dalla Corte di Cassazione nella sentenza 2 giugno 2000, *Melle Fraisse*. È la stessa dottrina del Consiglio Costituzionale a partire della Decisione di 10 giugno 2004.

La Loi organique n. 009-1523 du 10 dècembre 2009 relative all'articolo 1-1 della Costituzione introduce una importante riforma legislativa, che obbliga a presentare delle questioni costituzionali con preferenza alle questioni pregiudiziali che possono essere contrarie al Diritto dell'Unione Europea.

In Belgio, la Cour de Cassation accetta il primato nella sentenza *Le Ski* (Cour de Cassation, 27 maggio 1971, *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski c. État belge*) ma rimanevano dei dubbi sui limiti.⁴⁴ Per la Cour d'Arbitrage il primato non incide sulla Costituzione (sentenza 23 Marzo 1990) e nella sentenza *Ecoles Européenes* (3 febbraio 1994) introduce dei sistemi di controllo.⁴⁵

⁴³ Conseil Constitutionnel, www.conseil-constitutionnel.fr

⁴⁴ <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr>

⁴⁵ Verfassungsgerichtshof, www.const-court.be/fr/common/home.html

D'altra parte, la Cour d'Arbitrage ha utilizzato la questione pregiudiziale, e dopo la sentenza *Advocaten loor di Wereld* della Corte di Giustizia sul mandato d'arresto europeo (*Advocaten voor de Wereld VZW e Leden van de Ministerraad*, C-303/05).

Successivamente, in Belgio la *Loi spéciale relative à la Cour Constitutionnelle* (12 luglio 2009) introduce l'obbligo di sollevare una questione di costituzionalità per una presunta violazione di un diritto fondamentale garantito nella Costituzione, nel diritto comunitario e nel diritto internazionale, che può essere contrario alla dottrina *Simmenthal* della Corte di Giustizia.

La Corte Suprema di Danimarca ha trovata la sua propria strada per costruire una dottrina dei controlimiti. Nella sentenza sul Trattato di Maastricht ha determinato che l'art. 20 della Costituzione non permette alle autorità comunitarie di stabilire regole di conflitto con la Costituzione, e quindi una disposizione comunitaria sarebbe inapplicabile quando violi le norme di competenza (Sentenza 6 aprile 1998).⁴⁶

Nel caso dell'Irlanda resta il dubbio sull'accettazione del primato del Diritto europeo. La Costituzione d'Irlanda⁴⁷ è stata modificata per l'ingresso nella CE (art 29.4), e questa modificazione è stata interpretata dalla dottrina nel senso di accettare il primato del Diritto comunitario. Ma nella giurisprudenza della High Court non è così chiaro. Questo si vede anche nel caso *Grogan*, dove non è chiara l'accettazione. Il giudice Walsh disse che la riforma costituzionale che ha introdotto il diritto alla vita del nascituro è posteriore alla riforma per l'adesione, e quindi deve prevalere (*S.P.U.C. v. Grogan*, 1989, IR 343) e la High Court applicò con prevalenza il diritto costituzionale irlandese e no il Diritto dell'Unione Europea (*A.G. v. X.*, de 5 de marzo de 1992, 1 IR 1)

Dopo una nuova riforma della Costituzione (art. 40.3.3) si è cercato di conciliare la Costituzione irlandese con il Diritto comunitario, e questo è stato interpretato come l'accettazione del primato nella Costituzione d'Irlanda. Tuttavia, occorre ancora attendere per osservare la risoluzione di un caso nuovo nella giurisprudenza della High Court.

⁴⁶ Højesteret, www.hoejesteret.dk.

⁴⁷ Supreme Court of Ireland, www.courts.ie.

In Regno Unito non c'è una semplice accettazione del principio di primato del Diritto comunitario come gerarchicamente superiore al Diritto nazionale. Questa accettazione si basa sulla *European Communities Act* di 1972. (House of Lords, *Garland v. British Rail Engineering Ltd*, di 1982; *Duke v. Reliance Systems Ltd*, di 1988; *Pickstone v. Freeman plc*, 1988; e anche in *Lister v. Forth Dry Dock Co.*, 1989; e in *Stoke-on-Trent v. B&Q plc* 1990; *Equal Opportunities Commission v. Secretary of State for Employment*, 1994) ⁴⁸

Ma questa dottrina di autolimitazione è vincolata e subordinata all'*European Communities Act*, e quindi è il Parlamento britannico che ha limitato la sua sovranità in modo esplicito, in modo che in futuro una nuova legge esplicitamente possa abrogare il primato del Diritto europeo. Tuttavia, esistono limiti:

a) La sentenza della Divisional Court, *Thoburn v. Sunderland City Council* (Queen's Bench Division, Divisional Court, 18 febbraio 2002). Per il Lord Justice Laws, l'*European Communities Act* non è l'unica legge costituzionale, e se un atto comunitario viola un diritto fondamentale che fa parte del Diritto costituzionale inglese, si deve vedere se l'*European Communities Act* è base giuridica per questo.

b) Anche la Court of Appeal, in *Mc. Whirter & Gouriet v. Secretary of State of Foreign and Commonwealth Affairs* (Court of Appeal (Civil Division), 5 Marzo 2003). Lord Justice Laws e Lady Justice Arden si sono riservati il potere di decidere se l'*European Communities Act* è sufficiente base legale per consentire la violazione del diritto costituzionale inglese, e in particolare i diritti fondamentali.

In Spagna è la Corte Costituzionale a determinare il rapporto tra il Diritto europeo e il Diritto nazionale, e lo fa con l'accettazione parziale del primato del diritto comunitario, ma con i limiti della Costituzione spagnola: i diritti fondamentali (STC 64/1991); e l'ordine interna di distribuzione delle competenze tra lo Stato centrale e le Comunità Autonome (SSTC 252/1988; 76/1991; 115/1991; 29/1994; y 146/1996).⁴⁹

Il Diritto europeo è di rango inferiore rispetto alla Costituzione, e pertanto la violazione del Diritto europeo non è tutelata dalla Corte a meno che la violazione comporti anche la violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione. (SSTC 180/1993, 58/2004, 30/2006)

⁴⁸House of Lords,

www.parliament.uk/business/lords/, www.lawreports.co.uk/HouseofLords/decisions.htm

⁴⁹Tribunal Constitucional, www.tribunalconstitucional.es .

In questa linea sono da inquadrare le Dichiarazioni del Tribunal Constitucional, sul Trattato di Maastricht (DTC 1/1992) e anche sul Progetto di Trattato costituzionale (DTC 1/2004) dove viene fatto un gioco di parole per difendere la compatibilità tra la supremazia costituzionale e il primato del Diritto dell'Unione europea.

A Cipro, la Corte Suprema ha stabilito la supremazia costituzionale in relazione al Diritto comunitario, nella sentenza di 7 di novembre di 2005, sul mandato d'arresto europeo. Tuttavia, una riforma costituzionale ha introdotto il principio di primato del Diritto dell'Unione Europea nella Costituzione, e può essere che questa dottrina non rimanga.⁵⁰

In Polonia, la Corte costituzionale polacca anche ha costruito una dottrina di contro limiti. Nella sentenza sul Trattato di adesione all'Unione Europea (11 Maggio 2005 K 18/04) proclama la supremazia costituzionale. Ma nella sentenza sul mandato d'arresto europeo ha detto che si dovrebbe cambiare la Costituzione. E nella sentenza sul Trattato di Lisbona (24 settembre 2010 K 32/09) rimangono i controlimiti.⁵¹

Nella Repubblica Ceca, la Corte Costituzionale ceca ha limitato il primato del Diritto europeo con le norme costituzionale, nelle sentenze di 8 di marzo di 2006, 3 di maggio di 2006, di 26 di novembre di 2008, e di 3 di novembre di 2009, queste due ultime sul Trattato di Lisbona.⁵²

CONCLUSIONI.

Se l'integrazione europea era caratterizzata principalmente dalla cooperazione economica, è stata sviluppata in maniera che oggi, i diritti fondamentali giocano al meno allo stesso livello che le libertà del mercato interno.

Mentre le libertà fondamentali del mercato hanno sempre goduto di una esplicita protezione ai Trattati, la sua protezione dei diritti fondamentali non era menzionata nei Trattati all'inizio. Tuttavia, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che abbiamo studiato si vede come la Corte sia il garante dei diritti fondamentali a livello europeo, e tra le sue sfide che si profilano attualmente all'orizzonte troviamo la tutela dei diritti fondamentali in relazione al diritto internazionale ed il bilanciamento tra libertà

⁵⁰Supreme Court,

www.cyprus.gov.cy/portal/portal.nsf/All/B82F495696684031C2257137003318D0?OpenDocument.

⁵¹ Trybunał Konstytucyjny, www.trybunal.gov.pl.

⁵² Ústavní soud, <http://www.concourt.cz>

del mercato e diritti fondamentali. Questa seconda sfida è quello che abbiamo trattato nel corso di questa tesi.

Il conflitto tra libertà del mercato e diritti fondamentali non è facilmente risolto come interessi legittimi che giustificano restrizioni alle libertà del mercato. Libertà e diritti fondamentali sono stati intesi come categorie separate, riconoscendo tuttavia che non vi sono solo differenze, ma anche similitudini. Infatti, libertà e diritti costituiscono principi generali del Diritto dell'Unione Europea, in linea con la giurisprudenza della Corte e con quanto stabilito nei Trattati (dopo il Trattato di Amsterdam per i diritti fondamentali). Inoltre la Corte di giustizia, come abbiamo visto, ha assunto la sua tutela e protezione con l'uso del test o esame di proporzionalità per giustificare in entrambi casi una restrizione.

È noto che ci sono un certo numero di casi in cui la Corte di Giustizia ha collegato libertà del mercato e diritti fondamentali, e non sempre con un collegamento di tipo conflittuale. La Corte dichiara che il rispetto sui diritti fondamentali è necessario anche quando si tratta di una esclusione di obblighi derivanti dal Trattato. Pertanto, l'adozione di una misura che limita libertà fondamentali del mercato deve essere giustificata ma deve rispettare anche i diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto comunitario (*ERT, Karner*).

Per quanto riguarda i conflitti, è chiaro che c'è un bilanciamento tra libertà e diritti fondamentali, e che questo bilanciamento viene risolto applicando il principio di proporzionalità, anche se tale test non viene sempre applicato nella stessa maniera. Possiamo concludere che è difficile parlare di una dottrina generale per risolvere i conflitti. La Corte di Giustizia non dà una risposta chiara e definitiva sul rapporto gerarchico tra libertà del mercato e diritti fondamentale, ma la risposta dipenderà dalle circostanze del caso.

Vi sono diversi tipi di conflitti, indiretti e diretti. Nei conflitti indiretti, i diritti fondamentali non affrontano le libertà del mercato. C'è un altro valore, ma in relazione con un diritto fondamentale che affronta una libertà fondamentale del mercato (*Familiapress, e United Pan-Europe*). La Corte lascia un ampio margine al giudice nazionale nel primo caso; e risolve direttamente il problema nel secondo caso perché vincola il pluralismo dei media al diritto alla libertà di espressione.

Nei conflitti diretti c'è un confronto tra libertà del mercato e diritti fondamentali. Abbiamo visto che vi sono casi dove la Corte di Giustizia non ha risolto il conflitto (*Grogan e Commissione c. Francia*).

La Corte comincia a risolvere il conflitto tra libertà del mercato e i diritti fondamentali nelle sentenze *Schmidberger*, e *Omega*, dove si vede un accento “costituzionale” e la Corte risolve il conflitto in favore dei diritti fondamentali. In *Sayn Wittgestein*, il conflitto è tra libertà del mercato, diritti fondamentali e un principio costituzionale, e la Corte bilancia a favore del principio costituzionale.

Nei conflitti tra libertà del mercato e diritti sociali, anche se a prima vista hanno prevalso le libertà fondamentali del mercato, i diritti sociali sono stati riconosciuti come diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia (*Viking, Laval, e Commissione c. Germania*). In altri casi, abbiamo studiato la protezione dei lavoratori come restrizione alla libera prestazione di servizi, non sono conflitti in senso proprio (*Rüffert e Commissione c. Lussemburgo, Santos Palhota*). In *Rüffert e Commissione c. Lussemburgo* la Corte dichiara che le restrizioni non sono giustificate, ma in *Santos Palhota* accetta alcune restrizioni. La Corte di Giustizia può sviluppare questa giurisprudenza e permettere una migliore tutela dei lavoratori.

La importanza della dottrina dei controlimiti. La Corte di Giustizia deve tener conto di questa dottrina per risolvere i conflitti tra libertà del mercato e i diritti fondamentali, e rispettare il livello o lo standard più alto di protezione dei diritti fondamentali.

Per risolvere il eventuale conflitto tra Corti, la dottrina ha parlato di diverse soluzioni:

- 1) Dare la massima autorità alla Corte di Giustizia con l'inclusione in un futuro trattato di riforma o di qualche riforma.
- 2) La proposta del dialogo tra Corti e *il pluralismo costituzionale*, basato sulla cooperazione e sul rispetto reciproco tra Corte di Giustizia e Corti costituzionali nazionali. Questa proposta è interessante, ma il problema è che la funzione della Corte di Giustizia e delle Corti costituzionali è diversa, e tutti devono realizzare la propria funzione.
- 3) Lo standard massimo di protezione che, secondo noi, è quello che deve imperare.

Certo che tra le due prospettive dalla Corte di giustizia e le Corti Costituzionali si suggerisce un tipo di rapporto giudiziario europeo che è dialettico e con l'equilibrio dei poteri tra loro, soprattutto in un'Unione Europea in cui anche il potere politico risiede in un sistema di equilibri in direzioni diverse.

La posizione delle Corti Costituzionali nazionali si basa sulle rispettive costituzioni nazionali e, quindi, la massima autorità e la parola finale spettano alle Corti costituzionale, riconoscendo il primato del diritto comunitario a condizione che non si scontri con i diritti fondamentali sanciti nelle loro costituzioni e la protezione dei quali sono chiamati a garantire.

Il dialogo tra le Corti è buono, ma con il Trattato di Lisbona e l'entrata in vigore della Carta dei Diritti Fondamentali, è lo standard massimo di protezione quello che deve governare (art. 6 TUE e art. 51-52 della Carta) la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, anche in riferimento ai conflitti tra libertà del mercato e diritti fondamentali.

Come abbiamo già detto, l'art. 52, n.3, della Carta dei Diritti Fondamentali stabilisce che quando la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione e che l'art. 52, n.4, prevede che nella misura in cui la Carta riconosca i diritti risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri devono essere interpretati in armonia con essi.

In questi due punti possiamo vedere una subordinazione agli standard minimi dei diritti contenuti nella Carta, alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, che sono le fonti dei diritti fondamentali riconosciute dalla Corte di giustizia in quanto principi generali del diritto dell'Unione.

Coerentemente con tali disposizioni, l'art. 53 prevede una limitazione del campo di applicazione della Carta, nel senso che porta a un più alto standard di protezione, o un principio di non regressione. Questo può implicare un effetto della Carta su i sistemi giuridici degli Stati membri dove non viene garantito un livello più elevato dalla Carta, mentre negli Stati membri dove il livello di protezione è più elevato, dovrebbe essere applicato il livello nazionale.

A tale proposito, non ci sarebbe nessuna possibilità di eventuali problemi con il livello di protezione della CEDU, in quanto si erge come un standard minimo di protezione (art. 52, n. 3 della Carta).

Inoltre, la Corte di Strasburgo ha indicato nella sua sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus*, che la tutela dei diritti umani nella UE è equivalente a quello della Convenzione. In questo momento, dato il valore giuridico della Carta, lo standard minimo che rappresenta la CEDU, e l'orizzonte di una possibile adesione dell'UE alla Convenzione può facilitare la relazione tra ordinamenti europei, nazionali e CEDU.

Tuttavia, lo standard di protezione è importante per la risoluzione dei conflitti tra libertà economiche e diritti fondamentali, in relazione ai diritti fondamentali riconosciuti nelle diverse tradizioni costituzionali degli Stati membri, per la questione delle riserve costituzionale e i controlimiti, e anche perché i diritti fondamentali della Carta riconosciuti nelle tradizioni costituzionali devono essere interpretati nel senso di queste tradizioni.

Poiché per la Corte di giustizia c'è un obbligo di rispettare le tradizioni costituzionale degli Stati membri, essa non può essere l'unico garante dei diritti, ma deve considerare anche l'interpretazione che le Corti costituzionali fanno dei diritti delle Costituzioni nazionali.

In questo senso, se la Corte assume il compito di risolvere i conflitti tra libertà fondamentali del mercato e diritti fondamentali dovrebbe assumere il più alto standard di protezione, come in *Schmidberger*, e *Omega*, altrimenti vi saranno problemi in relazione alle corti costituzionali nazionali.

La questione della tutela dei diritti fondamentali che sono fondamentali in uno Stato membro ma non nell'ambito europeo è importante perché il controllo della Corte di giustizia è dal punto di vista del Diritto dell'Unione Europea, ma dovrebbe nello stesso tempo rispettare il livello più alto di protezione. Dato che le Corti costituzionale di alcuni Stati membri sono molto sensibili sulla tutela dei diritti fondamentali, può essere che la risposta della Corte di Giustizia ai conflitti non comporti la fine al conflitto nel futuro prossimo. Prima di tutto si dovrebbe risolvere la eventuale controversia con l'accettazione del livello più alto di protezione, o almeno un adeguato margine nazionale per garantire la protezione e il rispetto dei diritti e dei principi sanciti dalle costituzioni nazionali.

Se lo standard nazionale ha un livello più alto di quello comunitario, e la Corte no accetta la tutela più alta, è adeguata la soluzione di *Viking* perché lascia la risoluzione al giudice nazionale, e non è adeguata la soluzione *Laval*. Ciò nonostante, questo è problematico perché in *Viking* si affida la risoluzione al giudice nazionale, ma le indicazioni sono molto chiare e magari la Corte dovrebbe lasciare un margine più ampio al giudice nazionale.

E che fare in relazione ai principi costituzionali? In *Sayn Wittgestein*, la Corte ha rispettato un principio costituzionale che è vincolato alla identità repubblicana statale, che può giustificare limiti alle libertà del mercato e anche limiti per altri diritti fondamentali. In questo senso, segue la dottrina *Omega*, e quindi non può creare problemi in relazione alle Corte costituzionali, perché rispetta l'identità costituzionale. Tuttavia la Corte deve in ogni caso tutelare i diritti fondamentali, e bilanciarli in modo opportuno con valori in conflitto.

In poche parole, nei conflitti tra libertà del mercato e i diritti fondamentali c'è un bilanciamento effettivo, e la Corte lascia, in genere, un ampio spazio allo Stato membro per tutelare i diritti fondamentali. In questo bilanciamento la Corte di Giustizia è il garante che assicura il rispetto dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento dell'Unione Europea, e in questo senso dovrebbe assumere il più alto standard di protezione, che può facilitare il dialogo tra Corti. E in fine, l'orizzonte di una possibile adesione dell'UE alla Convenzione può facilitare la relazione tra ordinamenti europei, nazionali e CEDU.

Abreviaturas

Coord.: Coordinador

Dir. :Director

Ed.: Editor

Eds.: Editores

Nº: Número

Op. cit: Obra citada

P.: página

PP.: páginas

Subdir.: Subdirector

Vid.: Véase

Vid. Supra: Véase arriba

I. INTRODUCCIÓN

I. INTRODUCCIÓN.

El tema objeto de estudio, “El conflicto entre libertades económicas fundamentales y derechos fundamentales: el Tribunal de Justicia como garante de los derechos fundamentales” no está desprovisto de cierta complejidad. La misma se derivada fundamentalmente de la necesidad de tener en cuenta no sólo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE)¹, donde se resuelven los conflictos que analizamos, sino también el ordenamiento europeo, la relación de éste con los ordenamientos nacionales, y por tanto la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros, sin poder obviar el sistema del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²

Sin duda, en la Unión Europea (en adelante UE) la tutela de los derechos humanos o fundamentales ha adquirido una relevancia sin precedentes con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.³ La UE ha evolucionado de una forma muy notable desde los comienzos en que los Tratados que constituían las Comunidades Europeas guardaban silencio sobre la protección de los derechos humanos,⁴ con un sistema fundamentalmente caracterizado por una cooperación de carácter económico hacia una

¹ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) cambia de denominación con la entrada en vigor del tratado de Lisboa, puesto que el art. 221 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) párrafo primero queda derogado, y sustituido en sustancia por el art. 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE), cuyo párrafo primero fija como nueva denominación para el Tribunal de Justicia, el de Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). A lo largo del texto nos referimos al mismo conforme a la denominación vigente en cada momento (TJCE o TJUE) o simplemente como Tribunal de Justicia.

² El Convenio de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH o Convenio de Roma) entró en vigor el 3 de septiembre de 1959.

³ No queremos entrar en exceso en las disquisiciones doctrinales sobre el concepto de “derechos fundamentales” y sus concepciones, así como de la distinción con el concepto de “derechos humanos”. No obstante, es necesario delimitar el sentido que le damos a estos términos en estas líneas. Baste decir que damos por buena la distinción que hace DÍEZ PICAZO para su uso, en el sentido de que la diferencia se basaría “en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos.” El Derecho comunitario se incardina en el Derecho internacional; sin embargo, dada las peculiaridades de la Unión Europea, es común usar la expresión “derechos fundamentales”. Vid. DIEZ PICAZO, L.M., *Sistema de derechos Fundamentales*, Civitas, 2ª edición, Madrid, 2005 p. 389. Se ha destacado la ausencia de un sistema de protección de los Derechos humanos semejante al de otras organizaciones internacionales, precisamente por la falta de un concepto dogmáticamente elaborado de “derecho fundamental”. Vid. CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): la obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, en BOU FRANCH, V., y CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tirant lo blanc, 2ª edición, Valencia, 2010, p. 195.

Para un estudio más profundo del concepto nos remitimos también a: ALONSO DE ANTONIO, A.L., “Aproximación al marco constitucional de los derechos fundamentales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, 2001, pp. 35-69; BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

⁴ El Tratado por el que se establece la Comunidad del Carbón y del Acero de 1951 entró en vigor el 24 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002; el Tratado por el que se establece la Comunidad Económica Europea de 1957, entró en vigor el 1 de enero de 1958; y el Tratado por el que se establece la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 1957 entró en vigor el 1 de enero de 1958.

Unión con rasgos cada vez más políticos en la que los derechos fundamentales y la dimensión social han ido ganando, de forma progresiva, un mayor peso específico.

Sin embargo, las libertades económicas fundamentales han gozado siempre de una relevancia explícita en los Tratados como instrumentos al servicio de la consecución del mercado y de la integración económica europea. En esta evolución, se ha argumentado, se dejaban de lado los derechos fundamentales, y en particular los derechos sociales en un segundo lugar.⁵

En realidad, el proceso de integración europea, en el que vivimos inmersos, reviste caracteres económicos, sociales, políticos y jurídicos;⁶ que dotan de características peculiares a un proyecto de integración cuya naturaleza está en constante discusión,⁷ casi tanto como su futuro.⁸ Esa doble dimensión económica y social se ha manifestado también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente a través de los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales que nos proponemos analizar.

En efecto, el Tribunal de Justicia asumió muy pronto un papel protagonista dentro de la consecución del proceso de integración europea con la proclamación y consagración de los principios definitorios de la relación del ordenamiento comunitario con los ordenamientos nacionales: los principios de eficacia directa y de primacía del Derecho comunitario.⁹

⁵ POIARES MADURO, M., “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the European Union”, en ALSTON, P., CASSESE, A., LALUMIÈRE, C., LEUPRECHT, P. (eds.), *An EU Human Rights Agenda for the New Millennium*, Hart Publishing, Oxford, 1999, p. 449.

⁶ Sobre la integración jurídica europea y su desarrollo no se puede dejar de citar los siguientes trabajos, a los que nos remitimos para una mayor profundización: CAPELLETI, M., SECCOMBE, M., y WEILER, J. (eds.), *Integration through law. Europe and the American Federal Experience*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1985; DEHOUSSE, R., y WEILER, J., “The Dynamics of European integration: the legal dimension”, en WALLACE, W. (ed.), *The Dynamics of European Integration*, Pinter, Londres, pp. 242-260; JOERGES, C., “Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration”, *European Law Journal*, nº 2, 1996, pp. 105-135.

⁷ Sobre la naturaleza de la Unión Europea se puede acudir a la recopilación de trabajos sobre esta cuestión del Prof. DÍEZ PICAZO, vid. DÍEZ PICAZO, L.M., *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas, 2009.

⁸ GILLINGHAM, J., *European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. xi.,

⁹ La relevancia de estas sentencias ha sido destacada incluso recientemente por la doctrina. Vid. los trabajos presentes en la obra POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010. Así por ejemplo, PESCATORE, P., “Van Gend en Loos, 3 February 1963-A View from Within”, pp. 3-8, que pone el acento en el surgimiento de un “new legal order” donde los sujetos ya no serían solo los Estados miembros, sino también sus nacionales, con origen en el Derecho internacional, pero desplazando el acento a la autonomía del Derecho comunitario; WITTE, B. de, “The Continuous Significance of Van Gend en Loos”, pp. 9-15, que resalta la relevancia no tanto de declarar el efecto directo sino de la doctrina que asume la sentencia de que “whether specific provisions of the EEC Treaty had direct effect was to be decided centrally by the European Court of Justice itself, instead of by the various national courts according to their own views”; o siguiendo en la misma obra colectiva los trabajos de MAYER, F. C., “Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law”, pp. 16-25;

Y esto lo hizo mientras desarrollaba su jurisprudencia sobre las libertades económicas fundamentales consagradas en el Tratado de la Comunidad Económica Europea (libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libre circulación de trabajadores y libre circulación de capitales); dejando de lado la protección de los derechos fundamentales, que se relegó como una cuestión propia de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros o del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Sin embargo, la dinámica de la evolución del Derecho comunitario, y la relevancia de algunas sentencias de los Tribunales constitucionales de algunos Estados miembros sobre las reservas constitucionales o los contralímites;¹⁰ motivaron que el Tribunal de Justicia asumiera la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea, construyendo casuísticamente un sistema de protección de los derechos fundamentales como principios del ordenamiento comunitario.¹¹

Sólo fue cuestión de tiempo que el Tribunal de Justicia se enfrentara a la necesidad de conciliar las libertades económicas y los derechos fundamentales en supuestos conflictivos, y tuviera que dar una respuesta a los mismos. Y sin embargo, teniendo en cuenta que algunos Tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros han sido muy sensibles en la tutela de los derechos fundamentales, puede que la respuesta del Tribunal de Justicia no ponga fin al conflicto en un futuro próximo.¹²

FENNELLY, N., “The European Cour of Justice and the Doctrine of Supremacy: Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal”, pp. 39-46; PERNICE, I., “Costa v ENEL and Simmentahl: Primacy of European Law”, pp. 47-59; HOFMANN, H. CH., “Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal II”, pp. 60-68; y RASMUSSEN, M., “From Costa v. ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law...*, op. cit., pp.69-85;

¹⁰ Estas reservas o estos contralímites estarían constituidos por la protección de los derechos fundamentales, los principios constitucionales y la identidad nacional, que actuarían como “contralímites” a la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional constitucional.

¹¹ Sin embargo, es discutible que se pueda hablar, en sentido estricto, de un sistema de protección de derechos humanos en la Unión Europea, puesto que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, no existía un catálogo de derechos que tuviera carácter vinculante, ni mecanismos específicos de protección de los mismos. Vid. CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los derechos humanos en el plano regional (II): La Obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., p. 196

¹² De ahí la importancia de estudiar la posición de los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados miembros, incluso tras el Tratado de Lisboa, para ver “whether Constitutional or Supreme Courts will give up their role as watchdogs of fundamental domestic principles”, vid. ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, *Yearbook of European Law*, 2008, p. 83.

Además, como veremos, la separación entre ordenamiento europeo y ordenamientos nacionales es más bien formal, y cada vez más se impregnan mutuamente. Sobre esta cuestión, BORRAJO INIESTA razobana acertadamente que “en el cielo de los conceptos, existen dos ordenamientos jurídicos distintos y separados: el Derecho comunitario, por un lado, el ordenamiento nacional, por otro (...) sin embargo, en la práctica la Constitución española se va impregnando de Derecho comunitario”. Vid. su intervención

Todo ello en una relación entre ordenamientos cuyos contornos se difuminan, pues el Derecho de la Unión, autónomo respecto del Derecho interno, se integra en los sistemas jurídicos nacionales y se aplica en los Estados miembros.¹³

- DELIMITACIÓN Y OBJETIVOS

En el proceso de construcción de la Unión Europea, nosotros nos centramos, es obvio, en el estudio de un tema jurídico, más en concreto en un tema de lo que hoy llamamos Derecho de la Unión Europea.¹⁴

Este trabajo de investigación tiene como objeto el estudio de los conflictos entre las libertades económicas fundamentales del mercado interno comunitario y los derechos fundamentales, así como la posición del Tribunal de Justicia como garante de los mismos en la resolución de dichos conflictos.

Desde esta perspectiva se nos plantean diversos interrogantes en lo que afecta al tema de investigación que trataremos de resolver a lo largo de su desarrollo para dar unas repuestas razonadas en las conclusiones:

- a) Relación existente entre las libertades fundamentales del mercado y los derechos fundamentales.
- b) Tipos de conflicto entre ambas categorías, y su resolución por parte del Tribunal de Justicia.
- c) La tutela de los derechos fundamentales en los Estados miembros como reservas o límites constitucionales a la primacía del Derecho de la Unión, y su eventual incidencia en las resoluciones de dichos conflictos.

“Los Tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario. Intervención de Ignacio Borrajo Iniesta”, en en MARTÍNEZ DE VELASCO, H.H., y ZAMORA ZARAGOZA, F.J. (dir.), *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Estudios de derecho Judicial, nº 95, CGPJ-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, p. 251.

¹³ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel*, asunto C-6/64.

¹⁴ Hoy ya podemos hablar propiamente de Derecho de la Unión Europea, pues con la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa desaparece el tercer pilar, y en lugar de hablar de Derecho comunitario para referirnos a los pilares comunitarizados, ya podemos hablar en sentido global de Derecho de la Unión Europea.

Por otro lado, mucho se ha escrito y discutido sobre la unidad o no del Derecho comunitario, cuestión que si bien interesante queda lejos del tema central de nuestro trabajo, sobre esto, se puede acudir a BOGDANDY, A. von, “The legal case for unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System”, *Common Market Law Review*, v. 36, nº 5, 1999, pp. 887-910; frente a esta visión unitaria se encuentra HERRMANN, C., “Much ado about Pluto. The unity of the legal order of the European Community revisited”, *Working Paper Robert Schuman Centre*, 5/2007, www.eui.eu/RSCAS/WP-Texts/07_05.pdf

d) Posibles consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con la adquisición de fuerza jurídica de Carta de los Derechos Fundamentales y el mandato de adhesión al CEDH, sobre estas cuestiones, y por tanto respecto a la posición del Tribunal de Justicia como garante de los derechos fundamentales.

Para resolver estos interrogantes, es necesario estudiar:

1) La tutela de las libertades económicas fundamentales y la tutela de los derechos fundamentales, ambas tanto en los Tratados como en la Jurisprudencia; y la relación existente entre libertades económicas y derechos fundamentales; puesto que sin esto sería incomprensible la conciliación de los supuestos conflictivos entre ambas categorías.

2) El conflicto entre las libertades económicas fundamentales y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, atendiendo a su posible clasificación y valorando la forma de resolución de los mismos por parte del Tribunal.

3) La tutela de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales constitucionales o supremos nacionales en los Estados miembros como límites a la integración económica europea puesto que, en primer lugar, con la doctrina de los “contralímites” han tenido una influencia decisiva en la evolución de la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia y en la propia resolución de los conflictos de éstos con las libertades fundamentales por parte del Tribunal de Justicia; y en segundo lugar, porque los derechos fundamentales nacionales pueden constituir límites al Derecho de la Unión, y por tanto, los Tribunales constitucionales o supremos pueden influir en la resolución de los conflictos entre libertades económicas fundamentales y derechos fundamentales.

- ESTRUCTURA

Por tanto, el trabajo se estructurará en tres puntos o capítulos:

1. INTEGRACIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Estudiaremos la protección de las libertades económicas fundamentales y los derechos fundamentales en los Tratados, y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; así como también la relación entre ambas categorías en dicha jurisprudencia.

2. CONFLICTO ENTRE LIBERTADES FUNDAMENTALES DE MERCADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

Atenderemos a las situaciones de encuentro entre libertades y derechos fundamentales que hayan supuesto sinergias o conflictos, bien sean conflictos indirectos así como directos surgidos entre ambas categorías. En estos últimos supuestos diferenciaremos entre los conflictos donde ha primado el acento constitucional de los derechos, y los conflictos entre libertades económicas y derechos sociales donde la balanza parece recaer a favor de las primeras.

3. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ESTADOS MIEMBROS COMO LÍMITES A LA INTEGRACIÓN EUROPEA

No se pueden estudiar los conflictos entre las libertades económicas fundamentales y los derechos fundamentales en la Unión Europea sin atender a la esfera estatal, y por tanto, a la tutela de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales nacionales, y en especial de los Tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros, algunos de los cuales han asumido la doctrina de los “contralímites” para garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales en sus Estados miembros; y cuyo papel también ha tenido una especial influencia en la tutela de los derechos fundamentales que ha ejercido el Tribunal de Justicia.

**CAPÍTULO 1. INTEGRACIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y LA
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

CAPÍTULO 1. INTEGRACIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Para conocer el origen de la integración europea debemos echar la vista atrás, y fijarnos en la conocidísima Declaración de 9 de mayo de 1950 de Schuman.¹⁵ Esta declaración sentó las bases que permitieron la elaboración y aprobación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, por parte de los Estados fundadores (Bélgica, República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos)¹⁶:

-el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA) de 18 de abril de 1951;¹⁷

- y los Tratados de la Comunidad Económica Europea (TCEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA), ambos de 27 de marzo de 1957.¹⁸

Estos Tratados pretendían crear un mercado común;¹⁹ para cuya realización efectiva eran esenciales cuatro libertades fundamentales que se subordinaban a dicho objetivo: la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.²⁰

¹⁵ Como es sabido la Declaración Schuman de 1950 hacía una oferta directa a Alemania para la puesta común de producciones de base (carbón y acero) que era esencial para la industria siderúrgica del momento, de tal forma que “toda guerra entre Francia y Alemania devenga no solamente impensable, sino materialmente imposible”, con la institución de una Alta Autoridad, cuyas decisiones vinculen a Francia, Alemania y los demás países que se adhieran. Por tanto, había una oferta abierta para sentar las bases comunes para el desarrollo económico como primera etapa de “la Federación Europea”, si bien eran conscientes de que Europa “no se hará de golpe, ni en una construcción simultánea; se hará a través de realizaciones concretas”. Vid. Declaración de 9 de mayo de 1950 de Robert Schuman, http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_es.htm.

¹⁶ No podemos detenernos en el estudio histórico de la formación de las Comunidades, así como su evolución histórica, se puede acudir a: GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El sistema institucional de las Comunidades Europeas: de los tratados constitutivos y el Acta Única al proyecto de Tratado sobre la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1988; TRUYOL SERRA, A., *La integración europea. Análisis histórico-documental con textos y documentos [I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)]*, Tecnos, Madrid 1999; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *La Unión Europea en sus documentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; ALDECOA LUZARRAGA, F., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos [II Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)]*, Tecnos, Madrid, 2002; CRAIG, P. y DE BURCA, G. (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008; DEDMAN, M. J., *The origins and Development of the European Union (1945-2008). A History of European Integration*, Routledge, 2ª edición, Routledge, Abingdon, Oxon, 2010. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2010, pp. 15-56.

¹⁷ La oferta abierta de la Declaración Schuman, fue acogida, además de por Alemania, por Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, y las negociaciones abiertas en París en junio de 1950 cristalizaron el 18 de abril de 1951 con la firma del Tratado CECA, que entró en vigor el 25 de julio de 1952. La relevancia de la Declaración Schuman ha hecho que el 9 de mayo sea el consagrado como “El día de Europa”.

¹⁸ Estos dos Tratados son fruto de una iniciativa del Benelux (Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) presentada en la Conferencia de Messina (1955) para avanzar en la integración tras los fracasos de la Comunidad Europea de Defensa y de la Comunidad Política Europea.

En 1973, se produce la primera ampliación en las Comunidades Europeas, con la adhesión del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. En 1981, la segunda, con la adhesión de Grecia; y en 1986 la tercera con la incorporación de España y Portugal, elevándose la cifra de miembros a 12.

En este tiempo, en la evolución del mercado común, se habían detectado algunos problemas, y se pusieron de manifiesto en el Informe *Tindemans*, en 1975, que precisaba algunas reformas necesarias, pero no se llega a ningún acuerdo. Proliferan proyectos o informes sobre la reforma de las Comunidades (*Informe de los Tres Sabios* de 1979; el proyecto *Genscher-Colombo* de 1981, y el proyecto *Spinelli* de 1984) que no tienen éxito.

La Comisión Europea elaboró el Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior;²¹ que junto a los informes del Comité para las cuestiones institucionales de diciembre de 1984, y de marzo de 1985, sirvieron de base para aprobar el Acta Única Europea de 1986, que reformaba los Tratados constitutivos.²²

Además, el Acta Única Europea (AUE) modifica la noción de “mercado común” por la de “mercado interior” para enfatizar una voluntad de unidad de mercado.²³

En efecto, el nuevo concepto concretaba que se pretendía conseguir “un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada conforme a las disposiciones del presente Tratado”.²⁴

¹⁹ El art. 2 TCEE en su redacción original establecía que la misión de la Comunidad era “promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran”

²⁰ Apartados a, b, y c del art. 3 TCEE.

Vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, 2ª edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008, pp. 17 y ss.

²¹ COM (85) 310 de 9 de septiembre, presentado al Consejo en junio de 1985.

²² El Acta Única Europea fue firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, y en La Haya el 28 de febrero de 1986, entrando en vigor el 1 de julio de 1987.

²³ Se trataba de solventar los problemas derivados de la existencia de muchas barreras y restricciones que suponían obstáculos para la consolidación del mercado, puestos de manifiesto en el Libro Blanco sobre la consecución del Mercado Interior. Vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., p. 18

LIDFELDT considera que el cambio del término de “from that of common market to internal market has in practise had little effect and they are likely to be understood as synonymous concepts”. Vid. LINDFELT, M., *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, Åbo Akademi University, Åbo, 2007, p. 188.

El AUE conduciría inexorablemente al Tratado de la Unión Europea.²⁵ Este Tratado fue adoptado el 7 de febrero de 1992 en Maastricht, y creó la Unión Europea fundada sobre las Comunidades, y asentándose sobre el acervo comunitario.²⁶

El art. 2 TCE tal y como se modifica, establece que se pretende conseguir “un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto grado de convergencia social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros”; y establece en el arts. 3 y 4 TCE como instrumentos necesarios para los mismos el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria.²⁷

Al mismo tiempo, el preámbulo del TUE proclamaba la adhesión de los Estados miembros al principio de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; y el compromiso de la Unión Europea de respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En 1995, se produce una nueva ampliación, con la incorporación de tres Estados miembros: Suecia, Finlandia y Austria.²⁸

Un año más tarde, sería la Conferencia Intergubernamental de 1996 la que trataría de dar un nuevo impulso a la integración, origen del Tratado de Ámsterdam.²⁹ Este Tratado introduce en el art. 2 TCE como nuevos objetivos “la igualdad entre el hombre y la mujer” y “un alto grado de competitividad”.

Además, establece una norma que vincula la UE a los Derechos Humanos, disponiendo que se basaría en los principios de libertad, democracia, respeto de los

²⁴ Art. 8ª, párrafo segund del TCEE introducido por el AUE. Sobre esta evolución, vid. MORTELMANS, K., “The Common Market, the Internal Market and the Single Market, what’s in a market?”, *Common Market Law Review*, v. 35, nº 1, 1998, pp. 101-136.

²⁵ MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 1ª edición, McGraw-hill, Madrid, 1996, p. 25.

²⁶ Ídem, p. 26.

El Tratado de la Unión Europea se firma en Maastricht el 7 de febrero de 1992, y entró en vigor el 1 de noviembre del año siguiente.

²⁷ La unión económica y monetaria se erige en “el complemento indispensable de la consolidación del mercado interior”. Vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., pp. 19-20.

²⁸ También estaba prevista la incorporación de Noruega, pero el referéndum para la adhesión tuvo un resultado negativo.

²⁹ MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 39 y 40.

El Tratado de Ámsterdam se firma en Luxemburgo el 2 de octubre de 1997, y entra en vigor el 1 de mayo de 1999.

derechos humanos y las libertades fundamentales, y mantenía su compromiso con el respeto de los derechos consagrados por el CEDH.³⁰ También modificaba el TCE, disponiendo que la política comunitaria en el ámbito de la cooperación al desarrollo contribuiría al objetivo de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.³¹

Posteriormente, es importante detenernos un momento en el Consejo de Niza. Esta reunión culmina con el Tratado de Niza,³² que deja intactos los objetivos previstos en el art. 2 TCE, y las acciones previstas en los arts. 3 y 4 del mismo, relativas a la consecución del mercado y de la unión económica y monetaria.³³

Al mismo tiempo, introduce pequeñas modificaciones en materia de derechos humanos, en el Tratado de la Unión Europea,³⁴ y en Tratado de la Comunidad Europea.³⁵

Sin embargo, el Consejo de Niza es relevante, porque en su seno se adoptó la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, a través de una Declaración de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de 7 de diciembre de 2000.³⁶

Además, el Acta Final del Tratado de Niza llevaba aneja una Declaración sobre el futuro de la Unión, donde se solicitaba un debate amplio y profundo sobre el desarrollo futuro de la Unión Europea, y que permitió la apertura de un proceso de debate. En Diciembre de 2001, el Consejo Europeo acordó la llamada *Declaración de Laeken* para impulsar el proceso, y acordó la constitución de una Convención, que comenzó los trabajos el 28 de febrero de 2002 para preparar un proyecto de reforma de

³⁰ Art. 6.1 y 2 Tratado de la Unión Europea.

³¹ Art. 177. 2 TCE.

³² El Tratado de Niza, se firma el 26 de febrero de 2001 en la ciudad de Niza, y entra en vigor el 1 de febrero de 2003.

³³ Al respecto vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., p. 19, nota 6.

³⁴ Quizá cabe destacar la introducción de un mecanismo de carácter preventivo para el procedimiento del art. 7 TUE. Vid. KELLER, H., y SCHNELL, C., “International Human Rights Standards in the EU – A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?”, *Swiss Review of International and European Law*, nº 1, 2010, p. 7.

³⁵ CASTILLO DAUDÍ, M., “Los derechos humanos en la Unión Europea”, *Cuadernos de Integración Europea*, nº 4, 2006, p. 26. Vid. también su trabajo anterior, CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los derechos humanos en las Comunidades Europeas y la Unión Europea” en VILATA MENADAS, S. (coord.), *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho europeo. Situación y perspectivas tras cincuenta años*, Universitat de València, Valencia, 2005, pp. 119-142.

³⁶ La forma que optó por adoptar fue la de una *Declaración de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo*. Esta carta fue publicada en el DOCE de 18 de diciembre de 2000, I Serie C, C-364/01.

los Tratados. *La Convención sobre el futuro de Europa* concluiría en un “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, presentado al Presidente del Consejo Europeo en Roma, el 18 de julio de 2003.³⁷

A la Conferencia Intergubernamental que trabajó sobre dicho proyecto, se invitó a los países candidatos que hubieran terminado sus negociaciones de adhesión, así como también en calidad de observadores, a aquellos Estados candidatos que no las hubieran concluido. Dicha Conferencia comenzó a trabajar, y sin que se llegaran a aprobar una reforma, se produjo la adhesión prevista de 10 nuevos Estados miembros, el 1 de mayo de 2004: Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Eslovenia, Chipre y Malta.

El 18 de junio de 2004, los Jefes de Estado y de Gobierno de los 25 Estados miembros aprobaron el *Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, que incorporaba la Carta de Derechos Fundamentales adaptada para su inclusión en el mismo (Parte II, arts. II-61-114). No obstante, no llegaría a entrar en vigor, pues tras el rechazo en los referéndums francés y holandés, muchos otros Estados miembros mostraron su rechazo al proyecto.³⁸

Tras dicho fracaso, se inició un largo periodo de incertidumbre sobre el futuro de la reforma, que no excluyó que hubiera una nueva ampliación, con la adhesión de Rumanía y Bulgaria el 1 de enero de 2007.

Finalmente, la Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007 dejó claro que se no había posibilidad de seguir con el proyecto de Tratado constitucional. Posteriormente, el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007, convocó una nueva Conferencia Intergubernamental para reformar los Tratados, pero según un mandato preciso. Y en la Cumbre de Lisboa, que se celebró los días 18 y 19 de octubre, se acordó el Tratado de Reforma de los Tratados constitutivos, denominado Tratado de Lisboa, que se firma el 13 de diciembre en la capital portuguesa.³⁹

Por otro lado, se adaptó y actualizó el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, eliminando las adaptaciones que se había hecho

³⁷ Sobre la Convención, vid. ROIG MOLÉS, E., “Continuidad y refundación; deliberación y decisión: el proceso de la Convención y la reforma de los Tratados”, en ALBERTI ROVIRA, A. (dir.), *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 17-131; CALONGE VELÁZQUEZ, A., “Preparación y elaboración de la Constitución para Europa: la Convención sobre el futuro de Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 8, 2005, pp. 53-70.

³⁸ MANGAS MARTÍN, A., “Introducción. El Compromiso con los derechos fundamentales”, en MANGAS MARTÍN, A., (ed.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, p. 64.

³⁹ Ídem.

para su inclusión en el proyecto de Tratado constitucional, proclamándose de forma solemne en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa.⁴⁰

El Tratado de Lisboa recoge buena parte del proyecto de Tratado constitucional;⁴¹ si bien a diferencia del antedicho proyecto no supone un Tratado sustitutivo de los Tratados constitutivos, sino una modificación de los mismos, afectando tanto al TUE, el TCE, y el TCEEA.⁴²

En este sentido, atribuye a la Unión Europea personalidad jurídica de forma expresa, sucediendo a la Comunidad Europea. El Tratado de la Unión Europea (TUE)

⁴⁰ Esta versión de la Carta fue aprobada por el Parlamento europeo el 29 de noviembre de 2007 (P6_TA-prov(2007)0573, A6-0445(2007)), y proclamada y firmada por las tres instituciones, el 12 de diciembre de 2007.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1916&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en> (Último acceso 22 de febrero 2011).

Se publica en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 2007. (DOUE C 303/01 de 14 de diciembre de 2007).

El hecho de que fuera proclamada de forma solemne en Estrasburgo, el 12 de diciembre, ha motivado que algunos autores se refieran a ella como Carta de Estrasburgo, en contraposición a la versión de Niza. Vid. PAGANO, E., “Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n° 1, 2008, www.dpce.it; PARISI, N., “Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona”, www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FunzioneCarta_dei_diritti_fondamentali.pdf, p. 16.

⁴¹ Así, del proyecto de Tratado constitucional se mantienen: la simplificación de la estructura jurídica mediante la extinción de la Comunidad Europea, las innovaciones institucionales como la Presidencia permanente del Consejo Europeo, la creación de un representante exterior e la Unión, la fórmula de la doble mayoría para la votación del Consejo por mayoría cualificada, la eficacia jurídica de la Carta (aunque mediante referencia y no incluyéndola en el texto), un mayor protagonismo al Parlamento Europeo con la extensión del procedo de codecisión, la introducción de un mecanismo de participación de los Parlamentos nacionales para la tutela y el respeto del principio de subsidiariedad; la iniciativa legislativa popular, la posibilidad de que un Estado miembro se retire de la Unión, etc. Se pierde cierta claridad, la inclusión del principio de primacía del Derecho comunitario, la simbología “constitucional” que tenía el Tratado.

Para una comparativa del Tratado constitucional y el Tratado de Lisboa, y la reforma que éste lleva a cabo, nos remitimos a MANGAS MARTÍN, A., “Europa a la medida de los gobiernos”, *Revista General de Derecho Europeo*, n° 14, 2007, www.iustel.com; MENÉNDEZ DE VIGO, I. (dir.), *¿Qué fue de la Constitución Europea? El Tratado de Lisboa: un camino hacia el futuro*, Madrid, 2007; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional -AEPDRI – celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007)*, Iustel, Madrid, 2008; ALDECOA, F., y GUINEA, M., “El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa”: la salida del laberinto”, *Real Instituto El Cano*, DT, n° 9, 2008; MATÍA PORTILLA, F.J., “Desdémona al descubierto (del Tratado Constitucional al de Lisboa)”, en MATÍA PORTILLA, F.J. (dir.), *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2010, pp. IX-XV; MILLÁN MORO, L., “El Ordenamiento comunitario, del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 26, 2010, pp. 401-438.

⁴² Respecto al TCEEA o también conocido como Tratado del Euratom, es el Protocolo n° 2 al Tratado de Lisboa el que modifica el mismo, con unas breves tres páginas, parece que dedicadas a retocar el TCEEA para adecuarlo a las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa en los otros Tratados. Sobre las modificaciones introducidas a dicho Tratado vid. SELLARÉS SERRA, J., “El EURATOM subsiste, invisible e incompatible con el tinglado comunitario”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional -AEPDRI – celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007)*, op. cit., pp. 319-330.

mantiene su denominación, pero el Tratado de la Comunidad Europea pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

El actual art. 3 del TUE proclama los objetivos de la Unión, y en su apartado tercero se dispone que:

“La Unión establecerá un **mercado interior**. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.”

Y el art. 2 TUE añade:

“La Unión se fundamenta en los **valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías**. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.”

No es menos relevante el hecho de que el TUE atribuye fuerza jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el art. 6.1 TUE en la versión de la misma proclamada el 12 de diciembre de 2007.⁴³

⁴³ Como hemos indicado con antelación, algunos autores han aprovechado para llamar a esta versión la Carta de Estrasburgo. Vid. PAGANO, E., “Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti

En resumen, si bien es cierto que el “mercado” ha constituido el corazón de la construcción sustancial de las Comunidades y de la Unión Europea; como fundamento e instrumento clave en la evolución del orden jurídico europeo junto a las libertades económicas que lo sustentan.⁴⁴ No es menos cierto que de forma progresiva los derechos fundamentales y su protección han ido ganando una mayor significación y relevancia. Así, desde el silencio que sobre los mismos guardaban los Tratados Constitutivos, ha existido un largo proceso que ha culminado en la atribución de fuerza jurídica a una Carta de Derechos Fundamentales, que ya estaría plenamente vigente, al haber entrado en vigor el Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

En este capítulo vamos a tratar precisamente de estudiar estas cuestiones: el mercado y las libertades fundamentales; los derechos fundamentales y su protección; y finalmente la interacción entre ambas categorías, cuyo análisis es necesario para el estudio del conflicto entre ambas.

fondamentali”, op. cit., PARISI, N., “Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona”, op. cit., p. 16.

⁴⁴ De hecho, se ha hablado del Mercado como corazón de la constitución sustantiva o material de la Comunidad. Así, WEILER razona que “The common market, the heart of the material or substantive constitution of the Community, was in large measure judicially ‘constituted’ and is, too, an important part of overall European constitutionalism” Vid. WEILER, J.H.H., “The Constitution of the common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods”, en CRAIG, P., DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 349-376. Incluso se ha llegado a afirmar que dicho Mercado constituiría el corazón de una “constitución económica”, vid. CASSESE, S., “La costituzione economica europea”, *Revista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, n° 6, 2008, pp. 907 y ss; MAESTRO BUELGA, G., “El Tratado de Lisboa y la Constitución económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 9, 2008, pp. 37-68. En el mismo sentido, refiriéndose a la relevancia de las cuatro libertades y la “constitución económica”, vid. CONSTANTINESCO, V., “La constitution économique de la CEE”, *Revue Trimestrielle de droit européen*, n° 2, 1977, p. 244; BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002; y CALVANO, R., *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Cedam, Padova, 2004

Se puede ver una excelente reflexión sobre lo que ha supuesto el mercado en la Unión en JACOBS, F.G., “The evolution of the European Legal Order”, *Common Market Law Review*, v. 41, n° 2, 2004, pp. 303-316. El mismo trabajo se encuentra en JACOBS, F.G., “The evolution of the European Legal Order”, en MCDONELL, A. (ed.), *A review of forty years of Community law: legal developments in the European Communities and the European Union*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, pp. 21-34.

En efecto, este autor considera al Mercado como algo fundamental en la evolución del orden legal europeo, llegando a calificarlo como “the key concept” incluso en la actualidad, p. 304. Por otro lado, el propio Tribunal de Justicia definió el mercado común “ (Sentencia de 5 de mayo de 1982, *Gaston Schul c. Inspector der Invoerrechten*, asunto C-15/81, apartado 33)

1.1. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA: EL MERCADO INTERNO COMUNITARIO Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES.

1.1.1. LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS Y EL DERECHO DERIVADO.

Las cuatro libertades económicas fundamentales han gozado desde el principio de un lugar privilegiado y es que el sistema instaurado por el TCEE estaba basado fundamentalmente en la consecución de mercado comunitario, por lo que las consideraciones de carácter social eran de una relevancia secundaria respecto a las libertades económicas.⁴⁵

Las cuatro libertades constituyen por tanto el fundamento del mercado (art. 26.2 TFUE) y están reguladas sustancialmente⁴⁶:

⁴⁵ Vid. el trabajo de POIARES MADURO, M., “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU”, pp. 449-472, también localizable en “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU”, en ALSTON, P., BUSTELO, M., HEENAN, J.,(eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Londres, 1999, pp. 455-472.

En el mismo sentido, LINDFELT, M., *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, op. cit., pp. 185 y ss.

Por esa razón algunos autores les han atribuido el status de “super derechos”. Al respecto vid. HELISKOSKI, J., “Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which paradigm?”, en PETMAN, J., KLABBERS, H. (eds.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Martinus Nijhoff Publishing, Leiden, 2004, pp. 417-443.

⁴⁶ Antes regulado en el art. 3 TCE

Hay que decir que las cuatro libertades, además de una regulación básica en los Tratados, han gozado de desarrollo legislativo a través del Derecho derivado. Nos limitamos a citar las disposiciones más relevantes puesto que hay un gran número de disposiciones que les afectan y hacer mención de todas ellas excedería de los límites e interés para este trabajo de investigación. A estos efectos se puede acceder a toda la legislación el mercado interior y las cuatro libertades en http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/index_es.htm (Último acceso el 22 de febrero de 2010)

No obstante, destacamos afectando en general a las libertades: la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; [DO L134 30.4.2004], modificada por la Directiva 2005/75/CE [DO L323 9.12.2005], el Reglamento (CE) n° 2083/2005 [DO L333 20.12.2005]; Directiva 2006/97/CE [DO L363 20.12.2006]; Reglamento (CE) n° 1422/2007 [DO L317 5.12.2007]; Directiva 2009/81/CE [DO L216 20.8.2009]; y el Reglamento (CE) n° 1177/2009 [DO L315 1.12.2009]

Para un estudio de las cuatro libertades seguimos esencialmente los estudios de BARNARD, C., y SCOTT, J. (eds), *The Law of the Single European Market*, Hart Publishing, 2002; DAVIES, G., *European Union Internal market Law*, Cavendish Publishing, Londres, 2002; BARNARD, C., *The substantive law of the EU, The four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007; y PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit.

1) **la libre circulación de mercancías** se encuentra regulada en los arts. 28-37 TFUE;⁴⁷ siendo importante destacar también el *Reglamento (CE) 2679/98 del Consejo, de 7 de diciembre de 1998, sobre el funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros*, por el que se establece un nuevo mecanismo de intervención para asegurar la libre circulación de mercancías en situaciones conflictivas.⁴⁸

2) **la libre circulación de personas-trabajadores**, está regulada en los arts. 45 a 48 TFUE,⁴⁹ y en el Reglamento CEE 1612/68 de 15 de octubre de 1968;⁵⁰

Se ha destacado que la libre circulación de trabajadores queda “funcionalizada” y reconducida a la libre prestación de servicios, lo que se ha dicho es una muestra de

⁴⁷ La libre circulación de mercancías se regula de forma específica en dicho Título II de la Tercera Parte del TFUE, en los arts. 28-37. Los arts. 28.1 y 30 TFUE (antiguos arts. 23 a 31 del Título I de la Tercera Parte del TCE) prohíben los derechos de aduana y las exacciones de efecto equivalente; los arts. 34 a 36 TFUE (antiguos arts. 28 a 30 TCE) establecen la supresión de las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente; y el art. 37 (antiguo art. 31 TCE) regula la adecuación de los monopolios nacionales de carácter comercial; finalmente, el art. 110 TFUE (antiguo art. 90 TCE) de forma separada regula la supresión de los impuestos internos de carácter discriminatorio y protector.

Para un estudio de la regulación específica de esta libertad vid. OLIVER, P., *Free movements of goods in the European Community*, Sweet & Maxwell, Londres, 1996; GORMLEY, L. W., *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford University Press, Oxford, 2008; y PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., pp. 23-82.

⁴⁸ [Diario Oficial L 337 de 12.12.1998] Este Reglamento permite a la Comisión solicitar a través de una notificación al Estado miembro que adopte las medidas necesarias para eliminar un obstáculo que sea manifiesto y específico respecto a la libre circulación de mercancías, estando previsto que en caso de que no lleve a cabo esta eliminación del obstáculo, la Comisión podría enviar un dictamen motivado (que está previsto y regulado en el art. 258 TFUE, antiguo art. 226 TCE). Sobre este mecanismo vid. GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El nuevo mecanismo de intervención para asegurar la libre circulación de mercancías en situaciones conflictivas”, *Gaceta Jurídica de la CE*, B-128, 1997, pp. 17-24; y MATTERA, A., “El Reglamento nº 2679/98: un instrumento de intervención rápida para salvaguardar la unidad de Mercado Interior”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 204, 1999, pp. 21-35.

También es relevante el Reglamento (CE) nº 764/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen procedimientos relativos a la aplicación de determinadas normas técnicas nacionales a los productos comercializados legalmente en otro Estado miembro y se deroga la Decisión nº 3052/95/CE; Esta Decisión que queda derogada establecía el procedimiento de “información mutua sobre las medidas nacionales de excepcional principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad”.

⁴⁹ Antiguos arts. 39 a 42 TCE. Se trata de una libertad de movilidad de personas, nacionales de los Estados miembros que se desplazan a otros Estados miembros para trabajar por cuenta ajena, inspirándose en el principio de igualdad de trato o de no discriminación por razón de nacionalidad respecto de los trabajadores nacionales de los Estados miembros.

Para un estudio de la regulación específica, vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., pp. 83-120

⁵⁰ [DO L257 de 19 de octubre de 1968]. Este Reglamento ha sido objeto de numerosas modificaciones: Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo [DO L 39 de 14.2.1976]; Reglamento (CEE) nº 2434/92 del Consejo [DO L245 de 26.8.1992]; Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo [DO L158 de 20.4.2004].

subordinación del trabajo al mercado;⁵¹ sin perjuicio de que quizá ha sido más relevante su evolución hacia la libre circulación de personas.⁵²

3) **la libre circulación de servicios**, que está conformada por el derecho de establecimiento, regulado en los arts. 49-54 TFUE;⁵³ y la libre prestación de servicios, prevista en los arts. 56-62 TFUE, siendo relevantes las Directivas 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior;⁵⁴ la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios;⁵⁵ la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y suministro;⁵⁶ la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales;⁵⁷

4) **la libre circulación de capitales**, que contempla la libre circulación de capital y pagos, está regulada en los arts. 63-65, y 75 TFUE⁵⁸. Se trata de la libertad

⁵¹ Vid. en este sentido LO FARO, A., “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, *Lavoro e diritto*, v. 22., n° 1, 2008, pp. 63-98; PATRUNO, L., “Il Caso Ruffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella “via giudiziaria al dumping sociale” accesible en www.costituzionalismo.it, (Último acceso 2 de enero de 2011); MAESTRO BUELGA, G., “El Tratado de Lisboa y la Constitución económica”, op. cit., pp. 43-44

⁵² Vid. CASTRO OLIVEIRA, A., “Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship”, *Common Market Law Review*, v. 39, n° 1, 2002, pp. 77-127.

⁵³ Estamos hablando de dos conceptos, por un lado el derecho de establecimiento, regulado en los arts. 49-54 TFUE (antiguos arts. 43 -48 TCE) y de la libre prestación de servicios, regulado en los arts. 56-62 TFUE (antiguos arts. 49-54 TCE). Sin embargo, como libertades personales referidas a los trabajadores autónomos el art. 62 TFUE (antiguo art. 55 TCE) establece una conexión entre ellas, estableciendo que “Las disposiciones de los arts. 45 a 48 inclusive son aplicables al ámbito regulado por el presente capítulo”.

Para un estudio específico de esta libertad, vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., pp. 120-151.

⁵⁴ En cuanto al Derecho derivado hay que tener en cuenta la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 376 de 27 de diciembre de 2006) conocida popularmente como la Directiva “Bolkestein”, cuyo plazo límite de incorporación en los estados miembros era el 28 de diciembre de 2009.

⁵⁵ [DO L18 21.1.1997]

⁵⁶ [DO L373 21.12.2004]

⁵⁷ [DO L255 30.9.2005] modificada por la Directiva 2006/100/CE [DO 363 20.12.2006], y el Reglamento (CE) n° 1127/2008 [DO L311 21.11.2008]

⁵⁸ Efectivamente, esta libertad se encuentra regulada en los arts. 63-65, y 75 TFUE (antiguos arts. 56-60 TCE).

Para un estudio específico de esta libertad y la evolución y desarrollo de la misma vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías,*

que más ha tardado en desarrollarse, pero probablemente la que ha alcanzado un desarrollo más pleno.⁵⁹ Cabe destacar, entre otras, la Directiva 2007/64/CE de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior.⁶⁰

En el régimen jurídico de las libertades económicas fundamentales siempre se ha previsto la prohibición de restricciones a las mismas, pero no de forma absoluta, permitiéndose restricciones que estuvieran justificadas.

Así, para garantizar la efectividad de la **libre circulación de mercancías** se prohíbe en los intercambios de mercancías entre los Estados miembros la aplicación de derechos de aduana y de otras tasas o exacciones de efecto equivalente en los arts. 28.1 y 30 TFUE (antiguos arts. 23 y 25 TCE); prohíben como obstáculos en los intercambios comerciales intracomunitarios las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente en los arts. 34 y 35 TFUE (ex arts. 28 y 29 TCE);⁶¹ se exige que se adecúen los monopolios nacionales de carácter comercial en el art. 37 TFUE (antiguo art. 31 TCE);⁶² se prohíben las restricciones derivadas de disposiciones nacionales sobre

personas, servicios y capitales, op. cit., pp. 185-204; HINOJOSA, L.M., *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva de europea*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.

⁵⁹ En este sentido, PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., pp. 185-204.

La libre circulación de capitales se desarrolló a través de las Directivas de 11 de mayo de 1960 [JOCE nº 43 de 14 de julio de 1960], y Directiva 63/21/CEE DE 18 de diciembre de 1962 [JOCE nº 9, de 22 de enero de 1963] que permanecieron hasta la reforma llevada a cabo por la Directiva 85/583/CEE

⁶⁰ [DOUE L319 de 5 de diciembre de 2007]; por supuesto, también son destacables la Directiva 2005/60/CE de 26 de octubre de 2005, relativa a laprevención de la utilización del sistema inancero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo [DOUE L309 de 25 de noviembre de 2005]; el Reglamento (CE) 1889/2005 de 26 de octubre de 2005, relativo a los controles de la entrada o salida de dinero efectivo de la Comunidad [DOUE L309 de 25 de noviembre de 2005]; la Directiva 2003/48/CE de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.[DOUE L157 de 26 de junio de 2003]; también hay que tener en cuenta la *Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores*. [DO L 294 de 10.11.2001]; y la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores [DO L 166 de 11.6.1998]

⁶¹ Si bien el concepto de derecho de aduana no ha planteado problemas, sí lo ha hecho el de tasas o exacciones de efecto equivalente, siendo resuelto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que en la Sentencia de 14 de diciembre de 1962, *Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo y Reino de Bélgica*, asuntos C-2 y 3/62, consideró que constituían exacciones de efecto equivalente los derechos que gravaban en Bélgica y Luxemburgo gravaban la expedición de licencias para importar determinados tipos de productos, entendiéndose que “toda carga pecuniaria, que no constituye propiamente un derecho de aduana, que es unilateralmente impuesta por un Estado miembro, ya sea en el momento de su importación o posteriormente, y que grava exclusivamente el producto importado de otro Estado miembro: alterar el precio de venta de la mercancía importada, ese gravamen produce el mismo efecto que un derecho de aduana y, por tanto, constituye una restricción a la libre circulación de mercancías”.

⁶² La noción de restricción cuantitativa se ha entendido como toda disposición interna de un Estado que prohíbe o limita cuantitativamente, de forma real o de forma potencial el volumen de transacciones comerciales con otros Estados miembros, vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit.,

impuestos indirectos en el art. 110 TFUE (antiguo art. 90 TCE); y los arts. 34 a 36 TFUE (antiguos arts. 28 a 30 TCE);⁶³

Lo que nos interesa resaltar es que si bien se prohíben las restricciones cuantitativas y las medidas de efecto equivalente como obstáculos (arts. 34 y 35 TFUE), el 36 TFUE (ex art.30 TCE) prevé la posibilidad de establecer “prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial.” Teniendo en cuenta que “tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.”

En relación a **la libre circulación de personas** es el art. 45 TFUE (antiguo 39 TCE) el que establece la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros en el apartado segundo “con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo”, mientras que el apartado tercero del mismo artículo concreta el derecho “sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”⁶⁴.

En cuanto a **la libre prestación de servicios**, los arts. 49 y 56 (antiguos arts. 43 y 49 TCE) regulan la asimilación de los nacionales de un Estado miembro a los nacionales del país de acogida para garantizar que no se produce una discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito del derecho de establecimiento o de la prestación de servicios.⁶⁵

p. 42, cuestión que confirmó el TJCE en la sentencia de 8 de febrero de 1983, *Comisión c. Reino Unido*, asunto C-124/81; y la de medidas de efecto equivalente, ha sido definida por el propio Tribunal en la sentencia *Dassonville*, entendiéndose por tal “toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar directa o indirectamente real o potencialmente, el comercio comunitario”, vid. Sentencia de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, asunto C-8/74. Vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., p. 42)

⁶³ La regulación de los arts. 28 a 37 y el 110 TFUE (antiguos arts. 23 a 31 y 90 TCE) prevén las restricciones imputables a los poderes públicos, en cuanto a las restricciones derivadas de acuerdos entre empresas o prácticas concertadas que pueden afectar al ámbito de la libertad de comercio, se regula en las normas sobre la libre competencia, en los arts. 101-106 TFUE (antiguos arts. 81 a 86 TCE) pero no nos vamos a dedicar a ellos debido a que no se han planteado cuestiones en relación a conflictos con derechos fundamentales.

⁶⁴ Hay que considerar que el art. 45.4 TFUE establece claramente la excepción de los empleos en la administración pública, a los que no será de aplicación lo dispuesto en el art. 45.

⁶⁵ Desde los comienzos de las Comunidades se pretendía conseguir la supresión progresiva de las restricciones a estas dos libertades, para lo que se estableció un mandato a este respecto en los arts. 52 y 59 del TCEE, y se establecía que el Consejo debía antes del 31 de diciembre de 1961 adoptar dos

El art. 49 TFUE prohíbe las restricciones al derecho de establecimiento; y el art. 56 TFUE prohíbe las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros. Las excepciones que se posibilitan respecto a la libertad de establecimiento están basadas en razones de orden público, seguridad y salud pública, según el art. 52.1 TFUE (antiguo art. 46.1 TCE); y para la prestación de servicios se prevé que mientras se mantengan restricciones de prestación de servicios están se deben aplicar sin distinción de nacionalidad o residencia (art.61 TFUE, antiguo art. 54 TCE); y el art. 16.2 de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior permite las restricciones justificadas en el orden público, la seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente.

Es relevante, no obstante, destacar que la libre prestación de servicios es de carácter temporal frente a la libertad de establecimiento de carácter permanente en relación a su ejercicio, puesto que consiste en una instalación duradera en un Estado miembro; por otro lado, la persona que se establece en otro país queda sujeto a la legislación nacional del país de acogida, mientras que quien se desplaza a prestar un servicio continúa sometido a la ley de su Estado de origen, y la normativa del país de acogida queda para determinados supuestos previstos en la normativa de armonización, la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior posibilita condicionar esta aplicación de la legislación de acogida por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección de medio ambiente siempre que se respeten los principios de no discriminación, proporcionalidad y necesidad.⁶⁶

Respecto a la **libre circulación de capitales**, tenemos que tener en cuenta que el art. 63 TFUE (antiguo art. 56 TCE) prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales y a los pagos entre Estados miembros e incluso entre éstos y terceros países;⁶⁷ permitiéndose solamente excepciones a los movimientos de capitales con terceros países (esto es así desde la última fase de la unión económica y monetaria iniciada el 1 de enero de 1999) prevista en el art. 63 TFUE (antiguo art. 56 TCE) y que permite a los

programas generales para determinar las condiciones necesarias para la plena realización de las dos libertades, adoptándose el 18 de diciembre de 1961, pero eran documentos sin eficacia jurídica, por lo que se adoptó algunas Directivas que posibilitaron suprimir discriminaciones basadas en la nacionalidad: Directivas en materia agricultura, comercio, industria, trabajos públicos, industria cinematográfica, bancos y seguros, pero no todas las necesarias. Sin embargo, la falta de aprobación de las Directivas necesarias no impidió que el Tribunal de Justicia garantizara la eficacia jurídica directa de los entonces arts. 52 y 59 en el derecho interno, en la sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, asunto C-2/74)

⁶⁶ Vid. PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, op. cit., p. 22.

⁶⁷ El TJCE consagró el efecto directo del art. 56 TCE en las sentencias de 14 de diciembre de 1995, *Sanz de Lera y otros*, asuntos acumulados C-163/94, 165/94 y 250/94.

Estados miembros mantener las restricciones que se aplicaban a 31 de diciembre de 1993 pero sólo para los movimientos especificados (inversiones directas, los movimientos de capitales relacionados con el establecimiento y la prestación de servicios financieros, y la admisión de valores en los mercados de capitales). También es importante tener en cuenta que el art. 66 TFUE (antiguo art. 59) prevé la posibilidad de que cuando en circunstancias excepcionales causen o amenacen causar dificultades graves para el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria, el Consejo puede decidir por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo, medidas de salvaguardia durante un periodo máximo de seis meses y siempre que sean estrictamente necesarias, en relación con los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos. Y el art. 68 TFUE (antiguo art. 58 TCE) que declara compatible la libre circulación de capitales con el mantenimiento por los Estados miembros de una legislación fiscal que diferencie entre contribuyentes residentes y no residentes, admitiendo una tributación más favorable para los no residentes.

1.1.2. LAS RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES ECONÓMICAS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL JUSTICIA.

No se puede obviar el papel que ha jugado el TJCE en la protección de estas cuatro libertades en la construcción de la integración europea; siendo especialmente relevante para nuestro objeto de estudio la jurisprudencia que ha desarrollado las restricciones a las libertades económicas fundamentales previstas en los Tratados, siendo sobre todo su jurisprudencia sobre estas restricciones en el ámbito de la libre circulación de mercancías la que ha adquirido una mayor relevancia, desarrollo y que ha terminado influyendo en el ámbito de las otras libertades.

Así, y respecto a la libre circulación de mercancías, para cuya garantía, como hemos visto, se prohibían las restricciones o medidas de efecto equivalente, el TJCE precisó el concepto de estas medidas de efecto equivalente en la sentencia

Dassonville;⁶⁸ pero después permitió restricciones que persiguieran intereses legítimos no contemplados de forma expresa en los Tratados en la sentencia *Cassis de Dijon*.⁶⁹

Efectivamente, en la sentencia *Dassonville* se construye la base de la doctrina sobre la “medida de efecto equivalente”, entendiendo por tal “toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario” lo que sirve para clarificar tanto la noción de medidas de efecto equivalente como la de restricciones justificadas.⁷⁰ En definitiva, toda regulación estatal que pueda suponer un obstáculo directo o indirecto, real o potencial al comercio intracomunitario se considera como una “medida de efecto equivalente”, sin necesidad que exista una discriminación directa o indirecta de productos de otros Estados miembros; concepto que se ha mantenido en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁷¹

Se trataría de que concurrieran dos elementos, que se trate de una medida estatal, y que ésta produzca un efecto restrictivo sobre los intercambios intracomunitarios.⁷² Pero dicha medida estatal puede ser fruto de todos los órganos del Estado, ya sean

⁶⁸ *Dassonville*, C-8/74, op. cit.

Para un análisis de esta sentencia respecto a la eliminación de los obstáculos no tarifarios vid. MOINHO DE ALMEIDA, J.C., “Eliminação dos obstáculos não tarifários”, *Direito comunitário a ordem jurídica comunitária. As liberdades fundamentais na CEE*, Lisboa, 1985, pp. 295-298;

⁶⁹ Sentencia de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, asunto C-120/78.

Para un análisis actual del significado tanto de *Dassonville* como de *Cassis*, vid. ROSAS, A., “Life after *Dassonville* and *Cassis*: Evolution but No Revolution”, en POIARES MADURO, M., AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., pp. 433-446; BERNARD, N., “On the Art of Not Mixing One’s Drinks: *Dassonville* and *Cassis de Dijon* Revisited”, en POIARES MADURO, M., AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., pp. 456-464

⁷⁰ WYATT, D., “Article 30 and Non-Discriminatory Trade restrictions”, *European Law Review*, nº 6, 1981, p. 185.

⁷¹ Como dice CHALMERS, “These words have been repeated as an item of faith by the Court and commentators even since” Vid. CHALMERS, D., “Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to scotch whisky”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 42, nº 2, 1993, p. 275.

Para una mayor profundización sobre el concepto de las medidas de efecto equivalente, vid. MARTINEZ LAGE, S., “La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas”, en RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (coord.) *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 712-770; LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión del concepto de medida de efecto equivalente”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 16, nº 3, 1994, pp. 379-417; del mismo autor “Medidas de efecto equivalente y aplicación reciente de la jurisprudencia Keck. Comentario a la sentencia del TJCE de 15 de julio de 2004, Douwe Egberts”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2005, www.iustel.com.

⁷² PAGE, A.C., “The Concept of Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions”, *European Law Review*, nº 2, 1977, p. 102.

centrales, federales, regionales, municipales, o bien correspondan a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial.⁷³

La doctrina *Dassonville* suponía que el TJCE podía controlar cualquier norma nacional que potencialmente pudiera afectar al mercado, incluso en ámbitos de competencia estatal.⁷⁴ Además, produciría un efecto “spillover”, esto es, “de extensión y potenciación de sus efectos a ámbitos diferentes a los que estaba originalmente prevista”;⁷⁵ pudiendo llegar a afectar considerablemente a las regulaciones nacionales.⁷⁶

Sin duda alguna, *Dassonville* es importante, porque relanza la libre circulación de mercancías y sirve en su momento para intensificar el proceso de integración a través del mercado;⁷⁷ si bien no se puede obviar que también ha evolucionado pues en la sentencia *Keck y Mithouard* flexibiliza su examen aceptando restricciones que tengan efecto en todos los operadores comunitarios.⁷⁸

⁷³ LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión del concepto de medida de efecto equivalente”, op. cit., p. 380-384.

Estamos ante una definición amplia y extensa de las medidas de efecto equivalente, lo que ha supuesto que se incluyan como tales reglamentaciones comerciales de los Estados miembros sin efectos proteccionistas, pero que suponían obstáculos de forma indirecta al comercio intracomunitario.

⁷⁴ POIARES MADURO, L.M., “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the European Union”, op. cit. (I), p. 451; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, XX Congreso Nacional Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, mayo de 2009, www.aedtss.com/TERCERA_PONENCIA_MRPR.doc, pp. 12 y ss. (Último acceso el 20 septiembre de 2010), pp. 12 y ss.

⁷⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, op. cit., p. 12.

⁷⁶ Estos peligros fueron pronto puestos de manifiesto por DAVIES, en la medida que entendía que las reglas desarrolladas por el Tribunal de Justicia “son potencialmente muy destructivas de las regulaciones nacionales”, DAVIES, P., “Market integration and social policy in the Court of Justice”, *Industrial Law Journal*, nº 24, 1995, p. 587

⁷⁷ Algunos autores han estudiado el fenómeno de la potenciación de la interacción por medio del mercado desde una visión funcionalista explicando incluso la evolución desde el mercado común, el mercado interior, y la unión económica y monetaria. Vid. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, op. cit., p. 13; DAGTOGLOU, O., “Naturaleza jurídica de la Comunidad Europea”, en AAVV., *Treinta años de Derecho Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1984, p. 43. Este autor dice que esta evolución se basa en “el carácter extensivo de los objetivos y actividades de la Comunidad”.

Debemos señalar que *Dassonville* también motivó que la Comisión emitiera un comunicado relativo a las consecuencias de la sentencia (Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Cour of Justice on 20 february 1979 in Case 120/78 (‘Cassis de Dijon’), [1980] OJ C/256/2)

⁷⁸ Efectivamente, con la sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*, asuntos C-267 y 268/91, el Tribunal de Justicia refine su jurisprudencia *Dassonville* considerando que “la aplicación a productos de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros” (Apartado 16 de la sentencia) En definitiva, flexibiliza su examen aceptando restricciones que tengan efecto en todos los operadores comunitarios.

Pero hay que tener en cuenta no sólo la famosa fórmula *Dassonville*, de que todas las medias nacionales que puedan afectar directa o indirectamente, de forma actual o potencial a una libertad intracomunitaria deben ser consideradas como medidas de efecto equivalente, sino que el complemento a la misma es la consideración de que los Estados miembros pueden legítimamente tomar medidas que persiguieran un interés público, esto es, la doctrina *Cassis de Dijon*.⁷⁹ En esta sentencia introduce dos cuestiones fundamentales: En primer lugar el principio de reconocimiento mutuo; y en segundo lugar, la doctrina de las exigencias imperativas o *mandatory requirements*.

Este caso se suscitó en relación a una normativa alemana que imponía para la comercialización de ciertos licores un contenido alcohólico de 25 grados mínimo, tanto de origen alemán como extranjero. Un comerciante alemán no pudo importar crema del famoso licor francés crema de Cassis, puesto que su contenido era inferior a 20 grados. La justificación que esgrimieron las autoridades alemanas era la necesidad de informar al consumidor alemán sobre las consecuencias que podía tener para su salud bebidas con un grado de alcohol inferior al exigido en la legislación

El TJCE entendió que tal objetivo de información podía lograrse con medidas que fueran menos restrictivas como la introducción de una advertencia en la etiqueta del producto, por lo que no justificaba una medida como la impuesta que constituía una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, ya que producía el efecto de excluir del mercado alemán licores fabricados y comercializados legalmente en otros Estados miembros protegiendo los productos alemanes.

Por tanto, introduce el principio de reconocimiento mutuo, por el que los Estados miembros deben aceptar la entrada, venta y consumo en su territorio de productos que están legalmente fabricados y comercializados en otros Estados miembros; y por otro lado la doctrina de las exigencias imperativas de interés general que podrían justificar como los motivos establecidos de forma expresa en el art. 30 TCE (ahora el artículo 26 TFUE) restricciones a la libre circulación de mercancías.⁸⁰

⁷⁹ BIONDI, A., "Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights", *European Human Rights Law Review*, v. 9, nº 1, 2004, p. 54.

⁸⁰ Y por tanto estas restricciones justificarían una ruptura del principio de reconocimiento mutuo, si bien condiciona la posibilidad de justificación de las restricciones a que tales restricciones u obstáculos sean medidas indistintamente aplicables, tanto a productos nacionales como importados. Los obstáculos a la libre circulación resultantes de las disparidades de las legislaciones nacionales sobre fabricación y comercialización de productos serán aceptadas en la medida en que sean necesarias para proteger intereses u objetivos generales que no satisfaga la legislación de origen del producto.

En concreto el TJCE calificaba como exigencias imperativas los supuestos de “la efectividad de los conflictos fiscales”, “la lealtad de las transacciones comerciales”, “la protección de la salud pública”, y “la defensa de los consumidores”.

La razón de esta doctrina es sencilla, las listas de restricciones previstas en los Tratados, como hemos visto, son limitadas, y además se elaboraron en un momento histórico concreto; y esto motivó el desarrollo jurisprudencial de otras exigencias de interés general que pueden justificar las restricciones, por lo que los supuestos reconocidos en *Cassis* no constituían una lista exhaustiva.

En cualquier caso, nos interesa la cuestión de las exigencias imperativas y el desarrollo de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, ya que por esta vía se ha permitido que los Estados miembros establezcan restricciones a la libre circulación de mercancías por diversos motivos. Pero lo más relevante de todo es que si bien nacida en el ámbito de la libre circulación de mercancías, esta doctrina de las exigencias imperativas se ha aplicado a las otras libertades del mercado⁸¹: a la libre prestación de servicios, en la sentencia *Manfred Säger*;⁸² a la libre circulación de trabajadores, en la sentencia *Bosman*;⁸³ a la libertad de establecimiento, en la sentencia *Gebhard*,⁸⁴ y a la libre circulación de capitales en la sentencia *Comisión c. Bélgica*.⁸⁵

Entre las exigencias imperativas que han justificado restricciones se pueden destacar, entre otros intereses:⁸⁶ la protección de la salud⁸⁷, la protección de los

⁸¹ Aunque quizá también se pueda extender al Derecho procesal, como demostrarían, en opinión de ROSSI y CURZON, las sentencias *Schijndel* (Sentencia de 15 de junio de 1995, *Jeroen van Schijndel*, asunto C-430/93) y *Peterbroeck* (Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, asunto C-312/93). Vid. ROSSI, L.S., y CURSON, S.J., “What “Rule of Reason” for the EU Internal Market?”, *Studi sulla integrazione europea*, 2008, nº 2, p. 301.

⁸² Sentencia de 25 de julio de 1991, *Manfred Säger*, asunto C-76/90.

⁸³ Sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Jean Marc Bosman*, asunto C-415/93.

Para un estudio actual de la sentencia *Bosman*, vid. BOGAERT, S. van den., “Bosman: The Genesis of European Sports Law”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., pp. 488-497; INFANTINO, G., y MAVROIDIS, P.C., “Inherit the Wind: A Comment on the Bosman Jurisprudence”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), vid supra, pp. 498-504.

⁸⁴ Sentencia de 31 de noviembre de 1995, *Reinhard Gebhard*, asunto C-55/94.

⁸⁵ Sentencia de 4 de junio de 1992, *Comisión c. Reino de Bélgica*, asunto C-503/99.

⁸⁶ No podemos detenernos a realizar un estudio pormenorizado de cada uno de estos intereses, pero tratamos de citar los más relevantes así como las sentencias que se refieren a los mismos.

⁸⁷ Sentencias de 1 de febrero de 2001, *Criminal proceedings against Dennis Mac Quen, Derek Pouton, Carla Godts, Youssef Antoun adn Grandvision Belgium SA*, asunto C-108/96; de 8 de marzo de 2001, *Konsumentombudsmannen (KO) et Gourmet International Products AB (GIP)*, asunto C-405/98; de 11 de julio de 2002, *Deutsche Paracelsus Schulen fur Naturheilverfahren GmbH c. Kurt Grabner*, asunto C-294/00; de 3 de julio de 2003, *Joseph Lennox c. Industria Lavorazione Carni Ovine*, asunto C-220/01; de 11 de diciembre de 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c. 0800 DocMorris NV and Jacques Waterval*, asunto C-322/01; de 2 de diciembre de 2004, *Commission of the European Communities c. Netherlands*, asunto C-41/02; de 14 de diciembre de 2004, *R (on the application of Swedish Match AB) c. Secretary of*

consumidores;⁸⁸ el medio ambiente⁸⁹, la cultura⁹⁰, la pluralidad de medios;⁹¹ los objetivos sociales;⁹² la lucha contra la inflación;⁹³ el patrimonio artístico, histórico o cultural;⁹⁴ la protección de los trabajadores;⁹⁵ la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que acarrea;⁹⁶ e incluso quizá también los derechos fundamentales.⁹⁷

No obstante, las medidas restrictivas deben ajustarse a lo previsto en los Tratados y también en la propia jurisprudencia del TJCE.

Statte for Health, asunto C-210/03; de 10 de noviembre de 2005, *Comisión c. República Portuguesa*, asunto C-432/03; de 5 de junio de 2007, *Klasd Rosengre y otros c. Riksaklagarem*, asunto C-170/04.

⁸⁸ Aquí encontramos las Sentencias *Deutscher Apothekerverband*, op. cit., vid supra; y *Klasd Rosengren y otros*, op. cit., vid. supra.

⁸⁹ Sentencias de 20 de septiembre de 1988, *Commission c. Denmark*, asunto C-3027/86; de 21 de noviembre de 2001, *François de Coster c. Collage des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, asunto C-17/00; de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra AG et Schleswag AG*, asunto C-379/98; de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab, antes Stagecoach Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*, asunto C-513/99; de 15 de noviembre de 2005, *Comisión c. República Federal de Alemania*, asunto C-320/03; 21 de febrero de 2008, *Comisión c. República Francesa*, asunto C-201/06.

⁹⁰ Sentencia de 26 de febrero de 1991, *Comisión c. República de Francia*, asunto C-154/89.

⁹¹ Sentencia de 26 de junio de 1996, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags – und Vertriebs GmbH c. Bauer Verlag*, asunto C-368/9.

⁹² Sentencias de 23 de noviembre de 1999, *Arlade c. Leloup*, asunto C-369/96 (mejora de las condiciones de trabajo); de 27 de octubre de 1992, *Hanns Martin Bachmann c. Estado Belga*, asunto C-204/90 (protección de la coherencia del sistema tributario); de 21 de septiembre de 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, asunto C-67/96 (respecto al alto nivel de empleo y protección social y referida a la libre competencia).

⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de noviembre de 1983, *Roussel*, asunto C-181/82.

⁹⁴ Sentencias de 23 de octubre de 2003, *RTL Television GmbH c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, asunto C-245/01; de 5 de octubre de 1994, *TV10 c. Commissariaat voor Media*, C-23/93; de 3 de febrero de 1993, *Verónica Omroep organisatie*, asunto C-148/91; de 25 de julio de 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gorda y otros c. Commissariaat voor de Media*, asunto C-288/89; de 25 de julio de 1991, *Comisión c. Reino de los Países Bajos*, asunto C-353/89; de 26 de febrero de 1991, *Comisión c. Italia*, asunto C-180/89; de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders*, asunto C-352/85.

⁹⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, asuntos acumulados C-369 y 376/96; de 25 de octubre de 2001, *Finalarte*, asuntos acumulados C-49, 50, 52 y 54/98; y de 21 de octubre de 2004, *Comisión c. Luxemburgo*, asunto C-445/03, entre otras.

⁹⁶ Sentencia de 16 de diciembre de 2010, *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastrich*, asunto C-137/09.

⁹⁷ Sentencias de 12 de junio de 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*, asunto C-112/00; y de 14 de octubre de 2004, *Omega*, asunto C-36/02.

Efectivamente, parte de la doctrina ha considerado que las sentencias *Schmidberger* y *Omega* supondrían la aplicación de la doctrina de los *mandatory requirements* a los derechos fundamentales, vid. HELISKOSKI, J., “Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which paradigm?”, op. cit., p. 339; DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009, pp. 152-153; KRZEMINSKA, J., “Free speech Meets Free Movement – How fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law”, ZERP-Diskussionspapier 3/2005, <http://ssrn.com/abstract=1134809>, pp. 7 y ss; y LIDFELDT, M., *Fundamental Rights in European Union – Towards Higher Law of the Land?*, op. cit., p. 215; ROMÁN GONZÁLEZ, E., “Libertades económicas y derechos fundamentales. La doctrina de los *Mandatory Requirements* en la Jurisprudencia del TJCE”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, n° 127, 2010, pp. 538 y ss. En cualquier caso, esta cuestión la tratamos en el capítulo siguiente, cuando nos centramos en la resolución de los conflictos entre libertades económicas fundamentales y derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia.

Esta jurisprudencia exige que la medida nacional debe ser proporcionada, esto es, apropiada y necesaria para el objetivo que la justifica, y la menos restrictiva entre las que fueran apropiadas, no pudiendo causar inconvenientes desmesurados en relación con el fin perseguido por la medida, desde la temprana sentencia *Rau Lebensmittelwerke*.⁹⁸

Así, en casi todos estos supuestos el TJCE ha optado por realizar un examen de la proporcionalidad exhaustivo, concediendo poco margen al juez nacional. Pero no siempre el examen de proporcionalidad es idéntico. Como ejemplo de la aplicación de un test de proporcionalidad más riguroso o estricto, tenemos la sentencia *Comisión c. Dinamarca*,⁹⁹ donde el TJCE entiende que la medida nacional no es proporcional cuando sus efectos negativos son excesivos comparados con el valor intrínseco de la medida misma. Aplica una mayor flexibilización para determinados supuestos como la protección del consumidor en la jurisprudencia sobre los juegos de azar.¹⁰⁰ Y cuando la restricción se justifica en la protección del pluralismo de prensa, encontramos una evolución puesto que en un primer momento el Tribunal no fue flexible respecto a la legislación holandesa de los sectores de prensa, radio y televisión;¹⁰¹ mientras que en

⁹⁸ Sentencia de 10 de noviembre de 1982, *Walter Rau Lebensmittelwerke c. De Smedt PVB*, asunto C-261/81. En esta sentencia el TJCE deja claro que es necesario que los *mandatory requirements* sean proporcionales al objetivo que persiguen, y si hay varias opciones para conseguir los mismos objetivos se debe escoger el menos restrictivo para la libre circulación de mercancías. El Tribunal de Justicia utilizaría así un test de dos escalones. Así lo razona LINDLFELT “A two-step test, i.e. the test of suitability (means and ends) and the test of necessity (weighing of interests) in order to determine proportionality”. Vid. LINDFELDT, M., *Fundamental Rights in European Union – Towards Higher Law of the Land?*, op. cit., p. 207.

Sobre esta exigencia de proporcionalidad se pueden ver las Sentencias de 7 de marzo de 1990, *GB-INNO-BM c. Confederation du commerce luxembourgeois*, asunto C-362/88; de 4 de junio de 1992, *Debus*, asuntos C-13/91, y C-113/91, apartado 16; de 5 de mayo de 1998, *Reino Unido c. Comisión*, asunto C-180/1996, apartados 50-53; de 3 de julio de 2003, *Joseph Lennox*, op. cit., apartados 76 y ss.; de 5 de junio de 2007, *Klasd Rosengren y otros*, op. cit., apartados 43-57.

⁹⁹ Sentencia de 20 de septiembre de 1980, *Comisión c. Dinamarca*, asunto C-302/86.

¹⁰⁰ Hay que tener en cuenta que esta jurisprudencia comienza con la Sentencia de 24 de marzo de 1994, *Her Majesty's Customs and Excise c. Gerhart Schindler y Joerg Schindler*, asunto C-275/92, donde ya otorgaba un amplio margen nacional.

¹⁰¹ Sentencias de 25 de junio de 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros c. Commissariaat voor de Media*, asunto C-288/89; y de 25 de julio de 1991, *Comisión c. Reino de los Países Bajos*, asunto C-353/89. Y la línea jurisprudencial ha continuado. Vid. las Sentencias de 11 de septiembre de 2003, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) y otros c. Estado portugués*, asunto C-6/01, sobre la normativa nacional que limitaba el derecho de explotación de juegos de azar a las salas de casinos; de 21 de octubre de 1999, *Questore di verona c. Diego Zenatti*, asunto C-67/98, en relación con la normativa nacional que prohibía la recogida de apuestas y reserva a ciertos organismos el derecho a organizar las que están autorizadas; de 21 de septiembre de 1999, *Markku Juhani Lääriä, Costswold Microsystem Ltd y Oy Transatlantic Software Ltd c. Jyväskylä y Estado Finlandés*, asunto C-124/1997, respecto a una normativa nacional que reserva a un organismo público la explotación de las máquinas tragaperras. Diferente parece ser el caso de la sentencia de 6 de marzo de 2007, *Massimiliano Placanica y otros*, asuntos acumulados C-338, 359 y 360/04; y también la sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Piergiorgio Gambelli y otros*, asunto C-243/01, respecto a normativa

cambio sí lo hace posteriormente en la sentencia *Familiapress*, con la regulación austríaca.¹⁰²

Aunque, sin lugar a dudas, el supuesto de aplicación más flexible del test o examen de proporcionalidad, dejando un mayor margen a las autoridades nacionales, lo encontramos en la sentencia *Omega*, donde precisamente se resuelve un supuesto de conflicto con un derecho fundamental de la Constitución alemana, la dignidad humana, frente a la libre prestación de servicios.¹⁰³

El desarrollo de esta jurisprudencia sobre las exigencias imperativas puede ser el reflejo de la necesidad de ponderar las reglas generales relativas a las libertades económicas fundamentales y sus excepciones, y por tanto, el Tribunal de Justicia lo que haría sería resolver de forma ponderada y racional el conflicto entre los diferentes intereses en juego, aplicando de forma analógica la *rule of reason* americana;¹⁰⁴ y en los casos donde en el conflicto intervienen frente a las libertades fundamentales derechos fundamentales, la ponderación se hace más necesaria que nunca, ya que ambos ostentarían, como veremos, el mismo estatus “fundamental”.¹⁰⁵

1.2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA.

Para estudiar la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea tenemos que atender a dos planos, el normativo y el jurisprudencial.

En primer lugar, analizaremos como se produjo la incorporación de la tutela de los derechos fundamentales en los Tratados, y su positivización a través de la Carta de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea.

nacional que sancionaba penalmente el ejercicio de actividades de recogida, aceptación, registro transmisión de apuestas deportivas cuando no hay concesión o autorización del Estado, puesto que en este caso no parecía perseguir la protección de los consumidores.

¹⁰² Sentencia de 26 de junio de 1996, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags – und Vertriebs GmbH c. Bauer Verlag*, C-368/95.

¹⁰³ Sentencia *Omega*, op. cit.

¹⁰⁴ Se ha entendido que desde *Cassis de Dijon*, el Tribunal de Justicia habría introducido la técnica de la *rule of reason* propia del Derecho anglosajón, conforme a la que un principio general puede ser modulado de forma zraional en cada caso concreto. Sobre la introducción de esta *rule of reason* por parte del TJCE vid. ROSSI, L., y CURZON, S.J., “What “Rule of Reason” for the EU Internal Market?”, op. cit., pp. 299-301 y 301; RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., (dir.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993, p. 750.

¹⁰⁵ Esto lo planteamos y tratamos de resolverlo en el siguiente capítulo.

En segundo lugar, estudiaremos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la tutela de los derechos fundamentales, así como su evolución, destacando los principales hitos de la misma.

1.2.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS TRATADOS.

A diferencia de lo que hemos visto sobre las libertades económicas, y como anticipamos en la introducción, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no contenían en su versión original disposiciones específicas de protección de derechos humanos, sin embargo conforme el Tribunal de Justicia asumió un papel protagonista en la protección de los derechos fundamentales se hizo necesario reformar los Tratados para incorporar dicha protección.

1.2.1.1. DEL SILENCIO DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS A LA FORMALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS.

El silencio de los Tratados constitutivos sobre los derechos fundamentales se ha tratado de explicar por la coherencia con la finalidad que tenían en aquellos momentos las Comunidades Europeas, estrictamente económica respecto de un área delimitada geográficamente, y sobre la base de un principio político consistente en la voluntaria autolimitación de la soberanía interna de los Estados miembros, y que además teniendo en cuenta su finalidad económica era difícil pensar en alguna acción futura de las Comunidades que pudiera vulnerar los derechos fundamentales;¹⁰⁶ también se ha

¹⁰⁶ Así se expresan, por ejemplo, DAUSES, M.A., “La protection des droits fondamentaux dans l’ordre juridique communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 3, 1984, p. 402; En el mismo sentido, CHUECA SANCHO, A.G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 23 y ss.; PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999, pp. 19 y ss.; SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000, pp. 5 y ss; y TICHTY, L., “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, en PERNICE, I., ZEMÁNEK, J. (eds.), *A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond*, Nomos, 2005, p. 2 y ss. www.ecln.net/elements/conferences/book_prag/TICHTYFinal.pdf.

Este último afirma que “The creators of the founding Treaties did not mention this institution in the primary law, nor did they have it in mind. They were chiefly concerned with the creation of a common market as the economic basis for achieving the aims of the EC Treaty. The market citizen was viewed as a homo economicus”. Otros autores han entendido que estos razonamientos estaban equivocados, puesto que el Tribunal de Justicia terminó por resolver la cuestión de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario en el sentido de asumir su tutela. Vid. GARCÍA-VALDECASAS y FERNÁNDEZ, R., y CARPI BADÍA, J. M., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a

planteado que ya había en Europa un sistema de protección de los derechos humanos a través del Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH);¹⁰⁷ o incluso que los por la complejidad de asumir y definir consensualmente un catálogo de derechos se habría optado por encomendar su tutela a los Estados miembros.¹⁰⁸

También se ha discutido mucho sobre si las Comunidades estaban a la postre obligadas o no a garantizar el respeto de los derechos fundamentales, y en este caso, qué derechos fundamentales se debía garantizar.¹⁰⁹

Sin embargo, este silencio en los Tratados constitutivos no debe hacernos pensar que los derechos humanos carecieran de relevancia, o que no se pudieran encontrar algunos de ellos a lo largo del articulado de los textos.

Así, en el Tratado de Roma podemos encontrar desde el principio algunos derechos fundamentales de proyección económica, como por ejemplo el principio de paridad de la retribución entre los trabajadores hombres y mujeres, y el principio de no

su papel en el marco de la construcción europea”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 3, 2004, p. 34; En este sentido remarcando la orientación económica de las Comunidades, CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., pp. 195-196.

¹⁰⁷ Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, firmado en Roma en 1959. Nos referiremos al mismo como CEDH o bien como Convenio de Roma.

Sobre el sistema del Consejo y de las Comunidades como lugares inconexos, se puede acudir a BUSTOS GIBERT, R., “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 147-168.

¹⁰⁸ En este sentido se pronuncian RASMUSEN, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1986, pp. 390 y ss.; WEILER, J.H.H., “Methods of Protection: Towards a Second and a Third Generation of Protection”, en CASSESE, A., CLAPHAM, A., y WEILER, J.H.H. (eds.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos, Baden-Baden, 1991, pp. 571 y ss.

¹⁰⁹ Para una panorámica completa de este debate doctrinal, vid. PESCATORE, P., “The context and significance of fundamental rights in the law of the European Communities”, *Human Rights Law Journal*, v. 2, nº 3-4, 1981, pp. 295-308; SCHWARZE, J., “The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights”, *Common Market Law Review*, v. 23, nº2, 1986, pp. 401-417; SCHERMERS, H.G., “The European Communities Bound by Fundamental Human Rights”, *Common Market Law Review*, v. 27, nº2, 1990, pp. 249-258; O’NEIL, A., COPPEL, J., “The European Court of Justice: taking rights seriously?”, *Common Market Law Review*, v. 29, nº4, 1992, pp. 669-692.; WEILER, J.H.H., LOCKHART, N., “Taking Rights Seriously: seriously the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, Part II”, *Common Market Law Review*, v. 32, nº1, 1995, pp. 579-627; RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., “The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities”, *Columbia Journal of European Law*, v. 1, nº 2, 1995, pp. 169-18; WAELBROEK, D., “Fundamental rights in the European Union: possible developments in the years to come”, en DASHWOOD, A., et alii., *The Developing role of the European Court of Justice*, European Policy Forum – Frankfurter Institut, London – Frankfurt am Main, 1995, pp. 17-27.

discriminación basado en la nacionalidad de las personas y el origen de los productos (art. 119).¹¹⁰

No obstante, se ha apuntado que estos derechos no suponían un reconocimiento de carácter general al predicarse de las personas como sujetos de Derecho comunitario.¹¹¹

En cualquier caso, pronto se sintió la necesidad de formalizar o positivizar la protección de los derechos fundamentales. Y así, el 5 de abril de 1977 se aprobaba una *Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales*, en la que se afirmaba la voluntad de las instituciones europeas de respetar los derechos fundamentales en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de los objetivos de las Comunidades. Y en el *Memorandum de 4 de abril de 1979*, la Comisión subrayaba las insuficiencias del modelo en insistía en la necesidad de una regulación escrita de los mismos.¹¹²

Sería con la adopción del *Acta Única Europea*, de 27 de enero de 1986,¹¹³ cuando se formalizaron “las peticiones de inclusión en los Tratados constitutivos de disposiciones convencionales relativas a los derechos humanos”¹¹⁴

En el *Tratado de Maastricht* de 1992¹¹⁵, el preámbulo proclamaba la adhesión de los Estados miembros al principio de respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; el compromiso de la Unión Europea de respetar los derechos fundamentales “tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹¹⁶ Conforme al Título V del

¹¹⁰ Otros derechos los podemos encontrar en los arts. 7, 48, 60, 118, 214, y 222. Para una aproximación a la importancia y significación de los mismos se puede acudir a: RUIZ MIGUEL, C., “Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho comunitario y el ordenamiento nacional”, *Noticias de la Unión Europea*, nº120, 1995, pp. 37 y 38; RUIZ-JARABO y COLOMER, D., “Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 17, nº1, 1990 pp. 163-165; FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., “La adhesión a las Comunidades Europeas al CEDH: un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 12, nº 3, 1985, pp. 702-703.

¹¹¹ Así lo entienden CASTILLO DAUDÍ y LIÑAN NOGUERAS, vid. CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., p. 197; y LIÑAN NOGUERAS (LIÑAN NOGUERAS, D.J., “Derechos Humanos y Unión Europea”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, v. IV, 2000, pp. 508-527, cit. por CASTILLO DAUDI vid. supra.

¹¹² SALINAS ALCEGA, S., “Desarrollos recientes en la protección de los derechos humanos en Europa. Nuevos elementos en una vieja controversia: la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención europea de salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 199-200, 2001, p. 12.

¹¹³ Acta Única Europea de 1984, entró en vigor el 1 de julio de 1987.

¹¹⁴ CASTILLO DAUDÍ, M., “Los derechos humanos en la Unión Europea”, op. cit., p. 21

¹¹⁵ El Tratado de la Unión Europea entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

¹¹⁶ F.2.

Tratado los objetivos de la política exterior y de seguridad común serían el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales.¹¹⁷ El Título VI, disponía a su vez que las políticas relativas a la cooperación, justicia e interior se harían con respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales del CEDG.¹¹⁸

El *Tratado de Ámsterdam* de 1997¹¹⁹ introdujo algunas novedades al reformar el Tratado de la UE y el Tratado de la Comunidad Europea, y en concreto la introducción de una norma que por primera vez vincula la UE a los Derechos Humanos. Así, la Unión se basaría en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y mantenía su compromiso con el respeto de los derechos consagrados por el CEDH¹²⁰

Ese respeto a los derechos humanos se convierte no sólo en uno de los principios de la Unión, sino que también será una condición inexcusable para ingresar en la misma Unión, y uno de los objetivos de la política exterior y de seguridad.

Debemos destacar también la inclusión de un sistema de sanciones para el caso de que un Estado miembro vulnerara los derechos humanos;¹²¹ y la exigencia del respeto de los derechos humanos como requisito indispensable para solicitar el ingreso en la Unión.¹²²

Es quizá interesante tener en cuenta que el Tratado de Ámsterdam hace una alusión tanto a los derechos humanos como a los derechos fundamentales, pero distinguiéndolos. Si bien no define conceptualmente estas categorías, lo cierto es que la diferenciación tiene su importancia, puesto que el respeto a los derechos humanos constituye la base de la Unión, y por otro lado, la Unión respeta los derechos fundamentales: unos son base, otros son límite.¹²³

¹¹⁷ Ídem, art. J.1.1. y 2

¹¹⁸ Ibidem, art. K.2.

¹¹⁹ El Tratado de Ámsterdam reformaba el Tratado de la Unión Europea, los tratados que establecían las comunidades Europeas, y entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

¹²⁰ Art. 6.1 y 2 Tratado de la Unión Europea. Es relevante la ubicación del art. 6 en el apartado de las “Disposiciones comunes”, puesto que implica su aplicabilidad no sólo al pilar comunitario, sino también a los pilares intergubernamentales: política exterior y de seguridad común (PESC); cooperación policial y judicial en materia penal, y las disposiciones de cooperación reforzada. Vid. CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., p. 204; KELLER y SCHNELL destacan la relevancia del Tratado de Ámsterdam en el desarrollo de un sistema de derechos humanos, vid. KELLER, H., y SCHNELL, C., “International Human Rights Standards in the EU – A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?”, op. cit., p. 6.

¹²¹ Art. 7 del Tratado de la Unión Europea, tras la reforma de Ámsterdam.

¹²² Art. 49 del Tratado de la Unión Europea, con la reforma de Ámsterdam.

¹²³ RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), y ALONSO GARÍCA, R. (subdir), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 120. Este autor realiza una diferenciación interesante entre ambos conceptos desde el

Por su parte el TCE dispondría que la política comunitaria en el ámbito de la cooperación al desarrollo contribuyera al objetivo de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales.¹²⁴

El *Tratado de Niza* de 2001¹²⁵ introdujo pequeñas modificaciones en esta materia en el Tratado de la Unión Europea,¹²⁶ y en el caso del Tratado de la Comunidad Europea se limita a incluir afirmaciones reiteradas respecto de los derechos humanos.¹²⁷

Pero la tutela de los derechos fundamentales seguía dependiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y por tanto, de un sistema casuístico. De ahí que se considerara necesario introducir una mayor seguridad jurídica en la tutela.

1.2.1.2. LA POSITIVIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

Las dudas sobre las intenciones del TJCE a la hora de tutelar los derechos fundamentales y la propia inseguridad característica de un sistema de protección pretoriana;¹²⁸ motivó la reclamación de una positivización de la protección de los derechos fundamentales, que llevaría a la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras el primer fallido intento de plantear la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Comisión ya había planteado en su Memorándum de 4 de abril de 1979 los problemas derivados de la falta de seguridad jurídica de la protección casuística del Tribunal. Las dos soluciones que planteó fueron la adhesión de las Comunidades

origen del constitucionalismo hasta nuestros días. Sobre el constitucionalismo en la Unión Europea, vid. DÍEZ PICAZO, L.M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002

¹²⁴ Art. 177. 2 TCE.

¹²⁵ El Tratado de Niza modificaba el Tratado de la Unión Europea y los Tratados por los que se establecían las Comunidades Europeas, y entró en vigor el 1 de febrero de 2003.

¹²⁶ Quizá cabe destacar la introducción de un mecanismo de carácter preventivo para el procedimiento del art. 7 TUE. Vid. KELLER, H., y SCHNELL, C., “International Human Rights Standards in the EU – A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?”, op. cit., p. 7

¹²⁷ CASTILLO DAUDÍ, M., “Los derechos humanos en la Unión Europea”, op. cit. p. 26.

¹²⁸ De hecho muchos autores enfatizaron la idea de un tribunal pretoriano, en este sentido vid. GIANNI, A., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: prime osservazioni”, *Diritto del lavoro*, nº 2-3, 2001, pp. 191-197; MOURA SANTOS, R. M., “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 25, 2001, pp. 161-185; RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, op. cit., y el mismo trabajo también en “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 64, 2002, pp. 13-52.; CASTILLO DAUDÍ, M., “Los derechos humanos en la Unión Europea”, op. cit. p. 19.

Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos, o la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales.

En un primer momento se trató de conseguir una eventual adhesión la *Convención Europea de Derechos Humanos* de 4 de noviembre de 1950, y se hace a través de una propuesta de adhesión al Convenio que recibió el rechazo del Tribunal de Justicia mediante el Dictamen 2/94 del Tribunal.¹²⁹

No obstante, hay que considerar que antes de la propuesta de adhesión, el TJCE ya tuvo oportunidad de proteger su posición respecto al Derecho comunitario cuando se elaboró un Proyecto de Acuerdo entre la Comunidad Europea y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio sobre la creación del Espacio Económico Europeo. Este Proyecto preveía un Tribunal competente para interpretarlo, cuyas resoluciones vinculaban al Tribunal de Justicia. El TJCE se opuso a este proyecto considerando que se trataba de una situación de dependencia jerárquica que alertaba el monopolio en la interrelación del ordenamiento comunitario del art. 219 del Tratado, y que suponía un riesgo grave de desnaturalización del ordenamiento comunitario.

En el Dictamen 2/94, el TJCE consideró que los Tratados constitutivos no dotaban a la Comunidad Europea de competencia en materia de derechos humanos, y que la posibilidad de recurrir a la cláusula de cierre del art. 308 del TCE no sería admisible por las enormes dimensiones de la medida, y así reflexionaba que una modificación de estas características del régimen de protección de los derechos humanos tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del artículo 235, haciéndose necesaria una modificación de los Tratados

¹²⁹Sobre este Dictamen han corrido muchos ríos de tinta. Sin pretender ser exhaustivos se puede acudir a WACHSMANN, P., “L’avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 2, 1996, pp. 467-491; SCHUTTER, O de., LEJEUNE, Y., “L’adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Cahiers de Droit Européen*, v. 32/5-6, 1996, pp. 555-606; GAJA, G., “Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, v. 33, n.º5, 1996, pp. 973-989; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, n.º 3, 1996, pp. 817-838; ZANGUÌ, C., “Un ‘altra critica al parere 2/94 della Corte sull’ adesione della Comunità Europea alla CEDU”, en *Scritti in onore di G. F. MANCINI, Diritto dell’ Unione Europea*, v.II, Milán, 1998, pp. 1001 y ss. Accesible en <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>; FERNÁNDEZ SOLA, N., “La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias de la Unión Europea*, n.º144, 1997, pp. 41-55.

Tras este fracaso, el Parlamento Europeo insistió en la idea de la aprobación de una Carta de Derechos;¹³⁰ y finalmente esos intentos dieron sus frutos, tomando cuerpo la idea de positivizar los derechos fundamentales en una declaración en los Consejos Europeos de Colonia y Tampere, en 1999.

Al año siguiente, en el Consejo de Niza se adoptó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a través de una Declaración de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de 7 de diciembre de 2000.¹³¹

Sin embargo, se trataba de una carta con un valor de carácter político, y por lo tanto, en principio sin fuerza jurídica vinculante.¹³² Sin perjuicio de lo cual, la doctrina especuló y discutió acerca de su eficacia llegándola a situar como acertadamente expresó DÍAZ CREGO “en una especie de limbo jurídico”.¹³³

¹³⁰ De hecho, aprobó diversos proyectos: por un lado una Declaración de Derechos que sigue el modelo del Convenio de Roma el 13 de abril de 1989; en 1994 se aprueba una nueva Declaración de de Derechos (el proyecto *Hermann*).

Sin embargo, el fracaso de los mismos motivó que tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión, el Parlamento no retomara la senda de los proyectos, y se terminara encomendado a una serie de Comités de sabios designados por la Comisión, la elaboración de trabajos que después se ponían a disposición del Consejo fundamentalmente. Dentro de estas iniciativas cabe destacar:

-el *Comité Pintasilgo*, nombrado en abril de 1995, que en 1996 entrega un Informe en el que se propone la incorporación a los Tratados de un conjunto reducido de derechos fundamentales, unos justiciables y otros no; la apertura de un periodo de reflexión y debate, para después elaborar una lista de derechos cívicos y sociales. Sugiere además, en lugar de la adhesión al Convenio de Roma, la creación de un Tribunal especializado en la protección de los derechos fundamentales, integrado por jueces de los Tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros.

- el *Comité Simitis*, que emite un Informe en 1999 en el que insiste en la necesidad de promulgar una Carta de Derechos Fundamentales cuyo contenido debe suponer la recepción de los derechos recogidos en el Convenio de Roma, sumándole algunos derechos sociales (aunque asume que unos sean justiciables, y los otros se configuren como objetivos de la política comunitaria), constituyendo una lista abierta donde se puedan incorporar nuevos derechos.

¹³¹ La forma que optó por adoptar fue la de una *Declaración de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo*. Esta carta fue publicada en el DOCE de 18 de diciembre de 2000, I Serie C, C-364/01.

Sobre el proceso de elaboración de la Carta, nos remitimos a ALONSO GARCÍA, R., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 209, 2000, pp. 3 y ss.; y ALONSO GARCÍA, R., y SARMIENTO, D., *La Carta de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2006. Permítaseme también remitir a un trabajo en el que estudio el proceso de elaboración de la Carta, y su incidencia respecto a la ciudadanía de la Unión. Vid. SARRIÓN ESTEVE, J., “La Carta de los Derechos Fundamentales: un instrumento al servicio de los ciudadanos”, en BENLLOCH DOMENECH, C., et al., *Construyendo ciudadanía europea a través de las TICs*, Comares, 2009, pp. 199-224.

¹³² Se ha defendido, sin embargo, que esta falta de vinculatoriedad no le privaría de cierto valor jurídico, a pesar de su falta de incorporación al Derecho de la Unión hasta el Tratado de Lisboa. Vid. MENÉNDEZ, J.A., “Chatering Europe: Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Journal of Commom Market Studies*, v. 40, nº 3, 2002, pp. 471-490; en esta línea, FREIXES apuntaba que la Carta comenzaba a surtir ciertos efectos jurídicos por la acción precisamente del Tribunal de Justicia, cuyos Abogados Generales la alegaban. Vid. FREIXES SANJUAN, T., “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, 2005, p. 60.

¹³³ DÍAZ CREGO, M., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 74, 2005, p. 140.

En ese debate se habló de “soft law comunitario”¹³⁴ “acuerdos interinstitucionales”¹³⁵ o “texto programático”.¹³⁶ Para RUBIO LLORENTE la Carta tendía a “poner de relieve” los derechos de que son titulares los ciudadanos y pueden disfrutar en el seno de la Unión, resaltando una función más pedagógica que no jurídica.¹³⁷

Pero, como se pronto se planteó, sería difícil, con independencia de su falta de vinculatoriedad, que fuera obviada por las instituciones que la habían proclamado.¹³⁸

En efecto, la Carta de Niza fue citada por las instituciones europeas, tanto por el Parlamento, la Comisión, y el Consejo.¹³⁹

Incluso el propio Tribunal de Justicia, dada la posibilidad de disponer de un catálogo de derechos al que acudir, la citó en sus sentencias.¹⁴⁰

En este sentido, DAVIS consideraba que la Carta establecía unas relaciones cívicas que superaran la dicotomía entre derechos de los ciudadanos y derechos humanos, puesto que preveía situaciones de sujeción de todas las personas al derecho de la Unión. DAVIS, R.W., “Citizenship of the Union...rights for all?”, *European Law Review*, nº 2, 2002, p. 135.

¹³⁴ FERNÁNDEZ TOMÁS, A., *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant Monografías, Valencia, 2001.

¹³⁵ WATHELET, M., “La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 5-6, 2000, pp. 585-593; BRIBOSIA, E. y SHUTTER, O., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, *Journal des Tribunaux*, nº 120, de 24 de marzo de 2001, pp. 281-293; CONSTANTINESCO, V., “La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia”, *Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, UCM, 2001, pp. 179-196.

¹³⁶ GOLDSMITH, L., “A Charter of Rights, Freedoms and Principles”, *Common Market Law Review*, v. 38, nº 5, 2001, pp. 1201-1216.

¹³⁷ Vid. RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, op. cit., pp. 129 y ss.

¹³⁸ En este sentido, vid. BRIBOSIA, E., y SHUTTER, M., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, op. cit. pp. 282 y ss.; CARRILLO SALCEDO, J.A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho comunitario*, nº 9, 2001, pp. 19 y ss.; CONSTANTINESCO, V., “La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia”, op. cit. pp. 182 y ss.; LEANERTS, K. y SMIJTER, E., de “A Bill of Rights for the European Union”, *Common Market Law Review*, nº28, 2001, pp. 299 y ss.; WATHELET, M., “La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue”, op. cit. pp. 591 y ss.; VITORINO, A., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, *Revue du Droit de l’Union européenne*, nº1, 2001, pp. 60 y ss.

¹³⁹ Vid. DÍAZ CREGO, M., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, op. cit. p. 141.

¹⁴⁰ Angel RODRÍGUEZ ya puso de manifiesto que la utilización de la Carta por las instituciones comunitarias sería obligatoria en cuanto fuese utilizada y en la medida en que fuera utilizada por el Tribunal de Justicia. Vid. RODRÍGUEZ, A., “Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, nº 51, 2001, p. 48. En este sentido, FREIXES apuntaba que la Carta comenzaba “a surtir ciertos efectos jurídicos a partir de la acción del Tribunal de Justicia”. Vid. FREIXES SANJUAN, T., “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, op. cit., p. 60.

Sobre la influencia de la Carta en el Parlamento, la Comisión y el Consejo, vid. DÍAZ CREGO, M., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, op. cit., pp. 141 y ss.

Sobre la jurisprudencia del TJCE a partir de la elaboración de la Carta vid. BOGDANDY, A. von., “The European Union as a Human Right Organization?”, *Common Market Law Review*, v. 37, nº 6, 2000, pp.1308 y ss. ; y del mismo autor “The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship”, *Jean Monnet Working*

Esta significación motivó que se razonara que estábamos ante un cambio de paradigma.¹⁴¹

Lo cierto es que tanto su elaboración de la Carta como su proclamación surtió sus propios efectos desde el principio, como veremos, con consecuencias directas en las relaciones de las libertades económicas y los derechos fundamentales, puesto que los conflictos directos que resuelve el Tribunal de Justicia se producen con posterioridad a la solemne proclamación de la Carta.

La Carta de Niza recogía en un único texto el conjunto de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos y las personas que viven en la UE.¹⁴²

Consta de un Preámbulo, y de 54 artículos que se encuadran en siete capítulos dedicados a:

- el Capítulo I a la “Dignidad” (arts.1 a 5);
- el Capítulo II a las “Libertades” (arts. 6 a 19);
- el Capítulo III a la “Igualdad” (arts. 20 a 26);
- el Capítulo IV a la “Solidaridad” (arts. 27 a 38);
- el Capítulo V a la “Ciudadanía” (arts. 39 a 46);
- el Capítulo VI a la “Justicia” (arts. 47 a 50);
- el Capítulo VII contiene las “Disposiciones generales aplicables a la interpretación y aplicación de la Carta” (arts. 51 a 54)

Paper, nº 13, 2007; CARTABIA, M., “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, *Revista española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, p. 203; MIGUEL BÁRCENA, J. de, “Los problemas de la progresiva configuración de un sistema multinivel de Derechos fundamentales en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 2007 (VIKING C-438/05)” *Revista General de Derecho Europeo*, nº 16, 2008, pp. 1-14; ORDOÑEZ SOLÍS, D., “Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 40, 2009, p. 124. Este último autor entiende que la Carta ha permitido al Tribunal que “poco a poco y sin dejar de tener en cuenta las tradiciones constitucionales nacionales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia acuda a una fuente de interpretación autónoma donde de un modo avanzado y omnicompreensivo se consagra un elenco completo de derechos fundamentales”.

¹⁴¹ Se discutía, en cualquier caso, si la propia Carta tendría influencia en el desarrollo del mercado interno. Vid. WEATHERILL, S.R., “The EU Charter of Fundamental Rights and the Internal Market”, “The EU Charter of Fundamental Rights and the Internal Market, *Francisco Lucas Pires working Papers Series on European constitutionalism*, Working Paper, nº 3, 2003; CRAIG, P., DE BURCA, C., “Human Rights: The Charter and beyond”, *Jean Monnet Working Paper*, 10/2001. Por su parte CUNHA RODRIGUES entiende que la Carta puede suponer el fin del funcionalismo y el servicio exclusivo de las libertades económicas, convirtiéndose al ciudadanía en el nuevo polo de referencia, suponiendo el desarrollo de un arco constitucional (*constitutional arch*) vid. CUNHA RODRIGUES, J.N., “The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order”, en POIARES MADURO, M., AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., p. 97.

¹⁴² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y Libertades*, Sanz y Torres, 2008, p. 499

A su vez, el texto estaba acompañado de las “explicaciones” como comentarios interpretativos sobre el origen o fuente de inspiración de los artículos.

La importancia de la Carta radicaba en su contenido, esto es, suponía un catálogo de derechos escrito producto de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, así como la jurisprudencia del TJCE y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos;¹⁴³ conteniendo “disposiciones de carácter civil y político y de carácter económico y social”.¹⁴⁴

Es significativo, no obstante, constatar que la Carta de los Derechos Fundamentales ha vivido diversas vicisitudes.

Así, el texto de la Carta fue objeto de una algunas modificaciones como consecuencia de los trabajos preparatorios del Tratado constitucional para adecuar su texto e incorporarlo en el proyecto de Tratado, incorporándose en la Parte II del mismo (arts. II-61-114), añadiéndose un nuevo apartado al artículo II-112 que insistía en el papel interpretativo de las “interpretaciones”.¹⁴⁵

Estas modificaciones que afectaban a la Carta de Niza fueron aprobadas por el Parlamento Europeo en Resoluciones de 24 de septiembre de 2003¹⁴⁶, y de 12 de enero de 2005.¹⁴⁷

Sin embargo, si bien el proyecto de Tratado fue firmado por todos los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, no llegaría a ser ratificado por la crisis derivada de los resultados negativos de los referéndums francés y holandés.¹⁴⁸

¹⁴³ KELLER, H., y SCHNELL, C., “International Human Rights Standards in the EU – A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?”, op. cit., p. 7.

¹⁴⁴ CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., p. 208

¹⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional -AEPDRI – celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007)*, op. cit., p. 120.

¹⁴⁶ Resolución de 24 de septiembre de 2003, sobre el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, y que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental (CIG) [P5_TA(2003)0407]

¹⁴⁷ Resolución de 12 de enero de 2005, sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, [2004/2119(INI)]

¹⁴⁸ Este proyecto de Tratado, además de incorporar la Carta de Derechos Fundamentales, incluía referencias a los derechos humanos. La relevancia del texto era singular, puesto que parecía gozar de una doble naturaleza de tratado y constitución, al ser formalmente un tratado pero gozar de contenidos claramente constitucionales. De hecho, superaba el sistema basado en Tratados constitutivos o fundacionales de las Comunidades, que quedaban sustituidos por el mismo. Además, incluía la Carta de Derechos Fundamentales incorporada, y por tanto le dotaba de una fuerza jurídica innegable. También se incluía el art. I-9.2 una previsión de adhesión al Convenio de Roma.

La Declaración de Berlín de 25 de marzo de 2007 dejó claro que se no había posibilidad de seguir con el proyecto de Tratado constitucional. Y el Consejo Europeo de 21 y 22 de junio de 2007, convocó una nueva Conferencia Intergubernamental para reformar los Tratados, pero según un mandato preciso.

En la Cumbre de Lisboa, que se celebró los días 18 y 19 de octubre, se acordó el Tratado de Reforma de los Tratados constitutivos, denominado Tratado de Lisboa. Ante la falta de acuerdo sobre la inclusión de la Carta en el texto de los Tratados, se opta por atribuirle eficacia jurídica en un precepto. No obstante, el texto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se vuelve a actualizar eliminando las adaptaciones que se había hecho para su inclusión en el proyecto de Tratado constitucional, aprobándose por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2009.

Esta Decisión del Parlamento Europeo sobre la aprobación de la Carta, que incluye el texto de la misma, incorpora tras el art. 54 de la Carta un párrafo final que establece que:

Hay que considerar que la inclusión de la Carta de Derechos suponía la opción más avanzada propuesta en el Anteproyecto de 22 de octubre de 2002, cuyo artículo 6 contenía la posibilidad de hacer referencia a la Carta, o bien la integración incorporando el articulado de la misma en el Tratado o en un protocolo especial anejo a la Constitución; y la tercera opción sería la integración completa del articulado de la Carta, que es por la que se optó finalmente, y que por tanto suponía que la Carta adquiriría rango de Tratado. Sobre el Proyecto de Tratado constitucional y la Carta como parte del camino hacia un Derecho constitucional europeo vid. BALAGUER CALLEJÓN, F., “La constitución europea en el camino hacia el derecho constitucional europeo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 9 2006, pp. 41-52; sobre el valor de los derechos fundamentales contenidos en la Carta con ocasión del Tratado constitucional, se puede acudir a CÁMARA VILLAR, G., “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, 2005, pp. 9-42.

Algunos autores pensaban que su inclusión en el fallido proyecto constitucional supondría el comienzo de una nueva fase “fascinante” en el desarrollo de los derechos fundamentales en la Unión Europea, vid. LAWSON, R., “Human Rights: the Best is Yet to Come”, *European Constitutional Law Review*, v.1, nº 1, 2005, pp. 27-28; mientras que para otros, la influencia de la Carta, quedaba pendiente de demostrar. Vid. KRZEMINSKA-VAMVAKA J., “Free speech Meets Free Movement – How fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law”, op. cit., p. 7

Sin embargo, como es de sobra conocido el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa* se encontró con fuertes obstáculos en el proceso de ratificación, debido a las negativas en los referendos francés y holandés, acabando en aborto. DÍEZ PICAZO habla de “fallido intento de constitucionalización formal”. Vid. DÍEZ PICAZO, L.M., *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit., p.31. Sobre la Carta como instrumento de constitucionalización, vid. ROSSI, L.S., “La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell’ordinamento dell’UE”, *Quaderni costituzionali*, nº3, 2002, pp. 565-576; y “‘Constitutionnalisation’ de l’Union européenne et des droits fondamentaux”, *Revue trimestrielle de droit européenne*, nº 1, 2002, pp. 27-52. Sobre la constitucionalización vid también DONY, M., y ROSSI, L.S. (eds.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constitutionnalisation de l’Union Européenne?*, Editions de l’université de Bruxelles, Bruselas, 2008.

“El texto *supra* recoge, adaptándola, La Carta proclamada el 7 de diciembre de 2000, a la que sustituirá a partir del día de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”.¹⁴⁹

Esto nos lleva a entender que hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, había que tener en cuenta el texto de la Carta tal y como fue proclamado en Niza.

Posteriormente, esta nueva versión de la Carta de los Derechos Fundamentales se proclama de forma solemne en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007, un día antes de la firma del Tratado de Lisboa.¹⁵⁰

1.2.1.3. EL TRATADO DE LISBOA.

El Tratado de Lisboa, se firmó el 13 de diciembre de 2007, y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.¹⁵¹

Conforme a este Tratado, y tal y como ya hemos anticipado en la introducción del capítulo, se reforman los Tratados constitutivos, el Tratado de la Unión Europea¹⁵²; el Tratado de la Comunidad Europea, éste último se denominará Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE);¹⁵³ y Tratado del Euratom (TCEEA).¹⁵⁴

Debido a su complejidad, el Tratado de Lisboa ha sido calificado como de “un texto complejo y difícilmente legible”, o de “opaco bosque normativo”¹⁵⁵

¹⁴⁹ Decisión del Parlamento Europeo de 29 de noviembre de 2007, [2007/2218(ACD)]

¹⁵⁰ Proclamada y firmada, por las tres instituciones, el 12 de diciembre de 2007, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1916&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>; publicada en el Diario Oficial el 14 de diciembre de 2007 (DOUE C 303/01 de 14 de diciembre de 2007), como ya hemos anticipado. A esta versión es a la que se refiere el art. 6 TUE.

Para un estudio crítico del contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales, en su versión de 2007, es recomendable acudir a la obra MANGAS MARTÍN, A., (ed.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.

¹⁵¹ Como hemos dicho, el Tratado de Lisboa entra en vigor el 1 de diciembre de 2009 tras un largo camino pues tuvo que superar la consulta popular irlandesa, con una segunda y el las reticencias del Tribunal constitucional checo.

¹⁵² Art. 1 del Tratado de Lisboa.

¹⁵³ Art. 2 del Tratado de Lisboa.

¹⁵⁴ Como hemos comentado en la introducción a este capítulo, el TCEEA se modifica por el Protocolo nº 2 al Tratado de Lisboa, vid. nota 29.

¹⁵⁵ SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., “El Tratado de Lisboa: comienza una nueva etapa para Europa”, *Diario La Ley*, nº 6851, Sección Doctrina, 31 Dic. 2007, La Ley. Sobre el Tratado de Lisboa en general, vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Estudio Preliminar al Tratado de Lisboa de 2997”, Real Instituto Elcano. Accesible en www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/TratadoLisboa2007/Perez_Nanclares_estudio_preliminar_def.pdf (Último acceso 15 octubre de 2010).

Respecto a la protección de los derechos fundamentales conforme al Tratado de Lisboa, tenemos que atender a los valores y principios plasmados en el art. 2 TUE, donde se exige el respeto a los derechos humanos por parte de los Estados miembros;¹⁵⁶ y en la acción exterior de la Unión.¹⁵⁷

Pero sin duda, es el art. 6 TUE el que configura la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho de la Unión:

“1. La Unión reconoce los derechos libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

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 que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales

¹⁵⁶ El art. 7 TUE regula el mecanismo que puede garantizar este respeto de los derechos humanos por parte de los Estados miembros. Como indica CASTILLO DAUDÍ, el mecanismo preventivo introducido en el Tratado de Amsterdam fue reforzado con un mecanismo de carácter preventivo en el Tratado de Niza para los casos de “riesgo claro de violación” y que conforme al Tratado de Lisboa “el mecanismo preventivo y el mecanismo de sanción coexisten”, queda regulado en los arts. 7 TUE y 238 TFUE. Vid. CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., p. 213 y 214.

¹⁵⁷ En este sentido, el Tratado de Lisboa amplía la protección de los derechos humanos en la acción exterior de la Unión Europea, como queda previsto en los arts. 3.5, y 21 TUE, siendo aplicable en la política exterior y de seguridad común; la acción exterior en la cooperación para el desarrollo, la cooperación económica, financiera y técnica con terceros países y la ayuda humanitaria. Vid. CASTILLO DAUDÍ, M.: “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., pp. 214-116.

comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”¹⁵⁸

De este artículo se deduce que la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa se configura a través de tres ejes o vías.¹⁵⁹ Las dos más relevantes serían: 1) el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE); 2) afirmar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE). Estas dos vías se completarían con el mandato de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.2 TUE).

Pero antes de entrar a valorar cada una de estas vías o ejes, hay que apuntar varias reflexiones generales que se han apuntado con acierto:

La primera es que la protección de los derechos, principios y libertades se basaría en una “paradoja”, en la medida en que reconoce derechos fundamentales cuyas fuentes son externas al propio Tratado, la Carta (art. 6.1 párrafo primero), el CEDH y las tradiciones constitucionales nacionales (art. 6.3); como también se refiere a normas de interpretación de los derechos principios y libertades de la Carta externos, las disposiciones del Título VII de la Carta y las explicaciones referidas en la misma (art. 6.1 párrafo tercero).

La segunda, que estamos ante un reconocimiento que realiza el art. 6 del TUE, por lo que estos instrumentos no tendrían un carácter constitutivo, esto es, gozan de una existencia independiente, pero no determinan su propio estatus jurídico en el Derecho de la Unión.¹⁶⁰

En tercer lugar, debemos notar que el reconocimiento que se realiza es diverso, en un caso se reconocen los derechos, principios y libertades de la Carta, precisamente en cuanto tales “derechos, principios y libertades” (art. 6.1 párrafo primero); y de los

¹⁵⁸ Podemos encontrar la versión consolidada del TUE tal y como queda con el Tratado de Lisboa, así como el TFUE, en <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SOM:ES:HTML> (Último acceso el 10 de diciembre de 2010).

¹⁵⁹ De nuevo CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., pp. 209-213.

¹⁶⁰ CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law*, 2ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, p. 230.

derechos fundamentales del CEDH y de las tradiciones constitucionales comunes como “principios generales” (art. 6.3).

1) El reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Como hemos dicho anteriormente, hay un reconocimiento del estatus jurídico de los derechos, principios y libertades contenidos en la Carta de los Derechos Fundamentales, en la versión de 2007, si bien quizá con una desafortunada redacción del apartado primero del art. 6 TUE. No había necesidad de hacer referencia expresa a la Carta de 7 de diciembre de 2000, para después añadir que se dota de eficacia a dicha Carta “tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007”. Hubiera sido suficiente con mencionar la última versión proclamada.¹⁶¹

En cualquier caso, lo cierto es que se atribuye eficacia jurídica a la Carta, en su versión de 2007 de una forma clara;¹⁶² que ha sido calificada como una “incorporación por referencia”.¹⁶³

¹⁶¹ El art. 6.1 TUE atribuye fuerza jurídica a la “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo”. Como reflexiona FERNÁNDEZ TOMÁS estamos ante una “confusa redacción de la que ha de gala el artículo 6.1 del TUE”. Vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, F., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, op. cit., pp. 121-122

¹⁶² Quizá hay una sombra reseñable respecto a la Carta que apunta GARCÍA ROCA, al referirse a la publicación de la Carta en el Diario Oficial de la Unión Europea dentro del capítulo de “informaciones” y no en el de “legislación” como hubiera sido lógico. Para GARCÍA ROCA es producto del interés en mantener una “calculada –y torturante- ambigüedad típicamente comunitaria” Vid. GARCÍA ROCA, J., “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?” en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales; de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 44. Sin embargo, lo cierto es que el propio Tratado de Lisboa también se publicó en dicho capítulo de comunicaciones, y es que tanto uno como otro, en el momento de su publicación estaban pendientes de su entrada en vigor; máxime si tenemos en cuenta que la vigencia de la Carta depende directamente de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Por otro lado, ROSSI se plantea si “potrebbe promuovere un ricorso in infrazione contro uno Stato che la viola? Dalla lettura del trattato sembrerebbe di no, perché questo ricorso è limitato a lla “violazione del Trattato”. E ancora: in che modo (e da chi) la Carta potrebbe essere in futuro modificata?”. Vid. ROSSI, L.S., “I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona”, p. 2. Accesible en www.europeanrights.eu/getFile.php?name=public/commenti/Rossi.doc. Vid. también su trabajo “I principi enunziati dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona : un’ipoteca sul futuro dell’integrazione europea?”, *Rivista di diritto internazionale*, nº 4, 2009, pp. 993-1019.

¹⁶³ En este sentido, vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales; de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 5.; JIMENA QUESADA, L., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 40, 2009, p. 68; DÍEZ PICAZO, L.M., *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit., p. 134; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 184; MANGAS MARTÍN,

Ahora bien, respecto a dicha eficacia hay que tener en cuenta los Protocolos sobre su aplicación:

- *Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido*;¹⁶⁴

- *Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa*.¹⁶⁵

En el primero de ellos, Polonia y Reino Unido declaran que la Carta reafirma los derechos, libertades y principios reconocidos en la Unión y hace que dichos derechos sean más visibles pero no crea nuevos derechos ni principios.

En primer lugar, llamó la atención que dos Estados miembros con intereses *a priori* divergentes pudieran llegar a concluir dicho Protocolo.¹⁶⁶ En segundo lugar, la doctrina se planteó los posibles efectos del mismo con temor por la posible exclusión de la fuerza jurídica de los derechos contenidos en la Carta.¹⁶⁷ Respecto al segundo, hay

A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., pp. 125 y 126; CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., p. 210.

La fuerza jurídica vía remisión podría tener incluso, paradójicamente, un efecto positivo al poder aumentar la identificación y la utilización de la misma por parte de los ciudadanos. En este sentido, vid. ROSSI, L.S., “I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona”, op. cit., p. 1

¹⁶⁴ *Protocolo nº 30 sobre Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido*, anexo a los Tratados.

¹⁶⁵ Incluido en el Anexo I a las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, de 29 y 30 de octubre de 2009, estableciendo que el Protocolo nº 30 será de aplicación también a la República Checa.

¹⁶⁶ Con independencia de que los objetivos de uno y otro fueran diferentes, lo bien cierto es que en un primer momento la posición de ambos países se concretó en la introducción de este Protocolo nº 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, que incluye la previsión de que “nada de lo dispuesto en el título IV de la Carta crea derechos que puedan defender ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional”. Es curioso, sin embargo, la necesidad que ha tenido Polonia de añadir dos Declaraciones anejas al Tratado, las número 62 y 63 en las que formula reservas a la Carta respecto de la legislación estatal en materia de moral pública, Derecho de familia, protección de la dignidad y el respeto de la integridad física y moral; pero desmarcándose de la posición del Reino Unido en materia de derechos sociales. ORDOÑEZ SOLIS apunta a que esta separación de la posición británica se debe a la tradición polaca del movimiento social “Solidaridad” y su contribución a la lucha de los derechos sociales. Vid. ORDOÑEZ SOLÍS, D., “Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional”, op. cit., p. 144.

¹⁶⁷ Esta declaración se ha interpretado en el sentido de establecer unas excepciones a la aplicación de la Carta, que podrían suponer que los jueces polacos y británicos no podrán controlar leyes y actos de sus respetivos estados en relación con la Carta, salvo en la medida en que Polonia y Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional. Vid. MANGAS MARTÍN, A., “El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 2, 2008, pp. 28 y 29.

que decir que está formalizado por la República Checa, y supone la unión de este país a los *opt outs* polaco y británico.

Ambos protocolos pueden constituir la sombra más larga que recae sobre la fuerza jurídica que goza la Carta, puesto que los Protocolos y Anexos de los Tratados forman parte integrante de los mismos.¹⁶⁸

Del estudio de los mismos, la mayor parte de la doctrina ha entendido que supondrían un *opt out*, que privaría a los ciudadanos de dichos países de solicitar en vía jurisdiccional la tutela de los derechos fundamentales contenidos en la Carta frente a normas o actos estatales en el ámbito del Derecho de la Unión.¹⁶⁹ Sin embargo, curiosamente el Comité relativo a la Constitución de la Cámara de los Lores, no llegó a esta conclusión.¹⁷⁰

Quizá cabe destacar la reflexión realizada por PASTOR RIDRUEJO, quien afirma que estudiadas sus disposiciones, “más que eximir al Reino Unido y Polonia de la obligación de cumplir la Carta, lo que hace el Protocolo es exceptuar a esos dos Estados de la justiciabilidad de los derechos y libertades enunciados, y no solo ante el Tribunal de la Unión sino también ante las respectivas jurisdicciones nacionales”, en otras palabras, “estaríamos ante obligaciones jurídicas ciertas, pero no susceptibles de ser invocadas ante instituciones jurisdiccionales”¹⁷¹

En esta línea, FERNÁNDEZ TOMÁS entiende que producirían un efecto equivalente al de una reserva.¹⁷² Por su parte, MANGAS MARTÍN, entiende que estas excepciones son un peaje a cambio de la obligatoriedad de la Carta y supondrían que los jueces polacos y británicos no podrán controlar leyes y actos de sus respectivos estados en relación con la Carta, salvo en la medida en que Polonia y Reino Unido

¹⁶⁸ Art. 51 TUE.

¹⁶⁹ A favor de la consideración del Protocolo como un *opt out* que limitaría la eficacia de la Carta se reflexiona en FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, op. cit., 119-149; PASTOR PALOMAR, A., “La regla *inclusio unius, exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros”, en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 159-178; PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Carta de Derechos Fundamentales...”, op. cit., p. 12; MANGAS MARTÍN, A., “El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa”, op. cit., p. 28; DÍEZ PICAZO no realiza un exhaustivo análisis de los mismos, sino que se limita a constatar que estamos ante “una fórmula de autoexclusión u *opting-out*, restringe notablemente la aplicabilidad de la Carta en Polonia y el Reino Unido” DÍEZ PICAZO, L.M., *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit., p. 234;

¹⁷⁰ Vid. HOUSE OF LORDS, CONSTITUTION COMMITTEE, *European Union (Amendment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution*, 19 de marzo de 2009, pp. 20-23.

¹⁷¹ Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La Carta de Derechos...”, op. cit., p. 12.

¹⁷² Vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia...”, op. cit., p. 123.

hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional. Y cuando alguna disposición de la Carta haga referencia a prácticas y legislaciones nacionales, sólo será de aplicación en Polonia y Reino Unido en la medida en que los derechos o principios que se reconozcan estén reconocidos en la legislación o prácticas de Polonia y Reino Unido.¹⁷³

Otros autores han defendido que estábamos ante un instrumento de mera compensación hacia unos países con un temor hipotético de utilización de los derechos de la Carta en la vía judicial contra ellos;¹⁷⁴ dudando muchos de su eficacia, pero entendiendo que la fuerza y extensión de la misma dependerán del Tribunal de Justicia, y por tanto también la naturaleza de *opt out* o no de la misma.¹⁷⁵

Lo cierto es que, al fin y al cabo, los derechos que se han introducido en la Carta están inspirados en los que contiene el Convenio de Roma y los propios de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que seguirán constituyendo principios generales de Derecho de la Unión, vía reconocimiento del art. 6.3 TUE, que posteriormente estudiaremos, y por tanto aplicables a todos los Estados miembros, también a aquellos que han realizado los *opt-out*.¹⁷⁶

Por ello se ha planteado la posibilidad de que el TJCE construya dos sistemas diferenciados de protección de los derechos fundamentales: el primero estaría basado en su jurisprudencia constante, que se aplicaría a los Estados que han realizado el *opt-out*; y el segundo se basaría en la Carta de Derechos Fundamentales, aplicable al resto de Estados.¹⁷⁷ De cualquier manera, habrá que esperar verificar su aplicación por parte del Tribunal de Justicia.¹⁷⁸

¹⁷³ Vid. MANGAS MARTÍN, A., “El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa”, op. cit., pp. 27-28

¹⁷⁴ Señala LASO PÉREZ que las excepciones no son sino un elemento de compensación que como “que permite en ocasiones una apariencia de haber salvaguardado ciertos intereses. La imposibilidad de que se pueda impugnar una norma nacional por ser contraria a la Carta de Derechos Fundamentales parecía una preocupación para algunos Estados, aunque este temor puede considerarse hipotético”. Vid. LASO PÉREZ, J., “La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 2, 2008, p.14.

¹⁷⁵ LOUIS, J.V., “Bilan d’une réforme. De l’Acte unique européen à la CIG 2007”, *Cahiers de droit européen*, v. 43, nº5-6, 2007, pp.568-569; BAQUERO CRUZ, J., “¿Qué queda de la Carta?”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 15, 2008, p. 3; LASO PÉREZ, J., “La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional”, op. cit., p.14; ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2008, pp. 155 y 156.

¹⁷⁶ En este sentido, ROSSI razona respecto de los Estados del *opting out* que “Although the force of the Charter is limited as far as their legislations are concerned, these States are still fully engaged by the general principles of EU law envisaged by the Court of Justice, such as the protection of human rights”. Vid. ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles?..”, op. cit., pp. 79.

¹⁷⁷ Vid. a este respecto DOUGAN, M., “The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds not hearts”, *Common Market Law Review*, v. 45, nº 3, 2008, pp. 617 y ss.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que conforme al párrafo segundo del art. 6.1, la Carta no supone una ampliación de las competencias de la Unión previstas en los Tratados.¹⁷⁹ Y en el párrafo siguiente, el tercero del mismo art. 6.1 TUE establece que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán de conformidad con el título VII de la Carta y teniendo en cuenta las explicaciones de la misma.¹⁸⁰

Por ello debemos acudir al texto de la Carta. Respecto del ámbito de aplicación,¹⁸¹ hay que entender que la Carta vinculará sólo a las instituciones y órganos

De hecho, se ha planteado de una interpretación del art. 6 TUE se entiende posible tanto esta posición como la de que el TJ mantenga su actual doctrina sobre la protección de los derechos fundamentales y considere la Carta como una de las fuentes de inspiración a utilizar

¹⁷⁸ Como señala BAQUERO CRUZ, la buena noticia es que la competencia para su interpretación corresponde al Tribunal de Justicia, por lo que habrá que ver que alcance le concede (BAQUERO CRUZ, J., “¿Qué queda de la Carta?”, op. cit., p. 3.)

Y si finalmente el Tribunal de Justicia no le dota al Protocolo de la eficacia pretendida políticamente por Reino Unido y Polonia, supondría estar ante lo que ALDECOA LUZÁRRAGA ha calificado como “uno de los ejemplos más rotundos de «velo»” Vid. ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, op. cit., p. 156

¹⁷⁹ También se establece así en art. 51.2 de la Carta que dispone que “(l)as disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.”

Esta previsión confirma en palabras de GÓMEZ SÁNCHEZ “una conclusión obligada de la aplicación del principio de subsidiariedad y del hecho de que la Unión sólo disponga de competencias de atribución”. Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y Libertades*, op. cit., p. 507.

¹⁸⁰ Así, el art. 51.1 de la Carta establece que las disposiciones de la Carta se dirigen a las instituciones y órganos de la UE, y a los EEMM únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Como consecuencia jurídica de esta previsión los derechos fundamentales de la Carta sólo serían efectivos en el marco de las competencias atribuidas por los Tratados a la UE, cuando se aplica el Derecho de la Unión; y que a la vez la Carta no crea por sí misma ninguna competencia ni misión nueva, ni supone modificación en las competencias y misiones que están definidas en los Tratados.

Además, conforme a las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, la finalidad del art. 51 de la Carta es precisar que la misma se aplica a las instituciones y órganos del a Unión respetando el principio de subsidiariedad; y a los Estados miembros, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se les impone esta obligación de respetar los derechos fundamentales en el marco de la Unión se impone cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión. (DOUE C 303 14 de diciembre de 2007)

En las propias explicaciones se dice que “(s)i bien no tienen por sí mismas valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta”, pero la consecuencia lógica de esta norma contenida en el art. 6 del TUE sí supone atribuir cierto valor jurídico al menos para la interpretación de los derechos fundamentales de la Carta, a las explicaciones antes referidas. A estas explicaciones también se hace alusión en el Preámbulo de la Carta, donde se insiste en que los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los EEMM interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones referidas.

¹⁸¹ Así, el art. 51.1 de la Carta establece que las disposiciones de la Carta se dirigen a las instituciones y órganos de la UE, y a los EEMM únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Como consecuencia jurídica de esta previsión los derechos fundamentales de la Carta sólo serían efectivos en el marco de las competencias atribuidas por los Tratados a la UE, cuando se aplica el Derecho de la Unión; y que a la vez la Carta no crea por sí misma ninguna competencia ni misión nueva, ni supone modificación en las competencias y misiones que están definidas en los Tratados.

Además, conforme a las *Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales*, la finalidad del art. 51 de la Carta es precisar que la misma se aplica a las instituciones y órganos del a Unión respetando el principio de subsidiariedad; y a los Estados miembros, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se les impone esta obligación de respetar los derechos fundamentales en el marco

comunitarios en el ámbito de sus competencias, así como también a los Estados miembros en el ámbito relacionado con el Derecho comunitario, es decir, aquellas materias que estén reguladas por el Derecho europeo.¹⁸²

En cuanto al alcance e interpretación de la Carta (art. 52 de la Carta) es importante tener en cuenta que del art. 6.1 se deduce claramente el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la misma. La Carta no tendría únicamente “derechos”, a pesar de su denominación como “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, sino también libertades y principios.

Una aproximación a su diferenciación es compleja, puesto que la formación dogmática del concepto de “derecho fundamental” en el Derecho de la Unión es una tarea inacabada.¹⁸³ Más aún si tenemos en cuenta que en la Carta no encontramos una clara distinción ni por el tipo de derecho tutelado, ni por la ubicación sistemática en el texto, y es que si bien en muchas rúbricas encontramos que se intitulan como “derechos” o “libertades”, no encontramos en general que se intitulen preceptos con el término de “principios” con las excepciones del principio de legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas (art. 49), el único que aparece enunciado como principio, y sí preceptos que se refieren de forma general al contenido del artículo sin intitulación sin que sea fácilmente precisable si estamos ante un principio o un derecho.¹⁸⁴

de la Unión se impone cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión. (DOUE C 303 14 de diciembre de 2007)

Para un estudio de este artículo vid. MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 51. Ámbito de aplicación”, en MANGAS MARTÍN, A. (dir), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 809-825

¹⁸² De esta vinculación de las instituciones a los derechos contenidos en la Carta, se ha llegado a concluir que estamos ante un *habeas corpus* contra la Unión. En este sentido ROSSI entiende que “(l)e istituzioni europee sono chiaramente vincolate al rispetto della Carta e si potrà chiedere l’annullamento di un atto dell’UE che sia con essa incompatibile: si tratta dunque di un *habeas corpus* contro l’Unione. Acquisizione di grande importanza innanzitutto dal punto di vista giuridico, perché allo stato attuale le Costituzioni nazionali e la Cedu difficilmente raggiungono il campo di applicazione del diritto comunitario” Vid. ROSSI, L.S., “I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona”, op. cit., p. 1.

¹⁸³ En este sentido, RODRÍGUEZ IGLESIAS afirmaba en 1999 que “en el derecho comunitario, el concepto de derecho fundamental no es un concepto normativo, en el sentido de que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental (...) con mucha frecuencia el Tribunal de Justicia tutela derechos de los particulares sobre la base de un principio general de derecho tal como el de la proporcionalidad o el de la confianza legítima sin clasificarlos como derechos fundamentales”. Vid. RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C., “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 200, 1999, p. 17, nota 28.

¹⁸⁴ Sobre esta cuestión, vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones...”, op. cit., pp. 142-143.

A este respecto, MENÉNDEZ trató de realizar una clasificación, entendiendo que existían derechos fundamentales, derechos ordinarios, y lo que serían principios o cláusulas políticas.¹⁸⁵

Sin embargo, no es una cuestión sencilla, y habrá que esperar a que la jurisprudencia y la doctrina desarrollen la cuestión.

No obstante, es relevante, todo y que afecta a la eficacia, pues conforme al art. 52.5 de la propia Carta, las disposiciones de la misma que contengan principios “sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de los actos”. Entendiéndose que esto supone que un principio no puede generar un derecho subjetivo nuevo para el particular, pudiendo sólo alargarlo para dejar sin eficacia una norma o acto nacional o comunitario contrario al principio de la Carta, mientras que a sensu contrario, los derechos y libertades sí podrían generar un derecho subjetivo en la medida en que fueran precisos y no dejaran margen discrecional.¹⁸⁶

Más aún, el apartado primero del art. 52 dispone que cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Carta se establecerá por ley y deberá respetar el contenido esencial de los mismos, mientras que “Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”. Por tanto, los derechos y libertades gozan de mayores garantías que los principios.

En esta línea, el apartado tercero del mismo art. 52 de la Carta estipula que en la medida en que la Carta contenga derechos que correspondan con los garantizados por el CEDH “su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”; y en el siguiente apartado, que en la medida en que la Carta reconozca derechos resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, se interpretarán en armonía con las mismas.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Y lo hizo estudiando la Carta de Derechos Fundamentales en la versión de Niza. Vid. MENÉNDEZ, J. A., “‘Rights to Solidarity’ balancing Solidarity and Economic Freedoms”, en ERIKSEN, E., FOSSUM, J., MENÉNDEZ, J. (eds.), *Chartering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 183-186.

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones...”, op. cit., pl. 142.

¹⁸⁷ Vid. MANGAS MARTÍN, A., “Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios”, en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, op. cit., pp. 826-850

En estos dos apartados citados del art. 52, el tercero y el cuarto, se está estableciendo la vinculación de los derechos contenidos en la Carta con el CEDH y con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, que son las fuentes de los derechos fundamentales que han sido reconocidos por parte del Tribunal de Justicia como principios generales de Derecho de la Unión. Se trata de excluir cualquier tipo de conflicto entre estándares de protección de los derechos fundamentales, introduciendo un criterio de armonización de los derechos, principios y libertades contenidos en la Carta en relación con el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes.¹⁸⁸

Alguna doctrina ha sugerido que de estos dos apartados se sugiere que en caso de disputa, habría una preferencia por el CEDH y las tradiciones constitucionales, que serían las que la regirían.¹⁸⁹

Sin embargo, esto es discutible todo y que, como a continuación sostenemos, la interpretación del art. 52.2 y 4, en relación con el art. 53, parece sugerir más bien criterio a favor del máximo estándar o nivel de protección, sea éste el de la Unión, el del Convenio o el de las tradiciones constitucionales.

Por tanto, se puede entender que el art. 53, al disponer que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación (...)”, no sólo establece una limitación al ámbito de aplicabilidad de la Carta, impidiendo una reducción en el nivel de protección de los derechos fundamentales o estableciendo un “bed of rights”;¹⁹⁰ sino que además (al interpretarlo en relación con el art. 52.3 y 4) está introduciendo un criterio a favor del máximo estándar de protección.

Por tanto, la Carta consagraría un criterio a favor del máximo estándar de protección, o también llamado “principio de no regresión”;¹⁹¹ y consecuentemente

Así, el art. 52.3 se establece que cuando contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio de Roma, su sentido y alcance “serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”, pero que esto “no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”, por lo que el Tribunal de Justicia está llamado a garantizar una protección equivalente a la del Convenio, pero pudiendo ser más garantista.

¹⁸⁸ En este sentido, ya en 2001 LIISBERG planteaba que la Carta podía suponer una amenaza para la primacía del Derecho comunitario. Vid. LIISBERG, J. B., “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law”, *Common Market Law Review*, v. 38, nº5, 2001, pp. 1171-1199.

¹⁸⁹ CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law*, op. cit., p. 248.

¹⁹⁰ Ídem, p. 242.

¹⁹¹ Para MANGAS MARTIN al garantizarse el más elevado nivel de protección y no cabría una “reformatio in peius” en materia de derechos fundamentales. Vid. MANGAS MARTIN, A., “Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios”, op. cit., p. 829; En el mismo sentido, vid..

implicará que sólo producirá efectos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en caso de que los mismos no garantizaran un nivel superior de protección, en cuyo caso debería aplicarse éste.¹⁹²

Esto quizá pueda zanjar la conocida disputa doctrinal sobre el estándar de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea,¹⁹³ entre quienes entendían que debía seguir el criterio del mayor nivel de protección que se ofreciera al individuo en cualquier Estado miembro, sugiriendo una tradición liberal;¹⁹⁴ y quienes sostenían que esta concepción de los derechos fundamentales era excesivamente formal e individualista, y que la Unión debía desarrollar su propio modelo de protección de los derechos fundamentales.¹⁹⁵

Ahora bien, para los casos en los que la mayor protección esté atribuida por la Carta, se ha argumentado que ésta podría tener una “vis expansiva”, que se vería potenciado a través de la interpretación por los tribunales de los Estados miembros de los catálogos internos de derechos fundamentales en base a la mayor protección derivada de la Carta, inclusive en ámbitos internos fuera del Derecho comunitario.¹⁹⁶

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 53. Nivel de protección”, en MANGAS MARTÍN, A., *La Carta...*, op. cit., p. 856; ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., p. 312-314; RIDOLA, P., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e la “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri”, en PANUNZIO, S.P. y SCISO, E. (eds.) *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell’Italia all’Unione europea*, Giuffrè, Luiss Edizioni, Milán, 2002, p. 92

¹⁹² Vid. RIDOLA, P., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e la “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri”, op. cit., p. 92, que entiende que el art. 53 de la Carta introduce una reserva a favor del mayor nivel de protección de los derechos fundamentales, asegurado por las constituciones de los Estados miembros, y que puede constituir un dique de contención frente a una reducción del estándar de protección por parte del Tribunal de Justicia, incluso entendiendo que podría otorgar al Tribunal un appel subsidiario en la tutela de los derechos fundamentales; en contra PANUNZIO, S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europea*, Jovene, Nápoles, 2005, pp. 20 y ss., que entiende que este criterio no es suficiente para resolver los problemas.

¹⁹³ Y es que existió un gran debate doctrinal desde que el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*, que la protección de los derechos fundamentales debía interpretarse según un razonamiento autónomo y según el sentido de los derechos particulares determinandos a la luz de los objetivos de la Unión.

¹⁹⁴ BESSELINK, L., “Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union”, *Common Market Law Review*, v. 35, n° 3, 1998, p. 629.

¹⁹⁵ WEILER, J., “Fundamental Rights and Fundamental boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights”, en NEUWAHL, N., y ROSAS, A., *The European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, pp. 51 y ss.; AVBELJ, M., “The European Court of Justice and the Question of Value Choices”, Jean Monnet Working Paper 6/04.

¹⁹⁶ Vid. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2007, pp. 270-271.

Esta *vis expansiva* se puede ver potenciada en el caso español. Por un lado por la propia doctrina del Tribunal Constitucional, que ya en la STC 28/1991, de 14 de febrero declaró las normas de Derecho comunitario “podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados internacionales asigna el artículo 10.2”. Un valor que conforme al Dictamen 1/2004 habría que reconocer a la Carta sin perjuicio de su valor “en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro *ex* artículo 93 CE”; Por otro lado, puesto que la Carta de Derechos Fundamentales ha sido objeto de publicación en el Boletín Oficial

Pero es evidente que surgen problemas relacionados con la determinación del nivel de protección más alto en términos comparativos. En este sentido, conviene seguir a ALONSO GARCÍA, que apunta que sin excluir estas dificultades habría que partir de la base de que el discurso de los derechos fundamentales es en esencia “un discurso de exigencias del individuo frente el poder público (...) en cuyo contexto cabrá considerar como sistema de mayor protección el que mayor grado de exigencias presente a favor precisamente del individuo y no del poder público, por mucho interés general que respalde las intervenciones de este último”.¹⁹⁷

Esta técnica sería idónea para resolver conflictos en los que se trate de determinar el alcance de un derecho frente a una intervención del poder público, y no tanto respecto de conflictos entre derechos fundamentales diferentes.¹⁹⁸

Sin embargo, lo cierto es que como tratamos de aclarar en el epígrafe tercero de este primer capítulo al tratar la relación entre libertades de mercado y derechos fundamentales, ambas categorías constituyen valores fundamentales en el ordenamiento jurídico europeo. ¿Podríamos utilizar la técnica del nivel de protección para su resolución?

Para ALONSO GARCÍA, dado que la ponderación entre derechos es, muchas veces, una ponderación entre valores, y la Unión constituye precisamente una Comunidad de valores donde se asume la posibilidad de limitación de los derechos a favor del interés general, siempre que se vinculen a objetivos de interés general que estén supeditados a los valores superiores de la Unión (la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad) entre los que no estarían las libertades fundamentales del mercado; habría bases suficientes para la utilización de esta técnica, y se articularía otorgando los sistemas nacionales un margen de deferencia al sistema de la Unión.¹⁹⁹

El problema puede surgir cuando la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Carta (art. 6.1 TUE) o de los contenidos en el CEDH o en tradiciones constitucionales comunes (art. 6.3 TUE) no responda al estándar de protección que se ofrezca en los ordenamientos

del Estado a través de la Ley Orgánica de Ratificación del Tratado de Lisboa, ya es obligatoria como canon de interpretación de nuestros derechos fundamentales.

¹⁹⁷ Vid. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., pp. 312-313.

¹⁹⁸ Ídem, p. 314.

¹⁹⁹ Ídem, pp. 313-314.

Así, entiende ALONSO GARCÍA que poco importaría que las libertades del mercado estuvieran en el Preámbulo de la Carta, puesto que no constituyen los valores superiores, que son la sociedad democrática y el Estado de derecho, con lo que “debe también asumirse que existe una base sólida para poder operar en “terminios coparativos con la técnica del nivel de protección”.

jurídicos nacionales, si es mayor, pues no estará respetando el máximo estándar o nivel de protección.

Además, obsérvese que el art. 6.3 TUE se refiere a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, pero puede suceder que en algunos Estados miembros se reconozcan derechos o principios constitucionales que no sean comunes o que no respondan a esa tradición común. De ahí la importancia que adquiere la tutela de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales constitucionales frente a las obligaciones del Derecho de la Unión Europea.

Y cobran una mayor relevancia en los supuestos que nos ocupamos de estudiar en el capítulo 2, es decir, de conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales.

En cambio, en principio, no parece que pueda existir posibilidad de que surgieran problemas con respecto al nivel de protección del CEDH, puesto que se erige como un estándar o nivel mínimo de protección (art. 52.3 de la Carta).

En cualquier caso, sería esencial un diálogo a tres bandas entre el TJUE, el TEDH y los Tribunales Constitucionales para garantizar la mejor tutela de los derechos fundamentales frente a una realidad de interacción recíproca multinivel entre los respectivos ordenamientos jurídicos.²⁰⁰

También es importante tener en cuenta, para el caso español, la singular Ley de Ratificación del Tratado de Lisboa por parte de España, y la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue objeto de publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) dentro de la Ley de ratificación del Tratado de Lisboa con una previsión que parece indicar que los derechos fundamentales de nuestra Constitución deben interpretarse a la luz de la Carta, sin sujetarse al momento en el que ésta entrase en vigor.²⁰¹

²⁰⁰ Vid. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 53...”, op. Cit., p. 868; y CARRILLO, M., “El diálogo entre Tribunales como condición necesaria para la tutela de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ BOFIA, H. (ed.), *La constitución europea*, Tirant lo blanch, 2006, p. 196.

²⁰¹ Ley Orgánica 1/2008, de 30 de Julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa (BOE núm. 184, de 31 de Julio de 2008)

En el art. 2 se dispone que “A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación (...)”

Por otro lado, hay que poner de relieve que pronto se advirtió una errata, puesto que la referencia que se hace a la Carta publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 no se corresponde con el texto que posteriormente se incluye y reproduce, puesto que éste se corresponde al texto de la Carta que se integró como parte segunda del fracasado Tratado constitucional, y por eso se seguía refiriendo el propio

Por otro lado, la Ley de ratificación, como es lógico, entra en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, ¿quiere decir esto que la Carta de Derechos Fundamentales estaba ya en vigor en España desde entonces?²⁰²

Es discutible como interpretar esta publicación en el BOE, y en la doctrina española desde que es un mero acto publicitario;²⁰³ hasta considerarlo como un acto de relevancia jurídica.²⁰⁴

2) Afirmar que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

De esta previsión del apartado 3 del art. 6 TUE se deduce el mantenimiento del sistema jurisprudencial de tutela de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, y que es el que estudiaremos en el siguiente apartado.²⁰⁵

texto de la Carta a la “Constitución” en lugar de a “los Tratados”, por ejemplo en los arts. 18, 21, 36, 41, 45, 51, 52. Vid. JIMENA QUESADA, L., “La Carta de los derechos fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, op. cit., p. 70

²⁰² Disposición Final Única de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, op. cit.

²⁰³ En este sentido se manifiesta MARTÍN-RETORTILLO que destaca que “no se explica bien”, hay una voluntad de dotar a la Carta de “la mayor proyección posible”, y se pregunta si no es acaso una previsión del legislador para adelantar la vigencia de la Carta con independencia del resultado del proceso de ratificación del Tratado de Lisboa, pero concluye que es un mero “adelanto publicitario”. Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La doble funcionalidad de la ley orgánica por la que se autoriza la ratificación del tratado de Lisboa. La Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea en el «Boletín Oficial del Estado»”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº30, 2009, pp. 148-150, y 157.

²⁰⁴ JIMENA QUESADA considera que la remisión que se hace al art. 10.2 CE implica “elevar la CDFUE a la categoría de canon de constitucional interno (como parámetro interpretativo)” y consecuentemente la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de la Carta deberá ser aplicada en España cuando sea más favorable que la que realice el Tribunal Constitucional respecto de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución. Vid. JIMENA QUESADA, L., “La Carta de los derechos fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, op. cit., pp. 70-71.

Sin embargo, el problema que se suscita es que esta interpretación supone una modificación del sistema de fuentes del derecho en España. Baste decir que el art. 5.1 de la LOPJ establece la vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es el máximo intérprete de la Constitución. Si en virtud del art. 2 de la L.O. 1/2008, la interpretación de un derecho fundamental contenido en nuestra Constitución por parte del Tribunal Constitución debe ceder ante una interpretación del mismo derecho, también contenido en la Carta, que realiza el Tribunal de Luxemburgo, estaríamos modificando la posición que el TC tiene. Sí es cierto que en base al art. 10 CE debe interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, pero es discutible que la Carta se incluya ahí, y en cualquier caso corresponde la máxima interpretación al TC. Este es el problema. En caso contrario, en el supuesto que la interpretación más favorable sea la que realiza el TC, la solución plantea más problemas.

²⁰⁵ Así lo entiende LIÑÁN NOGUERAS, vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit.

Además, como hemos dicho antes, este precepto facilitará la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia incluso en los Estados miembros que han introducido los *opting out*, puesto que el Tribunal de Justicia seguirá tutelando los derechos fundamentales garantizados en el Convenio de Roma, y los que son fruto de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros; que precisamente han inspirado la redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Y por ello se ha planteado, como también hemos apuntado ya, la posibilidad de que se generaran dos tipos de jurisprudencia en la tutela de los derechos fundamentales, una nueva jurisprudencia basada en la Carta, y una segunda que seguiría la línea tradicional respecto de los Estados que han introducido los *opting out*.²⁰⁶

3) El mandato de adhesión al CEDH.²⁰⁷

Por primera vez se introducen las bases legales necesarias para el acceso de la Unión Europea al CEDH, y como hemos visto se lleva a cabo a través del apartado segundo del art. 6 TUE, cuando establece que “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 que se definen en los Tratados.”²⁰⁸

Este precepto puede considerarse un “mandato claro” en la medida en que su redacción es taxativa.²⁰⁹

La Adhesión implicaría un gran paso para la protección de los derechos fundamentales, aunque podría implicar una articulación judicial más compleja.²¹⁰

El *Protocolo sobre el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, y la *Declaración nº 2 del*

²⁰⁶ DOUGAN, M., “The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds not hearts”, op. cit., pp. 617 y ss.

²⁰⁷ Art. 6.2 TUE dispone que “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 que se definen en los Tratados”.

²⁰⁸ Negrita añadida.

²⁰⁹ CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, op. cit., p. 212.

En el mismo sentido, MANGAS MARTÍN razona que no estamos ante una facultad sino una obligación. Vid. MANGAS MARTÍN, A., “Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales”, op. cit., p. 71

²¹⁰ ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles?...”, op. cit., p. 81.

Tratado de Lisboa, establecen algunas instrucciones para llevar a cabo la adhesión para tener en consideración las especificidades del ordenamiento comunitario.²¹¹

Hay que tener en cuenta también que habría que seguir las propias normas del Consejo de Europa, para la incorporación de la Unión Europea al mismo.²¹² Debemos destacar que se han iniciado conversaciones con el propósito de encauzar el camino hacia la futura adhesión.²¹³

Por último, respecto a la protección de los derechos fundamentales, no se puede dejar de apuntar que el Reglamento N° 168/2007 del Consejo de 15 de febrero de 2007 creó la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo objetivo es proporcionar ayuda asesoramiento en materia de derechos fundamentales a las instituciones, órganos, organismos y agencias competentes, y los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión Europea.²¹⁴

²¹¹ El Protocolo n° 8, que prevé que “el acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio (...) estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión”, respetando pues la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

²¹² Protocolo N° 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the Control System of the Convention 2004, ETS n° 194. Este Protocolo ha sido ratificado por todos los miembros del Consejo de Europa, y entró en vigor el 1 de junio de 2010. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=194&CL=ENG> (Último acceso 22 de febrero de 2011)

Sobre los problemas que plantea esta adhesión, vid. DÍEZ-PICAZO, L.M., “La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 15, 2004, pp. 159-170; PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, op. cit., pp. 150-157; STOFFEL VALLOTON, N., “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, op. cit., pp. 179-198; MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., pp. 127 y 128; PASTOR RIDRUEJO, J.A., “Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 43, 2010, pp. 43-51.

²¹³ Las conversaciones oficiales comenzarán el 9 de julio de 2010. Antes, el 17 de marzo de 2010, la Comisión propuso algunas directrices de negociación para la adhesión, y el 26 de mayo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa otorgó un mandato ad hoc a su Comité Director de Derechos Humanos para elaborar con la UE un instrumento jurídico necesario para la adhesión. <http://euroalert.net/news.aspx?idn=10067> (Último acceso 22 febrero 2011).

²¹⁴ Reglamento del Consejo (CE) N° 168/2007 de 15 de febrero de 2007, (DO L 53/2 de 22 de febrero de 2007)

La página web de la Agencia contiene mucha información sobre sus actividades y funciones, vid. www.fra.europa.eu/fraWebsite/home/home_en.htm (Último acceso 22 febrero 2011). Vid. SAN JUAN GARCÍA, P., “La Agencia Europea de Derechos Fundamentales”, *Revista Lex Nova*, n° 48, Enero-Marzo 2007, pp. 24-27.

1.2.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.²¹⁵

Como hemos considerado con antelación, el silencio en un primer momento de los Tratados constitutivos sobre los derechos fundamentales no impidió que el Tribunal de Justicia, si bien reacio en unos primeros momentos, jugara un papel protagonista en *la protección de los derechos fundamentales*.²¹⁶

Las razones de esta evolución se han buscado en una primera preocupación del TJCE en configurar los principios que regían el ordenamiento comunitario, en relación a los ordenamientos nacionales (autonomía, primacía y eficacia directa); lo que produjo cierto temor en los tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros respecto a que una norma o acto comunitario pudiera llegar a vulnerar derechos fundamentales consagrados en sus respectivos textos constitucionales, o sus propias identidades constitucionales, lo que les llevó a evidenciar su intención garantizar su tutela a través de reservas o “contralímites”.²¹⁷

Esto podría haber influido en el Tribunal de Justicia, que asumió la tutela de los derechos fundamentales reivindicando “la comunitarización de los derechos fundamentales frente a eventuales pretensiones de las jurisdicciones nacionales de reclamar el conocimiento de presuntas violaciones por parte de instituciones comunitarios a derechos reconocidos en las diferentes constituciones”;²¹⁸ lo que motivó que se hablara de “diálogo” entre Cortes.²¹⁹

²¹⁵ Ciertamente la bibliografía sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación a la tutela de los derechos fundamentales es inabarcable. Ya hemos citado algunos trabajos, y a lo largo de la exposición citaremos otros que son relevantes.

²¹⁶ Se muestra reacio en las Sentencias de 4 de febrero de 1959, *Friedrich Stork&Cie c. Haute Autorité de la CECA*, C-1/58; de 15 de julio de 1960, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a. c. Haute Autorité de la CECA*, C- 36,37, 38 y 49/59; de 1 de abril de 1965, *Sgarlata*, C-40/65; y asume la protección a partir de la sentencia de 17 de diciembre de 1979, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70.

Para ROBERTSON Y MERRILLS este silencio era una solución cautelosa basada en la necesidad de afirmar la autonomía del Derecho comunitario. ROBERTSON, A.H. y MERRILLS, B.C.L, *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, Manchester, 1993, p. 363; Para STROZZI, se trataba de una postura “agnóstica”. STROZZI, G., *Diritto istituzionale dell’unione europea. Dal trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Giappichelli Editore, Turín, 1998, p. 206.

²¹⁷ De estos planteamientos y la posible incidencia que puedan tener en cuanto a los conflictos entre las libertades económicas fundamentales y los derechos fundamentales nos ocupamos en el capítulo tercero.

²¹⁸ MANGAS MARTÍN, A., “Introducción. El Compromiso con los derechos fundamentales”, op. cit., p. 33; TICHTY, L., “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, op. cit., p. 2.

²¹⁹ Para un estudio del diálogo entre Cortes, vid. SCHILLING, T., WEILER, J.H.H., HALTERN, U.R., “Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences?”, Jean Monnet Paper, 1996, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9610.html>; KUMM, M., “¿Who is

A la hora de estudiar esta evolución, DAUSES ha distinguido tres etapas.²²⁰

1) La primera etapa comenzaría con la sentencia *Stauder*,²²¹ donde reconoce, aunque sea en un *obiter dictum*, que los derechos fundamentales constituyen principios generales del Derecho comunitario.

2) Una segunda etapa que instauraría la sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*,²²² donde añade a la doctrina anterior que si bien la protección de los derechos humanos, “está inspirada en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe garantizarse en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad.”²²³, por tanto un reconocimiento de la tutela de los derechos fundamentales pero dentro de los objetivos y la estructura de la Comunidad.²²⁴

the final arbiter of Constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice” *Harvard Jean Monnet Working Paper* n° 10, 1998, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/98/98-10-.html>

No obstante, se ha criticado siempre la funcionalidad con que ha tratado los derechos respecto a la consecución del mercado. Vid. PALACIOS GONZÁLEZ, J., “La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 40, 2009, p. 164; También se pueden encontrar unas interesantes reflexiones sobre esta cuestión en ÚBEDA TARAJO, F.E., “La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en orden a la protección de los Derechos Fundamentales”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n° 2023, 2006, pp. 4251-4291

²²⁰ DAUSES, M.A., “La protection des droits fondamentaux dans l’ordre juridique communautaire”, op. cit., pp. 404 y 405.; en cambio, CUNHA RODRIGUES distingue las siguientes 1) hasta 1969 cuando el Tribunal dejaba fuera los derechos fundamentales; desde 1969 cuando se analizaba como principios generales de Derecho comunitario; 3) desde 1974/75 cuando se refiere de forma explícita al Convenio Europeo de Derechos Humanos; 4) desde 1989, el Convenio se cita con un significado particular; 5) desde 1990 cita sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vid. CUNHA RODRIGUES, J.N., “The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order”, op. cit., pp. 89-97.

Para un estudio de la evolución del Derecho comunitario se puede acudir también a CRAIG, P. y DE BURCA, G. (ed.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, op. cit.; para una visión panorámica de los derechos fundamentales en Europa se puede acudir a GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (coord.), *Los derechos en Europa*, Madrid, 2003.

²²¹ Sentencia de 12 de noviembre de 1969, *Erich Stauder c. Ville d’Ulm, Sozialamt*, asunto C-29/69. Así, afirma que “la disposición en causa no incluye ningún elemento susceptible de afectar a los derechos fundamentales de la persona que forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal”. No obstante, hay que puntualizar que ya se había pronunciado sobre el principio de igualdad en la Sentencia de 13 de julio de 1962, *Klöckner-Werke AG*, asuntos acumulados C-17 y 20/61.

²²² Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, op. cit.

²²³ Ídem.

²²⁴ Como apunta CASTILLO DAUDÍ “el Tribunal de Justicia reconocía el carácter autónomo de la fuente del Derecho y de la protección de los derechos fundamentales” Vid. CASTILLO DAUDÍ, M., “Los derechos humanos en la Unión Europea”, op. cit., p. 18.

De hecho, en esta sentencia el Tribunal de Justicia remarca la primacía del Derecho comunitario incluso frente a normas constitucionales de los Estados miembros. Y es que en este caso concreto se había planteado por parte del *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main* que el régimen de garantías que acompañaban a los certificados de exportación previsto por el Reglamento 120/67/CEE del Consejo y por el Reglamento n° 473/67/CEE de la Comisión, eran contrarios a determinados principios estructurales del Derecho constitucional alemán, así como también contra los principios de libertad de acción y de disposición, de libertad económica y de proporcionalidad del art. 14.2 de la Ley Fundamental de Bon.

Se ha planteado que el TJCE estaría haciendo tabula rasa de los derechos fundamentales formulados en las constituciones nacionales, y que por tanto establecía una diferenciación entre un sistema de protección de derechos fundamentales de la Unión con respecto a los derechos fundamentales reconocidos en las constitucionales nacionales, y esto no podía ser recibido de forma pacífica por los Tribunales constitucionales nacionales. La cuestión no es baladí, puesto que para los Tribunales constitucionales era y es esencial la tutela de todos los derechos fundamentales consagrados en los respectivos textos constitucionales que están llamados a salvaguardar.²²⁵

3) Una tercera etapa, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, se basa en las Sentencias *Nold*²²⁶ y *Hauer*.²²⁷ Esta etapa mostraría la respuesta del Tribunal de Justicia a la reacción de los Tribunales constitucionales con las reservas constitucionales y los “contralímites”, y lo que hace el TJCE es afirmar de nuevo que los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho comunitario, y que le corresponde garantizar su respeto; que al hacerlo debe inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los países miembros; y que por tanto no podría admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones estatales. Además, razona que los instrumentos convencionales relativos a la protección de los derechos humanos, en los que los Estados miembros se hubieran adherido o con los que hubieran cooperado, pueden

Tras afirmar una consideración ya expresada en el asunto *Flaminio Costa* de que al Derecho comunitario no se le puede oponer ninguna norma nacional, va más allá y considera que “la alegación de los **derechos fundamentales**, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”

²²⁵ De hecho, ya antes de 1970 los particulares empezaron a plantear ante los tribunales constitucionales nacionales y ante el propio Tribunal de Justicia que ciertos actos comunitarios estaban viciados de nulidad al atentar contra derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales. Vid. Sentencias de 4 de febrero de 1959, *Friedrich Stork & Cie c. Haute Autorité de la CECA*, asunto C-1/58; y de 15 de julio de 1960, *Präsident Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft e.a. c. Haute Autorité de la CECA*, asunto C-36/59, donde el Tribunal de Justicia negaba que los derechos fundamentales fueran parámetro de validez de los actos comunitarios. Como veremos en el capítulo tercero, los Tribunales constitucionales no tardaron en responder y reafirmar su posición como máximos garantes de los derechos fundamentales reconocidos en sus respectivos textos constitucionales.

²²⁶ Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto C-4/73.

²²⁷ Sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, asunto C-44/79.

Es muy importante la referencia a los textos internacionales. Para CANEDO y GORDILLO ya en el caso *Nold*, antes citado, el Tribunal está puntualizando su jurisprudencia, al hacer referencia a los instrumentos internacionales a los que los Estados miembros se habían adherido, y de forma especial al Convenio de Roma CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 39, 2008, pp. 34-35.

“proporcionar indicaciones que deben tomarse en consideración en el marco del *Derecho comunitario*”.²²⁸

Hay que tener en cuenta que la apelación a la categoría de los principios generales parece justificada en el hecho de que los derechos fundamentales no estaban consagrados en los textos.²²⁹

En cualquier caso, esta caracterización de la tutela de los derechos fundamentales como principios generales tiene consecuencias jurídicas relevantes, suponiendo la imposición de una barrera a las instituciones comunitarias y las autoridades nacionales.²³⁰ Estamos ante la construcción de un sistema de protección de derechos fundamentales en la Unión Europea de base jurisprudencial, inspirado en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, dentro de la estructura y objetivos de la Comunidad, y contando también con los tratados internacionales.²³¹

En un primer momento la exigencia de respeto a los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario se exigió sólo respecto a las instituciones comunitarias, como en la sentencia *Defrenne*,²³² pero no tarda en ampliar dicha exigencia a los actos de los Estados miembros que aplican Derecho comunitario (sentencia *Wachauf*)²³³, también cuando lo derogan (sentencia

²²⁸ Vid. GOSALBO BONO, R., “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, 1997, p. 38.

Esta referencia a los tratados internacionales es relevante, puesto que se suma, sin llegar a desplazar a las tradiciones constitucionales comunes, para convertirse en la principal “fuente de inspiración” del Tribunal de Justicia en la materia, como se puede ver en las sentencias dictadas en los asuntos *Hauer*, ya citada) y *Rutili* (Sentencia de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, asunto C-36/75) Vid. RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, op. cit. p. 116.

²²⁹ Además hay que tener en cuenta que la categoría de los principios generales se ha utilizado de forma tradicional en los países de *Civil Law* para superar la rígida sujeción del juez al imperio de la ley. RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, op. cit.

²³⁰ DÍEZ PICAZO considera que esta eficacia, sin embargo, se agota en el derecho derivado, puesto que los principios generales “no son jerárquicamente superiores al derecho originario, de manera que éste es inmune a eventuales reproches de vulneración de derechos fundamentales. Y ello no se refiere sólo a los Tratados constitutivos, sino también a los actos que aquéllos se remiten para su desarrollo”, por eso veía justificada la defensa de la doctrina de la adhesión al Convenio de Roma, ya que si los derechos fundamentales se protegen como obligación derivada de ser parte en el Convenio, no cabría invocar las normas constitucionales”. Pone como ejemplos las decisiones del Consejo con la posterior ratificación por los Estados miembros para la regulación de la elección del Parlamento, el sistema de recursos propios, la revisión comunitaria de los estatutos del Banco Central Europeo y del Tribunal de Justicia. Vid. DÍEZ PICAZO, L.M., *La naturaleza de la Unión Europea*, op. cit. p. 119 y 120.

²³¹ Un reciente trabajo estudia muy bien la influencia que los tratados internacionales han tenido en la jurisprudencia del TJCE. Vid. HELLER, H., y SCHNELL, C., “International Human Rights Standards in the EU – A Tighrope Walk Between Reception and Parochialism?”, *Revue suisse de droit international et européen*, nº1, 2010, pp. 3-37.

²³² Sentencia de 15 junio de 1978, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne SABENA*, asunto C-149/77.

²³³ Sentencia de 13 de julio de 1989, *Hubert Wachauf c. República Federal de Alemania*, asunto C-5/88.

ERT)²³⁴ o exceptúan de forma justificada (sentencia *Familiapress*)²³⁵; excluyendo, eso sí, el control la actividad estatal que queda fuera del ámbito del Derecho comunitario (sentencias *Cinéthèque*, *Meryem Demirel*, *Kremzow*, y *Annibaldi*).²³⁶

Además, como muy bien manifiesta en *Wachauf*, el alcance de los derechos no es de carácter absoluto, sino que pueden ser objeto de restricción, siempre que las restricciones respondan a objetivos de interés general perseguidos por la comunidad y no constituyan una intervención desmesurada e intolerable que lesione la sustancia misma de los derechos²³⁷

En cualquier caso, el respeto a los derechos fundamentales que exige el Tribunal deja como ámbito susceptible de producir conflictos aquel donde los Estados aplican el

En ese caso afirma un resumen de la misma, que “los derechos fundamentales forman aparte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al garantizar la salvaguardia de dichos derechos, el Tribunal de Justicia está obligado a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, de forma que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de dichos Estados. Los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, a los que han colaborado o se han adherido los Estados miembros, pueden proporcionar asimismo indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario”

Para RUBIO LLORENTE esa función de controlar la adecuación del Derecho comunitario al respeto de los derechos fundamentales, “si durante mucho tiempo se ejerció sólo sobre las normas emanadas de la Comunidad, desde 1989 se extendió también a los actos de los Estados miembros que caen dentro de la esfera del derecho comunitario”. Vid. RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, op. cit. p. 115.

²³⁴ Sentencia de 18 de junio de 1991, *Ellinki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon prossopilou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas y otros*, asunto C-260/89.

Entiende BIONDI que “The *ERT* judgment confirmed the applicability of fundamental rights, as laid out in the general principles of Community Law, to national rules when those rules fall within the scope of Community law”. Vid. BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 55.

La doctrina de la sentencia dictada en el asunto *ERT* se vé confirmada en *Bostock* (Sentencia de 24 de marzo de 1994, *The Queen v. the Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Dennis Clifford Bostock*, asunto C-2/92; y se concreta en *Kremzow*, donde se exige que el vínculo entre la norma estatal y el Derecho comunitario debe ser “suficiente” (Sentencia de 29 de mayo de 1997, *Friedrich Kremzow c. República Austríaca*, asunto C-299/95). Vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., pp. 134 y 135.

²³⁵ *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags – und Vertriebs GmbH c. Bauer Verlag*, asunto C-368/95, ya citada.

²³⁶ Sentencias de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, asuntos acumulados C-60 y 61/84; y de 30 de septiembre de 1987, *Meryem Demirel c. Stadt de Schwabisch Gmuend*, asunto C-12/86; de 29 de mayo de 1997, *Kremzow*, asunto C-299/95; de 18 de diciembre de 1997, *Annibaldi*, asunto C-309/96).

Para ALONSO GARCÍA esta doctrina interpretada a sensu contrario implicaría la inclusión en el radio del ordenamiento cumuntario “de toda actividad que presente elementos de conexión, y no necesariamente en estrictos términos de aplicación o ejecución, con el Derecho comunitario”. Vid. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., p. 320.

Por otro lado, se ha sostenido que con esta doctrina el Tribunal de Justicia habría excluido la doctrina de la incorporation del Tribunal Supremo de EEUU por la que aplicó la Bill of Rights federal a los Estados federados. Vid. DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 118.

²³⁷ Esto lo confirma después en la Sentencia de 5 de octubre de 1994, *X c. Comisión*, C-404/92.

Derecho comunitario, sujeto al sistema de protección de derechos fundamentales de la Unión Europea²³⁸

No se puede obviar que la introducción de un sistema de protección de derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia en la Unión Europea implica que tenga que convivir con los sistemas de protección de derechos fundamentales nacionales,²³⁹ e incluso con el sistema del Consejo de Europa.

Frente al razonamiento en *Nold* de que el ordenamiento comunitario no podría admitir “medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados miembros”; en los años 80 el Tribunal “comenzó a hacer hincapié en la necesidad de contar con un cierto grado de comunidad entre los ordenamientos jurídicos nacionales a los efectos de asumir un determinado derecho o estándar de protección como propio del ordenamiento europeo (sentencia *AM&S c. Comisión*)²⁴⁰

Pero entonces, ¿qué ocurre en los supuestos en que no se da ese grado de comunidad? Pues que “la jurisprudencia del TJCE tiende a dejar en manos de las autoridades nacionales la definición exacta del contenido de los derechos fundamentales así como la forma de articular su protección, imponiendo tan sólo ciertos mínimos y ciertos máximos de protección”²⁴¹

Debemos distinguir dos supuestos: cuando el Tribunal de Justicia analiza la validez de una norma comunitaria con respecto a los derechos fundamentales; y cuando controla una actividad estatal que aplica Derecho comunitario en relación con los derechos fundamentales.

Cuando el TJCE controla una actividad estatal que aplica Derecho comunitario en relación con los derechos fundamentales, hay una tendencia a dejar cierto margen de

²³⁸ Entiende DÍAZ GREGO que “la jurisprudencia del TJCE en materia de derechos fundamentales tiende a conceder cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales precisamente en aquellos supuestos en los que el conflicto analizado se presenta como posible (...) Sin embargo, esa actitud deferente del TJCE no se observa en todos los casos en los que el conflicto podría aflorar, de forma que ante supuestos aparentemente idénticos, el TJCE adopta posiciones harto diferentes, mostrando la todavía escasa formalización de su postura”. Vid. DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 119.

²³⁹ Para solucionar estos problemas de interrelación y convivencia intrasistemas, la doctrina ha aportado fundamentalmente dos soluciones: una opción maximalista, es decir, de optar el máximo estándar de protección, y la solución pluralista, de las que nos ocupamos en el último capítulo de la tesis.

²⁴⁰ Se refiere ALONSO GARCÍA a la Sentencia de 18 de mayo de 1982, *AM&S c. Comisión*, asunto C-155/79. Vid. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2010, op. cit., p. 324.

²⁴¹ DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 121.

apreciación nacional, fomentando la cooperación y el diálogo con los jueces nacionales, fundamentalmente a través de la cuestión prejudicial.

Un ejemplo claro lo tenemos en el propio asunto *Wachauf*, aquí el TJCE tenía que resolver una cuestión prejudicial que había planteado un tribunal administrativo alemán respecto de si la aplicación nacional que se hacía de los Reglamentos 1371/84 de la Comisión, y 857/84 del Consejo vulneraban los derechos de propiedad y el libre ejercicio de actividad económica. El TJCE razonó que los Estados miembros debían respetar los derechos fundamentales al aplicar el Derecho comunitario, y que sería contrario al mismo una medida que privara a una persona del fruto de su trabajo y de su inversión sin compensación, pero indicando que el reglamento tenía distintas formas de adecuación al respeto de los derechos fundamentales. Dejaba margen de apreciación nacional respecto a la modalidad más adecuada, exigiendo sólo que hubiera compensación.²⁴²

Es importante el principio introducido en *Wachauf*, puesto que supone que el ámbito de protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario se extiende también a los Estados cuando aplican el mismo,²⁴³ y quizá fue el primer caso

²⁴² El margen de apreciación nacional varía en función de cada caso, son interesantes las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia, entre otras de 20 de junio de 2002, *Mulligan y otros c. Ministerio de Agricultura*, asunto C-313/99 (sobre el derecho a la propiedad y al libre ejercicio de una actividad económica); de 10 de abril de 2003, *Joachim Steffensen*, asunto C-276/01 (sobre el derecho al debido proceso); de 6 de noviembre de 2003, *Criminal proceedings against Bodil Lindqvist*, asunto C-101/01 (sobre la libertad de expresión en colisión con la protección de datos de carácter personal); de 3 de mayo de 2005, *Criminal proceedings against Silvio Berlusconi y otros*, asuntos acumulados C-387/02, C-391/02, y C-403/02 (sobre el principio de retroactividad); de 7 de enero de 2004, *Criminal proceedings against X*, asunto C-60/02 (también sobre el principio de retroactividad); de 8 de mayo de 2008, *Michael Weiss und Partner GbR*, asunto C-14/07; de 14 de febrero de 2008, *Varea SA c. Bélgica*, asunto C-450/06; de 15 de junio de 2006, *G.J. Dokter y otros c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedslekwaliteit*, asunto C-28/05.

²⁴³ Este principio ha sido comparado con el principio de interpretación constitucional conforme, que enfatizaría una especie de estructura cuasifederal, de relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional, donde cuando una norma europea es aplicada por un Estado miembro, y vulnera los derechos fundamentales, se debe sacrificar no la norma europea, sino la medida nacional que la aplica. Vid. KÜHN, Z., “Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., p. 153; o como un control de “convencionalidad”, pudiendo sacar la impresión de que el Tribunal de Justicia estaría ejerciendo cierto control de la ley nacional, si bien lo más correcto es pensar que invita a los tribunales nacionales a ejercer dicho control para verificar su conformidad con los derechos fundamentales, vid. CRUZ VILLALÓN, P., “‘All the guidance’, ERT and Wachauf”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., pp. 163

La doctrina *Wachauf* se verá confirmada en repetidas sentencias, por ejemplo, las de 17 de diciembre de 1998, *Stefan Demand*, asunto C-186/96; y de 27 de junio 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo*, asunto C-540/2003.

donde se impuso un recurso eficaz basado en la protección de los derechos fundamentales.²⁴⁴

Otro ejemplo se puede apreciar cuando el TJCE ha tenido oportunidad, en diversas ocasiones, de enfrentarse a la eventual vulneración de derechos fundamentales por registros llevados a cabo por la Comisión Europea en el ámbito de los procedimientos de infracción del Derecho de la Competencia, como sucesión en las sentencias *Hoescht*,²⁴⁵ y *Roquette Frères*.²⁴⁶

En el asunto *Hoescht*, analizó la posibilidad de reconocer el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas en Derecho comunitario, rechazando su asunción porque existían divergencias en los ordenamientos nacionales relativas a la naturaleza y el grado de protección de los locales empresariales frente a la intervención de la autoridad pública.²⁴⁷ Pero sí razonó que todos los ordenamientos estatales establecían que la intervención pública en el ámbito de la actividad privada, tanto si corresponde a una persona física como jurídica, debe estar prevista en la ley, no pudiendo ser arbitraria ni desproporcionada. En caso de que la empresa se negara al registro, entonces los agentes de la Comisión deberían acompañarse de las autoridades nacionales según el procedimiento establecido en cada Estado miembro.

Además, sometió los registros empresariales de la Comisión al llamado test de proporcionalidad y arbitrariedad a ejercitar por las autoridades nacionales según la legislación nacional, incluida la exigencia en su caso de autorización judicial. Lo que se ha llamado por la doctrina “una suerte de deferencia a favor de los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de aplicar estándares internos de protección”.²⁴⁸

Nótese que esta doctrina se desarrolla más tarde con *ERT* para exigir la garantía de los derechos fundamentales a los Estados miembros no sólo cuando implementan Derecho comunitario, sino también cuando aplican restricciones al mismo.

²⁴⁴ Así lo entiende JACOBS, “the case may have been the first in which there was an effective remedy based on a fundamental rights challenge”, JACOBS, F.G., “Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., p. 139

²⁴⁵ Sentencia de 21 de septiembre de 1989, *Hoechst c. Comisión*, asuntos acumulados C-46/87 y C-227/88.

²⁴⁶ Sentencia de 22 de octubre de 1989, *Roquette Frères SA c. Directeur general de la concurrence, de la consommation et de la repression des fraudes*, asunto C-94/00.

²⁴⁷ Este razonamiento lo confirma el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 17 de octubre de 1989, *Dow Benelux c. Comisión*, asunto C-85/87; y de 17 de octubre de 1989, *Dow Chemical Iberica e.a. c. Comisión*, asuntos acumulados C- 97 y C-99/87.

²⁴⁸ ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., p. 325.

Lo que no permitía el Tribunal es que las autoridades nacionales sustituyeran la apreciación que le corresponde a la Comisión de determinar el carácter necesario de las verificaciones. Aunque esta distribución competencial entre Comisión y Autoridades nacionales podía plantear problemas. Vid. en este sentido, ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 644 y ss.; SARMIENTO,

La resolución de conceder un margen de apreciación nacional, de remitirse por tanto a los sistemas nacionales, a cada uno de ellos, para determinar los procedimientos de protección de los derechos fundamentales, parece ser la única solución viable en la práctica.²⁴⁹

En el caso *Roquette Frères* el Tribunal de Justicia concreta lo resuelto en la sentencia *Hoescht*, respondiendo a una cuestión prejudicial que había planteado la Corte de Casación francesa sobre el alcance del control que podía ejercer un órgano jurisdiccional nacional respecto a la solicitud de asistencia de la Comisión. El Tribunal de Justicia confirmaba lo resuelto en *Hoescht*, es decir, que el órgano nacional no podía controlar la necesidad de las medidas, pero sí la arbitrariedad o desproporción de las mismas, que además no era una posibilidad sino una obligación exigida como principio general y que tendría que realizarse en todo caso; y añadía con respecto a la doctrina una concreción de los parámetros para controlar la arbitrariedad (presencia de indicios que fueran suficientemente importantes para sospechar la existencia de la infracción) y la desproporción (comprobación que en caso de negativa de colaboración y sin la ayuda de la autoridad nacional la labor estaría obstaculizada de forma considerable o condenada al fracaso; y que por otro lado las medidas no produjeran inconvenientes desmesurados o intolerables)

Esto supone una remisión última a los Derechos nacionales para evitar un conflicto con los catálogos internos de los derechos fundamentales, una especie de “deferencia a favor de los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de aplicar estándares internos de protección.”²⁵⁰; o “indicativo de la voluntad del Alto Tribunal de adoptarse a las exigencias nacionales en materia de derechos fundamentales” de tal forma que el Tribunal garantizaría un estándar mínimo que podría ser incrementado en los sistemas nacionales.²⁵¹

D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomsom-Civitas, Madrid, 2004, pp. 314 y ss.; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 134.

²⁴⁹ Se pregunta LIÑÁN NOGUERAS “¿Qué otra cosa podría hacer el Tribunal si quiere evitar eventuales roces con los sistemas constitucionales que aceptar a estos efectos la autonomía institucional y procesal de los sistemas internos? Parece difícilmente evitable, así, que cuando existan graves diferencias de intensidad en la protección el Tribunal remita para su protección a los procedimientos constitucionales internos haciendo poco verosímil que se atenga al estándar comunitario más elevado.” Vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., p. 132.

²⁵⁰ ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., p. 325.

²⁵¹ DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 136.

Situación diferente a la anterior es cuando el TJCE controla normas comunitarias que requieren una aplicación nacional en relación con una eventual vulneración de derechos fundamentales. En estos casos, el TJCE controla la adecuación de la norma comunitaria al estándar de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea. No obstante, ello no ha excluido que el Tribunal pueda razonar que la norma comunitaria permite a los Estados miembros aumentar dicha protección, es decir, aumentarla; o sencillamente trasladarles la responsabilidad de asegurar la protección de los derechos fundamentales.²⁵² En otros casos, sin embargo, no deja margen de apreciación nacional.

Por ejemplo, en la sentencia *República Federal de Alemania c. Consejo*, donde controlaba la posible nulidad del Reglamento 404/93/CEE, que establecía la organización común del mercado en el sector del plátano, por una eventual vulneración del derecho a la propiedad y al libre desarrollo de una actividad económica. El TJCE consideró que quedaba afectado el derecho de propiedad, ya que los operadores no podían reclamar un derecho de propiedad sobre una cuota del mercado. Pero si bien reconocía que el Reglamento también restringía el libre desarrollo de una actividad económica, consideró que esta restricción era legítima porque perseguía un objetivo general de la Comunidad, no siendo una medida desmesurada e intolerable.²⁵³

Por todo ello, es constatable que la jurisprudencia del TJCE es conciliadora en muchos casos, pero en algunos otros no lo es. En estos últimos casos, cuando una norma comunitaria considerada válida por el TJCE sin que éste deje un margen de apreciación nacional o este no sea suficiente para que permita aplicar un estándar de protección mayor, “el conflicto sería difícil de evitar, excepto en el supuesto de que la norma

²⁵² Sentencias de 9 de octubre de 2001, *Países Bajos c. Parlamento y Consejo*, asunto C-377/08; de 10 de julio de 2003, *Booker Aquacultur Ltd y Hydro Food GSP Ltd c. The Scottish Ministers*, asuntos C-20/00, y C-64/00; y *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, asunto C-540/03, ya citada.

²⁵³ Sentencia de 5 de octubre de 1994, *República Federal de Alemania c. Consejo*, asunto C-280/93. Esta sentencia ha sido criticada por no aplicar los tres subprincipios del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) entendiéndose que sólo aplicó el primero de ellos, esto es, la idoneidad. Vid. DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 128; para un estudio en profundidad del principio de proporcionalidad, vid. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003; FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008; de la misma autora, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Dykinson, Madrid, 2009.

comunitaria correspondiente previera excepciones a su aplicación y que el mayor estándar de protección nacional pudiera acogerse a esas excepciones”.²⁵⁴

En cualquier caso, y con independencia del margen de apreciación nacional que el TJCE pueda conceder a los sistemas nacionales, parece claro que aplica el estándar de protección de la Unión Europea, que no será el más elevado necesariamente, y que será el que el mismo determine.

Alguna doctrina ha entendido que se podía encontrar un punto de inflexión en la jurisprudencia del TJCE en la sentencia *Kreil*.²⁵⁵ Ante un conflicto entre el principio de no discriminación basada en el sexo, tutelado como principio general en el Derecho comunitario, y una disposición constitucional alemana que prohibía a las mujeres llevar armas en el ejército, el Tribunal de Justicia obligó a Alemania a llevar a cabo una reforma constitucional.²⁵⁶

Se trata de una sentencia dictada con poca antelación a la aprobación de la Carta, por lo que en sentido estricto, no podría considerarse que forma parte de una Jurisprudencia post-Carta. Sin embargo, fue una sentencia pronunciada en un momento de especial énfasis europeo y que recibe ya la influencia de aquellos tiempos.²⁵⁷

No obstante, en una sentencia posterior, la Sentencia *Dory*,²⁵⁸ parece que reorienta su doctrina. Se trataba de un ciudadano alemán obligado a prestar el servicio militar obligatorio, contemplado sólo para hombres en el Derecho alemán, e impugna la orden de incorporación por vulneración de la Directiva 76/207, 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 y a las condiciones de trabajo. El Tribunal consideró que la decisión de la República de Alemania de garantizar parcialmente su defensa a través de un servicio militar obligatorio era la

²⁵⁴ DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 137.

²⁵⁵ Sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil*, asunto C-285/98.

²⁵⁶ En la misma línea del asunto *Kreil*, vid. *Sirdar* (Sentencia de 26 de octubre de 1999, *Angela Maria Sirdar c. The Army borrad, Secretary of State for Defence*, asunto C-273/97).

²⁵⁷ CARTABIA considera a esta sentencia “the forerunner of the new line of decisions of the European Court on human rights” porque “there was no hesitation in obliging the Germans to come into line with the European principles by revising their Constitution. Vid. CARTABIA, M., “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously*”, *European Constitutional Law Review*, v. 5, nº 1, 2009, p. 9.

Nótese que el Tribunal se había pronunciado con antelación en supuestos de conflictos entre principios comunitarios y normas constitucionales (vid. Sentencias de 28 de noviembre de 1989, *Groener*, asunto C-379/87; y de 4 de octubre de 1991, *S.P.U.C c. Grogan*, asunto C-159/60; ésta última sobre el derecho a la vida y el aborto)

²⁵⁸ Sentencia de 11 de marzo de 2003, *Dory*, asunto C-186/01.

expresión de la elección de organización militar a la que no se aplica el Derecho comunitario²⁵⁹

De lo que hemos expuesto se puede deducir que han sido muchos los derechos fundamentales reconocidos como principios generales, y a pesar de los límites que una tutela pretoriana conllevaba, no impidieron que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 30 de junio de 2005, *Bosphorus*, considerara que la protección de los derechos humanos en la Unión Europea era equivalente a la del Convenio.²⁶⁰

En cualquier caso, en nuestra opinión, la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia está vinculada a cuatro cuestiones de suma relevancia en la actualidad: a) la utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales como instrumento con valor jurídico; b) los condicionantes derivados del ámbito del Derecho de la Unión y de la competencia del Tribunal de Justicia; c) la tutela de los derechos fundamentales en relación con las obligaciones y el Derecho internacional; d) la tutela de los derechos fundamentales en relación con los conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales.

a) la utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales como instrumento con valor jurídico

En la tutela de los derechos fundamentales en la UE, hay que tener en consideración los cambios derivados de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, puesto que a partir del 1 de diciembre de 2009, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su versión de 2007, adquirió fuerza jurídica con valor jurídico equivalente al Tratado.

El valor de la Carta de los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hasta entonces era el de fuente cognitiva a efectos de la protección de los derechos fundamentales (*Unibet*²⁶¹, *Viking*²⁶², *Laval*²⁶³, *Dynamic Medien*²⁶⁴), y

²⁵⁹ Apartado 39 de la sentencia.

²⁶⁰ STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Ireland*, recurso nº 45036/1998.

²⁶¹ Sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, asunto C-432/05, apartado 37.

²⁶² Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Worker's Federation y Finnish Seamen's Union c. Viking Line*, asunto C-438/05, apartados 43 y 44

²⁶³ Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, asunto C-341/05, apartados 90 y 91.

²⁶⁴ Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, apartado 41.

particularmente cuando se examinara un acto jurídico en el que el legislador se remitiera a ella (*Parlamento c. Consejo*)²⁶⁵

Tras la adquisición de fuerza jurídica de la Carta el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de citarla y considerar su fuerza jurídica en múltiples ocasiones.²⁶⁶

De estas sentencias hay que dedicar una especial atención a la sentencia *Küçükdeveci*²⁶⁷, donde el principio de no discriminación en base a la edad, tal y como se concreta en la Directiva del Consejo de 27 de noviembre de 2000 (2000/78/CE) que establece un marco general para la igualdad de tratamiento en materia de ocupación y condiciones de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que impide que una normativa nacional relativa al despido no tenga en cuenta el período de trabajo completo antes de que el trabajador haya cumplido la edad de 25 años para el cálculo de la duración del preaviso de despido.

Alguna doctrina ha considerado que esta sentencia sería relevante en la perspectiva de una justicia constitucional europea.²⁶⁸ Sin entrar en dicha cuestión, nos parece que lo interesante realmente es destacar como la sentencia, tras recordar que el Tribunal había reconocido la existencia de un principio de no discriminación por razón

²⁶⁵ Sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo*, C-540/03, apartado 38.

²⁶⁶ Entre otras, y sin ánimo de ser exhaustivos, comenzando por la sentencia de 19 de enero de 2010, *Küçükdeveci*, asunto C-555/07, sobre discriminación en base a la edad, en la que por primera vez se refiere a su valor jurídico tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa; de 1 de julio de 2010, *Povse*, asunto C-211/10, sobre el reconocimiento de decisiones que establecen el retorno de un menor transferido ilegalmente que refiere el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales; de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips c. Comisión*, C-407/08 P; de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd*, asunto C-550/07 P, sobre la tutela del secreto de las comunicaciones, que cita la Carta; de 16 de septiembre de 2010, *Zoi Chatzi*, asunto C-149/09, que utiliza la Carta como parámetro de legitimidad de un acuerdo marco; de 5 de octubre de 2010, *J.McB*, asunto C-400/10 PPU, sobre los derechos del niño y el derecho al respeto a la vida familiar, que utiliza la Carta para la interpretación del Reglamento 2201/2003, en materia de responsabilidad parental; de 14 de octubre de 2010, *Günter Fub*, asunto C-243/09 y de la misma fecha, *Union Syndacales Solidaires Isère*, asunto C-243/09, ambas sobre la tutela de la salud y de los trabajadores y la duración máxima de la jornada semanal; de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eiffert y Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, en la que utiliza la Carta de los Derechos Fundamentales como parámetro de validez de los actos comunitarios; de 22 de diciembre de 2010, *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-279/09, sobre tutela judicial efectiva, interpretando que el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales; de 22 de diciembre de 2010, *Aguirre Zarraga*, asunto C-491/10 PPU, en el ámbito del espacio de libertad y justicia, sobre ejecución de sentencias de custodia de menores; de 22 de diciembre de 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, asunto C-208/09, sobre la rectificación de apellidos de una ciudadana austríaca residente en Alemania; y de 1 de marzo de 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, y otros c. Conseil des ministres*, asunto C-236/09, en la que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Corte constitucional belga, respecto a la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro.

²⁶⁷ Sentencia *Küçükdeveci*, asunto C-555/07, ya citada.

²⁶⁸ SCJARABBA, V., “La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea”, en www.europeanrights.com.

de edad que debe considerarse como un principio general del Derecho de la Unión, tal y como había considerado en *Mangold*,²⁶⁹ y la Directiva 2000/78 lo concretaría.²⁷⁰ A continuación afirma que el art. 6.1 TUE “establece que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene el mismo valor jurídico que los Tratados” prohibiéndose toda discriminación, y en particular al ejercida por razón de la edad en el art. 21.1 de la misma.²⁷¹

De la misma cabe apreciar cómo, efectivamente, y tal y como se había apuntado, la Carta de los Derechos fundamentales es utilizada por el Tribunal de Justicia como instrumento con valor jurídico tras Lisboa, y que sirve de fuente de los derechos fundamentales, pero ello no excluye que siga refiriéndose a su jurisprudencia y al reconocimiento de los mismos como principios generales del Derecho de la Unión. Esto posibilitaría que el Tribunal de Justicia tutelara en el futuro nuevos derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, que no estén expresamente previstos en la Carta.²⁷²

En la sentencia *Knauf Gips*,²⁷³ insiste en que “con arreglo al artículo 6 TUE, apartado 1 (...) tiene el mismo valor jurídico que los Tratados”, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la misma debería estar previsto en la ley.²⁷⁴

La Abogado General KOKOTT, entiende estas dos sentencias en el sentido que la Carta de los Derechos fundamentales contendría un resumen de los derechos fundamentales garantizados en la Unión.²⁷⁵

En la sentencia *Volker und Markus Schecke GbR*²⁷⁶, utiliza la Carta de los Derechos Fundamentales como parámetro de validez de los actos comunitarios, en este sentido, exigiendo que las instituciones comunitarias “antes de divulgar información sobre una persona física, las instituciones comunitarias están obligadas a poner en la balanza, por una parte, el interés de la Unión en garantizar la transparencia de sus

²⁶⁹ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *Mangold*, asunto C-144/04, apartado 75.

²⁷⁰ Apartado 21.

²⁷¹ Apartado 22.

²⁷² Y probablemente también posibilitará que el Tribunal de Justicia tutele los derechos fundamentales que contiene la Carta como principios generales del Derecho de la Unión respecto de los Estados miembros que han ejercido el opt-out con sus respectivos Protocolos, tal y como comentamos en el epígrafe anterior.

²⁷³ Sentencia *Knauf Gips c. Comisión*, asunto C-407/08 P, ya citada.

²⁷⁴ Apartado 91.

²⁷⁵ Conclusiones de la Abogado General Juliane KOKOTT presentadas el 30 de septiembre de 2010, asunto C-236/09, apartado 28.

²⁷⁶ Sentencia *Volker und Markus Schecke GbR, Hartmut Eiffert y Land Hessen*, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, ya citada.

acciones y, por otra, la lesión de los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la carta.” No cabiendo “atribuir una primacía automática al objetivo de transparencia frente al derecho a la protección de los datos de carácter personal”.²⁷⁷

Interpreta el art. 52.1 de la Carta en el sentido que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, siempre que “tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, respetando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”,²⁷⁸ y al tratarse del caso particular de los derechos a la vida privada en lo referente al tratamiento de datos de carácter personal, que consta en el CEDH, su sentido y alcance será igual al que le confiere el Convenio en virtud del art. 52.3.²⁷⁹

Por su parte, la sentencia *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft*,²⁸⁰ sobre tutela judicial efectiva de las personas jurídicas y la asistencia jurídica gratuita, entiende que el principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales debe interpretarse en el sentido de que no excluye que pueda ser invocado por personas jurídicas y que puedan disfrutar de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, corresponde al juez nacional comprobar si los requisitos exigidos para la concesión de la misma constituyen una limitación del acceso a los tribunales que afecte a la esencia de este derecho, si persiguen un fin legítimo y existe relación razonable de proporcionalidad; pudiendo tomar en consideración la situación de las personas jurídicas, su forma jurídica y si tiene o no ánimo de lucro y sus recursos económicos.

²⁷⁷ Apartado 85.

²⁷⁸ Apartado 50.

²⁷⁹ Apartados 51 y 52.

En esta línea serían interesantes las recientes conclusiones presentadas por el Abogado General CRUZ VILLALÓN en las que señala que la vinculación que el art. 52.3 de la Carta establece con respecto al CEDH para los derechos contenidos en la Carta que correspondan al mismo, esto es, que su sentido y alcance serán iguales a los que confiere el CEDH, debe interpretarse conforme a la explicación sobre dicha disposición que no el alcance y sentido de los derechos de la Carta no quedará determinado “únicamente por el texto del CEDH, sino también, en particular, por la jurisprudencia del TEDH” pero además, y conforme al art. 52.3 segunda frase, ello no obstará “a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa” si bien “impide, a contrario, la adopción de medidas menos protectoras”. Conclusiones del Abogado General Pedro CRUZ VILLALÓN, presentadas el 17 de febrero de 2011, asunto C-120/00, sobre un asunto de contaminación acústica y medio ambiente, apartado 79.

²⁸⁰ Sentencia *DEB Deutsche Energiehandels-und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, asunto C-279/09, ya citada.

En la recentísima sentencia, de 1 de marzo, *Association belge des Consummateurs*,²⁸¹ y tras afirmar que la Carta goza del “mismo valor jurídico que los Tratados”, desde el 1 de diciembre de 2009,²⁸² invalida el art. 5.2 de la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro, en la medida en que permite a los Estados miembros mantener de modo ilimitado en el tiempo una excepción a la norma de primas y prestaciones independientes del sexo, al ser incompatibles con los artículos 21 y 23 de la Carta.²⁸³ No obstante, establece un periodo transitorio adecuado, por lo que la invalidez afectara al precepto citado con efectos de 21 de diciembre de 2012.²⁸⁴

b) los condicionantes derivados del ámbito del Derecho de la Unión y de la competencia del Tribunal de Justicia.

No podemos obviar que la garantía de los derechos fundamentales que pueda ejercer el Tribunal de Justicia dependerá de dos “circunstancias”: que estemos en el ámbito del Derecho de la Unión Europea; y de que tenga competencia para ello.²⁸⁵

Respecto a la primera cuestión, hay que tener presente que el ámbito del Derecho de la Unión no se circunscribe de forma exclusiva a las materias propias de la competencia europea, puesto que como ha afirmado el Tribunal de Justicia que una materia sea competencia exclusiva de los Estados miembros no comporta de forma automática su exclusión *ratione materiae* del Derecho de la Unión, sino que los Estados miembros también en el ejercicio de sus competencias exclusivas deberían respetar el Derecho de la Unión salvo que se trate de una situación interna sin conexión con el mismo. Así por ejemplo, estaríamos en supuestos de obligado respeto del Derecho de la Unión cuando existe una conexión o vinculación con el mismo derivada de elementos de extranjería concurrentes.

²⁸¹ Sentencia *Association belge des Consummateurs*, asunto C-236/09, ya citada.

²⁸² Apartado 16.

²⁸³ Apartado 32.

²⁸⁴ Vid. apartado 33 y fallo.

²⁸⁵ En este sentido se manifiesta LIÑÁN NOGUERAS, razonando que la cuestión más problemática y peor resuelta del sistema de protección de los derechos fundamentales sería el “alcance de la garantía” o “ámbito formal de la protección”, y es que “las garantías de los derechos fundamentales en la UE dependen de dos circunstancias: que el ámbito en el que se pretende garantizar el derecho quede bajo la competencia del TJUE y que la cuestión se plantee vinculada al Derecho de la Unión”. Vid. MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., p. 133.

Esto ha permitido que el Tribunal de Justicia controle normas tributarias²⁸⁶ como se puede apreciar en las sentencias *Schempp*,²⁸⁷ *Comisión c. Bélgica*,²⁸⁸ , y *Schwarz*,²⁸⁹ la inscripción y modificación del nombre en el Registro Civil, en las sentencias *Kostantinidis*²⁹⁰, *García Avello*,²⁹¹ *Grunkin y Paul*²⁹², y *Sayn Wittgestein*,²⁹³ y la revocación de la nacionalidad por parte de un Estado miembro, en la sentencia *Janko Rottman*.²⁹⁴

En materia tributaria, se ha constatado como siendo competencia de los Estados miembros, en la medida en que exista una conexión comunitaria, se debe respetar el Derecho de la Unión. En la sentencia, y luego en las sentencias *Comisión c. Bélgica* y *Schwarz* declara que el art. 18 TCE puede producir efectos en materia tributaria e invocarse por parte de los contribuyentes cuando el ciudadano comunitario traslada su residencia de un Estado miembro a otro sin ejercer actividad económica con carácter subsidiario a las libertades fundamentales, cuando estas no resultan aplicables.

La sentencia *Janko Rottman*, en la que el Tribunal de Justicia decide controlar una decisión revocatoria de la naturalización de la nacionalidad de un ciudadano de la Unión, en la medida en que puede afectar a los derechos conferidos y tutelados en el Derecho de la Unión, ha supuesto “un afianzamiento de la ciudadanía europea como estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”.²⁹⁵

²⁸⁶ Interesante cuestión que no podemos abordar aquí. Nótese en cualquier caso que el Derecho tributario también ha sufrido un gran proceso de comunitarización, y han sido relevantes los posibles límites a establecer respecto a las libertades del mercado. Vid. a estos efectos el relevante trabajo SANZ GÓMEZ, R. J., *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2010.

²⁸⁷ Sentencia de 12 de Julio de 2005, *Schempp*, asunto C-403/03.

En esta sentencia, un nacional almenán que residía en Alemania invocó los arts 12 y 18.1 TCE para cuestionar la compatibilidad con el Derecho comunitario de la legislación alemana en materia de IRPGF que permitía considerar como gastos especiales las pensiones realipagadas a un cónyuge separado y no divorciado, ya fuera residente en Alemania o en otro país acreditando su sujeción a tributación en el mismo. En este caso residía en Austria, y no se encontraba sujeta a IRPF por lo que se había negado la deducción. Pero el Tribunal consideró que no se vulneraba el Derecho comunitario, pero lo resaltaba es que podrían existir disparidades de trato derivadas de divergencias entre legislaciones estatales, pero lo destacable es el control realizado por el Tribunal.

²⁸⁸ Sentencia de 5 de julio de 2007, *Comisión c. Bélgica*, asunto C-522/04.

²⁸⁹ Sentencia de 11 de septiembre de 2007, *Schwarz*, asunto C-76/05.

²⁹⁰ Sentencia de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*, asunto C-168/91.

²⁹¹ Sentencia de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, asunto C-148/02.

²⁹² Sentencia de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, asunto C-353/08.

²⁹³ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Inlonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptman von Wien*, asunto C-208/09.

²⁹⁴ Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, asunto C-135/08.

²⁹⁵ En este sentido, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (coord.), “Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. LXII, 2010, p. 199.

No obstante, quizá la sentencia *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*,²⁹⁶ podría verse como un alto en el camino de ese afianzamiento, todo y que parece que el Tribunal de Justicia entiende ajustada una normativa local que reserva la comercialización de estupefacientes en los *coffee shop* a los residentes en los Países Bajos.²⁹⁷

Respecto a la cuestión de la competencia, cabría apreciar la necesidad de una ampliación de la competencia del Tribunal para posibilitar la tutela de los derechos fundamentales en los más allá del antaño pilar comunitario;²⁹⁸ pues el Tribunal de

²⁹⁶ Sentencia *Marc Michel Josemans c. Burgemeester van Maastricht*, asunto C-137/09, ya citada.

²⁹⁷ Esta sentencia analiza la cuestión de si el gestor de un *coffee shop* podía invocar los arts. 12, 18, 29 o 49 TCE para oponerse a una normativa municipal que prohibía la admisión en establecimientos como el uyo de personas no residentes en los Países Bajos, a lo que contesta en sentido negativo; y entiende que si bien dicha prohibición constituye una restricción a la libre prestación de servicios estaría justificada por el objetivo de la lucha contra el turismo de la droga y las molestias que éste conlleva.

El fundamento de la decisión de la imposibilidad de invocar las libertades y el principio de no discriminación por el gestor de un *coffee shop* parece estar en que los estupefacientes que no se encuentran en un circuito controlado por las autoridades competentes para su uso con fines médicos y científicos están comprendidos en la prohibición de importación y puesta en circulación en todos los Estados miembros (apartados 41 y ss. de la sentencia). Sin embargo, siendo cierta la prohibición no lo es menos que la legalidad de la comercialización de dichos estupefacientes en los *coffee shops* en Maastricht lo convierte en una actividad comercial legal allí, y que la restricción del acceso a los mismos, entendemos, no sólo constituye una restricción a la libre prestación de servicios, sino también a la libre circulación de personas que corresponde a todo ciudadano comunitario suponiendo además una discriminación por razón de nacionalidad muy discutible. Ahora bien, cuestión diversa sería razonar que no es el gerente del *coffee shop* el que debería invocar la libre circulación de personas, sino los no residentes en los Países Bajos que ven restringido su derecho de acceso a los *coffee shop*. Pero en cualquier caso, la libre prestación de servicios del gerente del *coffee shop* sí se ve afectada.

²⁹⁸ No podemos olvidar la estructura en pilares nacida con el Tratado de Maastricht, cuando se incorporan la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), y la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior (CAJAI), se hace bajo la cooperación intergubernamental, frente a las materias de lo que se llamaría el pilar comunitario, regidas por técnicas supranacionales. Consecuentemente, la competencia del Tribunal de Justicia quedaba fuera de los dos pilares intergubernamentales hasta que con el Tratado de Amsterdam, en el tercer pilar que recibe como nuevo nombre Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal (CPJP), se produce cierta “comunitarización” y se sujeta al control interpretativo del Tribunal. En cualquier caso, con el Tratado de Lisboa si bien parece que desaparecen los pilares, en la práctica la competencia del Tribunal de Justicia está muy reducida. Así, en el tercer pilar, el llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) permanecen ciertas excepciones previstas en el art. 276 TFUE, excluyendo de la competencia del Tribunal la comprobación de la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, o para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público, y de la salvaguardia de la seguridad interior; a lo que se une el Protocolo de Disposiciones transitorias y las excepciones de algunos Estados miembros. En el caso de la PESC, sigue excluida con carácter general del control del Tribunal de justicia, no obstante lo cual el Tribunal podrá controlarlas medias restrictiva que se adopten contra personas físicas y jurídicas, (art. 24 TUE). Y no habría que olvidar tampoco las excepciones derivadas del Protocolo 20 (Reino Unido e Irlanda), y las limitaciones del Protocolo 36, que establece un período transitorio. Vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., pp. 133, 111 y ss. Sobre las paradojas del método intergubernamental, vid. ROSSI, L.S., “La paradoja del método intergubernamental: los equilibrios institucionales en la Constitución Europea”, en ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J.A., y VIDAL BENEYTO, J. (coords), *El reto constitucional de Europa*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 257-280. Sobre el desarrollo de las políticas en el segundo pilar, la PESC, cabe remitirse a PEDRAZI, M., “L’evoluzione della politica europea di sicurezza e di difesa

Justicia ya había constatado sus reducidas competencias a este respecto en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal (Sentencia *Pupino*);²⁹⁹ y el ámbito de la política exterior y de seguridad común (Sentencia *Gestoras Pro Amnistía e.a. c. Consejo y Segi e.a. c. Consejo*).³⁰⁰

c) la tutela de los derechos fundamentales en relación con las obligaciones y el Derecho internacional.

Es precisamente en el ámbito de la política exterior y de seguridad común donde el Tribunal de Justicia se ha enfrentado a un fuerte desafío en la tutela de los derechos fundamentales respecto a la conciliación entre la tutela de los derechos fundamentales y el Derecho y las obligaciones internacionales, con ocasión del desarrollo de las Resoluciones del Consejo de Seguridad en materia de lucha contra el terrorismo.³⁰¹

Hay que tener en consideración al respecto que en la sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Barakaat*³⁰² el Tribunal de Justicia anuló el Reglamento

(PESD) nella prospettiva della Costituzione europea” en BARUFFI, M. C. (ed), *Il futuro dell’Unione europea. Sviluppi nelle sue politiche*, Cedam, Padova, 2004, pp. 23-59.

²⁹⁹ Sentencia de 16 de junio de 2005, *Pupino*, asunto C-105/03. En la que constataba que no existía un sistema completo de recursos y procedimientos destinado a garantizar la igualdad de los actos de las instituciones en el marco de este pilar.

³⁰⁰ Sentencias de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*, asunto C-354/04 P; y *Segi y otros c. Consejo*, asunto C-355/04 P, en las que constata a su vez la existencia en el marco del art. 35 TUE de pocas competencias en el sistema de medios de impugnación en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, y menores todavía si cabe en materia de política exterior y seguridad común.

³⁰¹ Precisamente se ha apuntado que la doctrina de protección de los derechos fundamentales como principios generales podría enseñar mucho para su incorporación al nivel internacional global, sobre todo por la expansión de la actividad sancionadora del Consejo de Seguridad, si bien se reconocen los problemas derivados de la falta de competencia de un tribunal internacional global para tutelar los derechos humanos, vid. BRYDE, B.O., “The ECJ’s fundamental rights jurisprudence –a milestone in transnational constitutionalism”, en POIARES MADURO, y AZOULAI, L. (eds), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., pp. 119-129

³⁰² Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos C-402/05, y C-415/05.

Sobre esta sentencia han corrido ríos de tinta, para su estudio no se puede prescindir de: SANTOS VARA, J. “El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 32, 2009, pp. 91-120; CANNIZZARO, E., “Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell’ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi”, *Rivista di diritto internazionale*, nº 4, 2008, pp. 1075-1078; RIPOLL CARULLA, S., “Los asuntos “Kadi, Yusuf, Chafiq Ayadi”: cuestiones de derecho internacional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 82, 2008, pp. 253-274; GATTINI, A., “Joined cases C-402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008, nyr” *Common Market Law Review*, v. 46, nº 1, 2009, pp. 213-239; SANZ HERMIDA, M., “Protección de derechos fundamentales y medidas de lucha contra el terrorismo en la UE: a propósito de la STJUE de 3 de septiembre de 2008 (Asuntos acumulados Kadi y Al Barakaat International Foundation)”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 17, 2009, www.iustel.com; PIERNAS LÓPEZ, J. J., “La sentencia “Al Barakaat” y “Kadi” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista*

881/2002³⁰³ que desarrollaba la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre las listas de terroristas de 15 de octubre de 1999,³⁰⁴ por vulneración de derechos fundamentales.³⁰⁵

Esta sentencia se basó fundamentalmente en los argumentos expuestos en las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro;³⁰⁶ y corrigiendo al Tribunal de General.³⁰⁷

El Tribunal General había considerado que el TCE no afectaba a las obligaciones asumidas por los Estados miembros de cumplir con las Resoluciones del Consejo de Seguridad según el Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, al derivar esta obligación de un convenio celebrado anteriormente conforme al art. 307 TCE. Así, los Estados miembros debían adoptar todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación, teniendo la facultad y obligación de renunciar a aplicar las disposiciones de

española de derecho internacional, v. 60, n° 2, pp. 682-689; JACQUÉ, J.P., “Jurisprudence – Cour de justice des Communautés européennes – 3 septembre 2008 (Grande chambre) (aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P), Kadi c/ Conseil et Commission, “Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux”, note de”, *Revue trimestrielle de droit européen*, v. 45, n° 1, 2009, pp. 161-179; RIPOLL CARULLA, S., “Los asuntos “Kadi, Yusuf, Chafiq Ayadi”: cuestiones de derecho internacional”, op. cit., pp. 253-274.

³⁰³ Reglamento (CE) n° 881/2002 de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 467/2001 del Consejo por el que se prohíbe la exportación de determinadas mercancías y servicios a Afganistán, se refuerza la prohibición de vuelos y se amplía la congelación de capitales y otros recursos financieros de los talibanes de Afganistán.

³⁰⁴ Resolución 1267 de 15 de octubre de 1999

³⁰⁵ Sobre la cuestión de la primacía del Derecho internacional frente la tutela de los derechos fundamentales, vid. JACQUÉ, J-P., “Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux”, *Revue trimestrielle de droit européen*, v. 45, n° 1, 2009, pp. 161-179.

³⁰⁶ Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi*, presentadas el 16 de enero de 2008, y en el asunto C-415/05 P *Al Barakaat International Foundation v. Consejo y Comisión*, presentadas el 23 de enero de 2008.

En estas conclusiones, el Abogado General considera que las implementación de las decisiones de Naciones Unidas vulneraba los derechos de propiedad y de tutela judicial efectiva de los recurrentes, por lo que debían ser anulados.

ROSSI planteaba a raíz de las mismas que el Tribunal de Justicia estaba llamado a decidir si seguir el planteamiento de Maduro, utilizando el clásico test de proporcionalidad y encontrar el justo equilibrio entre las obligaciones de respetar las sanciones de Naciones Unidas y el respeto a los derechos fundamentales, a la vez que se preguntaba si la Unión Europea debía implementar o desarrollar actos cuya adopción infringe sus propios principios fundamentales, “Must the EU really implement Acts on which adoption it has no say and which infringe its own fundamental principles?” respondiendo la autora en sentido negativo, toda vez que entiende, que el principio de cooperación leal no obligaría a la Unión Europea “to itself adopt provisions (more over in matters where its competence is questionable) infringe its own fundamental principles” Vid. ROSSI, L. S., “How Fundamental are Fundamental Principles? ...”, op. cit., pp. 86 y 86.

³⁰⁷ Sentencias del Tribunal General de 21 de septiembre de 2005, *Ahmed Ali Yusuf y otros c. Consejo*, T-306/701; de 12 de julio de 2006, *Chafiq Ayadi c. Consejo*, asunto T-253/02; de 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d’Iran c. Consejo*, asunto T-362/04; de 23 de octubre de 2008, *People’s Mojahedin organization of Iran c. Consejo*, asunto T-256/07.

El Tribunal General es el Tribunal de Primera Instancia en las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea.

Derecho comunitario aún tratándose de disposiciones de Derecho primario o principios generales de Derecho comunitario.³⁰⁸

Y si bien dicha obligación no se imponía a la Comunidad;³⁰⁹ al haber asumido las competencias antes ejercidas por los Estados miembros la obligación no podía obstaculizar su cumplimiento, e incluso debía adoptar las disposiciones necesarias para permitir que los Estados miembros cumplan con sus obligaciones.³¹⁰

No obstante, si bien no consideró posible controlar el Reglamento desde el punto de vista de los derechos fundamentales como principios generales de Derecho comunitario, sí entendió que era competente para controlar de forma indirecta la legalidad de las decisiones del Consejo de seguridad sobre las bases del *ius cogens*, concluyendo, no obstante, que no se infringían el estándar de protección universal de los derechos funda cubierto por el mismo.³¹¹

Esta jurisprudencia del Tribunal General quedaría confirmada en posteriores sentencias sobre la inclusión en las listas terroristas;³¹² si bien en la sentencia de 12 de diciembre de 2006 conocida como *Modjahedines*, el Tribunal General considera que se han vulnerado derechos fundamentales por la inclusión de los demandantes en la lista de terroristas, al no haberse hecho esta inclusión directamente en virtud de las resoluciones de Naciones Unidas, sino por las instituciones europeas.³¹³

Cuando el Tribunal de Justicia resuelve en 2008 el recurso contra las sentencias *Kadi y Yusuf y Al Barakaat* del Tribunal General, en una única sentencia, razonó que

³⁰⁸ Sentencias *Kadi*, apartados 189-190; y *Yusuf y Al Barakaat*, apartados 239-240.

³⁰⁹ Sentencias *Kadi*, apartado 193; *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 243

³¹⁰ Sentencias *Kadi*, apartados 203 y ss.; y *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 253 y ss.

³¹¹ Y es que “El Derecho internacional permite considerar, pues, que existe un límite al principio de la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad: tales resoluciones deben respetar las normas perentorias fundamentales del *ius cogens*. En caso contrario, por improbable que sea dicho supuesto, no vincularán a los Estados Miembros de la ONU ni, por lo tanto, a la Comunidad” (en la sentencia *Kadi*, apartado 230, y *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 281.)

Pero concluyó que no se había producido vulneración de los derechos fundamentales alegados desde la perspectiva del nivel de protección universal establecido en el *ius cogens*. Respecto al derecho de propiedad puesto que las exenciones y excepciones a la obligación de congelación de fondos (*Kadi*, apartados 239 y 241; y *Yusuf y Al Barakaat*, apartados 290 y 291) acreditaba que dicha medida no tenía por objeto o efecto el sometimiento a un trato inhumano o degradante; el derecho a ser oído, porque en el contexto de adopción y aplicación del Reglamento controvertido el Consejo no estaba obligado a oír al demandante, puesto que crecía de margen de apreciación, (*Kadi*, apartados 258 y ss., y *Yusuf y Al Barakaat*, apartados 328y ss.); y del derecho a un control jurisdiccional efectivo toda vez que cabía la presentación del recurso de anulación ante el Tribunal de Primera instancia (*Kadi*, apartados 278 y ss.; y *Yusuf y Al Barakaat*, apartado 33).

³¹² En esta línea de sentencias encontramos además de las sentencias citadas *Yusuf y Kadi*; las sentencias del Tribunal General de 12 de julio de 2006, *Chafiq Ayadi c. Consejo de la Unión Europea* y *Faraj Hassan c. Consejo de de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos T-253/02 y T-49/04.

³¹³ Sentencia del *Modjahedines*, asunto T- 228/02, ya citada.

gozaba de competencia para controlar la validez de todo acto comunitario, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, que precisamente “debe considerarse la expresión, en una comunidad de Derecho, de una garantía constitucional derivada del Tratado CE como sistema jurídico autónomo y que no puede ser menoscabada por un acuerdo internacional”³¹⁴

Por ello, el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al declarar que los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento internacional de Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario no deja margen de apreciación que implique el disfrute de inmunidad jurisdiccional salvo en lo que respecta a las normas de *ius cogens*.³¹⁵ y por ello le incumbía realizar un “examen, en principio completo, desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario”³¹⁶

Este examen es el que precisamente lleva a cabo el Tribunal de Justicia. Así, controla la inclusión de los nombres de los recurrentes en las listas, y la posible vulneración de los derechos de defensa (y en particular el de ser oídos), y el derecho a un control jurisdiccional efectivo. Y ello en la medida en que el Consejo no dio traslado a los recurrentes de los datos utilizados en su contra como base para apoyar las medidas restrictivas, ni les otorgó el derecho de tomar conocimiento de los mismos en un plazo razonable tras su imposición;³¹⁷ y dada la relación entre el derecho de defensa y el derecho a un recurso jurisdiccional efectivo, “los recurrentes tampoco pudieron defender sus derechos ante el juez comunitario en relación con tales datos en condiciones satisfactorias”.³¹⁸ Y es que como el Consejo mantuvo que el juez comunitario no podía verificar ningún dato del fondo del asunto no los aportó a la causa, y el Tribunal constató que no estaba en condiciones de controlar la legalidad del

³¹⁴ Sentencia *Kadi y Barakaat*, apartado 316.

³¹⁵ En este razonamiento, expone que “en el ámbito del ordenamiento jurídico interno y autónomo de la Comunidad, del que el Reglamento controvertido forma parte y en el que el Tribunal de Justicia es competente para controlar la validez de los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales” (apartado 317 de la Sentencia) lo que le lleva a entender que efectivamente el Tribunal de Primera instancia incurrió “en un error de Derecho al declarar (...) que de los principios que regulan las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional creado por las Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico comunitario se deduce que el Reglamento controvertido, por estar destinado a aplicar una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que no deja ningún margen de apreciación al efecto, debe disfrutar de inmunidad de jurisdicción en cuanto a su legalidad interna, salvo en lo que respecta a su compatibilidad con las normas que forman parte del *ius cogens*” (apartado 327 de la Sentencia).

³¹⁶ Sentencia *Kadi y Barakaat*, apartado 330 de la sentencia.

³¹⁷ Sentencia *Kadi y Barakaat*, apartado 248 de la Sentencia

³¹⁸ Sentencia *Kadi y Barakaat*, apartado 349 de la Sentencia.

Reglamento, razón de más para declarar vulnerado el derecho fundamental a un recurso jurisdiccional efectivo.³¹⁹

Además, y respecto a al derecho de propiedad (cuya vulneración había alegado el Sr. Kadi) considera que las medidas aplicadas por el Reglamento, al adoptarse sin ofrecer garantía alguna de la posibilidad de exponer el caso concreto a las autoridades competentes debían reputarse como una “restricción injustificada de su derecho de propiedad”³²⁰

Sin embargo, en la medida que al anular el Reglamento en lo que afectaba a los recurrentes por una vulneración de los principios aplicables en el procedimiento de adopción de las medidas restrictivas, podría estar justificada su imposición, y por ello para evitar daños graves e irreversibles a la eficacia de las medidas;³²¹ lo que hace el Tribunal de Justicia es anular las sentencias recurridas, así como en lo que respecta al Sr. Kadi, y a Al Barakaat, el Reglamento (CE) n° 881/2002, de 27 de mayo, pero manteniendo sus efectos durante un período de tres meses máximo a partir de la sentencia.

Tras esta sentencia, el Representante Permanente de Francia ante la ONU, actuando en nombre de la UE solicitó al Comité de Sanciones que conforme al párrafo 13 de la Resolución 1822/2008 hiciese accesible de forma urgente en su sitio web el resumen de los motivos que llevaron a la inclusión del Sr. Kadi en la lista.

El Comité transmitió dichos datos el 21 de octubre al Representante Permanente de Francia, autorizando su transmisión al Sr. Kadi y sus abogados, y posteriormente fue publicado. Transmitidos los datos a la Comisión, ésta decidió mantener al Sr. Kadi en la lista del anexo I del Reglamento n° 881/2002, a través de un acto legislativo, comunicándoselo al Sr. Kadi para que pudiera presentar sus observaciones.

El Sr. Kadi solicitó que se presentaran pruebas de las afirmaciones realizadas en el resumen de comentarios, para poder realizar observaciones a las mismas, e intentó refutar las alegaciones formuladas. La Comisión adoptó el Reglamento (CE) n° 1190/2008 modificando el Reglamento n° 881/002, y entendido que la inclusión del Sr. Kadi estaba justificada, se incluyó su nombre, entrando en vigor el Reglamento 3 de diciembre de 2008, y posteriormente mediante escrito de 8 de diciembre dio contestación al Sr. Kadi, constatando que no estaba obligada a transmitir pruebas,

³¹⁹ Sentencia *Kadi y Barakaat*, apartados 350 y 351.

³²⁰ Sentencia *Kadi y Barakaat*, apartado 370.

³²¹ Sentencia *Kadi y Barakaat*, apartados 373 y ss.

razonando que la congelación es de carácter preventivo, y constatando su derecho a ignorar las pruebas presentadas por el Sr. Kadi, toda vez que las pruebas que el mismo había aportado relativas a procesos penales llevados a cabo en Suiza, Turquía y Albania, tenían unas exigencias en materia de prueba diferentes a las aplicables al Comité de Sanciones, que son preventivas por naturaleza e indicó al sr. Kadí la posibilidad de impugnar el Reglamento.³²²

Y así lo hizo. El asunto fue resuelto por el Tribunal General en sentencia de 30 de septiembre de 2010, *Kadi c. Comisión Europea*, T-85/09.³²³

En esta sentencia, el Tribunal General asumió la doctrina *Kadi y Barakaat* del Tribunal de Justicia, y controló el Reglamento desde el punto de vista de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión, entendiendo que las consideraciones que había realizado el Tribunal de Justicia en su sentencia *Kadi* siguen siendo esencialmente válidas.³²⁴

Recordando la sentencia del Tribunal de Justicia, razona que si bien existe razones imperiosas en relación con la seguridad o la gestión de las relaciones internacionales que pueden oponerse a trasladar ciertos datos a los interesados, esto no implica, la elusión de todo control del juez comunitario, a quien incumbe aplicar técnicas que permitan conciliar las preocupaciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de información tenida en cuenta para la adopción del acto de que se trata, y la necesidad de permitir que se disfrute de un grado suficiente de protección.³²⁵

Esto le lleva a razonar que el Tribunal de Justicia ha querido hacer recaer su control no solo sobre la aparentemente correcta fundamentación del acto impugnado sino también sobre “los elementos de prueba y de información en los que se basan las apreciaciones realizadas en dicho acto”,³²⁶ y sería jurisprudencia confirmada del Tribunal de Justicia la necesidad de un adecuado control judicial de la legalidad en cuanto al fondo de una medida de congelación de fondos para que se pueda garantizar

³²² Vid. Sentencia *Kadi y Barakaat* apartados 60 y ss.

³²³ Sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2010, *Yassin Abdullah Kadi c. Comisión Europea*, asunto T-85/09.

³²⁴ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartado 128.

³²⁵ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartado 134.

³²⁶ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartado 135.

un adecuado equilibrio entre las exigencias de la lucha contra el terrorismo internacional y la protección de los derechos y libertades fundamentales ³²⁷

Para el control jurisdiccional aplica los principios reseñados por el propio Tribunal General en la sentencia *Modjahedines*, (T-228/02)³²⁸:

1) que el control jurisdiccional de la legalidad de una decisión comunitaria de congelación de fondos está previsto en el art. 230 TCE, párrafo segundo, siendo competente el juez comunitario para pronunciarse sobre los recursos de anulación por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder.

2) que la institución comunitaria competente tiene una amplia facultad de apreciación para la adopción de sanciones económicas y financieras, y en particular de las consideraciones de oportunidad;

3) pero que ello no implica que deba dejar de controlar la interpretación que se haga de los datos relevantes, sino verificar la exactitud material de los mismos, su fiabilidad y su coherencia; asegurándose “que se respeta el derecho de defensa y la exigencia de motivación en relación con el mismo, así como, en su caso, la legitimidad de las consideraciones imperiosas excepcionalmente invocadas por la institución comunitaria competente para desvincularse de esta obligación.”³²⁹

Sentado lo anterior, el Tribunal General entiende que la imposición de las medidas es “particularmente opresiva para sus destinatarios” pues el demandante “está sometido, desde hace ya aproximadamente diez años, a un régimen que congela indefinidamente la totalidad de sus fondos y demás activos, de los que no puede disponer sin haber obtenido una autorización del Comité de Sanciones (...)”.³³⁰

Como recuerda el Tribunal General, esta medida fue calificada como considerable por el Tribunal de Justicia en su sentencia *Kadi*, y la UK Supreme Court ha considerado que las personas afectadas serían “prisioneras” de las autoridades

³²⁷ Se refiere a la Sentencia de 29 de junio de 2010, *E y F*, asunto C-550/09, apartado 57. Vid. Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartado 137.

³²⁸ Se refiere a la Sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran*, T-228/02, aunque lo hace como sentencia *Ompi*. Vid. Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartados 139 y ss.

³²⁹ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartados 140-143.

³³⁰ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartado 149.

estatales por su la restricción de su libertad de movimiento; llegando a plantearse si la apreciación que había realizado en su primera sentencia *Kadi*, y que había asumido el TJUE en el sentido de que la congelación de fondos es una medida cautelar que no afecta a la propia esencia del derecho de propiedad sino únicamente a la utilización de los fondos (a diferencia de la confiscación) no debería ponerse en entredicho.

Una vez confirmada su competencia para el control jurisdiccional del Reglamento impugnado, lo examina “desde el punto de vista de los derechos fundamentales”.

Considera que “el derecho de defensa del demandante únicamente se ha «respetado» de manera meramente formal y aparente, dado que, en realidad, la Comisión ha considerado que estaba rigurosamente obligada a seguir las apreciaciones del Comité de Sanciones y en ningún momento contempló poner dichas apreciaciones en entredicho (...)”;³³¹ y aplicando la jurisprudencia del TEDH³³² sería necesario que se dé a una persona cuya libertad se restringe, la posibilidad de cuestionar las alegaciones que se hacen en su contra, con la transmisión de todos los elementos que hay en su contra. No obstante, se podría restringir dicho derecho cuando exista “un interés público importante que aconseje la confidencialidad” siempre que “conservar la posibilidad de cuestionar oportunamente las alegaciones”. Así, por ejemplo, en un caso donde se había reprochado a determinados demandantes recaudar fondos destinados a organizaciones terroristas estimó que no se había tenido oportunidad de poner en entredicho las imputaciones, siendo aplicable esto al presente caso por lo que el Reglamento se adoptó violando el derecho de defensa del demandante,³³³ sin que se haya puesto remedio a esta violación en el curso del proceso.³³⁴

Más aún, la Comisión no habría dado indicaciones respecto a los elementos de prueba que se han utilizado por lo que el Tribunal no se encontraría en condiciones de controlar la legalidad del reglamento impugnado concluyendo por ello mismo que no se ha respetado el derecho fundamental a un recurso jurisdiccional efectivo.³³⁵

³³¹ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartado 171.

³³² STEDH de 19 de febrero de 2009, *A y otros c. Reino Unido*.

³³³ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartados 176-178.

³³⁴ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartado 182.

³³⁵ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea* apartados 183 y 184.

Y al restringir su derecho de propiedad de forma considerable por el alcance general y persistencia de las medidas impuestas concluye que estamos ante una restricción injustificada del derecho de propiedad y anula el Reglamento.³³⁶

En otras palabras, el Tribunal General asume, de forma clara, la doctrina *Kadi* y *Barakaat* del Tribunal de Justicia que supone extender el control jurisdiccional en garantía de los derechos fundamentales cuando la Unión Europea desarrolla o implementa el Derecho internacional, incluso respecto las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; colocando, por tanto, la protección de los derechos fundamentales como un núcleo sustancial que debe prevalecer.

d) la tutela de los derechos fundamentales en relación con los conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales.

Otro gran desafío al que se ha enfrentado y se enfrenta el Tribunal de Justicia, estaría constituido por la necesidad de resolver los conflictos entre derechos fundamentales y libertades económicas, que es el objeto de este trabajo de investigación. Por otro lado, habría que tener presente que, tras el Tratado de Lisboa y la adquisición de fuerza jurídica vinculante de Tratado por parte de la Carta, tal y como hemos planteado, abre un nuevo escenario con la necesidad de estudiar en qué medida el Tribunal de Justicia va a utilizar la Carta de los Derechos Fundamentales como instrumento jurídico, y la configuración del nivel o estándar de protección de los derechos fundamentales, al establecer el CEDH como estándar mínimo, y un criterio de no regresión que puede conducir hacia el estándar o nivel máximo de tutela en los conflictos mencionados.³³⁷

Quizá valga la pena apuntar que los primeros casos de conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales (*Schmidberger*, y *Omega*) mostraron que la ponderación podía hacer prevalecer a los derechos fundamentales, en concreto del derecho de reunión y manifestación frente a la libre circulación de mercancías; y del

³³⁶ Sentencia *Kadi c. Comisión Europea*, apartado 193.

³³⁷ Permítaseme remitir a un reciente trabajo publicado al respecto. Vid. SARRIÓN ESTEVE, J. “El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales”, *Ceflegal Revista Práctica de Derecho*, 2011, www.celegal.com.

No obstante, no podemos obviar que nuestro objeto de estudio, los conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales se han producido fundamentalmente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, por lo que debemos tratar de realizar una aproximación sistemática a los mismos aún teniendo presente que en la actualidad la Carta goza de esa fuerza jurídica vinculante que hemos comentado.

derecho fundamental a la dignidad humana reconocido en la Constitución alemana frente a la libre prestación de servicios, en el segundo.

Sin perjuicio de lo cual, se ha apuntado que estaríamos ante una etapa nueva donde el Tribunal tendería a ampliar la funcionalidad de los derechos comunitarios;³³⁸ siendo quizá la gran novedad de estas sentencias, no tanto la ponderación favorable hacia los derechos fundamentales como que “entre a valorar decisiones de las autoridades nacionales basadas en derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros, teniendo en cuenta el ámbito material y axiológico que proporcionan los Tratados comunitarios”.³³⁹

Lo interesante de los conflictos entre las libertades del mercado y los derechos fundamentales es que constituyen casos donde se puede apreciar de una forma privilegiada, al estar ante dos categorías fundamentales en el Derecho de la Unión, la posición del Tribunal de Justicia como garante de los derechos fundamentales.

Y de todos estos conflictos trataremos en el capítulo siguiente, donde tendremos oportunidad de estudiar los casos donde prevalecen los derechos y otros casos donde prevalecen las libertades del mercado, además del singular conflicto entre la libre circulación de personas y el principio constitucional de igualdad, una reciente sentencia donde el Tribunal de Justicia considera justificada la restricción de dicha libertad fundamental en el principio de igualdad constitucional y la identidad republicana (sentencia *Sayn-Wittgenstein*)³⁴⁰

Pero con antelación al estudio de los conflictos conviene precisar la relación que existe entre libertades económicas y derechos fundamentales en orden jurídico de la Unión.

³³⁸ CARTABIA, M., “L’Universalità dei diritti umani nell’età dei “nuovi diritti””, *Quaderni costituzionali*, nº 3, 2009, p. 544.

³³⁹ MIGUEL BARCENA, J. de., “Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa Federal”, VIII Congreso ACOES, p. 7. www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf (Último acceso 24 febrero de 2011)

Lo que en opinión de este autor supondría una ruptura de la tradicional posición del Tribunal de Justicia por la que se limitaba a la tutela de los derechos en el marco exclusivo del Derecho comunitario y sus competencias.

³⁴⁰ Sentencia de 22 de diciembre de 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptman von Wien*, asunto C-208/09.

1.3 RELACIÓN ENTRE LIBERTADES ECONÓMICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

Hemos tratado en los dos apartados anteriores de poner de relieve el régimen jurídico de las libertades y derechos fundamentales y la jurisprudencia que sobre ambas ha desarrollado el Tribunal de Justicia, para plantearnos ahora la relación que puede existir entre libertades y derechos fundamentales, y en caso de conflicto la forma de su resolución.

No podemos obviar que desde el punto de vista del Derecho comunitario, hoy de la Unión Europea, las cuatro libertades fundamentales del mercado interno constituyen principios generales que deben prevalecer y que prohíben medidas restrictivas. Ahora bien, también los derechos fundamentales constituyen principios generales del Derecho de la Unión Europea y exigen que tanto las instituciones de la Unión como los Estados, éstos últimos cuando actúan en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, los respeten. Y es el Tribunal de Justicia el encargado de garantizar dicho respeto.

En cualquier caso, es conocido que hay una serie de supuestos en los que el Tribunal de Justicia ha relacionado derechos fundamentales y las libertades económicas del mercado, y no siempre de forma conflictiva. De tal manera que en estos casos se puede apreciar cierto vínculo entre ambos, cierta sinergia positiva. Si bien esta sinergia positiva no produce de forma necesaria la máxima protección posible a los derechos fundamentales y las libertades fundamentales, sí que es algo que les dota de protección, dejando espacio para otros intereses legítimos.³⁴¹ Esto haría que en la relación entre libertades económicas fundamentales y derechos fundamentales podamos encontrar dos tipos de relación o interacción: positiva o de apoyo; y negativa o conflictual.³⁴²

El primer paso, desde luego, es la conceptualización de las categorías, para verificar ante qué estamos, así como las similitudes y diferencias entre ambas, paso previo para poder tratar de estudiar su posible jerarquización o bien su equiparación en términos de relevancia jurídica.

³⁴¹ Vid. PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, v.2, 2006, pp. 72 y 73, que razona “I will argue that there can be many positive synergies between fundamental freedoms and fundamental rights, but that, in deciding on their preferable scope, consideration should be paid to many other values at stake”.

³⁴² Como muy bien apunta KRZEMINSKA “The impact of fundamental rights on a fundamental freedom may be dual, in that they may serve as a limitation to a limitation of a fundamental freedom or a limitation to a fundamental freedom”. Vid. KRZEMINSKA, J., “Free speech Meets Free Movement – How fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law”, op. cit., p. 7.

Ciertamente, derechos fundamentales y libertades económicas del mercado han sido entendidos como categorías diferentes, si bien reconociendo que gozan no sólo de diferencias, sino también de similitudes.

Efectivamente, encuentran identidad en la configuración expresa como principios generales, tanto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como en los Tratados, tras el Tratado de Ámsterdam como principios sobre los que se funda la Unión. Además, el Tribunal de Justicia, como hemos visto, ha asumido desde el principio un papel de tutelador y protector de las libertades económicas fundamentales para garantizar la efectividad del Derecho comunitario;³⁴³ siendo también destacable el uso del mismo test o examen para justificar una restricción a las libertades económicas fundamentales o a los derechos fundamentales (el llamado test o examen de proporcionalidad);³⁴⁴ y si consideráramos las libertades económicas fundamentales como límites al poder público también guardarían cierta similitud con los derechos fundamentales, que se imponen como límites al poder público.³⁴⁵

Sin embargo, no hay duda de que estamos ante categorías diversas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y que por tanto guardan más **diferencias** que similitudes:

1) Las libertades fundamentales siempre han estado enumeradas de forma expresa en el TCE, mientras que los derechos fundamentales carecían de tal enumeración; pero incluso hoy en día, con el Tratado de Lisboa en vigor, las libertades fundamentales se encuentran enumeradas de forma expresa en el Tratado de Funcionamiento de la Unión, mientras que los derechos fundamentales se encuentran fuera de los Tratados, en la Carta; aunque hay que reconocer que gozan de fuerza jurídica de Tratado.

2) Las libertades fundamentales del mercado se han invocado frente a medidas nacionales que pudieran entorpecer el mercado, mientras que los derechos

³⁴³ SKOURIS, V., “Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance”, *European Review of Business Law*, v. 17, nº 2, 2006, p. 233.

³⁴⁴ Esto ya lo apunta SKOURIS, vid. supra p. 234.

³⁴⁵ MADURO ha planteado la consideración de las libertades económicas como límites al poder público entendiéndolas como “fundamental economic freedoms limiting public power and safeguarding competition in free market”. Vid. POIARES MADURO, M., “The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights”, en ERIKSEN, E., FOSSUM, J., MENÉNDEZ, J. (eds.), *Chartering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 215

fundamentales, especialmente los de carácter social, se han invocado de forma defensiva para proteger competencias nacionales.³⁴⁶

3) Mientras las libertades se refieren propiamente al mercado interno, y por tanto se vinculan a actividades de carácter económico, los derechos fundamentales conceden derechos subjetivos a los individuos.³⁴⁷ No obstante, no hay que obviar que la libertad de circulación de trabajadores sí que se ha desarrollado hacia un rol de protección de las personas.³⁴⁸

4) La aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al no incluir las libertades económicas fundamentales dentro del texto asume claramente que no constituyen derechos fundamentales, si bien las cita en el preámbulo. Por tanto no cabría entender que no estamos ante la misma categoría.³⁴⁹

Además de estas diferencias más evidentes, la doctrina ha tratado de estudiar en profundidad el régimen jurídico y la jurisprudencia para tratar de encontrar peculiaridades que les separen.³⁵⁰ Lo que cabría plantearse es que su propio sentido y

³⁴⁶ BERNARD, N., “A “New Governance” Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU”, en HERVEY, T., y KENNER, J., (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 245 y ss.

³⁴⁷ BLECKMANN, A., *Europarecht: des Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften*, Heynman, Köln, 1997, pp. 269-278. Citado por LINDFELDT, M., *Fundamental Rights in European Union – Towards Higher Law of the Land?*, op. cit., p. 196.

³⁴⁸ Esta libertad económica fundamental fue definida como derecho fundamental por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 13 de julio de 1983, *Forcheri*, asunto C-152/82; así como en las Conclusiones del Abogado General LENZ en *Bosman*, asunto C-415/93.

³⁴⁹ La diferenciación que haría la Carta de los Derechos Fundamentales al mencionar las libertades económicas en su Preámbulo, pero no incluirlas en su contenido, implicaría en opinión de LINDFELDT una clara voluntad de mantener la distinción. LINDFELDT, M., *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, op. cit., p. 8.

³⁵⁰ SCHUTTER destaca que una importante diferencia deriva de la introducción de la protección de los derechos fundamentales para evitar riesgo de que la Unión fuera acusada de disminuir el nivel de protección de los derechos fundamentales en los sistemas nacionales, y ésta es que los derechos fundamentales no se consideran propiamente como un “ingredient” ingrediente que contribuye a la efectividad y progreso de las libertades del mercado, sino como potenciales obstáculos y por ello han sido construidos de forma restrictiva, vid. SHUTTER, O. de, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, *Jean Monnet Working Paper*, nº 7/04, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, NYU School of Law, <http://jeanmonnetprogram.org/papers/04/040701.html>, p. 11.

FRENZ razona que los derechos fundamentales pueden constituir límites a las libertades económicas fundamentales, mientras que no ocurría lo contrario, vid. FRENZ, p. 608, Citado en TICHTY, L., “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, op. cit., p. 5.

Para TICHTY las libertades son, sin duda, el instrumento básico de construcción del mercado comunitario, pero no un fin en sí mismas, como ocurriría con los derechos fundamentales; por otro lado, tanto unos como otros encontrarían una orientación diferente, puesto que los derechos fundamentales refuerzan el interés común y se garantizan a través de las instituciones, mientras que las libertades fundamentales persiguen intereses individuales y se garantizan a través de garantías individuales. Vid. TICHTY, L., “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, op. cit., p. 4.

ASHIAGBOR por su parte, entiende que muchas de estas diferencias podrían parecer curiosas a personas que no hayan estudiado la naturaleza del proyecto de integración económica europeo, o incluso

la finalidad que tienen es distinta: la consecución del mercado interno en un caso, la realización y garantía de la vida de los ciudadanos por otra.

A pesar de esta categorización diferencial hay un momento en el que los derechos fundamentales ejercen cierta influencia no desdeñable en las propias libertades económicas.³⁵¹ Esta influencia se manifestaría en el desarrollo del orden legal comunitario incluso antes de la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La cuestión que la doctrina ha tratado de responder es en qué medida esta influencia afecta a las libertades económicas fundamentales, es decir, de qué manera particular puede suponer una transformación de las propias libertades en derechos fundamentales.³⁵²

Para ello hay que atender a la terminología utilizada por el Tribunal de Justicia para referirse a las libertades del mercado. Y esto es importante, porque no se puede obviar que los términos que utiliza el Tribunal de Justicia, el lenguaje jurídico que utiliza para referirse a las libertades carezca de importancia alguna. El Tribunal de Justicia se ha referido a las cuatro libertades fundamentales del mercado comunitario con algunas expresiones que las han vinculado, y mucho, a los derechos fundamentales.³⁵³

no incontrovertidas, todo y que estas libertades son elevadas al nivel de los derechos y calificadas como fundamentales. Vid. ASHIAGBOR, D., "Labor Rights in the Era of Globalization", *Law & Ethics of Human Rights*, v. 3, n° 2, 2009, accessible en www.bepress.com/lehr/vol3/iss2/art5, p. 236.

³⁵¹ Sobre esta cuestión vid. TICHTY, L., "Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks", op. cit; OLIVER, P., y ROTH, W.H., "The internal market and the four freedoms", *Common Market Law Review*, v. 41, n° 1, 2004, pp. 407-441; el mismo artículo pero actualizado un año después en "The internal market and the four freedoms", en MCDONELL, A.. (ed.), *A review of forty years of Community law: legal developments in the European Communities and the European Union*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, pp. 129-163; BLECKMANN, "Die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes als Grundrechte", en BIEBER et al. (eds.), *Das Europa der zweiten Generation – Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, Nomos, 1981 citado en el primer artículo de OLIVER y ROTH, p. 409, que de hecho atribuye a este trabajo cierto grado de anuncio de un desarrollo jurisprudencial que se vería en la Sentencia de 11 de julio de 2002, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-60/00; y en defensa de esta concepción nos remiten a SHUIBHNE, N., "Free movement of persons and the wholly internal rule: Time to move on?", *Common Market Law Review*, v. 39, n° 4, 2002, p. 731.

³⁵² ¿Se puede buscar el fundamento último de las libertades económicas en los derechos? TICHTY sostiene que sí hasta cierto punto, y pone como ejemplos a la libre circulación de bienes que podría sustentarse sobre el derecho de propiedad; la libre circulación de personas, que podría sustentarse en una visión amplia en el derecho los derechos de asamblea. Vid. TICHTY, L., "Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks", op. cit., pp. 3-5.

³⁵³ Sobre esta cuestión seguimos los estudios de OLIVER, P. y ROTH, W.H., "The Internal Market and the Four Freedoms"(I) op. cit., pp. 407 y ss., y en el artículo antes citado de ASHIAGBOR; también en CHEREDNYCHENKO, O. O., *Fundamental rights, Contract Law and Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007, pp. 193 y ss.

1) Así, las ha considerado como libertades **fundamentales**, en *Angonese*, respecto a la libre circulación de trabajadores;³⁵⁴ y *Heinonen*,³⁵⁵ *Canal Satélite Digital*³⁵⁶ y *Schmidberger*³⁵⁷ respecto a la libre circulación de bienes.

2) Como uno de los **principios fundamentales** del Tratado, entre otras sentencias, en *Commission c. Greece*;³⁵⁸ *Commission c. France*,³⁵⁹ en ambos casos respecto de la libertad de circulación de bienes; y en *Commission c. Germany*, referida a la libertad de servicios.³⁶⁰

3) Como una provisión fundamental de la Comunidad en *Corsica Ferries France c. Direction générale des douanes françaises*, respecto a las cuatro libertades.³⁶¹

4) Entendiéndolas como uno de los **fundamentos** de la Comunidad, en *CIA Security c. Signalson*,³⁶² y *Unilever Italia*;³⁶³ en ambos casos respecto a la libre circulación de bienes.

5) Y por supuesto también las consideró como **derechos fundamentales** en *Forcheri c. Belgium*;³⁶⁴ *UNCTEF c. Heylens*;³⁶⁵ *Dounias c. Minister for Economic Affairs*.³⁶⁶

Efectivamente, en *Forcheri c. Belgium*, en el apartado 11 razona:

“According to both the legislative practice of the Community and the established case-law of the Court **the right to free movement** must not be interpreted narrowly. As the recitals in the preamble to regulation No

³⁵⁴ Sentencia de 6 de junio de 2000, *Angonese*, asunto C-281/98, apartado 35, referida a la libre circulación de trabajadores.

³⁵⁵ Sentencia de 15 de junio de 1999, *Heinonen*, asunto C-394/97, apartado 38, referida a la libre circulación de bienes.

³⁵⁶ Sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital c. Spain*, asunto C-390/99, apartados 28-30, referida a la libre circulación de bienes.

³⁵⁷ Sentencia *Schmidberger*, asunto C-112/2000, ya citada, apartados 62 y 74, referida a la libre circulación de bienes.

³⁵⁸ Sentencia de 19 de marzo de 1991, *Comisión c. Grecia*, asunto C-205/89, apartado 9.

³⁵⁹ Sentencia de 9 de diciembre de 1997, *Comisión c. Francia*, asunto C-265/95, apartado 27.

³⁶⁰ Sentencia de 4 de diciembre de 1986, *Comisión c. Germany*, asunto C-205/84, apartados 4 y 27.

³⁶¹ Sentencia de 13 de diciembre de 1989, *Corsica Ferries France c. Direction générale des douanes françaises*, asunto C-44/89, apartado 8.

³⁶² Sentencia de 30 de abril de 1996, *Security c. Signalson*, asunto C-194/94, apartado 40.

³⁶³ Sentencia de 26 de septiembre de 2000, *Unilever Italia c. Central Food*, asunto C-443/98, apartado 40.

³⁶⁴ Sentencia de 13 de julio de 1983, *Forcheri c. Belgium*, asunto C-152/82, apartado 11. Esta sentencia se refiere a la libre circulación de trabajadores.

³⁶⁵ Sentencia de 15 de octubre de 1987, *UNCTEF c. Heylens*, asunto C-222/86, apartado 14, referida a la libre circulación de trabajadores.

³⁶⁶ Sentencia de 3 de febrero de 2000, *Kharalambos Dounias c. Ipourgos Ikonimikon (Minister for Economic Affairs)*, asunto C-228/98, apartado 64, referida a la libre circulación de bienes. Posteriormente, como se indica en la siguiente nota a pie, el Tribunal de Justicia atribuiría también dicho valor a la libre circulación de trabajadores.

1612/68 of the Council State, it **constitutes a fundamental right of workers and their families** since mobility of labour within the Community must be one of the means by which the worker is guaranteed the possibility of improving his living and working conditions and promoting his social advancement”.³⁶⁷

También es interesante el razonamiento que realiza en la sentencia *Procureur de la République c. ADBHU*³⁶⁸ en el apartado noveno:

“the national court asks whether the system of permits is compatible with the principles of free trade, free movement of goods and freedom of competition, but does not elaborate further. In that connection it should be borne in mind that the principles of free movement of goods and freedom of competition, together with freedom of trade as a fundamental right, are general principles of community law of which the Court ensures observance (...)”³⁶⁹

Por tanto, a efectos prácticos, el Tribunal de Justicia parece haber subjetivado como derechos las libertades fundamentales, o lo que es lo mismo, las ha considerado como derechos subjetivos reclamables ante los tribunales nacionales por parte de los individuos, y por tanto como derechos fundamentales.³⁷⁰

Y así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina que ha estudiado estas sentencias y ha reflexionado sobre la cuestión;³⁷¹ aunque hay quien ha cuestionado esta “conceptualización”:

³⁶⁷ La negrita es mía. Reproducimos el párrafo 11 en inglés, ya que no está la versión en español.

³⁶⁸ Sentencia de 7 de febrero de 1985, *Procureur de la République v. Association de défense des brûleurs d’huiles usagées (ADBHU)*, asunto C-240/83.

³⁶⁹ Luego podríamos considerar también que TESAURO mantuvo una firme oposición a la consideración de que el art. 28 prevenía restricciones a la libertad de mercado (*freedom to trade*)³⁶⁹ Vid. Conclusiones del Abogado General Tesauro al asunto C-292/92, *Hünermud*, a lo que parece que no contestó el Tribunal; aunque podemos encontrar una reflexión sobre la cuestión en el apartado 14 de la Sentencia *Keck and Mithouard*, asunto C-267-8/91, ya citada.

³⁷⁰ Vid. Sentencia de 19 de diciembre de 1968, *Salgoil SpA c. Ministerio per il Commercio con l’Estero*, asunto C- 13/68; de 21 de junio de 1974, *Reyners c. Belgium*, asunto C-2/74; de 4 de diciembre de 1974, *Van Dyun c. Home Office Case*, asunto C-11/74.

³⁷¹ KRZEMINSKA entiende que de una manera progresiva las libertades económicas se han reconocido como libertades que tutelaban al individuo en sus actividades comerciales Vid. KRZEMINSKA, J., “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?” op. cit., pp. 5 y 6.; En el mismo sentido, POIARES MADURO, que razona que el TJCE habría atribuido a las libertades fundamentales un estatus que gozan los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales. Vid.

Así, por ejemplo, BOGDANDY sostiene que salvo la libre circulación de trabajadores, las otras libertades del mercado no son realmente derechos y además, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esos casos no responde a una jurisprudencia de derechos humanos, sino que aplica las libertades del mercado sólo cuando no hay legislación comunitaria secundaria.³⁷²

Por su parte, BIONDI entiende que si bien en la práctica las cuatro libertades han sido tratadas por el Tribunal de Justicia como derechos fundamentales, reconoce la especialidad de la libre circulación de trabajadores, donde el Tribunal de Justicia asumiría un rol muy similar al del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo; mientras que respecto a las otras libertades se habría resistido a la tentación de construir una jerarquía de derechos.³⁷³

En este sentido, como sostienen OLIVER y ROTH las libertades relacionadas con la circulación de personas tiene más facilidad para ser vista como derechos fundamentales en la medida en que se pueden encontrar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, mientras que no ocurre lo mismo respecto a la libre circulación de bienes. En efecto, estos autores razonan que esta mayor vinculación de las libertades relacionadas con la libre circulación de personas y los derechos fundamentales quedaría, además, confirmada en la Carta de los Derechos Fundamentales, donde los artículos 7 y 15 establecen el respeto de la vida privada y familiar, y la libertad de trabajar en cualquier Estado miembro. En cambio, no encuentran que respecto a la libre circulación de bienes se pueda encontrar la misma vinculación o similitud. De hecho, del estudio de

POIARES MADURO, M., “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the European Union”, op. cit., p. 452; también ha sostenido que las libertades se pueden concebir como límites al poder público que garantizaría la competencia en un libre mercado, y es que MADURO vincula la construcción del mercado con los derechos fundamentales, entendiendo que los principios de libre circulación constituirían un límite a regulaciones nacionales que pudieran tener un efecto negativo en las reglas del libre mercado. Vid. POIARES MADURO, M., *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights*, op. cit., p. 215; En esta línea, LIDFELDT considera que en la práctica las libertades económicas fundamentales juegan como los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales, puesto que se convierten en la regla frente a los derechos fundamentales que son la excepción que podría restringir las libertades. Además, entiende LIDFELDT la cuestión no está tanto en si las libertades económicas fundamentales se pueden o no ver como derechos sino su estatus normativo en relación con ellos. LIDFELDT, M., *Fundamental Rights in European Union – Towards Higher Law of the Land?*, op. cit., pp. 196 y 208; También ASHIAGBOR, que argumenta que el Tribunal de Justicia ha asumido un mayor rol en la eliminación de las restricciones a las libertades económicas fundamentales a través de un proceso de integración negativa, que no en la defensa de los derechos fundamentales; y en el lenguaje de la Corte se podría ver que éste considera las cuatro libertades fundamentales como el centro del proyecto europeo. ASHIAGBOR, D., “Labor Rights in the Era of Globalization”, op. cit., p. 237

³⁷² Vid. BOGDANDY, A., “The European Union as an Human Rights Organization?”, pp. 1326-1327.

³⁷³ BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., pp. 53-54

la jurisprudencia del Tribunal de Justicia concluyen que no se puede aseverar la conceptualización como derechos fundamentales, pero tampoco habría que excluir que la libre circulación de bienes pueda vincularse a la libertad de expresión (cuando las restricciones afectan, a la importación o exportación de libros, revistas o videos); o incluso a la libertad de empresa.³⁷⁴

Pero lo cierto es que esta “conceptualización” de las libertades económicas como derechos plantea problemas de construcción conceptual, puesto que es una identificación que esconde una construcción bastante limitada, quizá con la única excepción de la libre circulación de personas.³⁷⁵

Entonces, ¿las libertades económicas fundamentales constituyen derechos fundamentales? Si bien en sentido estricto no es así, estaríamos ante un sutil cambio de una noción de libertad de mercado hacia derechos de mercado, que habría ganado cierta aceptación generalizada, si bien no universal, llegándose incluso a hablar de un derecho fundamental a la libertad de comercio (*fundamental right to freedom of trade*).³⁷⁶

Sin embargo, a pesar de esta preocupación doctrinal por la construcción conceptual de las libertades económicas como derechos fundamentales es discutible si gozan realmente de este estatus en los Tratados, y también en la práctica, esto es, en los resultados de las sentencias del Tribunal;³⁷⁷ que es lo más importante para comprender la resolución de los posibles conflictos entre ambas categorías.³⁷⁸

³⁷⁴ Nos remiten a estos efectos a las sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1994, *Germany c. Council*, asunto C-280/93, apartado 78; de 28 de abril de 1998, *Metronome Musik*, asunto C-200/96, apartado. 21. Vid. OLIVER, P., y ROTH, W., “The internal market and the four freedoms”, *Common Market Law Review*, 41, 2004, pp. 408. Esta idea la repiten los mismos autores en la actualización que hacen de este artículo en “The internal market and the four freedoms”, (2005), op. cit., p. 130. Por otro lado, las ideas de OLIVER también se pueden encontrar en OLIVER, P., “Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty”, en TRIDIMAS, T., y NEBBIA, P., *European Union Law for the Twenty-First Century: Internal Market and Free Movement Community Policies*, v. 2. , Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 159-176.

³⁷⁵ Y esto puede disminuir, de alguna manera, la importancia de la diversidad legal del constitucionalismo europeo Vid. BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 53; POIARES MADURO, M., “Reforming the Market or the State?: Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, *European Law Journal*, v. 3, nº 1, 1997, p. 55.

³⁷⁶ ASHIAGBOR sostiene que “the subtle shift from the notion of market freedoms to market rights has nevertheless gained widespread (though not universal) acceptance, with some commentators pointing to a fundamental right to freedom of trade”. Vid. ASHIAGBOR, D., “Labor Rights in the Era of Globalization”, op. cit., pp. 237-238.

³⁷⁷ A favor se muestra EVERLING, que entiende que las libertades económicas fundamentales forman parte de la libertad de empresa (*freedom of enterprise*) por lo que constituirían parte de un derecho fundamental; Vid. EVERLING, “Wirtschaftsfreiheit im europäischen Binnenmarkt – Anspruch und Realität”, en SCHWARZE (ed.), *Wirtschaftsverfassungsrechtliche Garantien für Unternehmen im*

Y para estudiar la relación práctica entre libertades y derechos habría que acudir primero a la regulación en los Tratados,³⁷⁹ y sobre todo, verificar que relevancia van a tener en la práctica jurisprudencial. Es decir, cuando interactúan con los derechos fundamentales hay que estudiar si van a mantener una relación tildable de jerárquica o incluso de subordinación de unos respecto a otros. Lo cierto es que ambas categorías van a interactuar, y en dicha relación bidireccional pueden mostrar tanto sinergias positivas como también conflictos. Y en estos últimos deberíamos realizar un estudio de la ponderación que realiza el Tribunal de Justicia entre ambas categorías.

De los conflictos y cómo los resuelve el Tribunal de Justicia nos ocuparemos en el siguiente capítulo, pero aquí vamos a centrarnos en aquellos supuestos donde los derechos fundamentales han jugado un papel en beneficio de las libertades económicas.

europäischen Binnemarkt, Nomos, 2001. Citado por OLIBER, P., y ROTH, W.H., “The internal market and the four freedoms” (1) op. cit. nota 18, p. 410.

En esta línea, MADURO razona que estamos ante un derecho político fundamental y una libertad económica fundamental, utilizando las expresiones “fundamental political rights” y de “fundamental economic freedom”, razonando sin embargo, que hay un riesgo de atribuir a las libertades del mercado un estatus superior del que gozan los propios derechos fundamentales. POARIES MADURO, M., *We the Court – The European Court of Justice & the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 1998, pp. 166-168

KINGREEN las entiende como derechos públicos subjetivos (“subjektiv-öffentliche Rechte”); KINGREEN, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Duncker & Humblot, 1999, p. 15, citado por OLIVER y ROTH, W.H., “The internal market and the four freedoms”, (1) op. cit., p. 410 y ss.

BAQUERO CRUZ, como derechos constitucionales pero no derechos constitucionales fundamentales; BAQUERO CRUZ, J., *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2002, p. 81

GERKRATH les denomina “economic constitutional rights” y “the principal elements of the economic Constitution of the Community”; GERKRATH, G., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Université de Bruxelles, Bruselas, 1997, p. 315

CHEREDNYCHENKO considera que las libertades constituyen los principios clave de la constitución económica, vid. CHEREDNYCHENKO, O.O., *Fundamental rights, Contract Law and Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions* op. cit., p. 195.

HELYSKOSLI las califica de “super rights” frente al segundo lugar que ocuparían los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión. Vid. HELISKOSKI, J., “Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which paradigm?”, op. cit., pp. 417-443

Finalmente, KRZEMINSKA resalta la importancia de diferenciar las libertades fundamentales de los derechos fundamentales, para poder entender mayor su relación y sus conflictos. Vid. KRZEMINSKA, J., “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?”, op. cit., p. 5

³⁷⁸ Y es que como razona BIONDI esta conceptualización “minimises the impact of the case law of the ECJ and its discourse”, que es lo realmente importante. Vid. BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 53)

³⁷⁹ “At the end of the day, the essential issue is not whether the four freedoms are to be categorised as fundamental rights, but rather their relative importance in the Treaty” OLIVER, P., “Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty”, op. cit., p. 166

Por ejemplo, en *ERT*³⁸⁰ el TJCE afirmó que los Estados miembros debían respetar los derechos fundamentales cuando aplican Derecho comunitario. Además, ese respeto era exigible también cuando se trataba de un supuesto de excepcionar las obligaciones de los Tratados; de tal forma que un Estado miembro a la hora de tomar medidas que restringieran una libertad económica fundamental no sólo debía tener en cuenta que debía ser una restricción que debía estar justificada, como venía exigiendo la jurisprudencia del TJCE, sino que debía también respetar los derechos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho comunitario.³⁸¹

Se trataba de un caso en el que una empresa llamada ERT tenía concedidos los derechos de retransmisión televisiva de forma exclusiva, y el Alcalde de Tesalónica decidió crear una sociedad municipal de información que se dedicaría también a dicha actividad. ERT solicitó en vía judicial la prohibición de la actividad para la empresa municipal. El Tribunal de Gran Instancia de Tesalónica, decidió plantear una cuestión prejudicial, planteando la adecuación del monopolio grieto en la televisión con respecto al Derecho comunitario, y también en relación con respeto del derecho fundamental a la libertad de expresión.

En primer lugar, el TJCE consideró que dicho monopolio era contrario al Derecho comunitario, puesto que restringía la libre prestación de servicios, siendo sólo excusable si la medida nacional de establecimiento del monopolio fuera una disposición derogatoria permitida en el Tratado. El Tratado permitía la derogación de la libre prestación de servicios cuando se justificara en razones de orden público, seguridad o salud públicas (arts. 56 y 66 del entonces TCEE). Pero el TJCE añadió un requisito más, el respeto a los derechos fundamentales reconocidos como principios generales del Derecho comunitario, dentro de los que se encontraba la libertad de expresión establecida en el art. 10 del Convenio de Roma.³⁸²

³⁸⁰ Sentencia *Elliniki*, asunto C-260/89, ya citada.

³⁸¹ Vid. la aseveración del Abogado General Jacobs de que “if the restriction proves to be permissible under Community law, then it must still applied with respect for human rights”. JACOBS, F.G., “Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice”, *European Law Review*, nº 4, 2001, pp. 331-337.

³⁸² Lo dice claramente, en el párrafo 45 de la sentencia, “The reply to the national court must therefore be that the limitations imposed on the power of the Member States to apply the provisions referred to in Articles 66 and 56 of the Treaty on grounds of public policy, public security and public health must be appraised in the light of the general principle of freedom of expression embodied in Article 10 of the European Convention on Human Rights”

La idea que subyace en la doctrina sentada en *ERT* es que tanto las libertades del mercado como también las posibles restricciones a las mismas deben tener en cuenta los derechos fundamentales.³⁸³

Si bien se criticó el uso por parte del TJCE de los derechos fundamentales como un instrumento al servicio del mercado y sus libertades fundamentales;³⁸⁴ lo que parece es que en este asunto tanto derechos fundamentales como libertades del mercado encuentran un vínculo de carácter positivo. A la hora de considerar medidas nacionales que afecten al mercado comunitario, éstas medidas restrictivas de las libertades fundamentales del mercado deben respetar los derechos fundamentales. En otras palabras, libertades fundamentales del mercado y derechos fundamentales van de la mano, y los Estados deben respetarlos. Ahora bien, sí que es verdad que se puede apreciar cierta instrumentalización de la tutela de los derechos fundamentales, que servirían para apoyar la posible no conformidad con el Derecho comunitario de medidas nacionales restrictivas de las libertades fundamentales del mercado.³⁸⁵

Se ha cuestionado esta jurisprudencia entendiendo que una vez una restricción queda justificada, la cuestión de si ésta restricción infringe o no un derecho fundamental no es materia del Derecho comunitario.³⁸⁶ Sin embargo, no parece que éstos sea sustentable, puesto que la relevancia de los derechos fundamentales es clara, y esta sentencia tuvo una gran importancia en agenda europea de protección de los derechos fundamentales.³⁸⁷

³⁸³ Se puede ver esta idea también en los argumentos del Abogado General Slynn en sus Conclusiones al asunto C-60,61/84, *Cinéthèque*.

³⁸⁴ Vid. BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit p. 55, donde dice que “The *ERT* judgment confirmed the applicability of fundamental rights, as laid out in the general principles of Community Law, to national rules when those rules fall within the scope of Community law”; también COPPELL, J., y O’NEIL, A., “The European court of Justice: Taking Rights Seriously?”, *Common Market Law Review*, v. 29, nº4, 1992, p. 689.; y PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 73.

³⁸⁵ Hay que tener en cuenta que los párrafos 41 a 45 de esta sentencia se reproducen en las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto C-168/91, *Konstantinidis*, en el apartado 42. Lo curioso del caso es que el Tribunal de Justicia en el apartado 45 no considera necesario dar una específica orientación sobre la conformidad del monopolio de televisión griego al Derecho comunitario, todo y que se supone que esta sería su tarea, limitándose a encomendar que la corte nacional examine dicho monopolio a la luz del art 10 del Convenio de Roma. Vid. CRUZ VILLALÓN, P., “‘All the guidance’, *ERT* and *Wachauf*”, op. cit., p. 166.

³⁸⁶ Vid. JACOBS, F.G., “Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice”, op. cit., pp. 336 y 337.

³⁸⁷ Efectivamente, para CHALMERS *ERT* supuso un cambio de rumbo en la Unión Europea al propiciar que los derechos fundamentales se hayan convertido en una parte más importante del discurso político europeo. Vid. CHALMERS, D., “Looking Back at *ERT* and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L., (eds.), op. cit., pp. 140-150.

La línea comenzada con la sentencia *ERT* habría sido muy prolífica por su importancia;³⁸⁸ aplicándose tanto en materia de libre circulación de mercancías en relación con la libertad de expresión en la sentencia *Karner*,³⁸⁹ como también en materia de libre circulación de personas y trabajadores en relación con el derecho a la vida familiar en la sentencia *Carpenter*³⁹⁰

En *Karner*, el Tribunal de Justicia tuvo que decidir sobre una medida nacional que prohibía ciertas publicidad que se permitía en otros Estados miembros. El recurrente que llegó al Tribunal Supremo austríaco planteaba que la legislación nacional era incompatible con el art. 28 TCE Y con el art. 10 del Convenio de Roma, por tanto alegaba tanto la vulneración de la libre circulación de mercancías como también de la libertad de expresión.

De nuevo, el TJCE exigía no sólo el respeto a la libre circulación de mercancías, sino también que estudiaba la restricción desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales, y en esta ocasión también de la libertad de expresión, como principio general del Derecho Comunitario. El TJCE entendió que no había vulneración de tal principio, puesto que la restricción se justificaba por los objetivos de protección del consumidor y la lealtad de las transacciones comerciales.

Por otro lado tenemos *Carpenter*, donde se planteaba si una posible denegación de un permiso o bien una resolución de expulsión podía suponer una vulneración del derecho a la vida familiar, el Tribunal de Justicia tutela a *Carpenter* de dos formas, directamente mediante la libertad de servicios; e indirectamente mediante el derecho a una vida familiar. El TJCE considera que el derecho a la vida familiar no tiene un carácter absoluto y se pueden permitir injerencias, siempre que no sean desproporcionales, como parece ser el caso. Y es que “la denegación de entrada constituye, en cualquier caso, una medida desproporcionada y, en consecuencia, prohibida si el nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, puede probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren

³⁸⁸Vid. CRUZ VILLALÓN, P., “‘All the guidance’, *ERT and Wachauf*”, op. cit., p. 166.

Entiende CRUZ VILLALÓN que *ERT* es mucho más relevante que *Wachauf*, y que la doctrina expuesta en la misma encontraría aplicación en la sentencia *Steffensen*, una sentencia donde se planteaba si la Directiva 89/397/EEC, de 14 de junio de 1989, si ésta prohibía aceptar a las cortes nacionales pruebas incriminatorias fruto de un análisis cuando la persona investigada no había tenido oportunidad de recabar una segunda opinión. Y aquí el Tribunal de Justicia parece que da instrucciones precisas en su respuesta, considerando que en dichas circunstancias los resultados de la primera opinión no tenían que tenerse en cuenta.

³⁸⁹ Sentencia de 25 de marzo de 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, asunto C-71/02.

³⁹⁰ Sentencia *Mary Carpenter*, asunto C-60/00, ya citada.

circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública (...)"³⁹¹

Se ha planteado que el TJCE se habría excedido en esta sentencia, entendiendo que no estaríamos ante cuestiones vinculadas directamente con el mercado comunitario y las competencias de la Unión; y que habría un serio peligro de que el Tribunal terminara excediéndose en su intervencionismo.³⁹² Pero se ha justificado este control del TJCE mediante el concepto de ciudadanía de la Unión, puesto que esto posibilitaría proteger a un ciudadano.³⁹³

Al igual que en *Carpenter*, en las sentencias que le han seguido,³⁹⁴ cuando se ha planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia respecto a un supuesto de relación entre la libre circulación de personas y trabajadores con el derecho a la vida familiar, lo que ha hecho el Tribunal es aplicar el examen o test de proporcionalidad. La doctrina consiste en reconocer que la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios o de sus familiares no tiene un carácter absoluto, pudiendo estar restringida por razones de orden público, seguridad o salud pública; estas restricciones o excepciones se deben interpretar de forma restrictiva; y en todo caso estas restricciones deben respetar los derechos fundamentales, entre los que está el derecho a la vida familiar del art. 8 del Convenio de Roma; y por último la restricción debe ser proporcional; pero traslada al juez nacional la competencia para aplicar su jurisprudencia.³⁹⁵

³⁹¹ Apartado 63 de la sentencia *Mary Carpenter*, vid. Supra.

³⁹² Así lo entiende PERIŠIN, que razona que Esto, quizá se derivaría de un cierto temor a no elevar su estándar de tutela como lo habría hecho el Tribunal de Derechos Humanos; y que el problema de esta sentencia es que termina con la posible distinción entre un control del Tribunal de Justicia de las medidas tomadas por Estados miembros que afectan al Derecho comunitario (como en *ERT*) y aquellas que no afectan al Derecho comunitario, y donde el Tribunal no debería entrar (como sucedía en *Grogan*). Vid. PERIŠIN, T., "Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU", op. cit., pp. 79-82.

³⁹³ Así lo explica SPAVENTA "from disproportionate regulations imposed by Member States regardless of an effect, even only potential, on the exercise of intra-Community economic activity" vid. SPAVENTA, E., "Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in *Commission v. Italy and Mickelsson and Roos*", *European Law Review*, nº 34, 2009, pp. 743-768.

³⁹⁴ Vid. Las sentencias de 25 de julio de 2002, *Mouvement contre le racisme, l'antisemitisme et la xenophobie ASBL (MRAX) c. Bélgica*, asunto C-459/99; de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast and R c. Secretary of State for the Home Department*, asunto C-413/99; de 23 de septiembre de 2003, *Secretary of State for the Home Department c. Hacene Akrich*, asunto C-109/01; de 29 de abril de 2004, *Georgios Orfanopoulos y otros c. Land Baden-Württemberg*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01; de 11 de diciembre de 2007, *Minister loor Vreemdelingenzaken en Integratie y R.N.G. Eind*, asunto C-291/05; de 25 de julio de 2008, *Metock y otros*, asunto C-127/08.

³⁹⁵ Lo que ha sido calificado como muestra de "sano diálogo entre jurisdicciones" Vid. DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 142.

En otros supuestos donde el derecho a la vida familiar ha entrado en juego respecto a las libertades de circulación de personas y trabajadores, pero cuando el Tribunal de Justicia no se pronuncia respecto a una cuestión prejudicial, sino en un recurso por incumplimiento contra un Estado miembro, como en las sentencias *Comisión c. Reino de España*³⁹⁶, y *Comisión c. República Federal de Alemania*³⁹⁷; el TJCE ha venido a establecer que las restricciones al libre circulación de personas y trabajadores justificadas en razones de orden público, que impliquen denegación de entrada, visado o la misma expulsión de no nacionales no pueden ser contrarias al derecho a la vida familiar reconocido en el art. 8 del Convenio de Roma, cuando entren e el ámbito de aplicación del Derecho comunitario; pero a diferencia de la resolución de cuestiones prejudiciales aquí dicta una resolución que es condenatoria en caso de que la restricción no esté justificada y sea proporcional.³⁹⁸

En estos casos, como se produce una relación de sinergia positiva entre libertades y derechos fundamentales, no hay propiamente un conflicto, y por esta razón no se plantean problemas prácticos desde el punto de vista del respeto de los derechos fundamentales. Las críticas de intervención al Tribunal de Justicia a raíz de la sentencia *Carpenter* no parecen justificadas todo y que el Tribunal de Justicia debe velar por la garantía del respeto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho de la Unión, y el supuesto estaba dentro del mismo.

Precisamente la tendencia hacia una mayor tutela de los derechos fundamentales en los supuestos de sinergia positiva como cuando el derecho a la vida familiar y la libre circulación de personas-trabajadores son restringidas por un Estado miembro es gratificante, puesto que de otra forma se plantearían problemas desde la perspectiva nacional.

Además, como hemos visto al estudiar el art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, interpretándolo en relación con el artículo 52 de la misma, debemos entender que se debe potenciar el máximo estándar o nivel de

En la sentencia *Georgios Orfanopoulos*, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, ya citada, concreta que la proporcionalidad debe medirse según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, atendiendo a la naturaleza y gravedad de la infracción, el tiempo transcurrido desde que la cometió, las circunstancias de su acogida, situación familiar, etc.

³⁹⁶ Sentencia de 31 de enero de 2006, *Comisión c. Reino de España*, asunto C-505/03.

³⁹⁷ Sentencia de 27 de abril de 2006, *Comisión c. República Federal de Alemania*, asunto C-441/02.

³⁹⁸ De nuevo DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 142

protección posible; lo que habría que tener en cuenta tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el pasado 1 de diciembre de 2009.

No obstante, hay que reconocer que en los supuestos de una relación de sinergia positiva no se plantea el problema como ocurre, como vamos a estudiar en el siguiente capítulo, en los supuestos de relación conflictiva entre las libertades económicas y los derechos fundamentales.

**CAPÍTULO 2. LOS CONFLICTOS ENTRE LIBERTADES
FUNDAMENTALES DE MERCADO Y DERECHOS
FUNDAMENTALES.**

CAPÍTULO 2. LOS CONFLICTOS ENTRE LIBERTADES FUNDAMENTALES DE MERCADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.1. DELIMITACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS.

La relación entre libertades económicas y derechos fundamentales no ha sido siempre positiva, y, por tanto, no ha sido una constante la sinergia entre ambas categorías, sino que también podemos encontrar interacciones de carácter conflictivo. Ahora bien, podemos encontrar dos tipos de relación conflictiva:³⁹⁹ 1) conflictos indirectos, tamizados, o velados; 2) conflictos directos, que por ello revisten una mayor relevancia.

A la hora de encarar los conflictos entre libertades del mercado y derechos fundamentales parece que caben dos aproximaciones: la primera sería entender que existe una relación jerárquica entre ellos; la segunda, entender ambos constituyen valores equivalentes que ocupan el mismo estatus jurídico en el Derecho de la Unión Europea.

En caso de que existiera una relación jerárquica entre ambas categorías, habría que precisar si los derechos fundamentales constituyen una excepción justificada a las libertades económicas fundamentales;⁴⁰⁰ o bien en sentido contrario, si las libertades económicas fundamentales sólo pueden aplicarse en función y de conformidad con los derechos fundamentales.⁴⁰¹ En otras palabras si la protección de los derechos fundamentales constituye una derogación del Derecho de la Unión Europea o su realización.⁴⁰²

³⁹⁹ Utilizamos la adjetivación “conflictual” frente a “conflictiva” para precisar que la interacción que enfrenta a libertades económicas y derechos fundamentales no produce conflicto, sino que se encuentra imbuido en la relación.

⁴⁰⁰ Es decir, tratar los derechos fundamentales como “mandatory requirements”. Vid. ROMÁN GONZÁLEZ, E., “Libertades económicas y derechos fundamentales. La doctrina de los *Mandatory Requirements* en la Jurisprudencia del TJCE”, op. cit., pp. 527-543.

⁴⁰¹ MORIJIN, J., “Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution”, *European Law Journal*, nº 15, 2006, pp. 31-33

⁴⁰² PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 70

Lo que nos interesa es precisar el tipo de aproximación al conflicto que realiza el Tribunal de Justicia, para lo que es esencial estudiar los conflictos y su resolución por parte del Tribunal. Sin embargo, antes debemos preguntarnos acerca de las causas y el camino que conduce al conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales-

Como hemos visto en el capítulo anterior, ha sido el desarrollo del Derecho de la Unión y de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia el que ha abierto un nuevo escenario donde los derechos fundamentales han ido adquiriendo una relevancia progresivamente superior;⁴⁰³ y sería precisamente la incorporación de estos derechos lo que habría terminado por provocar una colisión con las libertades de origen económico.⁴⁰⁴ Aunque, como también hemos apuntado se ha cuestionado la intención del Tribunal, identificando la tutela de los derechos fundamentales como un eventual instrumento al servicio de buscar su legitimidad.⁴⁰⁵

En cualquier caso, no es sino tardíamente cuando encontramos estos conflictos, y parece que, como hemos indicado, habría dos tipos de conflictos, indirectos y directos, y dentro de estos últimos cabría incluso diferenciar entre dos grupos, un primer grupo donde podríamos apreciar conflictos que se han producido entre derechos fundamentales de carácter civil, la dignidad humana, y un principio constitucional, frente a las libertades del mercado; y por otro lado un segundo grupo caracterizada por los conflictos entre los derechos sociales-laborales y las libertades del mercado, en particular la libre prestación de servicios.

Además, como veremos, no todos estos conflictos son resueltos de forma idéntica por parte del Tribunal de Justicia. Esto plantea dudas acerca de la existencia de una respuesta clara y precisa del Tribunal de Justicia respecto a si la relación entre las

⁴⁰³ CARTABIA apunta que en los años 70, el Tribunal de Justicia utilizó la proporcionalidad y la ponderación para dar cobertura a las libertades fundamentales del mercado, y que ahora se ha abierto un nuevo escenario donde los derechos fundamentales adquieren más relevancia. Vid. CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milán, 1995, pp. 39 y ss.

⁴⁰⁴ En este sentido vid. LAZARI, A., “La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 33, 2009, p. 533.

⁴⁰⁵ Ya tuvimos oportunidad de comentar esto en el apartado dedicado a las críticas realizadas por la doctrina a la tutela pretoriana ejercida por el Tribunal de Justicia. Sobre estas críticas vertidas sobre la finalidad última del uso por parte del Tribunal de la tutela del Tribunal se ha definido como una “sospecha sobre la autenticidad de la garantía de la Comunidad de los derechos fundamentales, «ganzúa jurídica» para revestir con legitimidad real al principio de primacía, según los propios dictámenes de las cortes constitucionales italiana y alemana. Esta interpretación explicaría una particularidad distintiva del Derecho Comunitario, que eleva la libre circulación de personas, servicios, bienes y capital a las filas de derechos fundamentales.” LAZARI, A., “La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo”, op. cit., p. 511.

libertades fundamentales del mercado y los derechos fundamentales responde a un criterio jerárquico.⁴⁰⁶

2.2. CONFLICTOS INDIRECTOS.

Como hemos dicho, en la relación conflictual entre libertades económicas y derechos fundamentales encontramos algunos supuestos donde este enfrentamiento se produce de una forma indirecta o velada. Esto se debe a que el derecho fundamental que entra en juego lo hace en conexión con otro principio o valor que es el que realmente se enfrenta a la libertad económica fundamental, y si bien se puede identificar un conflicto entre ésta y un derecho fundamental, es susceptible de ser calificado como un conflicto indirecto. Nos interesa estudiar los casos más representativos, porque de esta forma los conflictos directos quedan más nítidos y precisos.⁴⁰⁷ Los casos de conflicto indirectos más representativos son dos: los asuntos C-368/2005, *Familiapress*;⁴⁰⁸ y C-250/06, *United Pan-Europe*.⁴⁰⁹

2.2.1. ASUNTO C-368/2005, *FAMILIAPRESS*.

En el asunto *Familiapress* el Tribunal de Justicia se ocupa de estudiar la conformidad con el Derecho comunitario de una normativa austríaca que prohibía la venta de publicaciones en las que se pudiera participar en juegos con premios cuando no fueran publicaciones nacionales. El objetivo que perseguía esta legislación era preservar los pequeños periódicos nacionales y la pluralidad de prensa.

Podemos apreciar un conflicto entre la libre circulación de mercancías y el pluralismo de prensa, constitutivo este último del motivo justificativo de la restricción a la libertad económica fundamental, y vinculado al derecho fundamental a la libertad de expresión. Por ello se ha afirmado que estaríamos ante un conflicto entre una libertad económica fundamental y un derecho fundamental, aunque sea de forma indirecta.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ Para PERIŠIN el problema de relación se da entre libertades económicas y *standards* de tutela de los derechos fundamentales, y la resolución que adopta el Tribunal de Justicia depende de las circunstancias del caso concreto. Vid, PERIŠIN, T., "Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU", op. cit., p. 72

⁴⁰⁷ En realidad podríamos encontrar muchos supuestos donde haya una conexión con algún derecho fundamental, no podemos referenciar todos, y por ello nos limitamos a los más representativos.

⁴⁰⁸ Asunto C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags-und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*.

⁴⁰⁹ Asunto C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA y otros c. Bélgica*.

⁴¹⁰ PERIŠIN entiende que puede ser considerada como el primer caso donde los derechos fundamentales son utilizados para justificar una restricción a la libre circulación de mercancías aunque indirectamente, en la medida en que a diferencia de *Schmidberger*, y *Omega*, aquí no se invoca directamente como

Sin embargo, hay que tener en cuenta que también podía verse afectada la libertad de expresión al producirse una restricción de la circulación de publicaciones no nacionales, y por tanto jugar, en este sentido, el derecho fundamental a la libertad de expresión a favor de la libre circulación de mercancías en línea con los casos que vimos al estudiar las sinergias positivas entre libertades económicas y derechos fundamentales.⁴¹¹

El Tribunal de Justicia, en Sentencia de 26 de junio de 1997,⁴¹² entendió que el objetivo que perseguía la legislación austríaca podía justificar la restricción de la libre circulación de mercancías, si bien utilizaba el test de proporcionalidad. De esta forma, exigía que la medida restrictiva debía ser adecuada para realizar el objetivo perseguido y la menos restrictiva posible entre las que se pudieran adoptar, debiendo respetar los derechos fundamentales, y dentro de los mismos la libertad de expresión, recogida en el art. 10 CEDH. El Tribunal concreta, que este derecho permite limitaciones con la finalidad de mantener la diversidad de prensa siempre que estén previstas en la ley y sean necesarias en una sociedad democrática.⁴¹³

En cualquier caso, no resolvía la cuestión, y la dejaba en manos del juez nacional, dejando por tanto un margen de apreciación nacional.

Hay varias cuestiones relevantes: en primer lugar, la inexistencia de un conflicto directo entre derechos fundamentales y libertades económicas fundamentales, como hemos apuntado con antelación; en segundo lugar, el TJCE vuelve a insistir en la necesidad de respetar los derechos fundamentales a la hora de adoptar restricciones a las libertades económicas fundamentales, y en este caso en particular la libertad de expresión que estaba conectada con el pluralismo de prensa. Pero, por otro lado, es también resaltable como el TJCE precisa que la mayor parte de los derechos

justificación a dicha restricción. PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 75.

⁴¹¹ LINDLFELD lo explica del siguiente modo: “A question that did not come up directly was whether the restriction imposed by the Austrian Government should be considered as justified regarding freedom of expression or how to strike a balance between the free movement of goods and the freedom of expression”, LINDFELD, M., *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, op. cit., p. 211.

En este sentido, sitúando el caso como un ejemplo de sinergia positiva entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y la libre circulación de mercancías, en tanto que la restricción a la libre circulación de mercancías tendría que respetar también el derecho fundamental a la libertad de expresión, está BARNARD. Vid. BARNARD, C., *The substantive law of the EU*, op. cit., p. 188.

⁴¹² Sentencia de 26 de junio de 1997, *Vereinigete Familiapress Zeitungsverlags-und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag*, asunto C-368/95.

⁴¹³ Apartado 26 de la sentencia. Lo hace con cita de la sentencia del TEDH, de 24 de noviembre de 1993, *Informationsverein Lentia and others c. Austria*.

fundamentales no son absolutos y están sujetos a restricciones, como también el derecho a la libertad de expresión.

Estamos ante un conflicto entre una libertad económica y un derecho fundamental, pero de forma indirecta; no se puede negar que el Tribunal de Justicia lo obvia, y parece que el derecho fundamental a la libertad de expresión juega a favor de la libertad económica dada la exigencia de que la restricción a la misma respete el la libertad de expresión.

2.2.2. ASUNTO C-250/06, UNITED-PAN-EUROPE.

Una normativa belga imponía a los distribuidores autorizados a explotar una red de teledistribución en la región de Bruselas la obligación de transmitir una serie de programas difundidos por organismos de radiodifusión que dependían de la Comunidad francesa y la flamenca. Esta normativa se había adoptado con el objetivo de salvaguardar el pluralismo y el acceso a la cultura de las comunidades lingüísticas de la capital de Bélgica. El Tribunal de Justicia tenía que resolver si la imposición de esta obligación de transmisión de programas podía suponer una restricción a la libre prestación de servicios y ser contraria al Derecho comunitario.

El TJCE, en sentencia de 13 de diciembre de 2007,⁴¹⁴ consideró esta normativa constituía, en efecto, una restricción a la libre prestación de servicios, pero quedaba justificada. Dicha justificación se sustentaba en el mantenimiento del pluralismo, que asociado a la libertad de expresión era un objetivo legítimo a perseguir. Por tanto, la medida podía ser adecuada para alcanzar dicho objetivo en una comunidad bilingüe como la de Bruselas, al garantizar a los miembros de ambas comunidades lingüísticas el acceso a los programas de sus respectivas culturas.

No obstante, el Tribunal de Justicia dejaba la aplicación del test de proporcionalidad al órgano jurisdiccional belga, tal y como había hecho también en el asunto *Familiapress*. Ahora bien, establecía que la medida restrictiva no debía ser desproporcionada ni debía entrañar discriminaciones a los no nacionales; y los procedimientos de selección de los programas de retransmisión obligatoria debían ser transparentes y con criterios claros y precisos.

⁴¹⁴ Sentencia de 13 de diciembre de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA y otros c. Bélgica*, asunto C-250/06.

2.3. CONFLICTOS DIRECTOS.

En este apartado pretendemos estudiar los conflictos directos entre libertades económicas o del mercado interno y derechos fundamentales.

2.3.1. ANTECEDENTES.

Conviene comenzar apuntado la existencia de algunos conflictos directos que si bien han sido identificados, no han sido resueltos en la práctica por parte del Tribunal de Justicia, bien porque no ha entrado a valorar el fondo del conflicto amparándose en que se trataba de ámbitos ajenos al Derecho comunitario en los que carecía de competencia para su resolución; o bien porque no se ha alegado la tutela del derecho fundamental, y por tanto la decisión no ha contemplado el eventual conflicto. Esto no ha evitado que la doctrina los haya identificado como conflictos directos entre libertades económicas y derechos fundamentales, y es relevante para nuestro estudio hacer un breve análisis de los mismos.

2.3.1.1. ASUNTO C-150/60, *GROGAN*.

Un caso complejo que parece esconder un conflicto directo entre una libertad económica y un derecho fundamental, es el presunto conflicto entre la libre prestación de servicios y el derecho fundamental a la vida del *nasciturus* reconocido en la Constitución irlandesa (art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa) del asunto C-150/60, *Grogan*.⁴¹⁵

La cuestión se planteó con ocasión de la publicitación por parte de asociaciones de estudiantes, de clínicas abortivas a embarazadas en territorio irlandés, entregando información relativa a la denominación y emplazamiento de las clínicas dedicadas a estas actividades para posibilitar el desplazamiento al extranjero a mujeres embarazadas para someterse a interrupciones de embarazo.

La Asociación SPUC presentó una demanda ante la High Court irlandesa solicitando la declaración de ilegalidad de las actividades de difusión llevadas a cabo por diversas asociaciones, y como responsables de las mismas a Grogan y otros estudiantes, pidiendo además como medida cautelar la prohibición de las mismas.

La cuestión planteada era si esta práctica de difusión de información era contraria al art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa, o si bien estaba tutelada por la

⁴¹⁵ Asunto C-150/60, *S.P.U.C c. Grogan*.

libertad de información y la libre prestación de servicios comunitaria. El caso llegó a la High Court irlandesa, que decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, donde planteaba si había que entender la práctica de abortos o interrupción médica del embarazo como dentro del concepto de “servicios” del art. 60 del Tratado; y si podía un Estado miembro prohibir la distribución de información específica acerca de la denominación y emplazamiento de una determinada clínica o clínicas situadas en otros Estados miembros, donde se realizan dichas prácticas; y en tercer lugar, si un particular de un Estado miembro donde estuviera prohibida por la Constitución y las leyes penales la práctica del aborto, tenía derecho a distribuir información relativa a la denominación y emplazamiento de clínicas que llevaran a cabo dicha práctica en otro Estado miembro donde sea lícita.

Al enfrentarse a este caso, en la sentencia de 4 de octubre de 1991⁴¹⁶, el TJCE entendió que la actividad consistente en la interrupción médica del embarazo practicada con arreglo a la normativa de un Estado miembro donde se realiza, es un servicio en el sentido del art. 60 del Tratado.⁴¹⁷ Sin embargo, la prohibición de difusión de la información no podía entenderse como una restricción a la libre prestación de servicios por la vaga vinculación entre las asociaciones que llevaban a cabo la difusión de la información y las clínicas situadas en otro Estado miembro⁴¹⁸; y por tanto, en la medida en que no se trataba de una actividad llevada a cabo por el prestador de los servicios, “constituían una manifestación de la libertad de expresión y de información, independiente de la actividad económica desarrollada por las clínicas establecidas en otro Estado miembro”⁴¹⁹ con lo que no entraba dentro del Derecho comunitario, y el Tribunal de Justicia carecía de competencia para “proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales”.⁴²⁰

En resumen, no se pronunció sobre el fondo del asunto, pues entendió que no era aplicable la doctrina *ERT*, al situarse la norma nacional fuera del ámbito del Derecho comunitario; en lo que parece, como ha indicado alguna doctrina, un intento de evitar el conflicto.⁴²¹

⁴¹⁶ Sentencia *Grogan*, asunto C-159/60, ya citada.

⁴¹⁷ Apartado 21.

⁴¹⁸ Apartado 24.

⁴¹⁹ Apartado 26.

⁴²⁰ Apartado 31.

⁴²¹ GROPPI, T., “La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, 2006, p. 239

La Supreme Court irlandesa antes de la resolución de la cuestión prejudicial por el Tribunal de Justicia conoció la cuestión en apelación, y acordó la prohibición temporal de la distribución de la información sobre clínicas abortivas hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara.⁴²²

En cualquier caso, lo cierto es que en la decisión de suspensión de la distribución de información la Supreme Court se mostró claramente a favor de restringir la primacía del Derecho comunitario, en lo que respecta a la tutela del derecho a la vida consagrado en el art. 40.3.3. de la Constitución.

A este respecto son claros los razonamientos del juez WALSH, en el sentido de entender que la introducción del derecho a la vida del feto en la Constitución irlandesa era posterior a la reforma constitucional que dio pie a la adhesión a las Comunidades, y que por tanto, la consagración de la primacía comunitaria, debería ceder al quedar reformada, frente a este derecho fundamental introducido en la Constitución irlandesa.

Posteriormente, en la decisión final sobre el asunto, la Corte Suprema irlandesa daba preferencia a la función de tutela del derecho fundamental reconocido en su constitución nacional frente a la asunción de la primacía del Derecho comunitario.⁴²³

Alguna doctrina ha puesto de manifiesto que en los casos prácticos que le corresponde resolver, y sobre todo en el caso *Grogan*, se puede apreciar que el TJCE está alerta a los daños derivados de una excesiva mercantilización del Derecho de la Unión, es decir, “the dangers of ‘over-marketising’ policy sectors”.⁴²⁴

Ciertamente el Tribunal de Justicia muestra en el razonamiento de la sentencia *Grogan* la necesidad de valorar proporcionalmente los valores concernientes, tanto los

⁴²² La Sentencia de 29 de diciembre de 1986 de la High Court, fue recurrida y se resuelve el asunto por parte de la Supreme Court en sentencia de de 16 de marzo de 1988, *The Attorney General at the relation of the Society for the Protection of Unborn Children Ireland/ Open Door Counselling Ltd y Dublin Wellwoman Centre Ltd*.

BURCA, G. de, “Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law”, *Oxford Journal of European Studies*, 1993 v. 13, nº 3, p. 283 y ss.; PHELAN, D. R., “Right to Life of the Unborn v. Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union”, *Modern Law Review*, v. 55, nº 5, 1992, pp. 670 y ss

⁴²³ “If and when a decision of the Court of Justice of the European Communities rules that cargos aspect of European Community law affects the activities of the defendants impugned in this cases, the consequence of that decision on these constitutionally guaranteed rights and their protection by the courts will then fall to be considered by these courts.” Y sin embargo, afirmaba estar vinculado por la decisión del Tribunal de Justicia, vid. *S.P.U.C. v. Grogan*, 1998, IR 343

⁴²⁴ Así, WEATHERILL razona además que y que en este sentido “it deems appropriate to find reasons to treat national choices as falling outwith the scope of application of the relevant Treaty provisions altogether. The reach of trade law tends to spill over into ever wider sectors. The Court is no oblivious to the dangers this presents”. Vid. WEATHERILL, S., “The Internal Market”, en PEERS, S., y WARD, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 188.

derechos fundamentales como el derecho a la información, la libertad de expresión, el derecho a la vida y la privacidad, y también la libertad de servicios.⁴²⁵ Lo que sucede es que no podía resolver el conflicto porque la actividad de difusión de publicidad sobre la actividad de interrupción del embarazo no había sido llevada a cabo por las propias clínicas que se dedicaban a dicha actividad, en cuyo caso sí habría sido competente. En nuestra opinión, el Tribunal acertó al no resolver el conflicto, pues carecía de competencia.⁴²⁶

2.3.1.2. ASUNTO C-515, *BOSMAN*.

Otro caso donde se plantea un conflicto, pero no se resuelve como tal, es en el singular y conocido asunto C-415/93, *Bosman*.⁴²⁷

Se plantearon dos cuestiones: si un club podía exigir y percibir el pago de una cantidad pecuniaria con motivo de la contratación de uno de sus jugadores al término de su contrato por parte de un nuevo club (las llamadas cláusulas de blindaje); y segunda, si las asociaciones o federaciones deportivas pueden establecer en sus reglamentaciones disposiciones que limiten el acceso a los jugadores extranjeros ciudadanos de la Comunidad Europea a las competiciones que organizan (los cupos de extranjeros).⁴²⁸

⁴²⁵PERIŠIN razona que “its awareness of the subtleties in balancing all the values concerned, such as the freedom to impart and receive information, the freedom of expression, the right to life and the right to privacy, as well as the implication of this question on the free movement of services”, y se plantea que “One can only speculate how the Court would have decided the case if medical clinics from the UK, i.e. the foreign service providers themselves, were the ones distributing the information in Ireland” PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., 76

⁴²⁶ Otra cuestión es si la actividad publicitaria la hubieran llevado a cabo clínicas británicas dedicadas a la interrupción del embarazo. En este caso, el Tribunal de Justicia tendría que haber resuelto sobre el fondo del conflicto, ponderando entre la libre prestación de servicios y la tutela del derecho fundamental a la vida. En nuestra humilde opinión un supuesto así debería haberse resuelto en su caso a favor de la tutela del derecho fundamental a la vida del *nasciturus*, respetando, por tanto, el estándar de tutela contemplado en la Constitución irlandesa, que sería superior. Claro que se podría objetar que en realidad también entrarían en juego otros derechos fundamentales, y que no estaríamos ante un estricto conflicto entre una libertad económica y un derecho fundamental. En todo caso, en el capítulo 3, en el apartado dedicado a Irlanda (3.2.6) tratamos este caso, así como indicamos que la Constitución irlandesa sufrió una reforma para consagrar la primacía del Derecho de la Unión, incluso frente a normas constitucionales irlandesas. En ese sentido, se establece que el art. 40.3.3 de la Constitución no supone límites a la libertad de movimiento de un Estado a otro, ni a la libertad de conseguir o hacer disponibles en el Estado irlandés informaciones relativas a servicios lícitos en otro Estado.

⁴²⁷ Asunto C-415/93, *Jean-Marc Bosman c. Royal Club Liégeois, Union Royal belge des sociétés de football y UEFA*.

⁴²⁸ No obstante, hay que considerar que las cláusulas relativas a jugadores extranjeros en el colectivo deportivo, ya habían sido cuestionadas por las Instituciones Comunitarias: por ejemplo la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de abril de 1989 (luego reiterada por otra de 21 de noviembre de 1991) como consecuencia del informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y derechos del Ciudadano; y la Resolución de la Comunidad Europea y el deporte de 27 de abril de 1994.

Alguna doctrina ha entendido que estamos ante un posible conflicto entre la libre circulación de trabajadores y el derecho de asociación y asamblea.⁴²⁹

Desde luego no era la primera vez que el Tribunal de Justicia se ocupaba del deporte;⁴³⁰ y sin embargo, esta sentencia marcaría un antes y después para la incidencia del Derecho comunitario en el ámbito deportivo.

Así, en la sentencia de 15 de diciembre de 1995,⁴³¹ el TJCE tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las normas adoptadas por asociaciones deportivas, que establecían que un jugador profesional de fútbol nacional de un Estado miembro sólo puede al término del contrato que le vincula con el club ser empleado por un club en otro Estado miembro en el caso de que éste segundo le abone una compensación por transferencia, formación o promoción.

El Tribunal entendió que esto vulneraba la libre circulación de trabajadores, que constituía uno de los principios fundamentales de la Comunidad y una libertad fundamental dentro del sistema de las Comunidades; y ésta no sólo prohíbe actuaciones que supongan una discriminación por razón de la nacionalidad, sino también las que aún siendo aplicables a nacionales y extranjeros supongan un obstáculo a la libre circulación de trabajadores salvo que se den las excepciones previstas en el Tratado o en la jurisprudencia exigiendo, además, la proporcionalidad de la misma. (Esta doctrina ha sido confirmada en *Lehtonen*;⁴³² y *Olympique Lyonnais*⁴³³).

⁴²⁹ Vid. STIEGLITZ, “Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK un der Rechtsjudikatur des EuGH”, 2001, p. 205, citado por KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?”, op. cit., p. 1

⁴³⁰ Sentencias de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, asunto C-36/74; y de 14 de julio de 1976, *Dona*, asunto C-13/76.

⁴³¹ Sentencia *Jean-Marc Bosman*, asunto C-415/93, ya citada.

Sobre esta sentencia, MERINO MERCHÁN, J.F., “El “Caso Bosman” y el arbitraje deportivo”, *La Ley*, nº 2, 1995, pp. 1533-1534; DUPONT, J. L., “Deporte profesional y ordenamiento jurídico comunitario después del caso Bosman (comentario a la Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, Bosman as C-415/93)”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, nº 2, 1996, pp. 487-504; FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “Hacia una consolidación del concepto de libre circulación de trabajadores comunitarios: Notas a la sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995: Caso Bosman”, *Actualidad laboral*, nº 2, 1996, pp. 531-544; CAMBA CONSTENLA, M. C., “Las cuestiones pendientes después de la sentencia Bosman”, *Revista de administración pública*, nº 148, 1999, pp. 249-268; GIL ARAÚJO, S., “Fútbol y migraciones. La Sentencia Bosman en el proceso de construcción de la Europa comunitaria (crónicas desde España)”, *Migraciones Internacionales*, v. 1, nº 3, 2002, pp. 55-78

⁴³¹ No obstante, hay que considerar que las cláusulas relativas a jugadores extranjeros en el colectivo deportivo, ya habían sido cuestionadas por las Instituciones Comunitarias: por ejemplo la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de abril de 1989 (luego reiterada por otra de 21 de noviembre de 1991) como consecuencia del informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y derechos del Ciudadano; y la Resolución de la Comunidad Europea y el deporte de 27 de abril de 1994.

⁴³² Sentencia de 13 de abril de 2000, *Jyri Lehtonen c. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)*, asunto C-176/96.

⁴³³ Sentencia de 16 de marzo de 2010, *Olympique Lyonnais SASP/Oliver Bernard y Newcastle UFC*, asunto C-325/08. En esta sentencia el Tribunal de Justicia controla la normativa francesa sobre fútbol que

Por otro lado, consideraba que los Reglamentos de las asociaciones deportivas estaban en el ámbito del derecho comunitario, puesto que si bien no eran empresas, lo relevante era la existencia de la relación contractual, y las asociaciones deportivas no podían aplicar normas que limitaran la alineación de un número limitado de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros, y por tanto, declaraba que los cupos respecto a ciudadanos comunitarios eran contrarios al Tratado.⁴³⁴

Es interesante resaltar que, aun admitiendo que se pueda ver el caso *Bosman* como un conflicto entre la libre circulación de trabajadores como libertad económica fundamental del mercado, y el derecho de asociación como derecho fundamental; no se puede obviar que la libre circulación de trabajadores es precisamente la libertad económica fundamental más conceptualizable como derecho fundamental, y al constituir un derecho fundamental, estaríamos en realidad ante un conflicto entre derechos fundamentales.

2.3.1.3. ASUNTO C-265/95, COMISIÓN C. FRANCIA.

Otro supuesto donde se podría identificar un conflicto, pero que no llegó a plantearse como tal (porque no se alegó la tutela del derecho fundamental eventualmente implicado) fue el asunto C-265/95, *Comisión c. Francia*. De hecho, alguna doctrina lo ha calificado como una oportunidad perdida de comenzar a resolver los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales.⁴³⁵

Los hechos eran los siguientes: durante varios años los agricultores franceses habían llevado a cabo diversas actuaciones contra productos hortofrutícolas de diferentes Estados miembros, y en particular españoles;⁴³⁶ algunas de estas actuaciones llegaron a revestir un carácter violento en algunos casos, y que se concretaron en la interceptación de camiones de transporte y la destrucción de los productos que llevaban.

permite que el club que forme a un jugador “promesa” de fútbol pueda exigir una indemnización para que sea contratado por otro club, y entiende que si bien esta restricción estaría justificada por la necesidad de promover la formación de jóvenes jugadores (compensación para la el club de la inversión realiza en la formación del jugador) la indemnización enjuiciada no se limitaba al coste de la formación por o que era desproporcional tratándose realmente de una indemnización por incumplimiento contractual. Esto se debía q que la indemnización se fijaba en relación con el daño sufridos el club y no en relación a los gastos reales que el club hubiera tenido en creación con la formación del jugador.

⁴³⁴ Apartado 74 de la Sentencia.

⁴³⁵ PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 87

⁴³⁶ Estos actos se realizaron durante los años 1993-1994, y después también en los años 1996-1997.

Ante esta situación y la falta de actuación de las autoridades francesas para garantizar la libre circulación de mercancías a través de Francia, la Comisión Europea, y tras un intento de solucionar la situación con el gobierno francés, optó por considerar que Francia había incumplido las obligaciones derivadas del Tratado (art. 28 TCE en relación con el art. 5 TCE) al no haber adoptado las medidas necesarias para que no se obstaculizara la libre circulación de productos y presentó la oportuna denuncia ante el TJCE.

El gobierno francés alegó que había condenado públicamente los incidentes, además de instaurar un sistema de vigilancia para la prevención de actos violentos, y que había pagado una indemnización por los daños causados. Además, como ya se había hecho en otras ocasiones, alegó el art. 30 TCE, y la “public policy”.

Pero estos argumentos no convencieron al Tribunal de Justicia, que en la sentencia de 9 de diciembre de 1997 condenó a Francia.⁴³⁷

El Tribunal de Justicia razonó que las acciones de los particulares pueden implicar obstáculos a la libre circulación de mercancías, y que los Estados miembros están obligados no sólo a no adoptar actos o comportamientos susceptibles de constituir un obstáculo a los intercambios, sino también a tomar las medidas que sean necesarias y adecuadas para que se garantice dentro de su territorio la libre circulación de mercancías de forma efectiva, con la excepción de que pudiera justificar que esa acción tuviera repercusión sobre el orden público frente a la que no pudiera hacer frente con sus medios.

El TJCE consideró que durante diez años de incidentes las autoridades francesas no habían adoptado medidas adecuadas para garantizar el funcionamiento del mercado interno por lo que consideró que el gobierno francés había incumplido las obligaciones derivadas del entonces art. 28 del TCE.⁴³⁸

Cabe destacar que era la primera vez que se condenaba a un Estado miembro por omisión frente a acciones privadas, pero no se planteó por parte del Gobierno francés la posibilidad de que estuviéramos ante un conflicto entre la libre circulación de mercancías y derechos fundamentales de los agricultores franceses a manifestarse, en

⁴³⁷ Sentencia *Comisión c. Francia*, asunto C-265/95, ya citada.

No obstante, y si bien la sentencia abría un escenario dudoso respecto a que acciones estaría obligado el Estado a impedir para garantizar la libre circulación de bienes, el Reglamento 2679/98 del Consejo se adoptó precisamente para tratar de resolver estas dudas generadas.

⁴³⁸ Se ha entendido que el Tribunal de Justicia realizaba una argumentación desde una ficción basada en la suposición de que los actos que obstaculizan la libre circulación de mercancías son consecuencia de disposiciones estatales, sin que tal conexión tenga que existir siempre de forma necesaria. Vid. MARTINEZ FONS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, La ley, Madrid, 2006, p. 86

cuyo caso podríamos haber visto, en opinión de PERIŠIN, una ponderación entre derechos y libertades fundamentales, dado que ni libertades y derechos gozan de carácter absoluto.⁴³⁹ No obstante, es discutible que los actos que llevaron a cabo los agricultores franceses pudieran estar amparados en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, la libertad de manifestación, o el derecho de huelga. Y, por otro lado, dada la violencia de los actos llevados a cabo, probablemente el resultado hubiera sido similar, puesto que las actuaciones eran desproporcionadas.

No obstante, esta sentencia podía tener influencia en la resolución de los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales.⁴⁴⁰ Alguna doctrina laboralista planteó incluso que dicha sentencia podía tener como consecuencia que cualquier huelga que afectara al mercado común implicara un obstáculo a libre circulación de mercancías, suponiendo el incumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros, lo que en la práctica podía dificultar la realización del derecho de huelga, haciéndola imposible en el caso las actividades de transporte⁴⁴¹, e incluso pudiendo afectar al propio derecho de manifestación.⁴⁴² Todo ello, haría que la aplicación de esta interpretación comportara “un complejo conflicto jurídico entre los principios consagrados por el ordenamiento comunitario y los derechos laborales contenidos en los respectivos ordenamientos constitucionales laborales” puesto que los ordenamientos constitucionales contemplan la adopción de conflictos colectivos, y las instituciones estatales tienen encomendadas la garantía de su ejercicio.⁴⁴³

En este sentido, el Tribunal estaría dando en esta sentencia unos primeros pasos para construir una doctrina sobre la gestión de los conflictos sociales, que en caso de ser finalmente construida podría obligar a los poderes públicos estatales a tutelar la efectividad de las libertades económicas fundamentales en el ámbito del Derecho laboral;⁴⁴⁴ Pero dadas las circunstancias concretas del caso, sería difícil entenderla como

⁴³⁹ PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 87

⁴⁴⁰ Como veremos fue alegada en el caso resuelto por la Sentencia *Schmidberger*. STJCE de 12 de junio de 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*, asunto C-112/00.

⁴⁴¹ MARTINEZ FONS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 87.

⁴⁴² BAYLOS GRAU, A., VALDÉS DE LA VEGA, B., “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, M.R., y ESTEBAN LECARRETA, R., (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, pp. 152 y ss.

⁴⁴³ MARTINEZ FONS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 87

⁴⁴⁴ MARTINEZ FONS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo* op. cit., p. 87

una doctrina de carácter general, sino que se justifica por la gravedad del caso concreto resuelto por parte del TJCE y la pasividad que mostró el gobierno francés.⁴⁴⁵

Ciertamente la generalidad de la sentencia hacía lógico que se plantearan ciertas dudas sobre la relevancia de la doctrina expuesta y su aplicabilidad a todo obstáculo al comercio resultante de acciones reivindicativas.⁴⁴⁶

Sin embargo, y a pesar de estos antecedentes, no es hasta el asunto C-112/2000, *Schmidberger*,⁴⁴⁷ cuando el Tribunal de Justicia termina resolviendo de forma ponderada el conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales, y por tanto, donde alcanzan, como razonaremos a lo largo de este estudio, el estatus equivalente al de las libertades fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁴⁴⁸

Como ha sostenido la mayor parte de la doctrina, teniendo en cuenta que los objetivos iniciales de las Comunidades Europeas giraban en torno a la integración económica, y no entorno a los derechos, el hecho de que el Tribunal de Justicia haya pasado de la indiferencia hacia los derechos fundamentales, a una tutela de los mismos condicionada a los objetivos de la Comunidad (recordemos el asunto *International*); y finalmente a resolver conflictos entre derechos fundamentales y libertades económicas a favor de los primeros, supone un avance muy significativo.⁴⁴⁹

Quizá sería conveniente preguntarse qué ha sucedido para que se llegara a este conflicto explícito y se resolviera de esta manera, y no de otra. ¿Fue la Carta de los

⁴⁴⁵ Ídem.

⁴⁴⁶ Estas dudas se pusieron de manifiesto con ocasión de la presentación por parte del Comisario Monti de una propuesta de Reglamento para crear un sistema o mecanismo que permitiera a la Comisión intervenir para eliminar los obstáculos al comercio comunitario derivados de ciertos actos reivindicativos en el ámbito nacional. El art. 2 del Reglamento 2679/98/CE, de 7 de diciembre de 1998, es preciso en cuanto a la solución: “ Esta regulación no se puede interpretar en el sentido de que afecte de cualquier forma de ejercicio de los derechos fundamentales tal como están reconocidos en los Estados miembros, incluyendo el derecho o libertad de huelga. Esos derechos pueden también incluir el derecho o libertad de llevar a cabo otras acciones cubiertas por los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros”

Además, parece ser que esta propuesta motivó un serio debate sobre la inmunidad y autonomía de los sistemas nacionales de relaciones laborales respecto a la libre circulación de mercancías como libertad económica fundamental. Vid. BRUUN, N., “La Autonomía del Convenio Colectivo”, VII European Regional congreso, International Society for Labour Law and Social Security, 4-6 Septiembre de 2002, accesible en www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/bruun_spanish.pdf, p. 25.

⁴⁴⁷ Asunto C-112/2000, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*. Se trataba de un conflicto entre la libre circulación de mercancías y los derechos a la libertad de expresión y de reunión.

⁴⁴⁸ STJCE de 12 de junio de 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*, asunto C-112/00.

⁴⁴⁹ Vid. TICHY, L., “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, op.c it.; SYRPIS, P. y NOVITZ, T., “Economic and social rights in conflict: Political and judicial approaches to their reconciliation”, *European Law Review*, nº 3, 2008, pp. 411-426.

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, después de todo, la que provocó un cambio en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia?

2.3.2. APROXIMACIÓN A LOS CONFLICTOS DIRECTOS.

En el capítulo primero de este trabajo hemos estudiado la evolución de la tutela jurisprudencial de los derechos fundamentales, y hemos atendido también a la elaboración de la Carta de los Derechos Fundamentales.

No obstante, y a los efectos que nos interesan para este capítulo, quizá sí es conveniente buscar un punto de inflexión en la tutela de los derechos fundamentales ejercida por el TJCE que pueda sustentar un cambio de paradigma que explique que los derechos fundamentales sean ponderados frente a las libertades fundamentales del mercado interno comunitario.

Y en nuestra opinión, este cambio puede encontrarse en el asunto C-285/98, *Kreil*.⁴⁵⁰ Se trataba de un conflicto entre el principio de no discriminación basada en el sexo y una disposición constitucional alemana que prohibía a las mujeres llevar armas en el ejército, y frente a la que el Tribunal de Justicia optó por exigir una reforma constitucional en Alemania.⁴⁵¹

La sentencia que resuelve este caso, de 11 de enero de 2000,⁴⁵² se dicta con poca antelación a la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y por tanto pronunciada en un momento de especial énfasis europeo y que recibe ya la influencia de aquellos tiempos, como hemos comentado en el Capítulo 1.⁴⁵³

En este sentido, sí es razonable pensar que es la Carta de los Derechos Fundamentales, a pesar del carácter vinculante en aquel momento, la que motivó un

⁴⁵⁰ Asunto C-285/98, *Tanja Kreil*.

⁴⁵¹ Nótese que el Tribunal se había pronunciado con antelación en supuestos de conflictos entre principios comunitarios y normas constitucionales (vid. Sentencias *Groener*, asunto C-379/87; y *Grogan*, asunto C-59/60 ya citadas)

⁴⁵² Sentencia *Tanja Kreil*, asunto C-285/98, ya citada.

⁴⁵³ Como comentábamos en el Capítulo I, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se adopta en el Consejo de Niza a través de una Declaración de la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de 7 de diciembre de 2000. No obstante, la Carta que adquiere fuerza jurídica con el Tratado de Lisboa es una versión adaptada que se proclama el 12 de diciembre de 2007.

CARTABIA considera a esta sentencia “the forerunner of the new line of decisions of the European Court on human rights” porque “there was no hesitation in obliging the Germans to come into line with the European principles by revising their Constitution. Vid. CARTABIA, M., “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, op. cit., p. 9

cambio en la doctrina del TJCE, hacia una mayor sensibilidad hacia la tutela de los derechos fundamentales.⁴⁵⁴

Esto haría que la Carta tuviera una eficacia superior a la que inicialmente se pretendió. Este razonamiento se vería reforzado si encontráramos una interpretación *pro* derechos frente a las libertades fundamentales del mercado en la jurisprudencia del Tribunal.

Y lo cierto es que es con posterioridad a la aprobación de la Carta cuando encontramos los conflictos directos entre libertades económicas y derechos fundamentales que comienza a resolver el Tribunal de Justicia. Y cabe preguntarse ¿en qué medida son fundamentales, y por tanto cuál de los valores en conflicto debe prevalecer?⁴⁵⁵

A la hora de resolver estos conflictos el Tribunal de Justicia podía haber optado por diversas aproximaciones en función de una premisa: la existencia o no de una relación jerárquica en el estatus de las libertades fundamentales del mercado interno y de los derechos fundamentales.⁴⁵⁶

Ante la existencia de una relación jerárquica entre ambas categorías, entonces la relación podría ser favorable a las libertades del mercado o bien favorable a los derechos fundamentales.

Dentro de esta aproximación, en caso de que el mayor estatus correspondiera a las libertades económicas, la subordinación de los derechos fundamentales se manifestaría en la constitución por parte de los mismos de restricciones a las libertades o excepciones a las obligaciones derivadas de los Tratados que podrían, en función de las circunstancias, estar justificadas. Pero tras este razonamiento hay dos posibilidades: 1) cabría entender que los derechos fundamentales pudieran formar parte de las

⁴⁵⁴ CARTABIA habla en concreto de “sensibilidad constitucional” por parte del TJCE, razonando que “it is undoubtedly a turning point, considering the quality and quantity of the Court of Justice’s interventions on fundamental rights.” Vid. CARTABIA, M., “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, op. cit., p. 8

⁴⁵⁵ Recientemente KRZEMINSKA lo planteaba perfectamente, “When a fundamental right meets a fundamental freedom – which one prevails? How fundamental really is ‘fundamental’ Vid. KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?”, op. cit., p. 2.

⁴⁵⁶ BROWN, C., “Case note- Case C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Pflanzüge v. Austria, Judgment of 12 June 2003, Full Court”, *Common Market Law Review*, v. 40, nº6, 2003, pp. 1507-1508; GONZALES, G., “EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria, [2003], ECR I-5659”, *Legal Issues of Economic Integration*, v. 31, nº 3, 2004, pp. 219 y 226; PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 86.

⁴⁵⁶ Vid. PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 85.

justificaciones previstas de forma expresa en el Tratado; 2) o bien entender que los derechos fundamentales constituyen mandatos imperativos (*mandatory requirements*) que pueden justificar restricciones a las libertades económicas fundamentales. En ambos casos el punto de partida es la consideración de las libertades fundamentales como la regla general, que podrían excepcionar los derechos fundamentales.

Ahora bien, si se razona que son los derechos fundamentales los que gozan de un mayor estatus, o incluso si se entiende que no existe una relación de subordinación sino que unos y otros ostentan un estatus jerárquico equivalente, entonces los derechos fundamentales no pueden constituir una mera excepción a las obligaciones derivadas de los Tratados, sino que su protección o tutela forma parte del Derecho comunitario, de tal forma que a la hora de restringir las libertades económicas fundamentales para proteger los derechos fundamentales los Estados miembros están aplicando el Derecho comunitario y no excepcionándolo o restringiéndolo.⁴⁵⁷

Como veremos, del estudio analítico de los casos de conflicto entre libertades y derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia no ha asumido de forma nítida una posición sobre la relación jerárquica entre libertades y derechos fundamentales, y consecuentemente no ha construido una doctrina general clara y precisa que pueda servir para la resolución del conflicto, sino que la resolución ha dependido del caso concreto ante el que se ha encontrado.⁴⁵⁸

Además, como hemos anticipado, dentro de éstos casos de conflicto se pueden apreciar dos grupos diferenciados: un que hemos llamado “el énfasis constitucional” donde encontramos conflictos entre derechos fundamentales de carácter civil o político (asunto C-112/00, *Schmidberger*), la dignidad humana (asunto C-36/02, *Omega*) o incluso un principio constitucional (asunto C-208/09, *Sayn Wittgestein*); y aquellos en los que se ven afectados derechos de naturaleza social-laboral (asuntos C-438/05, *Viking*; C-345/95, *Laval*; y C-271/08, *Comisión c. Alemania*).

Esta diferenciación se debe no sólo a la naturaleza de los derechos o principios fundamentales que intervienen en el conflicto frente a las libertades económicas

⁴⁵⁷ Vid. PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 85.

⁴⁵⁸ Como acertadamente ya señalaba PERIŠIN: “the ECJ has not yet adopted a clear approach to weighing fundamental rights and fundamental freedoms, and it does not seem willing to balance these categories as such. Rather, the Court seems to be adopting a case-by-case approach where the balancing depends on the circumstances of the case. This approach leaves room for national choices in human rights protection, but also places a great deal of responsibility on national courts, and is likely to cause many new references to the ECJ.” PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 87

fundamentales sino también por la diferente aproximación que parece mostrar el Tribunal de Justicia, con una mayor sensibilidad a la hora tutelar los primeros, atribuyendo relevancia al reconocimiento de los mismos en las constituciones nacionales de los Estados miembros afectados por la cuestión planteada. Por ello hablamos de una etapa de “énfasis constitucional”; mientras que en los otros supuestos parece mostrar una preferencia por las libertades fundamentales del mercado, y como veremos, las sentencias que han recaído en dicho casos, han sido objeto de duras críticas doctrinales por parte de la doctrina laboralista.

2.3.3. EL ÉNFASIS CONSTITUCIONAL.

Aquí vamos a estudiar, como ya hemos indicado con antelación, los asuntos C-112/00, *Schmidberger*, C-36/02, *Omega*, y C-208/09, *Sayn Wittgestein*, donde se ponen de manifiesto tres conflictos: entre la libre circulación de mercancías y el derecho fundamental a la libertad de reunión y manifestación en la primera sentencia; entre la libre prestación de servicios y el derecho fundamental a la dignidad humana en la segunda; y entre la libre circulación de personas, y la libre prestación de servicios frente al principio constitucional a la igualdad, en el tercero.

2.3.3.1. TUTELA DE LOS DERECHOS DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN: ASUNTO C-112/00 SCHMIDBERGER.

Este asunto es muy importante, porque al enfrentarse al mismo, el Tribunal de Justicia resuelve por primera vez un conflicto directo entre libertades económicas y derechos fundamentales;⁴⁵⁹ y la sentencia de 12 de junio de 2003⁴⁶⁰ de esta causa, va a servir de “modelo” de estudio del estándar de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea.⁴⁶¹

El propio Abogado General Jacobs indicaba en sus conclusiones que era la primera vez que un Estado miembro invocaba la necesidad de proteger los derechos

⁴⁵⁹ LINDLFELT razona que “The Smidberger case is the first case, and therefore an important landmark case, where fundamental economic freedoms and fundamental rights were directly in collision and where the ECJ therefore had to strike a balance”, LINDLFELT, M., *Fundamental Rights in European Union – Towards Higer Law of the Land?*, op. cit, p. 212.

⁴⁶⁰ Sentencia *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge*, asunto C-112/00, ya citada.

⁴⁶¹ AVBELJ, M., “European Court of Justice and the Question of Value Choices”, www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.pdf, pp. 30-32

fundamentales para justificar una restricción a las libertades fundamentales, consideración a la que se ha unido con posterioridad parte de la doctrina;⁴⁶² lo que no ha excluido que algún autor haya apuntado la existencia de esta invocación con antelación.⁴⁶³

a) Planteamiento de los hechos.

Una compañía de transportes, denominada “Eugen Schimdbberger, Internationale Transporte und Planzüge”, con sede en el sur de Alemania y dedicada al transporte de mercancías hasta Italia a través de Austria, utiliza de forma principal la autopista de Brenner, que es la ruta principal para llegar a Italia.

Por otro lado, una asociación medioambiental, llamada “Transitforum Austria Tirol”, preocupada por los efectos del transporte pesado de mercancías quería llevar a cabo una concentración en la autopista, para lo que pidió autorización a las autoridades austríacas, que la concedieron, si bien hubo una importante cooperación entre las autoridades y los organizadores para limitar los efectos de la manifestación.

Sin embargo, la manifestación produjo como consecuencia un retraso en la llegada de los camiones de la compañía de transportes a Italia. Para la empresa de transportes esto supuso una conculcación no justificada de la libre circulación de mercancías, pidiendo la responsabilidad del Estado austríaco por incumplimiento del art. 28 TCE en relación con el art. 10 del mismo, para que le indemnizara por los daños derivados de la inactividad de sus camiones, el lucro cesante y otros daños accesorios.

La demanda fue desestimada en primera instancia, pero en apelación. El *Oberlandesgericht* fue el que planteó una serie de cuestiones al TJCE, fundamentalmente si era obligación de un Estado miembro garantizar el libre acceso a las principales vías de tránsito y si dicha obligación prevalece sobre los derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión y la libertad de reunión; en caso afirmativo, se planteaba si la infracción del Derecho comunitaria estaría suficientemente caracterizada para generar responsabilidad del Estado.

⁴⁶² BROWN, C., “Case note- Case C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Pflanzüge v. Austria, Judgment of 12 June 2003, Full Court”, op. cit., p. 1499; en el mismo sentido BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 57.

⁴⁶³ Aunque como acertadamente indica AVBELJ no sería del todo correcto, teniendo presente la Sentencia del Tribunal de Justicia *Familiapress*, asunto C-368/95, ya citada. Vid. AVBELJ, M., “European Court of Justice and the Question of Value Choices”, op. cit., pp. 30-21.

b) Conclusiones del Abogado General.

El Abogado General Jacobs⁴⁶⁴ distinguió el asunto planteado del caso *Comisión c. Francia*, puesto que si bien en principio la inactividad de las autoridades austríacas permitiendo el obstáculo a la libre circulación de mercancías por acciones privadas sería una vulneración del art. 28, esta vulneración estaría justificada por la tutela, por parte de las autoridades, del derecho fundamental de asamblea y de expresión derivado de la Constitución austríaca; además las restricciones a la libre circulación de mercancías producidas como consecuencia de la inactividad de las autoridades eran proporcionales teniendo en cuenta la ponderación que habrían realizado para evitar excesivos daños, contrastando esto con lo que había ocurrido en el asunto *Comisión c. Francia*.⁴⁶⁵

Ahora bien, el Abogado General Jacobs propuso una aproximación que consistía en considerar los derechos fundamentales como un interés legítimo que sería encuadrable dentro del interés público previsto de forma expresa en el Tratado y que serviría para justificar la restricción a la libertad económica.⁴⁶⁶ Por otro lado, constataba que existía un problema derivado de las divergencias entre los catálogos de derechos fundamentales de los Estados miembros puesto que no son trasladables de forma automática al ámbito comunitario.⁴⁶⁷

c) Decisión del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia, en sentencia de 11 de diciembre de 2007,⁴⁶⁸ consideró que debía responder primero al tema del eventual incumplimiento del Derecho

⁴⁶⁴ Conclusiones del Abogado General F.G. JACOBS presentadas el 11 de julio de 2002, asunto C-112/00.

⁴⁶⁵ De hecho, llegaba a considerar que no haber concedido la autorización o bien condicionarla para reducir los efectos hubiera supuesto una restricción a los derechos fundamentales. Así lo razona: "la imposición de restricciones excesivas por lo que respecta a la propia manifestación hubiera podido privar a los manifestantes de los derechos que las autoridades pretendían proteger" Apartado 110 de las Conclusiones.

⁴⁶⁶ Apartado 96

⁴⁶⁷ Apartado 98

⁴⁶⁸ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *Viking*, C-438/05.

Mucho se ha escrito sobre esta sentencia, nos limitamos a citar las aportaciones que nos han parecido más relevantes: GONZÁLEZ VAQUÉ, L., "El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia "Schmidberger"", *Gaceta Jurídica de la U.E. y de la Competencia*, nº 227, 2003, pp.61-76; FACENNA, G., "Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge vs. Austria: Freedom of Expression and Assembly vs Free Movement of Goods", *European Human Rights Law Review*, Febrero 2004, pp.73-80; RONKES AGERBEEK, F., "Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor: the Schmidberger case", *European Law Review*, v. 29, nº 2, 2004, pp.255-266; STOFFEL VALLOTON, N., "Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH). (A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Austria" de 12 de junio de 2003)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004, pp.483-506;

comunitario producido por el cierre de la autopista, puesto que la cuestión de la responsabilidad constituía una cuestión subsidiaria y dependiente del incumplimiento del Derecho comunitario.⁴⁶⁹

Tras recordar que la libre circulación de mercancías es un principio fundamental de la Comunidad, desarrollado en los artículos 30 y 34 TCE, constata que están prohibidas las restricciones cuantitativas a la importación y exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente. En este sentido, siguiendo la doctrina *Dassonville*, deben entenderse prohibidos todos los obstáculos, directos o indirectos, reales o potenciales, a las corrientes de intercambios en el comercio intracomunitario; y que esto afecta no sólo la adopción de medidas restrictivas, sino también la ausencia de la adopción de las medidas necesarias para hacer frente a los obstáculos, como ya había dicho en *Comisión c. Francia*, es decir a la omisión por parte del Estado.

A estos efectos no sería relevante si el obstáculo afectaba al flujo de importaciones o exportaciones, o bien al mero tránsito de mercancías, y además, había que tener en cuenta la importancia de la autopista bloqueada en este caso.

Atendiendo a todo ello, el TJCE consideró, en primer lugar, que el cierre durante treinta horas de la autopista constituía una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas de la libre circulación de mercancías; y posteriormente valoró si dicha restricción estaba o no justificaba.⁴⁷⁰ Las autoridades austríacas habían permitido la concentración para garantizar los derechos fundamentales, puesto que:

“de los autos del asunto principal se desprende a este respecto que las autoridades austríacas se basaron en consideraciones relacionadas con el respeto de los derechos fundamentales de los manifestantes en materia de

HUMPHREYS, M., “Free Movement and Roadblocks: The Right to Protest in the Single Market”, *Environmental Law Review*, v.6, 2004, pp.190-195; ALEMANN, A., “À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur”, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, n° 4, pp.709-751; VIAL, C., “Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux: à la recherche d'un équilibre”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 58, 2004, pp.439-459; GONZALES, G., “EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria [2003] ECR I-5659”, op. cit.

⁴⁶⁹ Apartados 48 y 49.

⁴⁷⁰ Apartado 64.

La cuestión era determinar cómo planteaba el órgano remitente de la cuestión prejudicial “si el objetivo de la concentración de los días 12 y 13 de junio de 1998 –durante la cual los manifestantes pretendían llamar la atención del público sobre la amenaza que para el medio ambiente y la salud pública constituye el aumento constante de la circulación de vehículos pesados de mercancías por la autopista del Brenner así como a incitar a la autoridad competente a reforzar las medidas capaces de reducir dicho tráfico y la consiguiente contaminación en la región extremadamente sensible de los Alpes – puede prevalecer sobre las obligaciones del Derecho comunitario en materia de libre circulación de mercancías” Apartado 65.

libertad de expresión y de libertad de reunión, que están reconocidos y garantizados por el CEDH y por la Constitución austriaca”.⁴⁷¹

El TJCE recuerda que el órgano nacional de remisión cuestiona “si el principio de libre circulación de mercancías garantizado por el Tratado prevalece sobre dichos derechos fundamentales”.⁴⁷² También reafirma su jurisprudencia sobre los derechos fundamentales, que constituyen principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el propio Tribunal, para lo que se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y en los instrumentos internacionales sobre protección de derechos humanos, a los que se han adherido los Estados miembros, en especial el CEDH;⁴⁷³ por lo que no se pueden admitir medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos en línea con la sentencias *ERT* y *Kremzow* (1997);⁴⁷⁴ y por tanto:

“al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, **la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías**”.⁴⁷⁵

Esto le llevaba a la necesidad de ponderar y conciliar las exigencias de protección de los derechos fundamentales con las exigencias derivadas de la libertad económica fundamental, en este caso la libre circulación de bienes o mercancías:

“El presente asunto plantea por tanto la cuestión de **la necesaria conciliación de las exigencias de protección de los derechos fundamentales en la Comunidad con las que se derivan de una libertad fundamental consagrada por el Tratado** y, más

⁴⁷¹ Apartado 69.

⁴⁷² Apartado 70. Lo que como veremos luego le dará pié a realizar una auténtica ponderación equilibrada sobre los intereses en juego.

⁴⁷³ Apartado 72

⁴⁷⁴ Sentencia *Kremzow*, asunto C-299/95, ya citada.

⁴⁷⁵ Apartados 73 y 74. El resaltado es mío.

concretamente, la cuestión del alcance respectivo de las libertades de expresión y de reunión, garantizadas por los artículos 10 y 11 del CEDH, y de la libre circulación de mercancías, cuando las primeras se invocan como justificación de una restricción de la segunda”⁴⁷⁶

Por tanto, se impone la conciliación entre libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales, y sin embargo parece que el TJCE realice una doble aproximación a dicha conciliación:

1) Desde el punto de vista de las libertades económicas fundamentales, pues si bien “la libre circulación de mercancías constituye uno de los principios fundamentales en el sistema del Tratado, en determinadas circunstancias puede ser objeto de restricciones por las razones enumeradas en el artículo 36 del mismo Tratado o en concepto de exigencias imperativas de interés general reconocidas conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”⁴⁷⁷

2) Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, ya que “si bien los derechos fundamentales controvertidos en el asunto principal están expresamente reconocidos por el CEDH y constituyen fundamentos esenciales de una sociedad democrática, del propio texto del apartado 2 de los artículos 10 y 11 de dicho Convenio resulta sin embargo que las libertades de expresión y de reunión pueden ser también objeto de determinadas limitaciones justificadas por objetivos de interés general, en la medida en que dichas excepciones estén previstas por la ley, respondan a una o más finalidades legítimas con arreglo a dichas disposiciones y sean necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y, en particular, proporcionales a la finalidad legítima perseguida” recordando su jurisprudencia en *Familiapress* y *Carpenter*.

De ahí deduce que “los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen –contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción- prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad.”

⁴⁷⁶ Apartado 77. El resaltado es mío.

⁴⁷⁷ Apartado 78.

Por consiguiente, citando las sentencias dictadas en los asuntos *Comisión v. Alemania*,⁴⁷⁸ y *X v. Comisión*,⁴⁷⁹ razona que pueden imponerse restricciones al ejercicio de esos derechos, en la medida en que éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general y no constituyan, según el objetivo perseguido una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos protegidos.⁴⁸⁰

Estamos ante dos aproximaciones que conllevan la necesidad de ponderar los intereses en juego, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, para verificar si se ha realizado un equilibrio justo entre los intereses.⁴⁸¹

El Tribunal de Justicia asume la competencia de realizar el control sobre dicho equilibrio entre los intereses en juego, esto es, respecto al conflicto existente entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales afectados, si bien reconoce la facultad de apreciación que ostenta la autoridad nacional competente, pero no elude aplicar el test de proporcionalidad a la decisión tomada a nivel estatal para “verificar si las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios son proporcionadas a la finalidad legítima perseguida, a saber, en el caso de autos, la protección de los derechos fundamentales”.⁴⁸²

Para ello, en primer lugar rechaza la identidad del supuesto de hecho con el asunto resuelto en la sentencia *Comisión c. Francia*, que había invocado Schmidberger como precedente.⁴⁸³ Y a continuación, si bien hace una reflexión sobre otras posibilidades que podrían haberse adoptado, reconoce que las autoridades nacionales

⁴⁷⁸ Sentencia de 8 de abril de 1992, *Comisión c. Alemania*, asunto C-62/90.

⁴⁷⁹ Sentencia *X c. Comisión*, asunto C-404/92, ya citada.

⁴⁸⁰ Apartado 80.

⁴⁸¹ “En tales circunstancias, es preciso ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses” Apartado 81.

⁴⁸² Apartado 82.

⁴⁸³ Y lo hace entendiendo que mientras en aquel asunto no hubo autorización de las autoridades francesas, en éste había una autorización de las autoridades austríacas (apartado 84); también había diferencias en el alcance geográfico, temporal y en gravedad, siendo aquél más extenso que éste (85); la finalidad perseguida en aquél era “claramente impedir la circulación de determinados productos (...) no sólo mediante obstáculos al transporte de las mercancías aludidas, sino también mediante la destrucción de las que se dirigían o estaban en tránsito por Francia, incluso cuando se encontraban ya a la venta en los comercios del Estado miembro en cuestión” (apartado 86), mientras que aquí la voluntad era una concentración de ciudadanos para “ejercer sus derechos fundamentales a manifestar públicamente una opinión que consideraron importante en la vida de la colectividad” (apartado 86); y las autoridades austríacas habían tomado medidas para garantizar el buen desarrollo de la concentración, previendo rutas alternativas e informando a los operadores económicos (apartado 87); y tiene en cuenta también que había quedado acreditado que no se generó un clima general de inseguridad que afectara con efecto disuasivo en los flujos de intercambio intracomunitario frente a la situación resuelta en *Comisión c. Francia* (apartado 88).

gozan de una amplia facultad de apreciación y acepta en esta ocasión que la decisión nacional era proporcional.⁴⁸⁴

d) Análisis y alcance de la decisión.

Expuesto lo anterior, no se puede dudar de la relevancia de la sentencia *Schmidberger*, si bien lo que se ha discutido no es tanto esta cuestión reconocida de forma unánime, sino el alcance de la doctrina contenida en la misma, y es que se ha interpretado de forma diversa e incluso podríamos decir, contradictoria.

Como hemos expuesto en la parte introductoria a este capítulo caben varias alternativas y aproximaciones para resolver la relación conflictiva entre libertades económicas y los derechos fundamentales. Para saber cuál de estas ha utilizado el Tribunal de Justicia sería necesario un profundo análisis.

El Abogado General Jacobs plantea de forma clara una propuesta de aproximación que supone entender que existe una relación jerárquica a favor de las libertades fundamentales y que, por tanto, atribuiría a los derechos fundamentales el valor de excepciones que justificarían restricciones a las libertades económicas, pero lo harían como excepciones previstas en el Tratado de forma expresa, dentro de la cláusula de interés público.⁴⁸⁵

Sin embargo, ésta no es la opción que acoge el TJCE, si bien no está tan claro que haya un reconocimiento de una relación jerárquica o no entre libertades y derechos fundamentales, como se puede deducir de la exposición que hemos hecho sobre la decisión. De hecho, de esta decisión se han hecho estudios doctrinales que conllevan interpretaciones contradictorias sobre la aproximación a la cuestión de la relación jerárquica que realiza el Tribunal de Justicia en esta sentencia:

a) Hay autores que entienden que en *Schmidberger* el Tribunal trata los derechos fundamentales como excepciones a las libertades económicas, es decir, asumiendo que

⁴⁸⁴ Así, descarta la prohibición puesto que “pudo estimar que una prohibición pura y simple de ésta constituía una interferencia inaceptable en los derechos fundamentales de los manifestantes a reunirse y expresar pacíficamente su opinión en público” (apartado 89); así como la imposición de requisitos más estrictos del lugar porque “podía haberse percibido que constituía una restricción excesiva que privaría a la actuación de una parte esencial de su alcance (...)” correspondiendo a la autoridad nacional ponderar el interés de intentar limitar en lo posible los efectos que una manifestación tenga sobre la libre circulación de mercancías con el de los manifestantes (apartado 90), concluyendo que “la autoridad nacional, habida cuenta de la amplia facultad de apreciación que se le ha de reconocer en la materia, pudo considerar razonablemente que el objetivo legítimamente perseguido por dicha concentración no podía alcanzarse en el caso de autos mediante medida menos restrictivas de los intercambios comunitarios” (apartado 93)

⁴⁸⁵ Este es el planteamiento que realiza el Abogado General Jacobs en sus conclusiones, apartados 95 y 96.

existe una relación jerárquica a favor de las libertades. Sin embargo, a diferencia de la propuesta del Abogado General, los derechos fundamentales no se justificarían dentro de la cláusula de orden público, sino como *mandatory requirements*, lo que implicaría que el Tribunal seguiría la doctrina *Cassis de Dijon*.⁴⁸⁶

Sin embargo, ni siquiera es pacífica esta segunda cuestión, puesto que entre quienes defienden que el Tribunal asume la existencia de una relación jerárquica favorable a las libertades económicas, hay quien duda de que haya una justificación como *mandatory requirements*, razonando que no se puede descartar su consideración dentro de la cláusula de orden público;⁴⁸⁷ o quienes creen que de la sentencia se podría interpretar que los derechos fundamentales constituirían una especie de justificación “flotante” sujeta al test de proporcionalidad.⁴⁸⁸

⁴⁸⁶ En este sentido se pronuncian HELISKOSKI, J., “Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which paradigm?”, op. cit., p. 339; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., pp. 152-153; ROMÁN GONZÁLEZ, E., “Libertades económicas y derechos fundamentales. La doctrina de los *Mandatory Requirements* en la Jurisprudencia del TJCE”, op. cit., p. 538; KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?”, op. cit., pp. 7 y ss; y LINDFELDT, M., *Fundamental Rights in European Union – Towards Higher Law of the Land?*, op. cit., p. 215. Éste último razona que “What became clear in the Schimdbberger case is that fundamental rights are treated as one of many possible grounds, which may or may not justify an exception to the four freedoms”(…), es decir, las libertades serían “the basic “grundnorm” from which derogations can be made and justified on the grounds recognized in the Treaty including the mandatory requirements of which fundamental rights are now form part of.”; también BARNARD, pero entendiendo que los derechos fundamentales permanecerían distintos con respecto a otros *mandatory requirements* porque son principios generales de Derecho comunitario, y los otros *mandatory requirements* tienen que respetarlos como se manifiesta en la sentencia *Familiapress*, BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 109; y de una forma crítica DE SCHUTTER, que entiende que hay una clara necesidad de que la relación entre libertades económicas y derechos fundamentales sea más contextualizada y en lugar de que las libertades sean la regla general y los derechos fundamentales una excepción a la misma, hay que buscar una solución adecuada para la resolución de la relación atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. Vid. SCHUTTER, O. de, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, op. cit., p. 8

El problema de esta interpretación es que la clásica aproximación del Tribunal de Justicia no aceptaba el uso de los *mandatory requirements* para justificar medidas distintamente aplicables, de tal forma que si consideramos los derechos fundamentales como *mandatory requirements* sólo servirían para justificar restricciones distintamente aplicables, si bien es cierto que la diferenciación entre medidas distinta e indistintamente aplicables ha quedado borrosa teniendo en cuenta las sentencias de 9 de julio de 1992, *Comisión c. Bélgica*, C-2/90; y de 3 de diciembre de 1998, *Ditlev Bluhme*, C-67/97 (Vid. PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 90, y BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, op. cit., pp. 117-118)

⁴⁸⁷ PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., 88.

⁴⁸⁸ En este sentido, interpretando los razonamientos del Tribunal de Justicia de los apartados 74 y 78, se manifiestan BROWN, que constata que en la sentencia no hay referencia directa y expresa a los *mandatory requirements* y a la línea *Cassis de Dijon*, sino sólo de forma indirecta en el apartado 78, y que entiende que “the ECJ has in fact invoked (perhaps created) a “floating” justification, albeit one which is nevertheless still subject to the familiar proportionality test”; se une a esta interpretación PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., pp. 89-90.

b) Otra interpretación posible es entender que el Tribunal de Justicia va más allá, y trata a libertades y derechos fundamentales como valores complementarios, sin relación jerárquica alguna resolviendo el conflicto a través de la ponderación.⁴⁸⁹

c) Incluso hay autores que entienden que sí hay relación jerárquica, pero esta se produciría a favor de los derechos fundamentales, y el Tribunal de Justicia estaría atribuyendo la primacía a los mismos frente a las libertades económicas.⁴⁹⁰

Sin duda todas estas interpretaciones son defendibles, y es que no cabe duda que estamos ante una compleja sentencia.

En nuestra opinión, y tras una exhaustiva reflexión, entendemos que el TJCE desarrolla en la sentencia dos discursos diferentes que son identificables: uno de ellos está dedicado a las libertades económicas y otro de ellos a los derechos fundamentales. Esto explica que existan apartados de la sentencia que dan a entender la existencia de una relación jerárquica entre libertades económicas y derechos fundamentales, a favor de las primeras; mientras que otros apartados de la misma sentencia manifiestan un discurso diverso y favorable a los derechos fundamentales, en los que donde derechos y libertades constituyen valores complementarios, o incluso en alguno de ellos los derechos fundamentales, podría entenderse, gozarían de preferencia.

Así, el TJCE plantea, en primer lugar, la cuestión del conflicto a resolver desde la perspectiva de las libertades económicas, reafirmando que la libre circulación de mercancías constituye un principio fundamental del Tratado que solamente puede restringirse de forma justificada y proporcional.

Sin embargo, cuando trata los derechos fundamentales, y en concreto la libertad de reunión y manifestación, no se refiere a ellos como meras restricciones, sino que comienza por diferenciar entre los derechos, aquellos que gozan de carácter absoluto y

⁴⁸⁹ En este sentido se pronuncian ROSAS, A., “Fundamental rights in the Luxemburg and Strasburg Courts”, en BAUDENBACHER, C., TRESSELT, P., ÖRLYGSSON, T. (eds.), *The EFTA Court: Ten Years on*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 167-168; y TICHTY, L., “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, op. cit. p. 1.

TYCHY razona que habría un cambio de paradigma derivado de la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales en el proyecto de tratado constitucional, “a new phenomenon contained in the draft of the European Constitution (...) This new phenomenon may be seen in the change in their relationship to the fundamental market freedoms. It may appear as though – and this is the case not only in the field of the fundamental freedoms but also in other fields of law such as private law – fundamental human rights force out and substitute the general protection of individuals, or at least that these specific sectors of law (including the fundamental freedoms) become a mere instrument of fundamental human rights” (TICHTY, L., “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, op. cit., p. 1)

⁴⁹⁰ GONZALES, G., “EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria [2003] ECR I-5659”, op. cit., p. 223.

los que pueden ser limitados, para a continuación constatar la necesidad de conciliar libertades y derechos en un equilibrio de los intereses en juego.

Ahora bien, debemos tratar de conciliar estos dos discursos y extraer la doctrina de la sentencia que resuelve el conflicto. Dentro de las interpretaciones doctrinales que antes hemos expuestos, nos parece que existen dos más adecuadas a la vista de los dos discursos que hemos encontrado.

Así, parece razonable poder entender que exista en la sentencia una concepción de la relación como jerárquica y favorable a las libertades económicas, donde los derechos fundamentales son excepciones. Ahora bien, se trataría de excepciones no previstas de forma expresa en el Tratado, ni tampoco de *mandatory requirements*, puesto que el TJCE no se refiere a los derechos fundamentales de forma explícita como tales; y por tanto entenderíamos que éstos estarían más próximos a constituir una justificación de carácter especial o flotante, que a *mandatory requirements*.

Sin embargo, también es perfectamente defendible que hay una ponderación y búsqueda de equilibrio, desde una concepción de relación de complementariedad e igualdad de estatus, y donde libertades económicas y derechos fundamentales se limitan mutuamente.

Esta interpretación de la ponderación basada en la complementariedad ha sido desarrollada y defendida fundamentalmente por ROSAS y AVBELJ, y entiende que el Tribunal estaría tratando a las libertades económicas y los derechos fundamentales de una forma complementaria, de tal forma que no se establece una relación jerárquica sino complementario de las libertades y los derechos. Así, que el Tribunal comenzara el examen sobre la base de la violación de la libre circulación de mercancías estaría motivado por la forma de plantear la cuestión prejudicial, recordando que el Tribunal incide en que la mayoría de los de derechos fundamentales no son absolutos, como era el caso, por lo que la solución pasaba por la ponderación y la aplicación del test de proporcionalidad; entendiendo que en caso de que el conflicto se hubiera dado con un derecho fundamental de carácter absoluto, no habría aplicado el test de proporcionalidad.

El razonamiento del Tribunal de Justicia que encontramos en el apartado 81 está en concordancia con esta interpretación, “es preciso ponderar los intereses en juego y determinar, habida cuenta del conjunto de circunstancias de cada caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses”, puesto que estaría ponderando entre valores que gozarían u ostentarían una categoría equivalente.

Y es que si bien, en el apartado siguiente, el Tribunal de Justicia vuelve a hablar de libertad fundamental y de restricciones; no son los derechos fundamentales los que constituyen las restricciones, sino los que legitiman éstas. El Tribunal razona que debe verificar “si las restricciones impuestas a los intercambios intracomunitarios son proporcionadas a la finalidad legítima perseguida, a saber, en el caso de autos, la protección de los derechos fundamentales”

Así, los derechos fundamentales no constituirían excepciones a las libertades económicas fundamentales, sino que gozarían de la misma posición fundamental en el ordenamiento europeo, es más, si estuviéramos ante derechos de carácter absoluto, no habría ponderación posible, al tratarse de derechos susceptibles de limitación, entonces se produce la ponderación. Esto lo pone de relieve el mismo Tribunal de Justicia en el apartado 80, “los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de reunión pacífica garantizados por el CEDH tampoco constituyen –contrariamente a otros derechos fundamentales reconocidos por el mismo Convenio, como el derecho de toda persona a la vida o la prohibición de la tortura y del trato inhumano o degradante, que no toleran ninguna restricción- prerrogativas absolutas, sino que deben considerarse según su función en la sociedad.(...)”

Apunta BROWN, que si bien en los apartados 79-81 de la sentencia se aprecia un discurso de estilo más similar al que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, en el apartado 82 vuelve al estilo clásico donde hay que controlar la proporcionalidad de las restricciones a la libre circulación de mercancías.⁴⁹¹

Por tanto, como hemos dicho antes, hay dos discursos. En realidad, podríamos decir que el Tribunal de Justicia fluctúa, en la propia sentencia, entre el discurso clásico sobre las libertades económicas como principios fundamentales que sólo admiten restricciones justificadas por otros valores, donde se incluirían ahora también los derechos fundamentales; y un discurso de tutela de los derechos fundamentales donde son estos la regla general, y en determinados casos pueden verse limitados, entre otras cosas, por las libertades económicas fundamentales.

En cualquier caso, y con independencia de la interpretación que se acoja sobre esta sentencia, la importancia que la misma reviste es clara, puesto que desplaza el

⁴⁹¹ En este sentido, BROWN, razona “the methodology evident in paragraphs 79-81 of the Court’s judgment is classic Strasbourg-style: (...) the human right is the guiding principle, but there may be (narrowly constrained) exceptions to it (...)” pero “the Court immediately swings back to the classic Luxembourg-style jurisprudence: free movement is the guiding principle, but there may be exceptions to it”. Vid. BROWN, C., “Case note- Case C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Pflanzzüge v. Austria, Judgment of 12 June 2003, Full Court”, op. cit., p. 1507.

punto de gravedad de las libertades económicas hacia los derechos fundamentales, que asumen un papel protagonista;⁴⁹² lo que se une a una aplicación más flexible del test de proporcionalidad;⁴⁹³ o lo que se ha venido en llamar, incluso, la aplicación de otro tipo de test, que BIONDI califica como “balance exercise”, un test de proporcionalidad diferente que podría asemejarse más a un test de razonabilidad.⁴⁹⁴

En cualquier caso, en el examen o control de la proporcionalidad que realiza el Tribunal de Justicia, se deja un amplio margen de apreciación nacional.⁴⁹⁵ Esto es importante, porque la cuestión relevante es en qué medida la tutela de los derechos fundamentales puede ser sometida a algún tipo de escrutinio, incluso por parte del Tribunal de Justicia, puesto que ha razonado que se podría argumentar, de contrario, que esto supondría una injerencia en los valores constitucionales de los Estados miembros, que quedarían subordinados a las necesidades de la integración del mercado.⁴⁹⁶

2.3.3.2 TUTELA DE LA DIGNIDAD HUMANA: ASUNTO C-36/02, OMEGA.

En el asunto C-36/02, *Omega*, el Tribunal de Justicia afrontó el conflicto entre la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercancías frente a las

⁴⁹² Como indica LAZARI “el punto de gravedad constitucional se ha desplazado lentamente en la decisión *Schmidberger* de 2003 (...) una decisión equilibrada, en la cual las necesidades de la economía por una vez no inculcaron la sustancia de los derechos civiles”. Vid. LAZARI, A., “La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo”, op. cit., pp. 511-512.

⁴⁹³ AVBELJ, M., “European Court of Justice and the Question of Value Choices”, op. cit., pp. 72 y ss.; ALEMANN, A., “A la recherche d’un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur”, op. cit., p. 738; SCHUTTER, O. de, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination” 2004, op. cit., p. 11; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 153.

⁴⁹⁴ BIONDI entiende que “The Court undertook such a balancing exercise (...)” e “In fact the balancing approach adopted in *Schmidberger* bears perhaps more resemblance to a test of unreasonableness” BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., pp. 59-60.

No obstante, como apunta el autor, hay que tener en consideración que existió un fuerte debate doctrinal sobre si estos test de proporcionalidad eran dos caras de la misma moneda o más bien se trataba de algo diferente.

⁴⁹⁵ Para BROWN esto supone una excesiva deferencia, quizá derivada de la necesidad de ser cauteloso o cuidadoso en la relación del Derecho comunitario con los derechos fundamentales. BROWN, C., “Case note- Case C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Pflanzüge v. Austria, Judgment of 12 June 2003, Full Court”, op. cit., p. 1506.

⁴⁹⁶ Como razona BIONDI: “once protection of human rights is recognised as being an accepted justification. The question then becomes whether a human rights defence should be subject to any scrutiny and, if the answer is yes, what intensity of scrutiny should be exercised. This is a particularly delicate point.” BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, op. cit., p. 58

exigencias derivadas de la protección de la dignidad humana como derecho fundamental.⁴⁹⁷

a) Planteamiento de los hechos.

Omega, una empresa situada en Bonn, llevaba a cabo la explotación de unas instalaciones dedicadas a juegos de láser o *laser-sport*, bajo el nombre de “laseródromo”, y al observar que en el mismo se permitían juegos con objeto de disparar a blancos humanos mediante rayos láser (“jugar a matar”), la autoridad gubernativa de Bonn le prohibió seguir con los mismos, basando dicha prohibición en la normativa alemana que permite la adopción de medidas para evitar amenazas a la seguridad o el orden público. La autoridad alemana argumentó que estos juegos suponían una banalización de la violencia, y vulneraban valores fundamentales del orden público.⁴⁹⁸

b) Conclusiones de la Abogado General.

Una cuestión que quedaba clara en el análisis de la Abogado General,⁴⁹⁹ era que la dignidad humana gozaba un status especial en la Constitución alemana, puesto que era un derecho fundamental autónomo, mientras que en los tratados internacionales y otros Estados miembros gozaba de la categoría de un artículo general o un principio constitucional, y no como un derecho fundamental autónomo.⁵⁰⁰

Por ello, planteaba que estaba pendiente “determinar si la protección de la dignidad humana impuesta por la Ley Fundamental alemana debe abordarse en el marco de la justificación de la orden gubernativa de que se trata, o si la eventual existencia en el Derecho comunitario de una garantía equivalente en materia de derechos fundamentales hace necesario un compromiso con el Derecho comunitario. A su vez, esto requiere examinar el concepto de dignidad humana.”⁵⁰¹

⁴⁹⁷ Sentencia *Omega*, C-36/02, ya citada.

⁴⁹⁸ Apartados 3-6.

Hay que considerar, por otro lado, que ya antes del inicio de la actividad, un sector de la población había manifestado su oposición al proyecto, lo que llevó a la autoridad gubernativa de Bonn a preguntar a Omega sobre el desarrollo del juego, en cuya constentación se refirió a que el juego laser consistía solamente en acertar a sensores-receptores fijos instalados en las pistas de tiro (apartado 3 de la sentencia).

⁴⁹⁹ Conclusiones de la Abogado General Christine STIX-HACKL presentadas el 18 de marzo de 2004, asunto C-36/02.

⁵⁰⁰ Apartado 84.

⁵⁰¹ Apartado 73 de las Conclusiones.

Esto motiva que el razonamiento de Stix-Hackl en este caso, se diferencie de la línea *Schmidberger*, pues “al Tribunal de Justicia le resulte difícil equiparar sin más el contenido de la garantía de la dignidad humana establecida en la Ley Fundamental alemana con el de la garantía de la dignidad humana reconocida en el Derecho comunitario.”⁵⁰²

Lo que le lleva a recomendar “apreciar la medida nacional de que se trata a la luz del Derecho comunitario”, implicando ello que se deba interpretar el supuesto de justificación de orden público que invocan las autoridades alemanas, de acuerdo a la importancia de la dignidad humana en el ordenamiento comunitario, donde se ha reconocido como principio general de Derecho comunitario, deduciendo que “el Tribunal de Justicia puede no admitir en la medida de lo posible ninguna interpretación de las libertades fundamentales que obligue a un Estado miembro a permitir actos o actividades que violen la dignidad humana, o, dicho con otras palabras, debe ser posible tener en cuenta, en el marco de la excepción de orden público, consideraciones relativas a un bien jurídico cuya protección y respeto impone el propio Derecho comunitario.”⁵⁰³

Esto es relevante porque podría deducirse la introducción de una diferenciación metodológica en función de si un derecho fundamental es específico de un Estado miembro, o si es común a todos ellos, es decir, si se corresponde con un derecho fundamental en el ámbito comunitario, puesto que en el supuesto de que esté reconocido en las tradiciones constitucionales comunes forma parte del sistema comunitario de protección de derechos fundamentales, en cuyo caso no sería necesario examinar si la medida nacional está justificada en una de las excepciones previstas en el Tratado, sino que de conformidad con la sentencia *Schmidberger* podrían ser conciliados⁵⁰⁴

c) Decisión del Tribunal.

En la sentencia *Omega*, de 14 de octubre de 2004,⁵⁰⁵ el Tribunal de Justicia razonó que estábamos ante una restricción de las libertades de circulación de mercancías

⁵⁰² Apartado 92 de las Conclusiones.

⁵⁰³ Apartado 93 de las Conclusiones.

No hay que olvidar, como recuerda el Abogado General en el apartado 89 de sus Conclusiones que la dignidad humana fue reconocida como principio general de Derecho comunitario en la sentencia de 9 de octubre de 2001, C-377/98.

⁵⁰⁴ PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., pp. 92 y 93; en el mismo sentido KRZEMINSKA, vid. KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?”, op. cit, pp. 19 y 20.

⁵⁰⁵ Para una profundización sobre la doctrina que ha tratado esta sentencia vid. GENNUSA, M. E., “La dignità umana vista dal Lussemburgo”, *Quaderni costituzionali*, n° 1, 2005, pp.174-177; ACKERMANN, T., “Case C-36/02, “Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs – GmbH v. Oberbürgermeisterin der

y de prestación de servicios, pero consideró como principalmente afectada la libre prestación de servicios, al ser la libre circulación de mercancías secundaria y subordinada a la otra.

Teniendo en cuenta que la prohibición de la actividad económica se había invocado en base al orden público, el Tribunal tuvo que razonar que la excepción por orden público no puede ser determinada de forma unilateral sin control por parte de las instituciones comunitarias; pero que las circunstancias que justifican el recurso al mismo pueden variar de un país a otro e incluso de una época a otra, teniendo que reconocer un margen de apreciación a las autoridades competentes.⁵⁰⁶ En este caso, la consideración por parte de las autoridades alemanas de que la actividad prohibida amenazaba el orden público se sustentaba en que la actividad prohibida menoscababa la dignidad humana en tanto que derecho consagrado en la Constitución alemana.⁵⁰⁷

El Tribunal, en línea con lo planteado por la Abogado General, reconoció que el respeto de la dignidad humana goza del régimen de derecho fundamental autónomo en Alemania, pero entendió que esto era irrelevante a los efectos de considerar que, “es indudable que el objetivo de proteger la dignidad humana es compatible con el derecho comunitario”,⁵⁰⁸ que el respeto de los derechos fundamentales que se impone a la Comunidad y a los Estados miembros constituye un interés legítimo que puede justificar en principio una restricción a las obligaciones del derecho comunitario, y por tanto a la libre prestación de servicios, recordando la jurisprudencia de *Schmidberger* respecto a la libre circulación de mercancías.⁵⁰⁹

En este sentido, se descartaba el planteamiento de una posible diferenciación sustancial a la hora de considerar un derecho fundamental en función de si está reconocido solamente en la constitución de un Estado miembro o se corresponde con las tradiciones constitucionales comunes y por tanto forma parte del ámbito comunitario.

Así, el TJCE constataba que “no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción

Bundesstadt Bonn, with annotation”, *Common Market Law Review*, v. 42, n° 4, , 2005, pp.1107-1120; CARPANO, É., “Droits fondamentaux et libertés communautaires de circulation: brèves remarques sur le développement du système communautaire de protection des droits fondamentaux”, *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, n° 120, 2005, pp.27-29; BULTERMAN, M.K., KRANENBORG, H.R., “What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity: the Omega case”, *European Law Review*, n° 1, 2006, pp. 93-101; CHU, G., ““Playing at Killing” Freedom of Movement”, *Legal Issues of Economic Integration*, v. 33, n° 1, 2006, pp.85-94.

⁵⁰⁶ Apartados 30 y 31.

⁵⁰⁷ Apartado 32.

⁵⁰⁸ Apartado 34.

⁵⁰⁹ Apartado 35.

compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido”;⁵¹⁰ y es que cada Estado podría elegir un sistema de protección diferente al de otro Estado, sin que ello excluyera la necesidad y proporcionalidad de las disposiciones que adopte.⁵¹¹ Y el Tribunal entiende que la prohibición de la variante del juego láser que tiene por objeto disparar a blancos humanos, no va “más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido”, por lo que “no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre prestación de servicios”⁵¹²

A continuación respondía la cuestión prejudicial en el sentido de que el Derecho comunitario no se opone a que dicha actividad económica sea prohibida “por motivos de protección del orden público debido a que esta actividad menoscaba la dignidad humana”⁵¹³

d) Análisis y alcance de la decisión.

A primera vista, y con diferencia respecto al caso *Schmidberger*, aquí no se trataba de una falta de actuación de las autoridades del Estado miembro, sino de una acción positiva de las mismas.

En este sentido, queda constatado que las autoridades de los Estados miembros pueden tomar acciones positivas, intervenir incluso de forma preventiva mediante una prohibición para proteger los derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales no necesariamente tienen que corresponder con los derechos fundamentales de todos los Estados miembros; aunque sigue teniendo competencia el Tribunal de Justicia para examinar si la medida adoptada es adecuada para el fin previsto, siendo la tutela de la dignidad humana un fin legítimo que permite adoptar una prohibición para proteger el orden público.

⁵¹⁰ Apartado 37. A continuación hace referencia a la sentencia *Schindler*, donde el Tribunal se refirió a las consideraciones de orden moral, religioso o cultural que pueden llevar a todos los Estados a imponer restricciones a las loterías y otros juegos, pero explicando que “el Tribunal de Justicia no tuvo la intención de formular un criterio general para apreciar la proporcionalidad de toda medida nacional que limite el ejercicio de una actividad económica” (Sentencia *Her Majesty’s Customs and Excise c. Gerhart Schindler y Joerg Schindler*, asunto C-275/92, ya citada).

⁵¹¹ Apartado 38 de la sentencia. Se refiere a su jurisprudencia de las sentencias *Läära*, apartado 36 (sentencia de 21 de septiembre de 1991, *Läära y otros*, asunto C-124/97); *Zenatti*, apartado 34 (sentencia *Questore di verona c. Diego Zenatti*, asunto C-67/98, ya citada); y *Anomar*, apartado 80 (de 11 de septiembre de 2003, *Anomar y otros*, asunto C-6/01)

⁵¹² Apartados 39 y 40.

⁵¹³ Apartado 41

Como hemos comentado antes, tendríamos que plantearnos qué tipo de relación existe entre libertades económicas y derechos fundamentales en la forma de resolución del conflicto en la sentencia *Omega*, ¿es jerárquica o complementaria? Y si el hecho de que fuera la dignidad humana la que entrara en liza frente a una libertad económica fundamental, constituyendo la dignidad humana un derecho fundamental en la Constitución alemana, pero no en los demás Estados miembros, implica una diferenciación en el tratamiento respecto de otros derechos fundamentales como el de reunión y manifestación que gozan de este estatus en todas las constituciones nacionales de los Estados miembros, y que eran los que habían entrado en el conflicto en el caso *Schmidberger*.

Esta singularidad del carácter fundamental de la dignidad humana en Alemania pero no en otros Estados miembros, como muy bien argumentó el Abogado General, tal y como hemos indicado con antelación, planteaba problemas para concretar la forma de tutelarlos en el ámbito del Derecho comunitario. Y sin embargo, el Tribunal consigue aclarar estos problemas, haciendo más comprensible la tutela de la dignidad humana,⁵¹⁴ llegando a entender alguna doctrina que la misma alcanza en la sentencia el estatus de super-principio que formaría parte de los valores fundaciones del sistema jurídico europeo.⁵¹⁵

En cualquier caso, para HATZOPOULOS y UYENDO, hay diversos elementos relevantes de la sentencia que desarrollan la doctrina sobre la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: 1) la consideración de que todos los derechos humanos, incluso aquellos que no son directamente ejercibles como la dignidad humana, deben ser respetados; 2) los Estados miembros estarán autorizados a tomar acciones positivas para tutelar estos derechos fundamentales, incluso estarían obligados a ello; 3) los derechos humanos se justifican dentro de la excepción del orden público prevista de forma expresa en el Tratado, y no como *mandatory requirement*; y 4) el

⁵¹⁴ SMITH y FETZER afirman que “the Community right of human dignity is hardly less mysterious than a distant star in the night sky; it exists, but few of us know much else about it”. Vid. SMITH, T., y FETZER, T. “The uncertain limits of the European Court of Justice’s authority: economic freedom versus human dignity”, *Columbia Journal of European Law*, nº 10, 2004, p. 445.

⁵¹⁵ Así, LAZARI, A. entiende que “En este juicio surge la oportunidad para la corte comunitaria de desplegar sus argumentaciones acerca de la dignidad humana mediante un *rights talk*, asegurando que tal super-principio no constituye sólo uno de los valores básicos de la Constitución alemana, sino que forma parte de los valores fundacionales del sistema jurídico europeo. El juez de Luxemburgo pretende, asimismo, acentuar deliberadamente el compromiso de parte de la Unión Europea hacia el respeto por la dignidad humana” LAZARI, A., “La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo”, op. cit., p.512

contenido de orden público para tutelar los derechos fundamentales no tiene por qué ser coincidente en todos los Estados miembros.⁵¹⁶

Es importante tener en consideración este planteamiento, puesto que estos elementos podrían contribuir a la construcción de una doctrina sobre la resolución de los conflictos entre las libertades económicas y los derechos fundamentales. ¿Cabría interpretar desde *Omega* que los derechos fundamentales justifican restricciones a las libertades económicas fundamentales sobre la base de la excepción de orden público, prevista de forma expresa en el Tratado? Como ya apuntamos, este planteamiento ya había sido planteado con antelación al analizar la propia sentencia *Schmidberger*;⁵¹⁷ pero no parecía justificado. Naturalmente, tanto si se consideran los derechos fundamentales como excepciones expresas previstas en el Tratado, como *mandatory requirements*, en ambos casos se parte de la premisa de que las libertades económicas son la regla y los derechos fundamentales la excepción⁵¹⁸

En esta línea, la divergencia de *Omega* con *Schmidberger* se centraría solamente en que aquí no se justificarían como *mandatory requirements*, sino dentro de la excepción de orden público, porque aquí no se resolvería el conflicto considerando los derechos fundamentales como un valor diferente que permite justificar restricciones a las libertades económicas fundamentales, sino como un objetivo de políticas públicas. Para KRZEMINSKA estaríamos ante el surgimiento de una “complex theoretical framework for the protection of fundamental rights” que abriría dos líneas de solución divergentes: 1) cuando hay un conflicto entre derechos fundamentales de carácter comunitario, es decir, derechos fundamentales que gozan de este reconocimiento en los textos constitucionales de todos los Estados miembros, se resolverían atribuyendo a las autoridades nacionales un margen de apreciación en línea con *Schmidberger*; y 2) cuando el conflicto se produce con derechos fundamentales que no superan el carácter de “nacional”, esto es, que están incorporados en las constituciones nacionales, pero que no pueden ser trasladados de forma equivalente al nivel comunitario, aunque deban ser

⁵¹⁶ HATZOPOULOS, V., y UYENDO, T., “The Case Law of the ECJ Concerning the Free Provision of Services: 2300-2005”, *Common Market Law Review*, v.43, nº 4, 2006, pp. 923-991.

⁵¹⁷ Vid. OLIVER, P., y ROTH, W. H., “The Internal Market and the Four Freedoms”, op. cit., p. 435.

⁵¹⁸ Pero así parece asumirlo gran parte de la doctrina. Así, LIDFELT entiende que tanto en *Schmidberger* como en *Omega*, las libertades fundamentales continúan constituyendo “the main rule” mientras que los derechos serían “the exception to the main rule”. LIDFELT, M., *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting* op. cit., p. 220; en la misma línea HELISKOSKI que reflexiona que los derechos fundamentales son tratados “as just one ground among others which may or may not qualify as exceptions to the treaty freedoms, no more, no less”. HELISKOSKI, J., “Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which paradigm?”, op. cit., p. 440.

protegidos también en el Derecho comunitario, entonces estos derechos fundamentales deberían ser tratados como justificaciones de *public policy*, y después escrutada su conformidad con los derechos fundamentales comunitarios en línea con la sentencia *ERT*.⁵¹⁹

Sin embargo, en nuestra opinión, este planteamiento de dos soluciones divergentes en función de si el derecho fundamental que entra en conflicto está reconocido sólo en una constitución nacional o en todas las constituciones nacionales, si bien se puede encontrar en las Conclusiones del Abogado General, no se podría deducir de forma nítida en la sentencia del Tribunal de Justicia.

Así, es innegable que el TJCE considera adecuada la medida prohibitiva basada en el orden público, pero esto es así precisamente porque fue la justificación alegada por las autoridades alemanas, que podrían haber recurrido a los *mandatory requirements* y no lo hicieron. En última instancia, la justificación de la medida es la protección de la dignidad humana en uno u otro caso. Es más, es la protección de la dignidad humana como principio general de derecho comunitario, relativizándose el hecho de que estuviera consagrada como derecho fundamental en la Constitución alemana, puesto que debe ser respetada en el orden legal europeo en su conjunto.⁵²⁰ Por ello, en caso de que se hubiera utilizado la protección de la dignidad humana como causa justificativa de la medida prohibitiva sin acogerse a la excepción del orden público, también hubiera sido admitida por el Tribunal de Justicia, todo y que la dignidad humana es un principio general de Derecho comunitario.

Por tanto, podemos entender que en realidad, también en *Omega*, como también ocurría en *Schmidberger*, encontramos una relación de complementariedad entre libertades y derechos fundamentales, con equivalencia de estatus y autolimitándose.

Lo que queda en duda es si estaría justificada una medida restrictiva de una actividad económica basada en la protección de un derecho fundamental que no lo fuera en todos los catálogos constitucionales y a la vez no fuera reconocido como principio general por el Tribunal de Justicia. En otras palabras, ¿correspondería, conforme a la

⁵¹⁹ KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Free Speech Meets Free Movement: How Fundamental really is ‘Fundamental’?”, op. cit., pp. 18-22. Esta misma autora desarrolla sus planteamientos en el posterior trabajo KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after *Viking Line*”, *Jean Monnet Working Paper*, nº 11, 2009.

⁵²⁰ Para CARTABIA, en *Omega* el Tribunal de Justicia sigue el discurso de los derechos fundamentales, de tal manera que no sólo reconoce que la dignidad humana forma parte de la Constitución alemana, sino que también es un valor del sistema europeo, por lo que debe ser respetada en el mismo. CARTABIA, M., “Europea and Rights: Taking Dialogue Seriously”, op. cit.p. 10.

doctrina *Omega*, al Tribunal de Justicia la última palabra a la hora de determinar la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea?

En este sentido se ha entendido que esta sentencia “establece que los derechos fundamentales cuya protección puede servir como restricción a alguna libertad económica, son sólo aquellos reconocidos en el ámbito comunitario (...) y no necesariamente todos los que se estimen como derechos fundamentales en cada Estado miembro”⁵²¹

En esta línea, PERIŠIN entiende esta sentencia como una continuación de la tensión entre el Tribunal de Justicia y la Corte Constitucional alemana, y sobre quién tendría la *Kompetenz-Kompetenz*,⁵²² y teniendo en cuenta la jurisprudencia alemana de *Solange II*,⁵²³ haría que fuese una necesidad para el Tribunal de Justicia garantizar una protección efectiva y sustancialmente similar a la dignidad humana tal y como estaba protegida en la Constitución alemana.

En contra, se ha razonado que el TJCE habría dado carta blanca a los Estados miembros para restringir las libertades fundamentales en nombre de la dignidad humana; pudiendo restringir discrecionalmente actividades de carácter violento, pornográfico, o incluso la manipulación genética.⁵²⁴

⁵²¹ Vid. ROMÁN GONZÁLEZ, E., “Libertades económicas y derechos fundamentales. La doctrina de los *Mandatory Requirements* en la Jurisprudencia del TJCE” op. cit., p. 542. No obstante, entiende que a diferencia de *Schmidberger* esta sentencia establece “con mayor claridad que la protección de los derechos fundamentales y las libertades económicas, son principios fundamentales del derecho comunitario y, por lo tanto, se encuentran en un plano de igualdad jerárquica, por lo que los conflictos que se susciten entre éstos deben ser resueltos con base en la ponderación”. En la misma línea entendiendo que hay que interpretar *Omega* en el sentido de que solamente justificarían restricciones a las libertades económicas fundamentales se pronuncia LINDFELT, “in order for a fundamental right to justify a restriction on the freedom to provide services, the fundamental right must be recognised as a general principle of community law and not solely be protected under national law.” LINDFELT, M., *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, op. cit., p. 220.

⁵²² PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 93. Sobre esta cuestión, vid. SMITH, T., y FETZER, T. “The uncertain limits of the European Court of Justice’s authority: economic freedom versus human dignity”, op. cit., p. 445.

⁵²³ La sentencia *Solange II*, de 22 de Octubre de 1986 del Tribunal Constitucional alemán, razonó que “so long as the European Communities, and in particular the case law of the European Court, generally ensure an effective protection of fundamental rights (...) which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Constitution, and in so far as the generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional court (...) will no longer review such legislation by the standard of the fundamental rights contained in the Constitution” Citada en PERIŠIN, T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, op. cit., p. 94.

⁵²⁴ ACKERMANN, T., “Case C-36/02, “Omega Spielhallen-undAutomatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeister der Bundesstadt Bonn”, op. cit., pp. 1114-1120, que concluye que “that the outcome is not a result of the Court’s own judgement as how to balance between the freedom to provide services and the protection of human dignity should be struck in the present case, but of its tolerance towards national solution of the conflict”, 2005, pp. 114-1120.

En un reciente caso, *Dynamic* (2008),⁵²⁵ el Tribunal de Justicia se refirió a la línea de *Schmidberger* y *Omega*. Se trataba de un supuesto sobre clasificación y censura de vídeos y DVDs vendidos por internet. Un tribunal alemán preguntó al Tribunal si la libre circulación de mercancías era contraria a una ley alemana que prohibía la venta de DVDs y vídeos que no estuvieran debidamente etiquetados de haber sido revisados por las autoridades alemanas para proteger a los jóvenes.

El Tribunal de Justicia reafirmó que no es indispensable que la medida restrictiva corresponda a una concepción común en todos los Estados miembros. Y de ahí se ha interpretado que el Tribunal de Justicia promueve un modelo de integración basado en que la diversidad de valores donde los estándares constitucionales nacionales no tendrían una relación competitiva con los objetivos económicos de la Unión.⁵²⁶

Esto nos hace reafirmarnos en la consideración que libertades económicas y derechos fundamentales constituirían valores de estatus equivalente en el ámbito del Derecho de la Unión, y que el TJCE aceptaría la tutela de los derechos fundamentales por parte de los Estados miembros como límite a las libertades económicas, si bien se reservaría el control de proporcionalidad respecto a los límites establecidos, esto es, el control de la ponderación.

2.3.3.3. TUTELA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y DE LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL: ASUNTO C-208/09, SAYN WITTGESTEIN.

a) Planteamiento de los hechos.

Tras el fin de la Primera Guerra Mundial, la nueva República de Austria abolió la nobleza y los privilegios vinculados a la misma, como ocurrió también en Alemania, pero con una diferencia, pues en Austria la prohibición extendía también al uso de

⁵²⁵ Sentencia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien Vertriebs Gmbh* y *Avides Media AG*, asunto C-244/06.

⁵²⁶ TRIDIMAS, T., “Primacy, Fundamental Rights and the Search for Legitimacy”, en POIARES MADURO, M., AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, op. cit., p. 104.

partículas de carácter nobiliario “von” y “zu”, a diferencia de lo que ocurría en Alemania.

Una ciudadana austríaca que vivía en Alemania fue adoptada por un ciudadano alemán en dicha situación, y conforme al Derecho alemán adquirió el apellido de “Fürstin von Sayn-Wittgestein” . Si bien la misma vive y ejerce su actividad profesional esencialmente en Alemania, también la realiza fuera de dicho Estado interviniendo en la venta de castillos y casas solariegas.

Además, se le expidió un permiso de conducción en Alemania con dicho nombre y creó una sociedad en Alemania con el mismo. En Austria se asentó con dicho apellido en el Registro Civil, y además se le renovó el pasaporte austriaco al menos una vez durante el 2001, y le fueron expedidos dos certificados de nacionales, y en todos los documentos constaban dicho nombre.

El Tribunal Constitucional austríaco dictó una sentencia de 27 de noviembre de 2003 en la que resolvió una situación similar declarando que la Ley de abolición de la nobleza, que gozaba de rango constitucional, aplicaba en este ámbito el principio de igualdad, e impedía por lo tanto a un ciudadano austríaco adquirir un apellido que incluyera un antiguo título nobiliario, por medio de la adopción de un ciudadano alemán que lo ostenta legalmente; puesto que en virtud de dicha ley de abolición los austríacos no estarían autorizados a utilizar títulos nobiliarios, incluidos los que tengan origen extranjero, ni siquiera como elementos dentro del apellido.

A raíz de dicha sentencia, una resolución administrativa rectificó la inscripción del apellido de la interesada, eliminando los elementos nobiliarios. Esta resolución fue recurrida, alegando vulneración de la libre circulación de personas al tener que usar apellidos diferentes en diferentes Estados miembros, así como el derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el art. 8 del CEDH

Y el *Verwaltungsgerichtshof* que conoce del recurso judicial plantea la cuestión prejudicial, preguntando si el art. 21 TFUE se opone a una legislación en cuya conformidad “las autoridades competentes de un Estado miembro pueden negarse a reconocer el apellido de un adoptado (adulto), determinado en otro Estado miembro en la medida en que el mismo contiene un título nobiliario no admitido por el Derecho (constitucional) del primer Estado miembro?” ⁵²⁷

⁵²⁷ Apartado 35 de la Sentencia.

b) Conclusiones de la Abogado General.

La Abogado General SHARPSTON⁵²⁸ considera aplicable el Derecho de la Unión Europea en la medida en que la demandante es nacional de un Estado miembro que reside y trabaja en otro, por lo que “incluso aunque la ley nacional de un Estado miembro sea la única ley aplicable a la determinación del nombre de uno de sus ciudadanos”, al no estar ante una situación meramente interna “debe cumplir con el Derecho de la UE”, que permite que el ciudadano ejercite sus derechos como ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.⁵²⁹

Posteriormente, no consideró justificada la alegación de discriminación por razón de nacionalidad puesto que la norma de conflicto austríaca sobre la ley aplicable a todos los aspectos de la adopción se remite, como también la ley alemana, a la ley de la nacionalidad de la persona interesada.⁵³⁰

Ahora bien, entiende que hay una injerencia en la libre circulación de personas. A este respecto recuerda la jurisprudencia del tribunal de Justicia, en la sentencia *Konstantinidis*,⁵³¹ que consideró que la normas de inscripción en los registros civiles eran incompatibles con el derecho de establecimiento por un grado de molestias que interfiera de hecho en su libertad, como ocurría si había una modificación de la pronunciación de su nombre y la distorsión podía provocar confusión; en las sentencias *Garcia Avello*,⁵³² y *Grunkin y Paul*,⁵³³ donde también apreció la incompatibilidad con el Derecho comunitario por las graves molestias derivadas de una divergencia de nombres en documentos oficiales.⁵³⁴

En el caso concreto, para la Abogado General sería fundamental tomar en consideración que le fue expedido al menos un permiso de conducir y le fue inscrita una empresa en alamina con el nombre que incluía el título nobiliario; así como se inscribió su apellido en Austria, y así se mantuvo durante 15 años, de tal forma que la obligación de modificar todos estos registros debido a que sus documentos de identidad oficiales le den ahora un nombre distinto sería una grave molestia.⁵³⁵

⁵²⁸ Conclusiones de la Abogado General Sra. Eleanor SHARPSTON presentadas el 14 de octubre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*.

⁵²⁹ Apartados 35 y 36 de las Conclusiones.

⁵³⁰ Apartados 38 y 39.

⁵³¹ Sentencia del tribunal de Justicia de 30 de marzo de 1993, *Konstantinidis*, asunto C-168/91,

⁵³² Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, *Garcia Avello*, asunto C-148/02.

⁵³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y Paul*, asunto C-353/06.

⁵³⁴ Apartado 40.

⁵³⁵ Apartado 44 de las Conclusiones. Es interesante resaltar, por otro lado, que en el apartado siguiente, el 45, de las conclusiones, muestra su conformidad con diferenciar los supuestos de cambios de apellidos

Pero sería más importante si cabe el aspecto de la actividad profesional de la demandante, todo y que parece probable que la posesión del nombre con apellido nobiliario “que sugiere antepasados principescos, es una ventaja considerable en su actividad profesional (...) de actuar como intermediaria en operaciones inmobiliarias con castillos y casas solariegas” para la que ejerció la libertad de establecimiento y sigue ejercitando al libertad de prestar servicios en distintos Estados miembros.⁵³⁶

Todo ello le lleva a considerar que estamos ante un grado de molestia derivado de una rectificación de su apellido comprable a la referida por el Tribunal de Justicia en *Konstantinidis, Garcia Avello, y Grunkin y Paul*,⁵³⁷ lo que le lleva a plantear si la rectificación que le causa tal molestia, con independencia del análisis de la situación legal, “está justificada en aras de un fin legítimo y es proporcionada a la consecución del mismo”.⁵³⁸

A este respecto, considera que la abolición de la nobleza, sus privilegios y nombramientos pertenecientes a la misma sería un fin legítimo para una república basada en la igualdad de todos los ciudadanos; en el entendimiento de que el mantenimiento, abolición o inclusión de un sistema nobiliario, de honores o, títulos o privilegios seculares sería una cuestión que correspondería a cada Estado miembro, siempre que se respete el Derecho de la Unión.⁵³⁹ Pero se plantea si tal justificación podría aplicarse a un supuesto en el que como también ocurría en los asuntos *Garcia Avello* o *Grunkin y Paul*, está legítimamente determinado de conformidad con la ley de otro Estado miembro con el que la persona interesa tiene un vínculo estrecho como la nacionalidad, el nacimiento o la residencia;⁵⁴⁰ pues parecería desproporcionado negar el reconocimiento de su existencia para referirse a la persona interesada cuando dicho nombre seguiría siendo un apellido legítimo o incluso posiblemente obligatorio en otro Estado miembro.⁵⁴¹

Sin embargo, y a pesar de que enfatiza la necesidad de tener en cuenta en el caso concreto el periodo de 15 años durante los que la demandante permaneció inscrita en Austria con el apellido posteriormente modificación, debe ser tenido en cuenta a la hora

que pueden producirse con ocasión del matrimonio y el divorcio en el caso de una mujer, todo y que, resalta, se derivan de pasos voluntarios.

⁵³⁶ Apartado 44.

⁵³⁷ Apartado 50.

⁵³⁸ Apartado 58.

⁵³⁹ Apartados 59 y 60.

⁵⁴⁰ Apartado 64.

⁵⁴¹ Apartado 66.

de valorar la proporcionalidad de la decisión;⁵⁴² considera que la decisión final debe corresponder al juez nacional.⁵⁴³

Por otro lado, trata de forma muy breve la cuestión del criterio legal sobre la diferente posibilidad de distinguir entre versiones masculinas y femeninas de los apellidos que se había introducido en las alegaciones de Austria, y que no le quedó claro, considerando que lo más razonable es entender que la ley austríaca no podría justificar por esta cuestión injerencias en los derechos de libre circulación y residencia.⁵⁴⁴

Debiendo el Tribunal, en su opinión, contestar en el sentido de que una ley nacional de un Estado miembro aunque sea la única ley aplicable a la determinación del nombre de uno de sus ciudadanos, debe cumplir con el derecho de la UE al cambiar o rectificar un asiento en un registro civil cuando el ciudadano ha confiado en dicho asiento para ejercer sus derechos como ciudadano de la Unión y a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; si bien una norma de rango constitucional podría por consideraciones fundamentales de orden público como la igualdad y la abolición de privilegios, justificar en principio la prohibición de que sus ciudadanos adquieran, posean o usen títulos o rangos o nombramientos nobiliarios siempre que respete el principio de proporcionalidad y que dicha prohibición no se extienda a la adquisición, posesión o uso de nombres que no sea interpretados normalmente en dicho sentido; y que el Estado miembro no se niegue a reconocer que un ciudadano puede ser conocido legítimamente en otros Estados miembros por otro nombre no permitido de conformidad con su ordenamiento. No pudiendo además, justificar el cambio o rectificación de un asiento cuando el ciudadano en la prohibición de adquirir, poseer o usar un nombre de distinto modo en función del sexo de la persona interesada.⁵⁴⁵

c) Decisión del Tribunal de Justicia.

El Tribunal comienza por observar que la situación de la demandante entra en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, dado que si bien las normas que rigen el apellido de una persona y el uso de título nobiliario son competencia de los Estados miembros, deben respetar el Derecho de la Unión al ejercer dicha competencia

⁵⁴² Apartado 67.

⁵⁴³ Apartado 68.

⁵⁴⁴ Apartados 69 y 79.

⁵⁴⁵ Apartado 71.

recordando las sentencias *Grunkin y Paul*.

La demandante es nacional de un Estado miembro y como ciudadana de la Unión ejerce su derecho a la libre circulación y residencia en otro, pudiendo invocar dichas libertades reconocidas por el art. 21 TFUE; y como ejerce en Alemania una actividad profesional de prestación de servicios a destinatarios de uno o más Estados miembros, también puede invocar as libertades reconocidas en el art. 56 TFUE.⁵⁴⁶

La cuestión a resolver planteada por el órgano jurisdiccional remitente es “si razones de índole constitucional pueden autorizar a un Estado miembro a no reconocer en todos sus elementos el apellido obtenido por uno de sus nacionales en otro Estado miembro y saber si el hecho de no reconocer un apellido adquirido legalmente en otro Estado miembro constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios”⁵⁴⁷

La respuesta del Tribunal de Justicia parte del reconocimiento de que el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad, y vida privada, quedando protegido por el art. 7 de la Carta de los derechos Fundamentales, y el art. 8 del CEDH, que si bien no lo menciona de forma expresa lo incluye conforme a la jurisprudencia el TEDH.⁵⁴⁸

No sólo afecta a este derecho fundamental, sino también al derecho de circular y residir libremente en el territorio de otro Estado miembro.⁵⁴⁹

Recuerda el tribunal de Justicia su doctrina sobre los problemas derivados de los apellidos diferentes, constatando que declaró incompatible con el Tratado una legislación que obligaba una persona a usar apellidos deferentes en estados miembros diferentes, cuando un menor tiene la nacionalidad de ambos, pudiendo encontrar el interesado dificultades ligadas a los diplomas, certificados y otros documentos (sentencia *Garcia Avello*). Dificultades que también podrían producirse cuando el menor afectado únicamente tiene la nacionalidad de un Estado miembro, pero éste se niega a reconocer el apellido adquirido por el menor en el Estado de nacimiento y residencia (sentencia *Grunkin y Paul*).⁵⁵⁰

El Tribunal señala que el apellido de la demandante figura en único registro civil, el austríaco, y que sólo las autoridades austriacas pueden expedirle documentos oficiales como el pasaporte o el certificado de nacionalidad, por lo que no habría

⁵⁴⁶ Apartados 37, 38, y 39 y 40.

⁵⁴⁷ Apartado 41.

⁵⁴⁸ Apartado 52. Se refiere a las SSTEDH *Burghartz c. Suiza*, de 22 de febrero de 1994, y *Stjerna c. Finlandia*, de 25 de noviembre de 1994.

⁵⁴⁹ Apartados 53 y 54.

⁵⁵⁰ Apartado 56.

posibilidad de conflicto con registro civiles de otros Estados miembros u otros documentos oficiales no expedidos por Austria.⁵⁵¹

En el caso concreto, a la demandante se le expidió un pasaporte con el nombre de “Fürstin von Sayn-Wittgestein” por las autoridades consulares austríacas en Alemania, utilizando dicho nombre durante quince años, y habiéndosele expedido en Alemania un permiso de conducir con dicho nombre e inscribiendo en el mismo país una sociedad con el mismo,⁵⁵² siendo posible que haya dejado muchos rastros formales en Alemania (asume aquí las reflexiones de la Abogado General en el apartado 44 de sus Conclusiones, que razonaba la posibilidad de que la demandante hubiera sido inscrita por las autoridades alemanas como residente extranjera, y haya estado afiliada a la Seguridad Social, o abierto en Alemania cuentas bancarias y celebrado contratos con dicho nombre).⁵⁵³

Siendo el apellido “Fürstin von Sayn-Wittgestein” un único apellido compuesto en Alemania, con varios elementos, pueden surgir confusión e inconvenientes por la discrepancia en cuanto se apliquen distintos apellidos a una misma persona;⁵⁵⁴ concluyendo que sí constituye un inconveniente grave para la demandante la modificación de sus rastros formales,⁵⁵⁵ y por ello cada vez que deba acreditar su identidad o su apellido en Alemania, que es su Estado de residencia “corre el riesgo de tener que disipar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido, rectificado, que figura en sus documentos de identidad austriacos y el apellido que ha utilizado desde hace quince años en la vida cotidiana, que ha sido reconocido en Austria hasta la rectificación en cuestión (...)”.⁵⁵⁶

Si bien el riesgo puede no ser tan grave como los que puede acceder el menor de que trataba la sentencia *Grunkin y Paul*, constituye una circunstancia que puede obstaculizar el ejercicio de su derecho del art. 21 TFUE;⁵⁵⁷ en consecuencia constituye una restricción a las libertades reconocidas en dicho artículo la negativa a reconocer su apellido, en todos sus elementos.⁵⁵⁸

No obstante, considera que esta restricción de la libertad de circulación y residencia estaría justificada, al entender que la invocación del Gobierno austriaco en

⁵⁵¹ Apartado 60.

⁵⁵² Apartado 62.

⁵⁵³ Apartado 63.

⁵⁵⁴ Apartados 64 y 65.

⁵⁵⁵ Apartado 67.

⁵⁵⁶ Apartado 68.

⁵⁵⁷ Apartado 70.

⁵⁵⁸ Apartado 71.

referencia a la historia constitucional austriaca y la Ley de Abolición de la nobleza como elemento de la identidad nacional, debe interpretarse como una invocación del orden público;⁵⁵⁹ si bien ésta debe interpretarse en sentido estricto para que un Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control de las instituciones europeas, pudiendo invocarse sólo “en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad” recordando la sentencia *Omega*.⁵⁶⁰

A continuación constata que las circunstancias que pueden justificar el recurso al orden público “pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra” por lo que “hay que reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado”.⁵⁶¹ Y tiene en cuenta la alegación del gobierno austríaco de que la Ley de abolición de la nobleza constituye una aplicación del principio de igualdad,⁵⁶² cuyo respeto como principio general del derecho es una de las finalidades del ordenamiento jurídico de la Unión,⁵⁶³ pues como ya había declarado en *Omega*, “no es indispensable que la medida restrictiva adoptada (...) 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”.⁵⁶⁴

Ahora bien, de conformidad también con la doctrina *Omega*, el hecho que “un Estado miembro haya elegido un sistema de protección diferente del adoptado por otro Estado miembro no excluye la necesidad y la proporcionalidad de las disposiciones adoptadas en la materia”.⁵⁶⁵

Por tanto se dispone a controlar la proporcionalidad y adecuación de la limitación. Teniendo en cuenta que conforme al art. 4 TFUE, apartado 2, la Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros, como la forma republicana, “no parece desproporcionado que un Estado miembro pretenda garantizar el objetivo de preservar el principio de igualdad prohibiendo la adquisición, posesión o uso por sus ciudadanos de títulos nobiliarios o elementos nobiliarios que pudieran hacer creer a la

⁵⁵⁹ Apartados 83 y 84.

⁵⁶⁰ Apartado 86.

⁵⁶¹ Apartado 87.

⁵⁶² Apartado 88.

⁵⁶³ Apartado 89.

⁵⁶⁴ Apartado 91.

⁵⁶⁵ Apartado 91.

persona que los usa que ostenta tal honor nobiliario;⁵⁶⁶ por lo que razona que no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre circulación y la libre residencia de los ciudadanos de la Unión.⁵⁶⁷

Y termina concluyendo que las autoridades nacionales podrían negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional, tal y como fue terminado en otro Estado miembro, cuando dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primero, conforme a su Derecho constitucional “siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias al objetivo legítimamente perseguido”.⁵⁶⁸

En definitiva, deja la decisión sobre la apreciación, en última instancia, de la proporcionalidad y adecuación de la restricción al juez nacional.

d) Alcance y significado de la decisión.

Esta sentencia, en línea con *Omega* refuerza el acento constitucional en la medida en que ya no son sólo los derechos fundamentales de un Estado miembro los que se ponderan con las libertades del mercado, sino también un principio constitucional que define la identidad constitucional de un Estado miembro.

En el caso concreto se trataba del principio de igualdad vinculado a la identidad republicana de Austria y la abolición de los títulos y privilegios nobiliarios, incluidos los nombres nobiliarios. Como se puso de manifiesto al estudiar el caso, este principio era la base de la prohibición en Austria de que sus nacionales ostenten y utilicen nombres o apellidos que contengan elementos nobiliarios en aras de garantizar una auténtica igualdad entre todos los ciudadanos del país.

Esta prohibición puede afectar a derechos fundamentales como el derecho a la vida privada, y a libertades fundamentales del mercado como el derecho a la libre circulación de personas y la libre prestación de servicios.

No obstante, se aprecia como el Tribunal de Justicia, a pesar de reconocer los perjuicios derivados de esa prohibición a la demandante, que había utilizado durante 15 años el apellido nobiliario del padre alemán que la había adoptado, incluso para realizar una actividad económica (consistente, en particular, en la de compraventa de castillos y casas solariegas); considera que un Estado miembro puede mantener dicha prohibición

⁵⁶⁶ Apartado 93.

⁵⁶⁷ Apartado 94.

⁵⁶⁸ Fallo de la sentencia.

de conformidad a su Derecho constitucional, siempre que las medidas estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido.⁵⁶⁹

Con esta decisión, deja la decisión sobre la proporcionalidad y adecuación de la restricción al juez nacional, si bien por los razonamientos que lleva a cabo es evidente que entiende ajustada la medida. En nuestra opinión el Tribunal de Justicia no pondera de una forma adecuada los perjuicios derivados de la medida respecto de la interesada, puesto que le afectan de una manera notable, no sólo a su vida privada y familiar; sino también a la actividad económica que realiza con dicho nombre.

En este sentido, se echa en falta una mayor consideración por las circunstancias concretas del caso en particular, que podrían haber llevado al Tribunal a razonar que de forma general la limitación justificada en el Derecho constitucional austríaco, sería ajustada al Derecho de la Unión, pero que en este caso concreto los perjuicios derivados de la modificación de un apellido que se ha estado utilizado legalmente y de buena fe durante 15 años (y que constata el propio Tribunal de Justicia) deberían motivar que no se hiciera pechar a la interesada con los mismos, y por tanto que se le permitiera la utilización de su apellido y circular libremente con él en la UE.

Por otro lado, cabría aplicar aquí las reflexiones realizadas en *Omega*, a las que nos remitimos. Quizá sí vale la pena considerar aquí que estaríamos ante la segunda ocasión en la que el Tribunal de Justicia acepta un valor constitucional nacional como excepción de orden público, en este caso un principio constitucional vinculado a la identidad constitucional. En este sentido cabría sostener que se refuerza la posición de que habría una diferenciación entre derechos y principios constitucionales que responderían a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, que se tutelarían como exigencias imperativas o mandatory requirements; y derechos y principios constitucionales que no responden a dichas tradiciones constitucionales comunes, pero existiendo en un Estado concreto, se tutelarían a través de la excepción de orden público. Mantenemos, sin embargo, que la aceptación de la restricción a la libre circulación de personas como excepción de orden público se debe fundamentalmente a las alegaciones realizadas por el gobierno austríaco en ese sentido, más que a la diferenciación antes mencionada. En cualquier caso, tendremos que estar

⁵⁶⁹ Apartado 96.

atentos a la futura jurisprudencia sobre conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales, que dará y quitará la razón al respecto.

2.3.4. DERECHOS SOCIALES Y PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES.

Mientras en los asuntos estudiados con antelación (*Schmidberger* y *Omega*) estaban en juego la libertad de expresión y manifestación frente a la libre circulación de mercancías, y la dignidad humana frente a la libre prestación de servicios, respectivamente; aquí vamos a estudiar una serie de casos donde los protagonistas son los derechos y los valores sociales.⁵⁷⁰

Estamos hablando de los asuntos C-438/05, *Viking*; C-341/05, *Laval*; C-346/06, *Rüffert*; C-319/06, *Comisión c. Luxemburgo*; C-271/08, *Comisión c. Alemania*.

Ahora bien, aunque la doctrina suele referirse a todos estos casos como conflictos entre libertades económicas y derechos sociales, no en todos los asuntos interviene en el conflicto de forma directa un derecho social. Mientras en *Viking*, *Laval*, y *Comisión c. Alemania* encontramos conflictos entre la libre prestación de servicios y derechos sociales o derechos laborales-colectivos; en los asuntos *Rüffert*, *Comisión c. Luxemburgo*, el conflicto que encontramos es entre las libertades económicas y la protección de los trabajadores o de los derechos sociales.

Si bien la diferencia es sutil, tiene relevancia. En el primer grupo intervienen en el conflicto derechos de carácter fundamental frente a la libre prestación de servicios; y en el segundo grupo de supuestos la cuestión que se resuelve es si la protección de los trabajadores o de sus derechos puede justificar o no una restricción a la libre prestación de servicios, pero no hay una colisión con derechos sociales fundamentales en sentido estricto, y la respuesta del Tribunal de Justicia diferirá en unos y otros casos.

2.3.4.1. LOS DERECHOS SOCIALES: ¿DERECHOS FUNDAMENTALES?

La primera cuestión que quizá cabe plantear con antelación al análisis de las sentencias citadas es si los derechos sociales son susceptibles de una ponderación equivalente a otros derechos como los civiles y políticos o incluso la dignidad humana,

⁵⁷⁰ El uso del término “derechos sociales” se hace en sentido amplio, y tal y como ha hecho la doctrina para referirse a estos conflictos. Así por ejemplo, RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, op. cit.

y más en concreto cuando entran en conflicto con las libertades económicas fundamentales. En otras palabras, ¿los derechos sociales gozan del mismo estatus o carácter de “fundamentales” en el Derecho de la Unión Europea?

La respuesta no puede sino ser afirmativa, puesto que así han sido reconocidos por parte del Tribunal de Justicia, que los considera como derechos fundamentales que constituyen principios generales de Derecho Comunitario;⁵⁷¹ y posteriormente se han codificado como tales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea;⁵⁷² haciéndose eco dicho reconocimiento del estatus “fundamental” la doctrina.⁵⁷³

En segundo lugar, no podemos obviar que en algunos casos, los conflictos entre las libertades del mercado interno y los derechos sociales y laborales fundamentales han surgido, de forma especial, a raíz de la ampliación de la Unión Europea en 2004 a los países del Este de Europa, donde el mercado de trabajo no establece idénticas garantías sociales que en el resto de Estados miembros,⁵⁷⁴ lo que ha propiciado ciertas tensiones en algunos de estos Estados más garantistas, y que se ha manifestado de forma nítida en las sentencias que estudiamos en este apartado.

⁵⁷¹ Además, el TCE hacía referencia a la Carta de Derechos sociales desde 1961, y en 1989 se aprobó la Carta de los derechos fundamentales sociales de los trabajadores; además así parece desprenderse de la comunicación de la Comisión, 97, 2001-210; y como veremos así quedará constatado en las sentencias *Viking* y *Laval*.

⁵⁷² En efecto, se incluyen en la Carta de los Derechos Fundamentales en el capítulo dedicado a los derechos a la solidaridad, en concreto en el artículo 28. Vid. al respecto RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, op. cit.

⁵⁷³ Sobre el reconocimiento por parte de la doctrina del estatus de fundamentales a los derechos sociales en general, es muy sugestivo el trabajo de FUDGE, J., “The new discourse of labor rights: from social to fundamental rights?” *Comparative Labor Law Policy Journal*, v. 29, n° 1, pp. 29 a 66, accesible en www.law.uiuc.edu/publications/cll&pj/archive/vol_29/issue_1/FudgeArticle29-1.pdf; así como en el ámbito de su desarrollo en la Unión Europea el de WITTE, B., de “The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union”, en BURCA, G. de, y WITTE, B. de (eds), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 153-168; y para su situación en la Carta de los Derechos Fundamentales, MENÉNDEZ, J.A., “Rights to Solidarity” balancing solidarity and Economic Freedoms”, en *The Chatering of europe, the European charter of fudnamental rights and its constitutional implications*, Baden-Baden, 2003, pp. 179-198.

Sin embargo, antes de *Viking* y *Laval*, NOVITZ había expresado sus dudas sobre este estatus, vid. NOVITZ, T., “The Right to Strike and Re-flagging in the European Union: Free Movement Provisions and Human Rights”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2 Parte, 2006, pp. 242-256.

⁵⁷⁴ ORLANDINI considera que “in the wake of EU enlargement, a conflict has emerged between the interests of the companies to exploit the competitive advantages resulting from labor cost differentials and the State’s and the Unions’ interests to defend their own social protection systems.” Vid. ORLANDINI, G., “Trade Union Rights and market freedoms: the European Court of Justice sets out the rules”, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, v. 29, n° 4, 2008, p. 573; en la misma línea, ZAHN, R., “The Viking and Laval Cases in the Context of European Enlargement”, op. cit., p. 3.

Por otro lado, para una importante parte de la doctrina comunitarista,⁵⁷⁵ fundamentalmente la procedente de *iustlaboralismo*, estos conflictos reflejan un problema derivado de la transferencia competencial en materia laboral hacia el ámbito europeo,⁵⁷⁶ o bien de una subordinación de la regulación positiva de las condiciones laborales a la acción del libre mercado, con cierto temor a que el TJCE pudiera ir más allá de lo que en principio entienden como admisible;⁵⁷⁷ cuestionando así lo que sería una “europeización” del Derecho del Trabajo⁵⁷⁸ y una eventual restricción de los derechos laborales frente al mercado.⁵⁷⁹

Como indicamos en el primer capítulo, si bien la integración europea perseguía la consecución de un mercado común no dejó de lado de forma absoluta la cuestión social. Así, el art. 117 TCE ha sido interpretado en el sentido de que existía una necesidad de una dimensión social en la integración europea, si bien las políticas sociales se dejaban en manos de los Estados miembros, lo que propiciaba, en cierta

⁵⁷⁵ Obvia decir que uno de los problemas del estudio del Derecho Comunitario, hoy Derecho de la Unión Europea, y más concretamente del estudio de la doctrina existente sobre el mismo, es la propia heterogeneidad de los autores que analizan y estudian la jurisprudencia del TJCE, puesto que hay juristas procedentes del Derecho Internacional, del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo, Derecho Procesal e incluso del Derecho Laboral. En el caso concreto de los conflictos entre derechos sociales fundamentales y libertades económicas fundamentales, los *iustlaboristas* han tenido un papel destacado que debemos tener en consideración.

⁵⁷⁶ Se ha razonado que se ha asumido la doctrina *Viking* con un efecto *spill over*. ASHAGBOR en concreto considera que se trata de una cuestión competencial, entendiendo que la Comunidad Europea es una criatura de poderes conferidos o atribuidos que solo puede actuar en áreas donde goza de competencia según bases generales o específicas del Tratado, siendo de los Estados miembros el resto de competencias, donde por tanto la Comunidad no podría actuar. ASHAGBOR, D., “Collective Labor Rights and the European Social Model”, op. cit., p. 241; en esta línea RODRIGUEZ PIÑERO habla de “una tendencia a la expansión de las funciones normativas de la Comunidad europea, y a unos elementos estructurales del sistema jurídico comunitario que contribuyen a un efecto de spill-over, y que produciría cierto desequilibrio e invasión del campo del Derecho laboral, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, op. cit., p. 7; vid también en este sentido el trabajo de ROCELLA, M., “Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro”, *Working Paper del centro “Massimo D’Antona”*, nº 23, 2004.

⁵⁷⁷ También HÖPNER en la misma línea sostiene que “the problem with ECJ imperialism is not just the uncontrolled transfer of competences to the European level. Rather, the problem is the subordination of “positive” regulations to the freedom of capitalist action” y “The Viking, Laval and Rüffert cases, however, concern situations in which integration – judicial integration – has gone too far” Vid. HÖPNER, M., “Political answer to judicial problems? Europe after Viking, Laval and Rüffert”, *Viking-Laval-Rüffert: Economic freedoms versus fundamental social rights – where does the balance lie?*, Notre Europe, and the European Trade Union Institute, www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Hopner-en.pdf, pp. 2 y 3.

⁵⁷⁸ La pertenencia al proyecto de integración europea afecta a las políticas estatales de forma progresiva, incluso en áreas donde las Comunidades carecen de competencia. LADRECH definió el proceso de europeización como “an incremental process of re-orienting the direction and shape of politics to the extent that EC political and economic dynamics become part of the organisational logic of national politics and policy making”, LADRECH, R., “Europeanisation of Domestic Politics and Institutions: The Case of France”, *Journal of Common Market Studies*, v. 32, nº 1, 1994, p. 69.

⁵⁷⁹ DAVIES, P., “Market integration and social policy in the Cour of Justice”, *Industrial Law Journal*, nº 24, 1995, p. 49.

forma, una disociación entre la dimensión económica y social, correspondiendo la primera al ámbito comunitario y la otra al estatal.⁵⁸⁰

Tampoco podemos obviar que el mismo silencio existente en los Tratados constitutivos respecto a los derechos fundamentales, y también estudiado en el primer capítulo, alcanzaba también a los derechos sociales, pero que una vez el Tribunal de Justicia reconoció a los derechos fundamentales la posición de principios generales de Derecho comunitario, este reconocimiento, había que entender que alcanzaba también a los derechos sociales-laborales. Y en efecto, así ha sido, puesto que lo ha reconocido la jurisprudencia comunitaria;⁵⁸¹ quizá dentro de una tendencia hacia la dilución de las diferencias prácticas entre las categorías de derechos civiles y políticos, y la de los derechos sociales. Además, con una inclinación a la atribución a éstos últimos del carácter de derechos subjetivos, susceptibles así de gozar de una protección jurisdiccional;⁵⁸² aunque es difícil apreciar la existencia de garantías suficientes para que se facilite su exigibilidad.⁵⁸³

Si bien lo que a nosotros nos interesa es estudiar la ponderación que el Tribunal de Justicia ha realizado en los conflictos surgidos entre los derechos sociales frente a las libertades económicas, y realizar una comparativa de la resolución de los mismos con los asuntos citados *Schmidberger* y *Omega*, tratando de extraer oportunamente algunas conclusiones; no es menos cierto que estas notas parecen relevantes, a lo que se une la necesidad de tener presentes algunos antecedentes jurisprudenciales, en los que si bien no existieron conflictos entre libertades económicas y derechos sociales, el TJCE sí tuvo

⁵⁸⁰ SCHARPF, F., "The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity", *Journal of Common Market Studies*, nº 40, 2002, p. 645.

⁵⁸¹ En contra, entendiendo que el TJCE no ha conferido a los derechos sociales el mismo estatus y función que a los derechos civiles y políticos, se manifiestan TERRADILLOS ORMAETXEA, E., "Los derechos sociales en el contexto supranacional: especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJE y del TEDH", *Revista de Derecho Social*, nº 50, abril-junio 2010, p. 153; GIUBBONI, S., *Social Rights and market freedom in the European Constitution*, Cambridge, 2006, pp. 61 y ss.

⁵⁸² En este sentido, se afirma que no habría nada que impidiera esta configuración porque no podrían ser definidos frente a los demás derechos fundamentales por su carácter particular, ni relativo, ni alienable, ni positivo, prestacional, costoso, programático, vago, indeterminado o colectivo. Así se manifiestan RUIZ MIGUEL, A., "Derechos liberales y derechos sociales", *Doxa*, nº 15-16, v. 1, 1994, pp. 651-674; AÑÓN, M. J., y GARCÍA AÑÓN, J. (coords), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 61 y ss; PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 59 y ss.; REY, H.L., "La naturaleza de los derechos sociales", *Derechos y libertades*, nº 16, 2007, pp. 137-156. En contra se ha razonado que esta literatura "crítica" con la categoría ha cuestionado la especificidad de los derechos sociales para eliminar los obstáculos a su reconocimiento como derechos subjetivos, pero olvidando o subestimando los elementos relevantes que los diferencian que se concretaría en la expresión de estados ideales, vid. GARCÍA MANRIQUE, R., *Los derechos sociales como derechos subjetivos*, Dykinson, Madrid, 2010.

⁵⁸³ Así, FERRAJOLI entiende que la falta de garantías no supone la inexistencia del derecho subjetivo o de su relevancia, sino una laguna. FERRAJOLI, L., "Derechos fundamentales", en FERRAJOLI, L. (ed), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 43.

oportunidad de solventar conflictos entre las reglas del mercado comunitario con cuestiones de carácter social o laboral, que tuvieron lugar a partir de los años 90, y que luego han sido tenidos en cuenta en la resolución de los conflictos entre libertades económicas y derechos sociales fundamentales.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que el Derecho laboral sigue el principio de *lex loci laboris*, esto es, que la legislación laboral nacional se aplica a todo aquél que trabaja en el territorio estatal,⁵⁸⁴ lo que evitaría un tratamiento discriminatorio entre trabajadores nacionales y trabajadores inmigrantes, a la vez que los trabajadores nacionales no sufrirían el riesgo de reducción de sus condiciones laborales por un trabajo menos costoso prestado por trabajadores venidos del extranjero.⁵⁸⁵

Lo que sucede es que lo anteriormente dicho debe conciliarse con las libertades fundamentales del mercado interno europeo.

Respecto a los trabajadores desplazados, el Tribunal de Justicia había reconocido en *Ruth Portuguesa* que los Estados hospedantes podían extender su legislación y convenios colectivos a cualquier persona empleada, incluso de forma temporal, en su territorio.⁵⁸⁶

El TJCE aplica un modelo de no discriminación al interpretar las normas sobre libre circulación, especialmente las referidas a los trabajadores, lo que le lleva a considerar que las leyes laborales que discriminaran bien directamente o indirectamente por razón de nacionalidad, son incompatibles con el Derecho comunitario; siendo necesario eliminar la parte normativa que tuviera efectos discriminatorios, aunque la norma en sí misma no quede afectada.⁵⁸⁷ Así, en *Säger*⁵⁸⁸ el TJCE razona que no sólo hay que eliminar todo tipo de discriminación contra una persona por su nacionalidad, sino también cualquier restricción, incluso si se aplica sin distinción de la nacionalidad, cuando puede prohibir o impedir actividades de un prestador de servicios,⁵⁸⁹

⁵⁸⁴ Este principio se introduce en el Convenio de Roma de 19089 respecto a las egas aplicables a ls obligaciones contractuales, que entró en vigor el 1 de abril de 1991, y es que el art. 6 establece qu ela elección de la ley por las partes no tendrá el resultado de reducir la ptoección del empleo.Y esta idea se deduce también de la Posted Worked Directive 96/76.

⁵⁸⁵ Esto se puso de manifiesto por el propio Tribunal de Justicia en la sentencia de 4 de abril de 1974, *Comisión c. Francia*, asunto C-167/73, apartados 44-45.

⁵⁸⁶ Sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa c. Office national d'immigration*, asunto C-113/89.

⁵⁸⁷ Sentencias *Bosman*, asunto C-415/93, ya citada; y de 23 de febrero de 1994, *Scholz c. Opera Univesitaria di Cagliari and Cinzia Porcedda*, asunto C-419/92.

⁵⁸⁸ Sentencia de 25 de julio de 1995, *Säger*, asunto C-76/90. Con esta sentencia se asume el que se ha llamado test de acceso al mercado.

⁵⁸⁹ Apartado 19

permitiéndose solamente aquellas restricciones justificadas por razones imperativas relativas al interés público y siempre que la limitación fuera proporcional.⁵⁹⁰

Esta doctrina se fue expandiendo sin reducirse a los casos donde intervenía la libre circulación de personas;⁵⁹¹ así se permitían como justificaciones para establecer restricciones la prevención del dumping social⁵⁹²; una competencia desleal;⁵⁹³ o incluso evitar una afectación del mercado laboral.⁵⁹⁴

En *Arblade*, el TJCE consideró justificado la exigencia al prestador de servicios de asumir los costes fijados por la ley nacional, puesto que el convenio colectivo establecía de forma suficiente y precisa las obligaciones del empleador.⁵⁹⁵ Posteriormente en *Mazzoleni*, aplicó la doctrina *Säger*, en un caso donde una empresa francesa prestadora de servicios de seguridad daba unos salarios inferiores al mínimo establecido en la legislación belga, el Tribunal razonó que la exigencia de la legislación belga de imponer a los proveedores de servicios de las mismas condiciones exigidas para el establecimiento, afectaba a su efectividad, y si bien podía estar justificado en la protección de los trabajadores, en este caso era desproporcionada.⁵⁹⁶

Y en 2006, en *Comisión c. Alemania*, consideraba compatible con la libre prestación de servicios que el Estado receptor exigiera que los prestadores de servicios prestaran una declaración previa que certificara que la situación de los trabajadores cumplía con la legislación, en particular respecto a los requisitos de residencia, y seguridad social del Estado donde el prestador los contrata.⁵⁹⁷

⁵⁹⁰ Apartado 15

⁵⁹¹ Vid. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, *Comisión c. Dinamarca*, asunto C-464/02, especialmente el apartado 45.

No obstante, en algunas sentencias se percibe la relajación de dicho test: en la sentencia *Burbaud*, el Tribunal considera que el requisito de superar un examen para tener una plaza en el servicio público no puede considerarse como un obstáculo en sí mismo a la libre circulación de personas (Sentencia de 9 de septiembre de 2003, *Isabel Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, asunto C-285/01) y en la sentencia *Deliège*, considera que las reglas de selección para una competencia internacional de judo si bien de forma inevitable tienen como efecto limitar el número de participantes en un torneo, esta limitación no puede ser considerada como una restrictivo a la libre prestación de servicios (Sentencia de 11 de abril de 2000, *Deliège c. Ligue Francophone de Judo et Disciplines Associés*, asuntos C-51/96 y C-191/97)

⁵⁹² Sentencia de 19 de enero de 2006, *Comisión c. Alemania*, asunto C-244/04.

⁵⁹³ Sentencia de 12 de octubre de 2004, *Wolff y Mülle GmbH y Co. KG. c. José Pereira Felix*, asunto C-60/03.

⁵⁹⁴ Sentencia de 21 de octubre de 2004, *Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo*, asunto C-445/03.

⁵⁹⁵ Sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, asuntos C-369/96 y C-376/96.

⁵⁹⁶ Sentencia de 15 de marzo de 2001, *Criminal proceedings against André Mazzoleni adn Inter Surveillance Assitance SARL*, asunto C-165/98.

⁵⁹⁷ Sentencia *Comisión c. Alemania*, asunto C-244/04, ya citada.

El Tribunal de Justicia tuvo que resolver también conflictos entre derechos y valores sociales frente al Derecho de la competencia, haciendo prevalecer los primeros al entender que estaban fuera del ámbito de aplicación de las normas de competencia, lo que se traducía en cierta prevalencia de la protección social frente a las reglas del mercado.⁵⁹⁸

Así, en 1993, en *Poucet and Pistre*,⁵⁹⁹ el Tribunal de Justicia consideró que la cobertura de maternidad para trabajadores autónomos no agrícolas y el sistema de pensiones básico no estaba sujeto a las normas de competencia comunitaria, en la medida en que no se trabaja de una actividad económica. En 1999, en *Albany*⁶⁰⁰, *Maatschappij Drijvende Bokken*⁶⁰¹ y *Brentjens*⁶⁰², el Tribunal de Justicia reconoce la legitimidad de las acciones colectivas, y de la política social frente a las normas de competencia;⁶⁰³ los convenios colectivos estarían exentos del ámbito de aplicación de las normas de competencia por su naturaleza y objeto.⁶⁰⁴ Y de este modo se tutelan los planes de pensiones.⁶⁰⁵

Ciertamente los convenios colectivos son restrictivos de la competencia puesto que limitan la libertad de los trabajadores y empresarios que se someten al convenio colectivo para concretar las condiciones contractuales que estime convenientes. Pero esta restricción de la competencia no podía suponer, en opinión de la doctrina, la declaración de su incompatibilidad con el Derecho de la competencia, puesto que “implicaría derogar todas las constituciones europeas que reconocen el derecho a la negociación colectiva”, si bien se exige para no incurrir en la prohibición que los

⁵⁹⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, op. cit., p. 9-

⁵⁹⁹ Sentencia de 17 de febrero de 1993, *Poucet and Pistre c. AGF and Cancava*, asuntos C-159 y 160/91

⁶⁰⁰ Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, asunto C-67/96

⁶⁰¹ Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, asunto C-219/97.

⁶⁰² Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds loor de Andel in Bouwmaterialen*, asuntos C-115/97 a C-117/97.

⁶⁰³ Vid. SUÁREZ CORUJO, B., “Derecho social versus derecho de la competencia: querencia neoliberal de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A propósito de la sentencia de 21 de septiembre de 1999. Caso Albany”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 32, 2001, pp. 217-234; GYSELEN, L., “Case C-67/96, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie: Joined Cases C-115/117/97, Brentjens'Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds loor de andel in bouwmaterialen; and Case C-219/97, Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds loor de vervoeren havenbedrijven, with annotation”, *Common Market Law Review*, v. 37, nº 2, 2000, pp. 435-448.

⁶⁰⁴ Apartados 52 a 64 de la Sentencia *Albany*, ya citada.

⁶⁰⁵ SUÁREZ CORUJO, B., “Derecho social versus derecho de la competencia: querencia neoliberal de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A propósito de la sentencia de 21 de septiembre de 1999. Caso Albany”, op. cit., p. 234.

convenios se hayan firmado en el marco de la negociación colectiva, con la finalidad de regular las relaciones colectivas de trabajo, y que no suponga abuso de derecho.⁶⁰⁶

En definitiva, en *Albany, Brentjens, y Drijvende Bokken*, el Tribunal admitió los convenios colectivos como excepción al derecho de competencia, entendiendo que los interlocutores sociales perseguían conjuntamente adoptar medidas de mejora de las condiciones de trabajo que les excluían de la aplicación de la norma de competencia, justificándolo en que de otra manera se “socavaría gravemente los objetivos de los convenios colectivos en materia social”.⁶⁰⁷ Esta doctrina se confirmó recientemente en el año 2000 en *Pavlov*⁶⁰⁸, y *Van der Woude*.⁶⁰⁹

Expuesto lo anterior, la cuestión no resuelta era si la no afectación al Derecho laboral del Derecho comunitario sería extensible a supuestos de conflicto entre derechos sociales-laborales y libertades económicas fundamentales. En otras palabras, si se preservaría la autonomía del Derecho laboral o en cambio se tutelarían las libertades del mercado interno.

Esta cuestión quedaría pronto resuelta en *Viking*, pero sin pretender adelantar su estudio, es muy significativa la siguiente reflexión expresada por el Abogado General Maduro en sus conclusiones a dicho asunto:

“el hecho de que un convenio o una actividad queden fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre competencia no significa necesariamente que también queden excluidos del ámbito de aplicación de las normas sobre libertad de circulación.”⁶¹⁰

Efectivamente, como veremos, no se ha excluido a los convenios colectivos ni a los derechos sociales-laborales en general de la aplicación de las normas que garantizan las libertades económicas como la libre circulación o la libre prestación de servicios, y por tanto el Tribunal de Justicia cuando ha encontrado un enfrentamiento

⁶⁰⁶ AGUILA-REAL, J.A., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *Indret*, 4/2004, p. 20.

⁶⁰⁷ BRUUN, N., “La Autonomía del Convenio Colectivo”, VII European Regional congreso, Internacional Society for Labour Law and Social Security, 4-6 Septiembre de 2002, www.juridicum.su.se/stockholmcongress2002/bruun_spanish.pdf, pp. 22 y 23

⁶⁰⁸ Sentencia de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov y otros*, asuntos C-180/98 y C-184/98.

⁶⁰⁹ Sentencia de 21 de septiembre de 2000, *Van der Woude*, asunto C-222/98.

⁶¹⁰ Apartado 26 de las Conclusiones del Abogado General Miguel POIARES MADURO presentadas el 23 de mayo de 2007, asunto C-348/05.

entre libertades del mercado interno comunitario y derechos sociales laborales ha resuelto el conflicto mediante la ponderación de los intereses en juego enfrentados.

2.3.4.2. LA TUTELA DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: ASUNTOS C-438/05, VIKING Y C-341/95, LAVAL.

2.3.4.2.1. ASUNTO C-438/05, VIKING.

Como hemos apuntado, el asunto *Viking* es donde encontramos un primer enfrentamiento directo entre libertades económicas y derechos sociales laborales fundamentales.

a) Planteamiento de los hechos.

Una empresa finlandesa, “Viking Line”, se ocupaba de llevar a cabo un trayecto naval entre Tallín (Estonia) y Helsinki (Finlandia) bajo bandera finlandesa. En un momento determinado pretende cambiar de pabellón para poder beneficiarse de unos costes laborales inferiores. Bajó pabellón finlandés, la legislación de dicho Estado obliga a aplicar el convenio colectivo de trabajo aplicable, y pagar los mismos salarios que se abonan en Finlandia. El buque *Rosella* mostraba déficit competitivo frente a barcos estonios que realizaban la misma ruta, al ser los salarios pagados más bajos.

Así, la empresa *Viking* proyectó cambiar su pabellón registrándolo en Estonia o Noruega para celebrar un nuevo convenio colectivo. El sindicato finlandés convocó una huelga, y consiguió aumentar el número de trabajadores pero no la renuncia al proyecto. Además el sindicato pretendía conseguir que *Viking* aceptara que en caso de cambio de pabellón no se podría despedir a trabajadores y se seguiría aplicando el convenio colectivo y el derecho finlandés. Se inició un primer procedimiento judicial en Finlandia por parte de *Viking* para tratar de detener la huelga que finalizó en la conciliación previa desistiendo *Viking* de la acción judicial. No obstante, la propia *Viking*, inició un procedimiento en el Reino Unido solicitando la declaración de la huelga y las medidas sindicales como contrarias al Derecho comunitario porque entendía que esas pretensiones suponían convertir en inútil el cambio de bandera.⁶¹¹

En primera instancia se estimó la demanda de *Viking*, pero en vía de apelación, el órgano judicial encargado de resolver el caso, decidió plantear la cuestión prejudicial

⁶¹¹ Vid. Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO, op. cit., apartados 2-12

ante el Tribunal de Justicia. Planteó diversas cuestiones prejudiciales, y de forma relevante si una acción colectiva que le instara a celebrar un convenio colectivo de trabajo con un sindicato que convirtiera en inútil para la empresa el cambio de bandera estaría excluida del ámbito de aplicación del art. 43 TCE y/o del Reglamento 4055/86 en virtud de la política social comunitaria; si tanto ese artículo como el Reglamento tienen efecto horizontal dotando a la empresa privada de derechos a oponer a un sindicato; y si la medida de conflicto colectivo suponía una restricción a los efectos del art. 43 TCE y/o del Reglamento.⁶¹²

b) Conclusiones del Abogado General.

El Abogado General razonó que el asunto se refería, de forma principal, a la libertad de establecimiento, puesto que el re-abanderamiento del buque *Rosella* por parte de la empresa *Viking Line* equivalía al ejercicio de dicho derecho, y hacía referencia a la jurisprudencia *Factortame*. Después de ejercer dicho derecho se trataría de ejercer el de la libre prestación de servicios, frente a los sindicatos que pretendían imponer condiciones al ejercicio de la libertad de establecimiento amenazando con boicotear los servicios de transporte de pasajeros si reabanderara el *Rosella* sin cumplir las condiciones⁶¹³

Frente a las alegaciones de que una acción colectiva que promueve los objetivos de política social quedaría fuera del ámbito de aplicación del art. 43 TCE y del Reglamento 4055/86, por el menoscabo del derecho de los trabajadores a la negociación colectiva y a la huelga, y la aplicación analógica de la sentencia *Albany*, considera que se trata de una apreciación incorrecta, puesto que es posible conciliar las disposiciones sobre establecimiento y la libre prestación de servicios con la protección de los derechos fundamentales y los objetivos de política social comunitaria; pues ninguno de ellos (la libertad de circulación, el derecho de asociación, el derecho a la huelga) serían absolutos según las normas del Tratado.

Niega la existencia de una relación jerárquica, puesto que “nada en el Tratado apunta a que los objetivos de la política social deban prevalecer siempre sobre el objetivo de realizar un mercado común que funcione correctamente. Por el contrario, la inclusión de ambos objetivos en el Tratado pone de manifiesto el propósito comunitario

⁶¹² Ídem, apartados 12-15.

⁶¹³ Apartados 18 y 19.

de conciliar estas políticas”.⁶¹⁴ Trae a colación la jurisprudencia de *Schmidberger* y *Omega*, entendiendo que si bien el Tribunal reconoció en ambos casos que los derechos fundamentales en juego debían ser respetados por ser principios generales del derecho comunitario, no estableció como consecuencia que “las restricciones de que se trataba se sustrajeran a las normas sobre libre circulación” sino que “estimó que, aunque esas normas eran aplicables, las restricciones a la libertad de circulación no iban más allá de lo que podía considerarse legítimamente necesario para proteger el derecho fundamental de que se trataba”⁶¹⁵ y recuerda también que los intereses públicos relativos a la política social pueden justificar restricciones cuando no vayan más allá de lo necesario como ocurre con otros objetivos legitimados para establecer restricciones.⁶¹⁶

No considera aplicable analógicamente el asunto *Albany*, al referirse a las normas de competencia, y no a las normas de libre circulación, puesto que como indicó el Tribunal de Justicia en las sentencias *Wouters* y *Meca-Medina*, “un convenio o una actividad pueden entrar en el ámbito de aplicación de un conjunto de normas, y al mismo tiempo, sustraerse al ámbito de aplicación de otro”.⁶¹⁷

La segunda cuestión era relativa al efecto horizontal sobre particulares de las normas de libre circulación. Había debate doctrinal sobre la cuestión, pero Maduro considera más razonable considerar que una actuación particular puede obstaculizar el correcto funcionamiento del mercado común, y consecuentemente, por lo que no habría que excluir tal actuación de la aplicación de las normas sobre libre circulación, razonamiento que se apoyaría también en las sentencias *Comisión c. Francia* y *Schmidberger*, donde se razonaba que los actos de los particulares pueden afectar a la libre circulación.⁶¹⁸ Además, no se aplicaría siempre, sino cuando los actos de los particulares por su efecto general sobre los titulares de derechos a la libre circulación pudieran restringir su ejercicio con obstáculos que no pudieran eludir de forma razonable;⁶¹⁹ y esto no supondría el fin de la autonomía privada pero el derecho nacional debe respetar los límites del Derecho comunitario para garantizar su efectividad.⁶²⁰

⁶¹⁴ Apartados 20 a 23.

⁶¹⁵ Apartado 24.

⁶¹⁶ Apartado 25.

⁶¹⁷ Apartado 26.

⁶¹⁸ Apartados 37 y 38.

⁶¹⁹ Apartado 48.

⁶²⁰ Apartados 49-54.

Respecto a la tercera cuestión, entiende que hay que conseguir un equilibrio entre el derecho a la libertad de establecimiento y el derecho de acción colectiva,⁶²¹ la empresa tiene legítimo derecho a libertad de establecimiento que está protegido por el Tratado, siendo su ejercicio decisivo para el crecimiento del bienestar económico de todos los Estados miembros; pero también tiene consecuencias dolorosas para los trabajadores por cambios en las condiciones laborales. Por dicha razón, el derecho de asociación y de acción colectiva son instrumentos esenciales para la expresión de la voz de los trabajadores y exigir el cumplimiento por parte de gobiernos y empresarios de su parte del contrato social, incorporado al Tratado como muestra su exposición de motivos. En principio una política coordinada de acción colectiva es un medio legítimo de protección de salarios y condiciones laborales, pero con el límite de no compartimentar el mercado laboral e impedir la contratación de empleados de otros Estados miembros, puesto que sería contrario al principio de no discriminación. Entiende Maduro que hay que diferenciar la acción conducente a persuadir de que mantenga los empleos y las condiciones laborales de la tripulación actual, y la que persigue mejorar el régimen laboral de los marinos a nivel comunitario. Respecto a la primera, considera que impedir o amenazar con impedir que una empresa legalmente establecida en un Estado miembro preste sus servicios conforme a Derecho en otro Estado miembro es un obstáculo incompatible con el Tratado; y la segunda acción es legítima si hay libertad por parte de los trabajadores a nivel europeo de participar en la acción colectiva, cuestión a determinar por el juez nacional.⁶²²

Concluye el Abogado General sobre esta cuestión que en principio sería legítima la acción colectiva que produjera una restricción del derecho de establecimiento de una empresa. El juez nacional debería determinar si es conforme a Derecho a la luz de las normas nacionales, siempre que los casos de traslados de empresas en el interior de la Comunidad no reciban un trato menos favorable que los traslados de empresas dentro del territorio nacional; pero el Derecho comunitario excluye una política coordinada de acción colectiva que produzca el compartimento del mercado laboral e impida contratar a trabajadores procedentes de determinados Estados miembros para proteger los empleos de trabajadores de otros Estados.

⁶²¹ Con ese título encabeza los apartados dedicados a la tercera cuestión.

⁶²² Apartados 57 a 72

c) Decisión del Tribunal de Justicia.

En la sentencia de 11 de diciembre de 2007⁶²³, que resuelve el asunto *Viking*, a la hora de resolver las cuestiones planteadas, el Tribunal de Justicia asume en principio las líneas fijadas por el Abogado General MADURO.

En este sentido, respecto a la cuestión del ámbito de aplicación de las normas de la libre circulación a las acciones colectivas, considera que no son aplicables analógicamente la serie de sentencias iniciadas con *Albany*, y que por tanto, las acciones colectivas son restricciones que están dentro del ámbito de aplicación de las normas de sobre la libre circulación.⁶²⁴

Por otro lado, señala que “el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga está reconocido en diferentes instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han participado o a los que se han adherido, como la Carta Social Europea (...) y el Convenio nº 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptada el 9 de julio de 1948 (...)o en el marco de la Unión, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los de diciembre de 1989, también mencionada en el artículo 136 CE, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (...)”⁶²⁵

En base a ello reconoce que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, son derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal, lo que no excluye que puedan ser susceptibles de restricción.⁶²⁶

Una vez razonado que los derechos fundamentales son principios generales que garantiza el Tribunal, pero susceptibles de restricción; recuerda que también constituyen un interés legítimo para restringir libertades del mercado.⁶²⁷

Pero esto no implica una exclusión del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado, sino que exige una ponderación entre los derechos y las libertades fundamentales.⁶²⁸

En definitiva, siguiendo la línea marcada en *Schmidberger* y *Omega*, el Tribunal opta de forma clara por ponderar y resolver el conflicto teniendo en cuenta los intereses

⁶²³ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *Viking Line*, asunto C-438/05.

⁶²⁴ Apartados 32-37 de la sentencia.

⁶²⁵ Apartado 43 de la sentencia.

⁶²⁶ Apartado 44 de la sentencia.

⁶²⁷ Apartado 45 de la sentencia.

⁶²⁸ Apartado 45 de la sentencia.

en juego, y no parece que estemos ante una subordinación del derecho social de huelga frente a la libertad de establecimiento. Esto se aprecia en el siguiente razonamiento:

“(…) en las sentencias Schmidberger y Omega, antes citadas, el Tribunal de Justicia declaró que el ejercicio de los derechos fundamentales objeto de aquellos asuntos, a saber, las libertades de expresión y de reunión, en un caso, y el respeto de la dignidad humana, en el otro, no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado y consideró que dicho ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y con el principio de proporcionalidad”.⁶²⁹

Asumiendo las propuestas del Abogado General, el TJCE resuelve que no se excluye, en principio, del ámbito de aplicación de las reglas de la libre circulación las medidas de conflicto colectivo; que el art. 43 TCE puede conferir derechos a una empresa para oponerlos a un sindicato; y que dicho artículo debe interpretarse de tal forma que las medidas de conflicto colectivo asumidas constituyen restricciones, si bien pueden estar justificadas por la protección de una razón imperiosa de interés general como puede ser la protección de los trabajadores, si son idóneas para la finalidad perseguida y no van más allá de lo necesario.⁶³⁰ No obstante, deja la decisión última en manos del juez nacional.

⁶²⁹ Apartado 45 de la sentencia

⁶³⁰ Expresamente la decisión es: “1) El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que, **en principio, no está excluida del ámbito de aplicación de este artículo una medida de conflicto colectivo emprendida por un sindicato o una agrupación de sindicatos contra una empresa privada con el fin de conseguir que ésta celebre un convenio colectivo cuyo contenido puede disuadirla del ejercicio de la libertad de establecimiento.**

2) **El artículo 43 CE puede conferir derechos a una empresa privada que ésta puede oponer a un sindicato** o a una asociación de sindicatos.

3) El artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que **medidas de conflicto colectivo como las controvertidas en el asunto principal**, que tienen como finalidad conseguir que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, **constituyen restricciones en el sentido de dicho artículo.**

Estas restricciones pueden estar justificadas, en principio, por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre que se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo.” (La negrita es mía).

d) Análisis y alcance de la decisión.

La relevancia del conflicto era nítida al tratarse del primer caso de conflicto entre un derecho social fundamental y una libertad económica fundamental.

De las aproximaciones posibles al conflicto, si bien habíamos razonado que podían ser varias en función del estatus que se reconociera a derechos y libertades económicas fundamentales, y que había sido muy debatido qué aproximación había utilizado el Tribunal en las sentencias *Schmidberger* y *Omega*; en esta sentencia tenemos que concluir que la aproximación es mucho más nítida, puesto que opta por una equiparación de estatus entre derechos sociales fundamentales y libertades económicas fundamentales, lo que conlleva a una ponderación entre valores equivalentes susceptibles de restricción mutua. Y esto a pesar de las críticas vertidas contra la sentencia por una supuesta “subordinación del derecho de huelga frente a la libertad de establecimiento. A la vista de la sentencia *Viking*, no podemos afirmar que se haya subordinado de forma definitiva el derecho social de huelga frente a la libertad de establecimiento, sino que pondera el conflicto a través del principio de proporcionalidad.

Esta ponderación entre valores que gozan de estatus equivalente se desprende de la argumentación desarrollada por el Tribunal. Así, en el apartado 40 de la sentencia:

“A este respecto, basta con recordar que, aunque en las materias no comprendidas en el ámbito de competencias de la Comunidad, **los Estados miembros pueden fijar libremente, en principio, los requisitos de existencia de los derechos de que se trate y las formas de ejercicio de estos derechos, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario (...)**”.⁶³¹

Posteriormente, el Tribunal enlaza con la fórmula ya expresada en los asuntos *Schmidberger* y *Omega*, matizando que:

“(…)No obstante, en las sentencias *Schmidberger* y *Omega*, antes citadas, el Tribunal de Justicia declaró que **el ejercicio de los derechos**

⁶³¹ Apartado 40. La negrita es mía.

fundamentales objeto de aquellos asuntos, a saber, las libertades de expresión y de reunión, en un caso, y el respeto de la dignidad humana, en el otro, **no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado** y consideró que dicho ejercicio **debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y con el principio de proporcionalidad. (...)**.⁶³²

Esto hace que en el ámbito comunitario convivan dos dimensiones:

“Por tanto, dado que **la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social**, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social.”⁶³³

Y sin embargo, el Tribunal de Justicia no termina de aplicar el test de proporcionalidad y deja en manos del juez nacional decidir si las medidas de conflicto colectivo adoptadas en el caso concreto eran adecuadas y proporcionadas para el fin perseguido.

Alguna doctrina vio con buenos ojos el reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales y por tanto, principios generales de Derecho comunitario, con independencia de su visión global de la sentencia.⁶³⁴ Pero no dejó de constatar que

⁶³² Apartado 45. Debemos compararlo, sin embargo, con los razonamientos manifestados por el Abogado General Maduro, en los párrafos 71 y 72 de las Conclusiones Generales, a los que nos remitimos. La negrita es mía.

Sobre las restricciones a la libre circulación de bienes vid. SCHEPEL, H., *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart, Oxford, 2005, pp. 37 y ss.

⁶³³ Apartado 79.

⁶³⁴ DAVIES, “One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, *Industrial Law Journal*, nº 2, 2008, pp. 26 y ss.; en el mismo sentido CORTI, M., “Le decisione ITF e LAVAL della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l’Europa Sociale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº 1, 2008, p. 249; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos

este reconocimiento era premisa necesaria para sujetar la acción sindical a las reglas del ordenamiento comunitario;⁶³⁵ y así se impusieron las libertades económicas fundamentales sobre los derechos sociales.⁶³⁶

De todas formas no parece que se haya dado la debida relevancia a otorgar el carácter de fundamental a los derechos sociales laborales, puesto que en algunos Estados miembros carecen si quiera de un reconocimiento similar, por lo que a partir de ahora los sindicatos podrían esgrimir su derecho a la acción colectiva frente a los Estados.⁶³⁷

Por otro lado, como hemos razonado, no parece tan obvio que el Tribunal se decantó por la libertad económica, en la medida en que la parte dispositiva del fallo deja abierta la cuestión principal, teniendo que valorar la proporcionalidad de la acción colectiva en relación al fin perseguido de la tutela de los trabajadores, y dejando en manos del juez principal la resolución del caso.

En nuestra opinión, el TJCE realiza una adecuada ponderación del conflicto en la sentencia, y no apreciamos la prevalencia de las libertades económicas sobre los derechos fundamentales. De nuevo el TJCE pondera entre valores equivalentes que gozan del mismo estatus en el ámbito comunitario, reconociendo a los derechos sociales laborales como las acciones colectivas y dentro de las mismas también al derecho de huelga el estatus de derecho fundamental en el ámbito comunitario tutelable como principio general de Derecho comunitario.

De hecho, merece resaltarse que tal y como hizo Maduro, también el Tribunal de Justicia acoge la idea del contrato social, en el apartado 59, lo que nos remite a la doble dimensión económica y social de la integración europea a la que hemos eludido en la introducción al apartado dedicad a los conflictos entre derechos sociales fundamentales y libertades económicas. En efecto, considera el TJCE que:

sociales en la Unión Europea” , op. cit., p. 96; BALLESTERO, M.V., “Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero”, *Lavoro e Diritto*, XXII, n. °, 2008, p. 376.

⁶³⁵ ORLANDINI, G., “Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sull diritto di sciopero e sull’auotnomia collettiva nell’ordinamento italiano”, accesible en www.etui.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements/Orlandini-G.-Viking-Laval-e-Rueffert-i-riflessi-sul-diritto-di-sciopero-e-sull-autonomia-collettiva-nell-ordinamento-italiano, p. 1.

⁶³⁶ BAYLOS, A., “El derecho de huelga en Europa puesto en cuestión: la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el caso VIKING”, www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/115076.pdf; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, op. cit. p. 96.

⁶³⁷ En este sentido, ZAHN, R., “The Viking and Laval Cases in the Context of European Enlargement”, Web Journal of Current Legal Issues, nº3, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2008/issue3/zahn3.html>, p. 11. Esta autora pone de releive que en Estados como el Reino Unido, por ejemplo, el derecho a la acción colectiva carece de reconocimiento legal.

“el ordenamiento económico europeo está firmemente anclado en un contrato social: los trabajadores de toda Europa deben aceptar las consecuencias negativas recurrentes que son inherentes a la creación de una prosperidad creciente por el mercado común, a cambio de lo cual la sociedad debe comprometerse a la mejora general de sus condiciones de vida y de trabajo”.

Evidentemente, el peligro de ese contrato social es que las “consecuencias negativas” vayan más allá de lo proporcional, pero no parece que *Viking* sea el caso.

Tras este análisis, podemos considerar que, una vez hemos excluido la existencia de una subordinación de los derechos sociales, la única diferencia apreciable de forma sustancial respecto de las sentencias *Schmidberger* y *Omega*, es que aquí no termina de aplicar el test de proporcionalidad, y si bien da una serie de criterios, deja la decisión de apreciar la compatibilidad con el Derecho comunitario de las medidas adoptadas en el conflicto colectivo al juez nacional.

2.3.4.2.2. ASUNTO C-345/95, LAVAL.⁶³⁸

Estamos ante el segundo enfrentamiento entre las libertades económicas y los derechos sociales fundamentales que tiene que resolver el TJCE. Con la diferencia de que ya se había dictado la sentencia *Viking* y por tanto los derechos sociales ya se habían reconocido como derechos fundamentales tutelables en el ámbito comunitario como principios generales de Derecho comunitario.

Sin embargo, como veremos, la resolución no es exactamente igual que en la sentencia *Viking*, a pesar del precedente que había sentado dicha sentencia.

a) Planteamiento de los hechos.

“Laval”, una sociedad letona desplaza trabajadores letones a Vaxholm, Suecia, para la construcción de un centro escolar. La empresa tenía firmados convenios colectivos con el sindicato letón, pero ninguno con los sindicatos suecos, y tras iniciar negociaciones, estas no llegaron a buen puerto.

⁶³⁸ Asunto C-345/95, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, asunto C-341/95.

El sindicato sueco de la construcción adoptó medidas de conflicto colectivo consistentes en el bloqueo de las obras, impidiendo la entrega de mercancías y piquetes que impedían la entrada a las obras de los trabajadores letones. Además se unió la acción de solidaridad de otras organizaciones sindicales. La empresa Laval presentó una demanda solicitando la declaración de ilegalidad del bloqueo y de la acción solidaria, así como una indemnización por los daños sufridos; solicitando además como medidas cautelares el fin de estas medidas colectivas. El órgano jurisdiccional que conoció de la demanda optó por no estimar la solicitud de medidas cautelares, y ante las dudas que se le suscitaban en torno a la compatibilidad de las medidas de conflicto colectivo con el Derecho comunitario, decidió plantear una cuestión prejudicial con dos preguntas:⁶³⁹

1) Si era compatible con las disposiciones del TCE relativas a la libre prestación de servicios y a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, así como con la Directiva 96/71, que los sindicatos trataran de obligar a un prestador de servicios extranjero, mediante medidas de conflicto colectivo a que se adhiera en un Estado de acogida a un convenio colectivo relativo a condiciones de trabajo y empleo como era el de la construcción, cuando el Estado de acogida carece de disposiciones expresas sobre la aplicación de condiciones de trabajo y empleo previstas en un convenio colectivo; y 2) si la prohibición de la legislación del Estado de acogida de la adopción de medidas sindicales de conflicto colectivo con el fin de dejar sin efecto un convenio colectivo celebrado por otras partes, al no ser aplicable a medidas de conflicto colectivo dirigidas contra empresas extranjeras que operan en Suecia y que desplazan a sus trabajadores, es contraria al Derecho comunitario constituyendo una prevalencia y primacía sobre los convenios colectivos extranjeros existentes.

b) Conclusiones del Abogado General.

El Abogado General⁶⁴⁰ no considerada aceptables las alegaciones de inaplicabilidad del Derecho comunitario a las acciones colectivas, haciendo alusión a la relevancia no sólo del CEDH, sino también de la Carta Social Europea y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puesto que aún no habiendo entrado en vigor esta última es un instrumento que recoge los derechos fundamentales fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y plantea que al fin y

⁶³⁹ Apartados 39 y 40 de la sentencia.

⁶⁴⁰ Conclusiones del Abogado General Paolo MENGOLZI presentadas el 23 de mayo de 2007, asunto *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, C-341/05.

al cabo, tanto dichos instrumentos como también las Constituciones de los Estados miembros reconocen “la posibilidad de imponer ciertas restricciones al ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo”.⁶⁴¹

En este planteamiento, descartar la aplicabilidad de las libertades del mercado para garantizar la protección de los derechos fundamentales “equivaldría en realidad a consagrar una jerarquía entre normas o principios de Derecho primario, que, si bien no carece necesariamente de pertinencia, no se admite en el estado actual del Derecho comunitario”;⁶⁴² siendo precisamente la necesidad de una ponderación lo que se derivaría de *Schmidberger*, donde no se inaplicaron las libertades para garantizar los derechos fundamentales a las libertades de expresión y reunión.⁶⁴³

Posteriormente, realiza una extensa reflexión sobre las cuestiones planteadas, que le llevan a proponer que se conteste en el sentido de declarar que el Derecho comunitario no se pondría a que organizaciones sindicales traten mediante medidas de conflicto colectivo que supongan un bloque para obligar a un prestador de servicios de otro Estado miembro a suscribir la cuantía salarial conforme a un convenio colectivo;⁶⁴⁴ si bien el examen de proporcionalidad de las medidas de conflicto colectivo, debería ser llevado a cabo por el órgano jurisdiccional remitente, verificando además si las condiciones de trabajo y empleo previstas por el convenio colectivo que se tratan de conseguir suponían una ventaja real que contribuya a la protección social de los trabajadores desplazados y no duplicaba la protección que tuvieran conforme a la legislación o convenio colectivo aplicable al prestador de servicios en el Estado miembro de establecimiento.⁶⁴⁵

En otras palabras, lo que proponía MENGOZZI era el reconocimiento de la posibilidad de entablar acciones de conflicto colectivo, y dejar la decisión sobre su adecuación al juez nacional en línea con lo resuelto por el TJCE en la sentencia *Viking*.

⁶⁴¹ Apartados 38-56 de las Conclusiones. La cita es del apartado 81

⁶⁴² Apartado 84 de las Conclusiones.

⁶⁴³ Apartados 86-88 de las Conclusiones.

⁶⁴⁴ Apartados 117-307 de las Conclusiones. Es interesante tener en cuenta que el Abogado General MENGOZZI se muestra muy atento a los problemas de la proporcionalidad de las medidas adoptadas en relación al objetivo de imponer unas condiciones previstas en un convenio colectivo, y en especial en relación a ciertas cuotas que podrían ir a parar a formación y actividades sindicales no queridas por los trabajadores y que supondrían en definitiva una disminución de su salario y afectación del derecho de la propiedad teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH.

⁶⁴⁵ Apartado 308 de las Conclusiones.

c) Decisión del Tribunal de Justicia.

En sentencia de 18 de diciembre de 2007,⁶⁴⁶ tras resolver la admisibilidad de la cuestión, el Tribunal de Justicia realiza un estudio de la primera cuestión planteada. Para ello delimita la no aplicabilidad del principio general de no discriminación por razón de nacionalidad previsto en el art. 12 TCE al existir normativa que concreta dicho principio en el art. 49 TCE.⁶⁴⁷

Recuerda que conforme a la jurisprudencia del TJCE los arts. 49 y 50 TCE no admiten que un Estado miembro prohíba a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro desplazarse libremente por su territorio con su personal, o que sea sometido dicho desplazamiento del personal a condiciones más restrictivas, puesto que supondría una discriminación con respecto a los competidores del Estado de acogida.⁶⁴⁸ Sin embargo, no se prohíbe la extensión de la legislación o convenios colectivos de trabajo relativos a salarios mínimos a toda persona que realice una actividad laboral por cuenta ajena aunque sea de carácter temporal en el territorio estatal, con independencia del territorio de establecimiento del empresario, si bien esta extensión debe ser adecuada para garantizar la protección de los trabajadores desplazados y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.⁶⁴⁹

Pues bien, el Tribunal tiene en cuenta la adopción de la Directiva 96/71 cuyo objetivo era establecer las condiciones de trabajo y empleo aplicables a los desplazamientos de trabajadores en territorio de otro Estado miembro con carácter temporal dentro de una prestación de servicios.⁶⁵⁰ La directiva no armonizó el contenido material de las disposiciones imperativas de protección mínimo, por lo que los Estados miembros gozaban de libertad para definir dicho contenido siempre respetando el Tratado y los principios generales del Derecho comunitario⁶⁵¹; directiva que era aplicable a los hechos que dan lugar a la presentación de la cuestión prejudicial al haber vencido el plazo concedido para la adaptación del ordenamiento a la Directiva 96/71.⁶⁵²

⁶⁴⁶ Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet y otros*, asunto C-341/95.

⁶⁴⁷ Apartados 54 y 55.

⁶⁴⁸ Apartado 56. En este sentido, vid. Sentencia de 27 de marzo de 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, apartado 12.

⁶⁴⁹ Apartado 57.

⁶⁵⁰ Apartado 58, vid. Considerando sexto de la Directiva 96/71.

⁶⁵¹ Apartado 60. Como y había afirmado el Tribunal en las sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión c. Alemania*, C-490/04.

⁶⁵² Apartado 61

El objeto de la Directiva es asegurar una competencia leal entre prestadores de servicios comunitarios, al obligar a las empresas que trasladen trabajadores a que les reconozcan en una lista limitada de materias las condiciones de trabajo y empleo previstas en el país de acogida en las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas o por los convenios colectivos o laudos arbitrales.⁶⁵³ Éstas constituirían disposiciones imperativas de protección mínima. Así se impediría una competencia desleal a la vez que se asegura a los trabajadores desplazados una protección mínima, cuando el nivel de protección mínima.⁶⁵⁴

La cuestión clave parece estar en que algunas cláusulas del convenio colectivo de la construcción, cuya adhesión se trataba de imponer a Laval a través de las acciones colectivas, y difieren de las materias del art. 3.1. de la Directiva.⁶⁵⁵

Bien es cierto que la Directiva no impide la aplicación de condiciones más favorables para los trabajadores,⁶⁵⁶ pero no puede el Estado miembro de acogida “supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima”;⁶⁵⁷ sino que debería entenderse como una cuestión de adhesión voluntaria.⁶⁵⁸

Si bien el Estado podría establecer otras condiciones por razones de orden público, según lo previsto en el art. 3.10 de la Directiva, algunas de las obligaciones derivadas del convenio colectivo no han sido establecidas como mínimas por el Estado sino a través del convenio colectivo y por tanto por “los interlocutores sociales, que no constituyen entidades de Derecho público y que no pueden invocar esta disposición para alegar razones de orden público a fin de fundamentar la conformidad con el Derecho comunitario de una medida de conflicto colectivo como la controvertida en el asunto principal”.⁶⁵⁹

A continuación el TJCE examina la compatibilidad con el Derecho comunitario y en concreto con respecto al art. 49 TCE de las acciones colectivas llevadas a cabo.

⁶⁵³ Apartado 74.

⁶⁵⁴ Apartados 75 y 76, 77.

⁶⁵⁵ Así por ejemplo el tiempo de trabajo o las vacaciones anuales (apartado 78 de la sentencia) además de implicar ciertas obligaciones consistentes en el abono al sindicato “Bvggettan”, del 1,5% de la masa salarial, y a la compañía de seguros FORA, el 0. 8% en concepto de suplemento especial de la construcción, y del 5,9% en concepto de primas de seguro (apartado 80 de la sentencia)

⁶⁵⁶ Apartado 79.

⁶⁵⁷ Apartado 80.

⁶⁵⁸ Apartado 81.

⁶⁵⁹ Apartado 84.

Por un lado, el Tribunal tiene en cuenta la alegación de que la adopción de acciones colectivas constituye un derecho fundamental, todo y que está reconocido en diferentes instrumentos internacionales a los que se han adherido los Estados miembros (Carta Social europea, Convenio nº 87 de la Organización Internacional del Trabajo), así como también en instrumentos elaborados por los Estados miembros a nivel comunitario o en el marco de la Unión (la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).⁶⁶⁰ Esto le lleva a afirmar que la adopción de medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales de Derecho comunitario;⁶⁶¹ reconociendo que además este derecho disfruta en Suecia como también en otros Estados miembros, de protección constitucional, si bien condicionado a que no existan disposiciones legales o en un convenio colectivo que lo prohíba.⁶⁶²

A continuación razona que la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar una restricción a las obligaciones de Derecho comunitario, incluso respecto a una libertad fundamental recordando la jurisprudencia *Schmidberger* y *Omega*⁶⁶³ pero como también concretó en dichas sentencias el ejercicio de los derechos fundamentales no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado. Y es que “[e]ste ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y debe ser conforme con el principio de proporcionalidad” y por tanto la adopción de medidas de conflicto colectivo no estaría excluido del ámbito de aplicación del Derecho comunitario.⁶⁶⁴

Y en base a ello “procede examinar si el hecho de que las organizaciones sindicales de un Estado miembro puedan adoptar medidas de conflicto colectivo en las condiciones antes mencionadas, constituye una restricción a la libre prestación de servicios y, en caso afirmativo, si ésta puede estar justificada”,⁶⁶⁵ y en su opinión es así.⁶⁶⁶

A continuación, afirma que de su jurisprudencia se deriva que la libre prestación de servicios constituye uno de los principios fundamentales de la Comunidad, y que una

⁶⁶⁰ Apartado 90.

⁶⁶¹ Apartado 91.

⁶⁶² Apartado 92.

⁶⁶³ Apartado 93.

⁶⁶⁴ Apartados 94 y 95.

⁶⁶⁵ Apartado 96.

⁶⁶⁶ Apartado 99.

restricción a la misma solo sería admisible cuando persiga un objetivo legítimo compatible con el Tratado y justificada por razones imperiosas de interés general, teniendo además que ser adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido.⁶⁶⁷

El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a un eventual dumping social puede constituir una razón imperiosa de interés general.⁶⁶⁸ Precisamente, la acción de la Comunidad implicaría tanto un mercado interior (art. 3.1 TCE como también un alto nivel de empleo y de protección social (art. 2 TCE);⁶⁶⁹ y por tanto “la Comunidad tiene no sólo una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social”⁶⁷⁰

Sin embargo, posteriormente analiza que las medidas de conflicto colectivo del caso no estarían justificadas en relación al objetivo de la protección de los trabajadores, puesto que existe un contexto nacional que se caracteriza por la ausencia de disposiciones suficientemente precisas y accesibles para que la empresa que desplaza trabajadores pueda determinar sus obligaciones.⁶⁷¹

Por ello entiende que los arts. 49 TCE y 3 de la Directiva se oponen a que una organización sindical pueda intentar obligar mediante una medida de conflicto colectivo consistente en el bloqueo de obras a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a negociar las cuantías de salario a abonar a los trabajadores desplazados y adherirse a un convenio colectivo que establecen cláusulas más favorables que las derivadas de las disposiciones legales.⁶⁷²

⁶⁶⁷ Apartado 101.

⁶⁶⁸ Apartado 103.

⁶⁶⁹ Apartado 104.

⁶⁷⁰ Apartado 105.

⁶⁷¹ Apartado 110.

⁶⁷² Apartado 111.

d) Análisis y alcance de la decisión.

En este caso, la aproximación que realiza el Tribunal de Justicia al conflicto sí parece decantarse por la prevalencia de las libertades económicas y en concreto respecto a la libre prestación de servicios frente al derecho de adopción de acciones colectivas.

Ciertamente, en la decisión del TJCE se desprende que las acciones colectivas llevadas a cabo por sindicatos constituyen un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, no exento de que puedan adoptarse restricciones. Por tanto, también hay cierta ponderación como muestra claramente en el apartado 91 de la sentencia donde razona que:

“aunque debe reconocerse que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede supeditarse a ciertas restricciones (...).”⁶⁷³

Pero siendo también cierto que alude a la libre prestación de servicios como libertad fundamental, y a la doble dimensión comunitaria, económica y social, el prisma que acoge para la resolución del conflicto es si las acciones colectivas estarían justificadas para tutelar la protección de los trabajadores como una razón imperiosa de interés público, esto es, de *mandatory requirement*.

De alguna manera, vuelven a existir dudas de que haya una equivalencia en el estatus de derechos y libertades económicas fundamentales. Dudas que se acrecientan con la solución que adopta el Tribunal en el sentido de interpretar que las medidas sindicales adoptadas son contrarias al Derecho comunitario, al no estar justificadas por una razón imperiosa de interés público.

El problema es que, en nuestra opinión, no hay una suficiente sustentación de la resolución de la ponderación. El derecho fundamental a la acción colectiva no sólo es un derecho fundamental reconocido en diversos instrumentos internacionales, y un principio general del Derecho comunitario, sino que también está reconocido como tal en la Constitución sueca, y esto debería haber motivado que el Tribunal optara por dar

⁶⁷³ Apartado 91 de la Sentencia en el asunto *Laval*, ya citada. La negrita es mía.

indicaciones pero dejara cierto margen de apreciación al juez nacional, en línea con lo que había hecho en la sentencia *Viking*.

Se trata de una sentencia muy criticada desde el Derecho del Trabajo argumentando que supone una restricción de los derechos sociales de los trabajadores, y además una intromisión en las políticas sociales muy vinculadas a la sensibilidad de los Estados miembros⁶⁷⁴ También ha recibido críticas desde los sindicatos europeos y aquellos que ven en la jurisprudencia del Tribunal un “excesivo peso de lo económico en el proceso de de integración europea” denunciando la legalización del *dumping* social en la Unión Europea.⁶⁷⁵

Ciertamente hay que reconocer algo muy positivo, como indica DE LA QUADRA SALCEDO el Tribunal de Justicia ha reconocido el derecho a la acción colectiva cuyo objetivo es evitar el *dumping* social como derecho fundamental dentro de los principios generales del Derecho comunitario, si bien en el caso concreto no estuviera justificada la medida colectiva adoptada.⁶⁷⁶

Además, y también es destacable, el Tribunal de Justicia realizó un *bilanciamento* o ponderación entre el derecho a la acción colectiva y los derechos derivados de la libre prestación de servicios, conforme al principio de proporcionalidad⁶⁷⁷, recordando la jurisprudencia de las sentencias *Schmidberger* y *Omega*;⁶⁷⁸ y también debemos añadir, *Viking*, y como en ésta última, en *Laval* también se refiere a la doble dimensión comunitaria, económica y social.

⁶⁷⁴ DURÁN LÓPEZ, F., “Libre prestación de servicios y condiciones de trabajo” 8 de abril de 2008, accesible en www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/115077.pdf

⁶⁷⁵ QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, “TJCE – Sentencia de 18.12.2007, *LAVAL*, C-341/05- libre prestación de servicios-desplazamiento de trabajadores-la supuesta legalización del *dumping* social en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario europeo*, nº. 31, 2008, p. 836; Estas críticas se pueden apreciar en las palabras de John Monks, Secretario General de ETUC, al Parlamento Europeo precisamente en la discusión que tuvo lugar sobre los efectos de *Viking* y *Laval*, el 28 de febrero de 2008:

⁶⁷⁶ Lo que sí critica DE LA QUADRA es la consideración de las acciones colectivas llevadas a cabo por sindicatos como obstáculos a las libertades comunitarias, en lugar de considerar que las restricciones serían responsabilidad de la omisión del Estado en línea con la sentencia *Comisión v. Francia* de 1997, puesto que esta línea jurisprudencial adoptada en *Laval* podría conducir a considerar que cualquier acción de particulares susceptible de limitar una libertad comunitaria estaría prohibida por el Tratado. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, “TJCE – Sentencia de 18.12.2007, *LAVAL*, C-341/05- libre prestación de servicios-desplazamiento de trabajadores-la supuesta legalización del *dumping* social en el interior de la Unión Europea”, op. cit., op. cit., 836 y 839.

⁶⁷⁷ Sobre el principio de proporcionalidad vid. HÖS, N., “The principle of proportionality in the *Viking* and *Laval* Cases: An appropriate standard of judicial review?”, *EUI Working Papers*, Law 2009/06.

⁶⁷⁸ Se puede acudir a este respecto a los párrafos 93 y 94 de la sentencia *Laval*:

93. “A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que **la protección de los derechos fundamentales constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías (...)**”

Sin embargo, esto no excluye que el resultado del *bilanciamento* o juicio de equilibrio se decante a favor de la libre prestación de servicios. Y a diferencia de *Viking*, no considera que deba ser el juez nacional el que decida si las medidas de conflicto colectivo eran adecuadas y no se disponía de otros medios menos restrictivos de la libertad de establecimiento para conseguir el éxito de la negociación colectiva;⁶⁷⁹ lo que no nos parece acertado. La solución adoptada en *Viking*, y propuesta por el Abogado General MADURO para *Laval* parece más respetuosa con la protección de los derechos fundamentales, todo y que garantizaría el mayor estándar de tutela posible a los mismos, pues la solución *Laval* deja en exclusiva en manos del Tribunal de Justicia la garantía de los derechos fundamentales cuando entran en conflicto con las libertades económicas.

2.3.4.3. LA TUTELA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ASUNTO C-271/08, COMISIÓN C. ALEMANIA.

Este es el primer asunto donde se resuelve un conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales, en este caso de carácter social, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, y por tanto la adquisición de fuerza vinculante de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

a) Planteamiento de los hechos.

En Alemania, dentro del marco de los esfuerzos para desarrollar un sistema de planes de pensiones de empleo capitalizado, se aprueba la *BetrAVG*, que regula la conversión de retribuciones salariales en aportaciones a planes de pensiones a instancia del trabajador. En base a dicha norma, la Confederación de organizaciones empresariales municipales y de servicios pactaron un convenio colectivo el 18 de febrero de 2003 que reconocía a los trabajadores de los servicios públicos municipales el derecho a la conversión de su retribución.

94. “Tal como declaro el Tribunal de Justicia en las sentencias Schmidberger y Omega, antes citadas, el ejercicio de los derechos fundamentales objeto de aquellos asuntos, a saber, las libertades de expresión y de reunión, en un caso, y el respeto de la dignidad humana, en el otro, no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado. **Este ejercicio debe conciliarse con las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y debe ser conforme con el principio de proporcionalidad (...)**” (La negrita es mía).

⁶⁷⁹ Apartado 87 de la Sentencia *Viking*.

El problema radicaría en que a diferencia de la *BetrAVG*, en el art. 6 del Convenio Colectivo (TV-EUmw/VKA), se designaba expresamente las entidades y empresas aseguradoras a las que se encomienda en exclusiva la ejecución de la conversión salarial establecida.⁶⁸⁰

Esta previsión, a ojos de la Comisión, se saltaba el procedimiento de adjudicación de contratos públicos previsto en la Directiva 92/50, y vulneraba los principios de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (arts. 43 y 49 TCE) por no llevar a cabo una licitación a escala europea de la adjudicación de la gestión de los planes de pensiones por parte de las administraciones locales y empresas municipales. El gobierno alemán entendía que las entidades municipales no podían ser consideradas como entidades adjudicatarias a los efectos de la normativa sobre contratación pública, teniendo en cuenta los compromisos derivados del convenio colectivo; y además los contratos entre dichos entes con las empresas gestoras de los planes de pensiones no serían contratos públicos, sino contratos individuales de trabajo, estando tutelados por la autonomía negocial del convenio colectivo.

La Directiva anterior fue sustituida por la Directiva 2004/18 que entró en vigor el 1 de febrero de 2006. La Comisión insistió en el incumplimiento de la normativa sobre adjudicación de contratos públicos, según la anterior Directiva hasta el 31 de enero de 2006, y según la nueva directiva desde el 1 de febrero de 2006. Directivas europeas, lo que motivó que la Comisión emprendiera una acción de incumplimiento contra el gobierno alemán.

El gobierno alemán mantuvo su postura, puesto que consideraba que los contratados de ejecución celebrados no eran contratos públicos, y estaban en el ámbito del Derecho de trabajo, que quedaban excluidos del ámbito de las Directivas.⁶⁸¹

La Comisión remitió finalmente un cuestionario sobre la justificación de la exclusión de la aplicación de las directivas, y entendió que no era así ante la respuesta alemana, lo que motivó la interposición del recurso.

⁶⁸⁰ En concreto preveía que la gestión del régimen de pensiones se atribuyera, en principio, a entidades públicas de previsión complementaria, si bien los empresarios municipales podían decantarse por una colaboración la Sparkassen Finanzgruppe o con aseguradoras municipales; permitiéndose también la celebración de convenios colectivos a escala regional que establecieran excepciones (apartado 21 de las Conclusiones de la Abogado General)

⁶⁸¹ Adjuntaron también un dictamen jurídico redactado por el Profesor Koenig y el Sr. Pfromm que añadía a dichas consideraciones que los umbrales establecidos en las Directivas no se habían alcanzado en cada caso por separado. Vid. Apartado 26 de las Conclusiones de la Abogado General.

b) Conclusiones de la Abogado General.

La Abogado General⁶⁸² plantea claramente que lo que se suscita es “la existencia y las consecuencias de un conflicto entre las obligaciones derivadas de las libertades fundamentales, por un lado, y el derecho de negociación colectiva y el derecho de autonomía negocial, por otro”⁶⁸³ teniendo en cuenta que estos derechos son principios generales del Derecho comunitario y por tanto “derechos sociales fundamentales” y tienen que compatibilizarse con las directivas sobre contratación pública, que concretizan la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.⁶⁸⁴

Las alegaciones fundamentales del Gobierno alemán era la falta de aplicabilidad de las Directivas al tratarse de contratos derivados de convenio colectivo, y abogando por una aplicación analógica de *Albany* y *Van der Woude*, que excluían el convenio colectivo de la aplicación de las normas de Derecho de la competencia, añadiendo que la aplicación de las directivas supondría un perjuicio para los empresarios del sector público frente a los del sector privado a la hora de seleccionar por convenio colectivo a las entidades gestoras del régimen de pensiones.⁶⁸⁵

c) Decisión del Tribunal de Justicia.

El Tribunal, en sentencia de 15 de julio de 2010,⁶⁸⁶ constata que el art. 6 del Convenio colectivo, con independencia de su finalidad social, tiene como consecuencia “excluir por completo y por tiempo indefinido la aplicación de las normas contenidas en las Directivas 92/50 y 2004/18 en el ámbito de los planes de pensiones de los trabajadores municipales”.⁶⁸⁷ Analiza las alegaciones del gobierno alemán: la de que este artículo permite la implicación de los trabajadores y obtener para sus intereses unas condiciones más favorables que mediante un procedimiento de adjudicación para cada empresa municipal, rechazándola porque sería posible la conciliación de dichos intereses con los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, que pueden imponer a los licitadores condiciones acordes a dichos intereses;⁶⁸⁸ que las ofertadas de las entidades y empresas que contempla el art. 6 se basan en el principio de solidaridad,

⁶⁸² Conclusiones de la Abogado General Verica TRSTENJACK presentadas el 14 de abril de 2010.

⁶⁸³ Apartado 3.

⁶⁸⁴ Apartados 3 y 4, vid supra.

⁶⁸⁵ Apartado 37 de las Conclusiones

⁶⁸⁶ Sentencia de 15 de julio de 2010, *Comision c. Alemania*, C-271/08.

⁶⁸⁷ Apartado 53.

⁶⁸⁸ Apartados 54-56.

no realizando ninguna selección de candidatos por criterios médicos, y la rechaza considerando que se pueden mantener estos elementos de solidaridad con la aplicación del procedimiento de adjudicación de contratos, pudiendo exigir dicho procedimiento el espanto a dichas condiciones solidarias para evitar una selección por criterios médicos;⁶⁸⁹ la experiencia y solidez financiera de las entidades y empresas mencionadas en el art. 6 y que su selección hace atractiva la conversión salarial para los trabajadores de la función pública municipal, pero como indica el Tribunal las directivas permiten la comprobación por parte de las entidades adjudicatarias de la capacidad profesional y financiera de los licitadores, y por otro lado, no cabe suponer que como regla general les falte a los que no constan en el art. 6, además de que las empresas privadas que ofrecen seguros de grupo así como los fondos de pensiones de empleo están sujetos a normas de supervisión prudencial para garantizar su solidez financiera.⁶⁹⁰

Constata además el Tribunal que algunas empresas municipales han utilizado el art. 6 para adjudicar directamente contratos de seguros a empresas diferentes a las mencionadas el dicho artículo, sin que esto aparentemente haya mermado el interés social,⁶⁹¹ que permite que los empresarios municipales eviten tener que recurrir a un procedimiento individual de selección de entidad, y los precios exigidos por las entidades contempladas son módicos, pero éstas consideraciones no pueden justificar la exclusión de los procedimientos de adjudicación.⁶⁹²

Tras el rechazo de las alegaciones efectuadas por el Gobierno alemán, el Tribunal de Justicia razona que “el cumplimiento de las Directivas en materia de contratos públicos de servicios no resulta incompatible con la consecución del objetivo social perseguido por las partes (...) al ejercer su derecho a la negociación colectiva”⁶⁹³;

⁶⁸⁹ Apartados 57 y 58.

⁶⁹⁰ Apartados 59-62.

⁶⁹¹ Apartado 63.

⁶⁹² Apartados 64 y 65.

⁶⁹³ Apartado 66.

Además, si bien se admitía que estábamos ante contratos de seguro celebrados por escrito, el gobierno alemán había discutido también la aplicabilidad de las directivas sobre contratos públicos alegando que estábamos ante contratos que carecían del carácter de oneroso, y que en todo caso, estaban dentro de la excepción de los contratos laborales y de trabajo (apartados 68 a 78); sin embargo, el Tribunal de Justicia considera que sí estamos ante contratos de carácter oneroso y público, en la medida en que el empresario municipal ingresa a la entidad o empresa primas deducidas de los salarios, no siendo suficiente que los beneficiarios finales sean los trabajadores, y es un contrato celebrado entre un empresario y una compañía aseguradora (apartados 79 a 81).

A continuación se resuelve el tema del valor del contrato y de los umbrales, puesto que el gobierno alemán cuestionaba la exactitud del método de cálculo seguido por la Comisión para determinar el volumen y el número de trabajadores para considerar que se habían superado los umbrales para la aplicabilidad de la Directiva, dando el Tribunal sancionando los métodos de cálculo utilizados por la Comisión (apartados 83 a 104 de la Sentencia).

y concluye que la República Federal de Alemania había incumplido las obligaciones derivadas de las directivas.⁶⁹⁴

d) Análisis y alcance de la decisión.

Estamos ante un nuevo conflicto entre los derechos sociales y las libertades económicas fundamentales, en el que el Tribunal de Justicia vuelve a ponderar y realizar un *bilanciamento* o ponderación entre ambas categorías en juego, en línea con las sentencias *Viking* y *Laval*.

Además se ha vuelto a insistir en que en la resolución del conflicto prevalecerían las libertades económicas frente a los derechos sociales fundamentales en línea con las sentencias *Viking* y *Laval*, en lo que se ha convertido en una constante crítica sindical.⁶⁹⁵

En su momento, razonamos que no era así en la resolución del caso *Viking*, aunque sí en *Laval*. De todas formas, hay que apuntar que en esta sentencia una singularidad. Mientras en *Viking* o *Laval*, se plantean dos cuestiones prejudiciales, aquí el Tribunal de Justicia debe resolver un recurso por incumplimiento interpuesto por parte de la Comisión Europea.

Esto es importante porque cuando estudiamos la sentencia *Laval* argumentamos que la opción, conecta a nuestro entender, hubiera sido seguir los criterios utilizados en *Viking*, y dejar la decisión última sobre la proporcionalidad y adecuación de las medidas restrictivas aplicadas, y por tanto respecto a la resolución del conflicto, al juez nacional competente.

No obstante, esto no cabe en un caso como el resuelto aquí, pues al tratarse de un recurso de incumplimiento el Tribunal de Justicia tiene que emitir una decisión sobre

⁶⁹⁴ Apartado 105 de la Sentencia.

⁶⁹⁵ Así, el secretario general de la Confederación Europea de Sindicatos (CES) ha declarado que *This is another damaging judgement for social Europe. The application of economic freedoms makes no sense at a time where, more than ever, practical solutions need to be found for the sustainability of pensions throughout Europe. This judgment ignores the public authorities' independence when they are acting as employers. More worryingly, it also confirms the supremacy of economic freedoms over fundamental social rights. The dark series initiated by the Viking and Laval cases is far from being over. The ETUC renews its calls for urgent action by the European authorities to confirm that the EU is not just an economic project but has as its main objective the improvement of living and working conditions of its populations, and that the concept of social progress is of fundamental importance for keeping the support of Europe's citizens and workers for the European project. The ETUC is pressing the case for a social progress clause in the EU Treaties to underline this point.* Declaraciones accesibles en www.etuc.org/a/7521.

las medidas estatales, y decidir si condena o no al Estado. En este caso las considera desproporcionadas y condena al Estado miembro.

Como también ocurrió en las sentencias *Viking* y *Laval* se planteaba la no aplicabilidad de las libertades económicas fundamentales, y por tanto, de las reglas del mercado interno al Derecho del trabajo, en base a que en *Albany* se había dejado fuera de la aplicación de las normas del Derecho de Competencia de la Unión.

Hay que tener en cuenta que con esta sentencia, queda constatada la aplicabilidad de la normativa sobre contratos públicos a los contratos que lleven a cabo las entidades municipales y públicas, incluso cuando se trate de contratos celebrados en aplicación de convenios colectivos, como es el caso de la adjudicación de la gestión de planes de pensiones de los empleados municipales.

2.3.4.4. LA TUTELA DE LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES.

Vamos a tratar aquí los asuntos C-346/06, *Rüffert*; C-319/06, *Comisión c. Luxemburgo*; y C-415/08, *Santos Palhota*.

Como hemos comentado, mientras en los asuntos C-438/05, *Viking*; C-341/05, *Laval*; y C-271/08, *Comisión c. Alemania*, previamente estudiados, podemos identificar conflictos entre la libre prestación de servicios y derechos sociales o derechos laborales-colectivos; en estos asuntos la cuestión a resolver es más bien si la protección de los trabajadores o de sus derechos puede justificar o no una restricción a la libre prestación de servicios, pero no hay una colisión en sentido estricto entre ésta libertad de mercado con derechos sociales fundamentales.

2.3.4.4.1. ASUNTO C-346/06, RÜFFERT.⁶⁹⁶

a) Planteamiento de los hechos.

Tras una licitación, el Land Niedersachsen adjudicó en 2003 a la empresa “Objekt und Auregie” un contrato de obras de estructura para la construcción de un establecimiento penitenciario. Dentro del contrato estaba el compromiso de observar los convenios colectivos, y más en concreto de pagar a los trabajadores empleados en la obra, como mínimo el salario vigente en el lugar de ejecución, incluyendo dentro de dicha obligación de forma indirecta los casos de subcontratación. La empresa licitadora

⁶⁹⁶Asunto C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*.

subcontrató la ejecución de la obra, y surgieron sospechas de utilización de personal con unas menores prestaciones económicas, y el Land resolvió el contrato celebrado y penalizó a la empresa licitadora, que recurrió a los tribunales.⁶⁹⁷

Es en apelación, tras la demanda infructuosa en primera instancia, cuando se plantea la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para considerar si la imposición como obligación legal a la entidad adjudicataria del compromiso de pago a los trabajadores de como mínimo la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar en que deben respetarse los servicios, constituye una restricción injustificada a la libre prestación de servicios⁶⁹⁸

b) Conclusiones del Abogado General.

El Abogado General Yves BOT razonó que no podía entenderse que la Directiva y el art. 43 del TCE implicara la prohibición de las medidas adoptadas, puesto que “la Directiva 96/71 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a una medida como la controvertida en el litigio principal.”⁶⁹⁹

Entendía el Abogado General que si bien se trataba de una restricción a la libre circulación de servicios, esta restricción estaría justificada por el objetivo de la protección de los trabajadores;⁷⁰⁰ considerando en definitiva que “las disposiciones controvertidas de la Ley del Land son apropiadas para garantizar la consecución de los objetivos consistentes en proteger a los trabajadores y prevenir el dumping social y que no van más allá de lo necesario para lograrlos”⁷⁰¹

c) Decisión del Tribunal de Justicia.

En la sentencia de 3 de abril de 2008 que resuelve el caso, el Tribunal de Justicia, se apartó de las conclusiones del Abogado General.⁷⁰²

En primer lugar, realizó un interesante análisis de la naturaleza jurídica del convenio colectivo al que se vinculaba a la empresa adjudicataria, entendiendo que no

⁶⁹⁷ Vid. Apartados 10 y 11 de la sentencia *Rüffert*, op. cit.

⁶⁹⁸ Apartado 16 de la sentencia *Rüffert*, op. cit.

⁶⁹⁹ Conclusiones del Abogado General Yves BOT presentadas el 20 de septiembre de 2007, asunto C-346/06, apartado 65.

⁷⁰⁰ Apartados 106 y ss.

⁷⁰¹ Apartado 114.

⁷⁰² Sentencia de 3 de abril de 2008, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*, C-346/06.

podía ser considerado como un convenio colectivo “de efecto general en todas las empresas similares”.⁷⁰³

Además, consideraba que el art. 3.7 de la Directiva 96/71⁷⁰⁴ no legitima al Estado para supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de las condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima.⁷⁰⁵

Por ello concluye que la Directiva 96/71 interpretada de conformidad como el art. 49 TCE se opone en una situación como la planteada a una medida de carácter legal adoptada por una autoridad de un Estado miembro que exija a una entidad designar como adjudicatarios de contratos públicos de obras, únicamente a las empresas que en la licitación se comprometan por escrito a pagar a sus trabajadores, como contraprestación como mínimo, la retribución prevista en el convenio colectivo aplicable en el lugar de ejecución de la obra.⁷⁰⁶

d) Análisis y alcance de la decisión.

Las críticas vertidas sobre la sentencia han insistido en que coloca en un peldaño superior a la libertad de establecimiento frente a los derechos sociales;⁷⁰⁷ que, de alguna manera, seguiría el espíritu de la Directiva *Bolkestein*;⁷⁰⁸ y en definitiva, se pondría en tela de juicio “la idea de que los Estados tienen amplios espacios de discrecionalidad”.⁷⁰⁹

⁷⁰³ Apartado 28.

⁷⁰⁴ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

⁷⁰⁵ Apartados 32 y 33.

⁷⁰⁶ Apartado 43 y parte dispositiva de la sentencia *Rüffert*.

⁷⁰⁷ En este sentido, FALGUERA i BARÓ afirma: “En la sentencia reacia en el asunto *Rüffert* prácticamente no aparece ninguna referencia al interés general y a los derechos de los trabajadores como elemento justificador de la limitación del derecho a la libertad de establecimiento.

(...) la libertad de establecimiento (...) se sitúa un peldaño más arriba que los derechos sociales. Los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, por tanto, no pueden afectar a ese sacrosanto derecho comunitario. Algo que suena muy viejo: se asemeja a la criminalización de las instituciones colectivas del protoderecho del Trabajo a lo largo del siglo XIX, por ser contrarias a la libertad de contratación.” Vid. FALGUERA i BARÓ, M.A., “*Rüffert*: Siguiendo los pasos de *Bolkestein*”*Rüffert*: Siguiendo los pasos de *Bolkestein*”, www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/115075.pdf, p. 5.

⁷⁰⁸ Directiva 123/2006/CE, de 28 de diciembre. Es notoria la polémica suscitada por la elaboración de esta Directiva. Para un estudio de las implicaciones de esta Directiva para los derechos sociales vid. MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Construyendo la Europa Social: claroscuros de la Directiva *Bolkestein*”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 15, 2008, www.iustel.com; QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, “*Quo Vadis, Bolkestein?* ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, pp. 237-280.

⁷⁰⁹ Y añade RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER “no solo en la determinación del núcleo de normas mínimas en desarrollo del art. 3 sino también en la ampliación más allá de ese núcleo de otras normas «inderogables», como orden público social impuestos a los contratos de trabajo de los

Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que a diferencia de *Viking y Laval*, en esta sentencia no se plantea por parte del Tribunal de Justicia la resolución de un conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales. No hay ponderación entre dichas categorías, pero esto es así porque no se considera que propiamente intervenga un derecho fundamental como causa justificativa de la restricción de la libertad de mercado. Es decir, no hay propiamente un conflicto directo entre libertades económicas y derechos fundamentales.

Por ello, el planteamiento que se hace, tanto en las Conclusiones del Abogado General, como también en la sentencia es verificar si la protección de los trabajadores puede justificar o no la restricción aplicada. En este caso se trataba de la imposición, como condición en la adjudicación de contratos, de un compromiso de ofrecer los salarios establecidos en el convenio colectivo aplicable al lugar de realización de la actividad.

Desde luego, cabe plantearse las razones de que no se plantee en términos conflictuales, como también ocurrió en la sentencia *Comisión c. Francia*. En aquella ocasión, el gobierno francés no argumentó la tutela de los derechos fundamentales, y en concreto del derecho de reunión y manifestación por parte de los agricultores franceses; en esta ocasión, el gobierno alemán no argumenta la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, sino sólo la protección de los mismos para evitar el *dumping social*. Ahora bien, ¿existe en este caso un derecho fundamental implicado? Parece que no, al menos de forma directa.

2.3.4.4.2. ASUNTO 319/06, COMISIÓN C. LUXEMBURGO.⁷¹⁰

En la misma línea que *Rüffert* encontramos este asunto, si bien aquí a diferencia de la primera, no estamos ante el planteamiento de una cuestión prejudicial, sino ante un recurso por incumplimiento del Derecho comunitario interpuesto por la Comisión Europea.

trabajadores desplazados, también para salvaguardar valores propios de la tutela del trabajo e, incluso, para la evitación de abusos de la libertad de prestación de servicios con fines de *dumping social*”, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “El caso *Rüffert*: ¿una constitucionalización del *dumping social*?”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2008, pp. 83-113.

⁷¹⁰ Asunto C-319/06, *Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo*.

a) Planteamiento de los hechos.

Se trataba de resolver un recurso interpuesto por la Comisión Europea frente al Gran Ducado de Luxemburgo por incumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 3 apartados 1 y 10 la Directiva 96/71/CE⁷¹¹ y de los arts. 49 y 50 TCE por las condiciones que se imponían a las empresas establecidas en otro Estado miembro para que desplazaran a sus trabajadores a Luxemburgo, en la Ley de 20 de diciembre de 2002 del que adaptaba su ordenamiento jurídico interno a la mencionada directiva.

De nuevo la protección de los trabajadores frente a la libre prestación de servicios. Las cuestiones discutidas eran que la ley luxemburguesa declaraba como imperativas una serie de regulaciones nacionales, que se convertían así de obligado cumplimiento para los prestadores de servicios que desplacen trabajadores a Luxemburgo,⁷¹² amparándose en el art. 3.10 de la Directiva, que dotaba a los Estados miembros cierto margen.⁷¹³ También se discutían otras cuestiones como la adaptación incompleta de la Directiva, los requisitos establecidos en el art. 7.1 de la ley por falta de la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica; y la exigencia de conservar en Luxemburgo una serie de documentos para su control en el art. 8 de la misma ley.

⁷¹¹ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

Los apartados primero del art. 3 establecía:

“Los Estados miembros velarán por que, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas mencionadas (...) garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo relativas a las materias siguientes que, en el Estado miembro donde se efectúe el trabajo, estén establecidas:

- por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o
- por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general (...)

El El apartado 10 de la Directiva establecía que la misma “no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados (...) condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público”.

⁷¹² En concreto, el art. 1 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 consideraba como disposiciones de orden público nacional “todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como las que se deriven de convenios colectivos declarados de obligación general o de un laudo arbitral con un ámbito de aplicación similar al de los convenios colectivos de obligación general (...)” relativas a una serie de cuestiones como el contrato de trabajo, el salario, la duración del trabajo, el descanso semanal, las vacaciones pagadas, a los convenios colectivos, etc.

⁷¹³ El apartado 10 de la Directiva establecía que la misma “no impedirá que los Estados miembros, de conformidad con las disposiciones del Tratado, impongan a las empresas nacionales y a las empresas de otros Estados (...) condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas de las enumeradas en el párrafo primero del apartado 1, en la medida en que se trate de disposiciones de orden público”.

b) Conclusiones de la Abogado General.

La Abogado General TRSTENJAC⁷¹⁴ entendió que Luxemburgo había incumplido sus obligaciones por la cuatro alegaciones de la Comisión, puesto que los puntos 1, 8, 11 y 1 del art. 1.1 de la Ley de 20 de diciembre de 2002 superaba lo permitido por la Directiva, que además había adaptado de forma incompleta; y había establecido una serie de requisitos en el art. 7.1 de la ley que no tenían la claridad necesaria para garantizar la seguridad jurídica, así como la exigencia del art. 8 de la ley de que se conserven en Luxemburgo documentos necesarios para el control, esto incumplía sus obligaciones comunitarias.

Pero la cuestión clave es la consideración del concepto de orden público como “concepto autónomo de Derecho comunitario”, de tal manera que no sería concretable libremente por parte de uno o algunos Estados miembros, y por tanto su uso estaría sujeto al control del TJCE.⁷¹⁵

c) Decisión del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia, en sentencia de 19 de junio de 2008,⁷¹⁶ acoge las propuestas de la Abogado General, y condena al Gran Ducado de Luxemburgo por incumplimiento de sus obligaciones.

Considera que dicho incumplimiento se deriva, en primer lugar, de haber declarado como disposiciones de orden público los puntos 1, 2, 8 y 11 del art. 1.1. de la Ley 20 de diciembre de 2002.

Y es que “la reserva de orden público constituye una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, que debe ser interpretada de forma restrictiva y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros”⁷¹⁷ y razona que si bien el Derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación o los convenios colectivos a cualquier persona que trabaje en su territorio aunque sea temporalmente, “tal facultad está supeditada al requisito de que los

⁷¹⁴ Conclusiones de la Abogado General Verica TRSTENJAC, presentadas el 13 de septiembre de 2007, asunto C-319/06.

⁷¹⁵ Así se expresa en el apartado 42 de las Conclusiones donde razona que este concepto “debe definirse de forma autónoma y no inspirándose en un ordenamiento jurídico nacional o en varios de ellos (...) de manera que los Estados miembros no podrán determinar su alcance unilateralmente sin sujeción al control de las instituciones de la Comunidad” si bien “esto no excluye la posibilidad de que circunstancias especiales justifiquen la invocación del concepto del orden público, de manera, que, bajo ciertas condiciones, debe concederse a los Estados miembros un cierto margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado”.

⁷¹⁶ Sentencia de 19 de junio de 2008, *Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo*, asunto C-319/06.

⁷¹⁷ Apartado 30

trabajadores afectados (...) no gocen ya de la misma protección, o de una protección esencialmente comparable”⁷¹⁸ y la libre prestación de servicios sólo podría limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general.⁷¹⁹

También condena a Luxemburgo por la adaptación incompleta a su ordenamiento interno de la Directiva, la falta de seguridad jurídica por los requisitos del art. 7.1 de la Ley de 20 de diciembre de 2002; y por la obligación de conservar los documentos necesarios para la labor inspectora del art. 8 de la ley.⁷²⁰

d) Análisis y alcance de la decisión.

Esta sentencia no ha sido tan tratada en la doctrina académica como las anteriores, si bien también se ha hecho eco de la misma.⁷²¹

Como también ocurre en *Rüffert*, tampoco encontramos aquí un *bilanciamento* o ponderación entre libertades económicas y derechos fundamentales, puesto que no habría tampoco un conflicto directo entre libertades económicas y derechos fundamentales, sino entre las libertades económicas y el objetivo de la protección de los trabajadores y lo que éste objetivo puede justificar para restringir a las anteriormente citadas.

Si bien se ha entendido que el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE es en principio una norma de mínimos,⁷²² se ha sustentado que el TJCE realiza una interpretación como si fuera una norma de máximos, y no de mínimos, de tal manera que el art. 3.10 debería interpretarse de forma restrictiva como excepción a la libre prestación de servicios, y

⁷¹⁸ Apartado 42

⁷¹⁹ Apartado 43

⁷²⁰ Entiende el Tribunal de Justicia que no se puede exigir a las empresas que desplazan trabajadores que conserven los documentos en territorio luxemburgés porque no ha aportado ningún elemento que apoye la tesis de que sólo la conservación de los mismos permitiría la labor inspectora (apartados 91 y siguientes).

⁷²¹ BARNARD, C., “The UK and Posted Workers: The Effect of Comisión v Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law: Case C-319/06 Commission v Luxembourg, Judgment 19 June 2008”, *Industrial Law Journal*, v. 38, nº 1, 2009, pp. 122-132; KREBBER, S., “Case C-319/06, Commission v. Luxemburg, Judgment of the Court (First Chamber) of 19 June 2008, [2008] ECR I-4323, *Common Market Law Review*, v. 46, pp. 1725-1735; BONNECHÈRE, M., “La production des Courts européennes en droit social: éléments de réflexion”, *Le Droit Ouvrier*, nº 724, 2008, p. 53; SCIARRA, S., “Derecho del trabajo y Derecho social europeo: balance y retos futuros”, *Gaceta Sindical Reflexión y Debate*, nº 11, 2008, pp. 59 ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “El caso...”, op. cit., p. 105; PALLINI, M., “La tutela dell’ “ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE”, en <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=238>; GIUBBONI, S., “Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie”, <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=213>; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, op. cit., pp. 104 y ss.

⁷²² Vid. CASAS BAAMONDE, M. E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 17 y ss.

que nunca antes se había aplicado con tanta claridad una prevalencia de las libertades económicas fundamentales frente a los derechos de acción sindical.⁷²³

Ciertamente, lo que se extrae de la sentencia es que lo dispuesto en el art. 3.10 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se pueden reconocer condiciones de trabajo que excedan las normas imperativas a las que hace referencia, con un concepto estricto de orden público, y cuyo alcance no puede ser determinado por los Estados miembros de forma unilateral.

La conclusión lógica es que la prestación temporal de servicios en un Estado miembro distinto al de la sede de la empresa prestadora de servicios implicará la prevalencia en la aplicación de la normativa del país de origen, si bien en virtud de la jurisprudencia.⁷²⁴

Pero en nuestra opinión no hay enfrentamiento entre libertades económicas y derechos fundamentales. Como hemos comentado, la cuestión a resolver es si la protección de los trabajadores como objetivo de orden público puede implicar la imposición de la normativa laboral y los convenios colectivos a los trabajadores desplazados. No se cuestiona si los derechos sociales laborales fundamentales de estos trabajadores puedan implicar restricciones a las libertades económicas. En otras palabras, hubiera sido distinto si estuviéramos hablando de acciones colectivas o del derecho de huelga de estos trabajadores, y no de meras garantías sociales, puesto que entonces sí que se plantearía un supuesto más similar con el que se planteó en las sentencias *Viking* y *Laval*.

2.3.4.4.3. ASUNTO C-515/08, SANTOS PALHOTA.

Este asunto, de reciente resolución es relevante en cuanto que es el Tribunal de Justicia debe resolverlo sobre la protección de los trabajadores como límite a las libertades del mercado, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

⁷²³ LANDA ZAPIRAIN, J.P., y MORENO MARCOS, M., “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos con el respeto a las libertades fundamentales en el mercado interior comunitario [Comentario a las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (A. Viking) y de 18/12/2007 (A. Laval)]”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 77, 2008, p. 93.

⁷²⁴ LANDA ZAPIRAIN y MORENO MARCOS entienden que “se puede estar reintroduciendo por vía judicial” esta cuestión cuando no se prevé de forma expresa en la Directiva. LANDA ZAPIRAIN, J.P., y MORENO MARCOS, M., “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos con el respeto a las libertades fundamentales en el mercado interior comunitario [Comentario a las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (A. Viking) y de 18/12/2007 (A. Laval)]”, op. cit., p. 37

Sin embargo, en este asunto, igual que ocurre en *Rüffert* o en *Comisión c. Luxemburgo*, no estamos propiamente ante un conflicto entre derechos sociales fundamentales y la libre prestación de servicios, sino ante la protección de los trabajadores como objetivo que permitiría restringir dicha libertad.

a) Planteamiento de los hechos.

La sociedad “Termiso” desplazaba de forma periódica soldadores y montadores portugueses a una obra naval de Antwerp Shiprepair NV para llevar a cabo trabajos en buques. En un control que llevaron a cabo las autoridades belgas el 12 de julio de 2004, se constató que un número considerable de trabajadores portugueses de la empresa Termiso trabajaban sin que se hubiera realizado una declaración previa de desplazamiento sobre los mismos, y el capataz no pudo presentar ningún documento salarial portugués.

Las autoridades entendieron que se había vulnerado la Ley belga de 5 de marzo de 2002 y la Directiva 96/71, y debían aplicar el Derecho social belga sobre documentos sociales, con lo que incurrirían en una serie de infracciones relevantes como la falta de elaboración de la cuenta individual respecto de los 53 trabajadores sobre salario mínimo y remuneración de horas extraordinarias, por lo que se entabló una acción judicial.

Sin embargo, el órgano jurisdiccional competente consideró que el fondo del asunto, esto es, la aplicación de la legislación social belga, requería determinar si la Ley belga de 5 de marzo de 2002 (puesto que su falta de observancia era lo que implicaba la aplicabilidad de la legislación social belga) era compatible con el Derecho de la Unión Europea, y en concreto con los arts. 56 y 57 del TFUE, al imponer a los empleadores extranjeros que deseen desplazar trabajadores la obligación de remitir previamente una declaración de desplazamiento al Servicio de vigilancia social y tener a disposición documentos equiparables a la cuenta individual o a la liquidación de salarios belgas, impidiendo o dificultando el acceso al mercado laboral belga.

b) Conclusiones del Abogado General.

En las Conclusiones, CRUZ VILLALÓN,⁷²⁵ considera que estamos ante un problema similar al que se había suscitado en *Arblade*, pero en un contexto diferente, tras “un importante desarrollo en la jurisprudencia de la Unión en materia social” que

⁷²⁵ Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro CRUZ VILLALÓN, presentadas el 5 de mayo de 2010, asunto C-515/08.

“ofrece la oportunidad de esclarecer si la constatación de que la Unión también persigue un fin social, tal como declaró el Tribunal de Justicia en sus sentencias Viking Lane y Laval un Patneri y tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tiene algún impacto en la doctrina asentada en Arblade”.⁷²⁶

Tras llevar a cabo un análisis de la legislación belga aplicable, considera que los arts. 56 y 57 del TFUE deben interpretarse en el sentido de oponerse a que una legislación nacional subordine el desplazamiento de trabajadores y el comienzo efectivo de la actividad de servicios a una certificación de recepción y conformidad de una declaración en un plazo de cinco días, que exigía la legislación belga; así como también a la obligación de conservación de ciertos documentos equivalentes a los del Estado de acogida tras el cese del desplazamiento efectivo de los trabajadores, y la obtención de documentos del Estado de acogida en los desplazamientos temporales de trabajadores de una duración superior a seis meses.⁷²⁷

Sin embargo, no considera contrario al Derecho de la Unión Europea que un régimen nacional pueda exigir la presentación de ciertos documentos del país de establecimiento como serían en el caso planteado la cuenta individual y la hoja de salarios belga que sean equivalentes a los del Estado de destino.⁷²⁸

c) Decisión del Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia recuerda su doctrina conforme a la cual las razones imperativas de interés general pueden justificar una restricción a la libertad de prestación de servicios; estando dentro de las mismas la protección de los trabajadores (*Arblade*, *Finalarte*, y *Comisión c. Luxemburgo*)⁷²⁹; así como las medidas de control necesarias para comprobar el respeto de dichas exigencias de interés general (*Arblade*).⁷³⁰

Tas el examen de dichas medidas, constata que los arts. 56 y 57 TFUE se opondrían a una normativa que obligara a un empleador en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio de otro, a enviar una declaración previa de

⁷²⁶ Apartado 3 de las Conclusiones.

⁷²⁷ Apartado 93 de las Conclusiones.

⁷²⁸ Apartado 93 de las Conclusiones.

⁷²⁹ Apartado 47.

⁷³⁰ Apartado 48.

desplazamiento, en la medida en que el mismo se subordine a una notificación de registro de la declaración.⁷³¹

Pero, en cambio, no se opondrían a que se obligue a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplace trabajadores a otro, a “tener a disposición de las autoridades nacionales de éste, durante el período de desplazamiento, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación” y “a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período”;⁷³² pues estas medidas son proporcionadas en relación al objetivo de la protección de los trabajadores.⁷³³

d) Análisis y alcance de la decisión.

Evidentemente, no estamos ante un conflicto entre un derecho fundamental y una libertad de mercado, sino de nuevo ante la protección de los trabajadores como medida que podría justificar una restricción a las libertades económicas por parte de los Estados miembros, en línea con los casos resueltos en *Rüffert* y *Comisión c. Luxemburgo*.

Este caso en concreto tiene un mayor interés al referirse ya al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) pues se resuelve el caso tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

En este sentido, son muy sugestivas las palabras expuestas por el Abogado General CRUZ VILLALÓN, en el sentido de que tras el Tratado de Lisboa estábamos ante la oportunidad de concretar la dimensión social de la Unión Europea.

Pero más interesante si cabe es que el Tribunal de Justicia termina dando una respuesta mucho más beneficiosa para la protección de los trabajadores que la propuesta por el Abogado General, de tal manera que considerada proporcional y ajustado que un Estado miembro, en aras de la protección de los trabajadores, exija tener a disposición de las autoridades nacionales durante el período de desplazamiento de trabajadores, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación nacional, e incluso el envío de una copia a estas autoridades al término

⁷³¹ Apartado 61.

⁷³² Apartado 61.

⁷³³ Apartado 60.

de este período;⁷³⁴ pues estas medidas son proporcionadas en relación al objetivo de la protección de los trabajadores.⁷³⁵

Por ello, y a falta de que la doctrina se pronuncie sobre esta sentencia, se puede constatar que la protección de los trabajadores ha cobrado una mayor relevancia en el seno de la Unión Europea, y que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia puede evolucionar en *pro* de la misma para que sirva como justificación a la restricción de las libertades del mercado europeo.

⁷³⁴ Apartado 61.

⁷³⁵ Apartado 60.

**CAPÍTULO 3: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LOS ESTADOS MIEMBROS
COMO LÍMITES A LA INTEGRACIÓN EUROPEA.**

CAPÍTULO 3: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ESTADOS MIEMBROS COMO LÍMITES A LA INTEGRACIÓN EUROPEA.

En el capítulo 1 estudiamos la evolución de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, y tratamos tanto la tutela ejercida por parte del Tribunal de Justicia, como también la formalización de dicha protección a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; para posteriormente analizar la relación entre libertades económicas y derechos fundamentales. En el capítulo 2 nos centramos ya en los conflictos entre ambas categorías (libertades económicas y derechos fundamentales) y la resolución de los mismos por parte del Tribunal de Justicia.

Sin embargo, esta resolución de los conflictos por parte del Tribunal Justicia puede plantear ciertos problemas desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional si en la misma el Tribunal de Justicia no es lo suficientemente garantista con los derechos fundamentales. En otras palabras, si la resolución del conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales se resuelve a favor de las libertades económicas y en detrimento de los derechos fundamentales, puede suceder que la palabra del Tribunal de Justicia no sea la última y no ponga fin al conflicto.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia concibe el Derecho de la Unión como un ordenamiento autónomo que se rigen por una serie de principios donde destacan los principios de primacía y eficacia directa del mismo respecto del Derecho nacional de los Estados miembros.⁷³⁶ Sin embargo, la autoridad formal que puede revestir el Derecho de la Unión Europea en los sistemas jurídicos nacionales va a depender, en gran medida, de las características de cada ordenamiento nacional, y de la relación que exista entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales o supremos nacionales.⁷³⁷

Como vamos a ver, la asunción del principio de primacía del Derecho comunitario no ha sido uniforme en todos los Estados miembros, que ha quedado condicionada, en muchos de ellos, por la protección de los derechos fundamentales

⁷³⁶ Sentencias de 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, asunto C-26/62; y de 15 de julio de 1964, *Costa c. Enel*, asunto C-6/64.

⁷³⁷ En este sentido, la autoridad formal del Derecho de la Unión dependerá de la forma en que la doctrina del principio de primacía es asumida en los Estados miembros. Vid. CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law: Text and Materials*, 2ª edición, op.cit. p. 189.

como parte de un núcleo constitucional que los tribunales constitucionales o supremos están llamados a salvaguardar en el ámbito de sus competencias. Así, algunos han entendido que cuando una norma comunitaria infringe un principio fundamental de su sistema constitucional o un derecho fundamental, tienen la competencia para decidir que norma o principio prevalece en el conflicto.

Esta doctrina jurisprudencial de origen italiano, ha sido denominada como “contralímites”, consecuencia de entender que la primacía del Derecho comunitario constituye un límite a la eficacia del Derecho constitucional nacional, y éstos se opondrían a dicha primacía; aunque también se les ha llamado “reservas constitucionales”.⁷³⁸

Y se ha expandido en la jurisprudencia de los altos tribunales de los Estados miembros para garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales y principios reconocidos en sus respectivas cartas magnas, y nos interesa estudiar si puede incidir y

⁷³⁸ El uso del término de “contralímites” se justifica al ser el primero en aparecer, usado por la Corte Constitucional italiana en *Frontini*, y posteriormente por una extensa doctrina, por ejemplo: CELOTTO, A., GROPPI, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMPES, P. (dir), *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, Tirant lo blanch, Valencia 2005; ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, *Yearbook of European Law*, 2008, pp. 65-87.

Todo ello sin perjuicio de que se hayan utilizado otros términos para identificar la misma doctrina, por ejemplo “reservas de constitucionalidad” (LÓPEZ BASAGUREN, A., “¿Réquiem por la Constitución? El Ordenamiento constitucional en la integración comunitaria”, *Civitas Europea*, nº 2, 1999, pp. 6-28); “límites internos a la integración” (ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., p. 260); o “reticencia nacional” (DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 33).

La doctrina de los contralímites es una doctrina jurisprudencial construida por el Tribunal Constitucional italiano, a partir de la sentencia *Acciaierie San Michele v. CECA* (Corte Costituzionale Italiana, nº 98/1965) donde la anuncia, y que se concreta en *Frontini* (Corte Costituzionale Italiana, nº 183/1973) y se confirma en las sentencias *Granital* (Corte Costituzionale Italiana, nº 170/1984); y *Fragd* (Corte Costituzionale Italiana, nº 232/1989). La Corte constitucional italiana entiende que la limitación de la soberanía del Estado derivada de la transferencia de competencias las Comunidades Europeas, incluidas las atribuciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia, no podía ser ilimitada, y encontraban un límite en los derechos fundamentales y principios constitucionales de la Constitución italiana, que serían intangibles.

Quizá la idea de utilizar los derechos fundamentales como límite a la integración europea es originaria realmente de MORTATI. Así lo sugieren ITZCOVITZ, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Turín, 2006; y MIGUEL BÁRCENA, J. de., “Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa Federal”, op. cit., p. 2.

Ciertamente, ya en 1952 MORTATI había planteado que las limitaciones derivadas de la apertura italiana al Derecho internacional vía art. 11 de la Constitución eran asumibles mientras no se impusieran modificaciones a la organización constitucional, mutaciones en las funciones de los órganos supremos o alteraciones en las declaraciones fundamentales relativas a la posición del ciudadano en el Estado (MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1952, p. 684); después tras la sentencia Corte Costituzionale Italiana nº 98/1965 en la que participa, razonará que la limitación está formada por todos los principios fundamentales, formales o materiales, escritos o implícitos de la Constitución, y por los principios del estado de Derecho, democrático y social (la misma obra en la edición de 1969) citado por DE MIGUEL, J., “Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa Federal”, op. cit., pp. 2 y 3

condicionar en última instancia la resolución de los conflictos entre las libertades del mercado y los derechos fundamentales.

Sin embargo, no es una tarea sencilla, pues al fin y al cabo, la forma de aceptación de la primacía y el desarrollo de la doctrina de los contralímites depende de las peculiaridades de cada uno de los sistemas jurídico-constitucionales de los Estados miembros. Por ello debemos reconocer que estamos ante una tarea ardua y compleja, teniendo en cuenta también la necesidad de conseguir cierto equilibrio en el espacio del trabajo de investigación.⁷³⁹

Pero es importante, porque con la existencia de la doctrina de los contralímites podría suceder que tras un planteamiento de una cuestión prejudicial sobre un conflicto libertades económicas-derechos fundamentales, como el que se manifestó con ocasión de las sentencias estudiadas en el Capítulo II, el Tribunal de Justicia resolviese a favor

⁷³⁹ Hay que tener en cuenta que cada uno de los 27 Estados miembros goza de un sistema jurídico propio fruto de su propia tradición, y un estudio profundo del tema en cuestión aquí requeriría, sin duda, del conocimiento de la lengua de cada uno de ellos para poder estudiar con óptimas garantías sus sistemas jurídicos, el proceso de adhesión, la recepción del Derecho comunitario, y comprender en último término la operatividad en el Derecho nacional del principio de primacía y, en su caso, el desarrollo de la doctrina de los contralímites.

Dada esta dificultad, y que el autor no dispone de tales conocimientos, se ha tratado abordar el estudio de las fuentes originales hasta donde ha sido posible, a través de las traducciones al inglés, español, italiano, francés o portugués que se han alcanzado a disponer, y que se citan en los momentos adecuados.

Por lo demás, ha sido imprescindible y de gran utilidad acudir a informes nacionales y los primeros trabajos o aproximaciones de carácter comparado que se han realizado, entre otros cabe destacar:

Así, por ejemplo, gracias a la XXII Conferencia de Tribunales Constitucionales celebrada en Bruselas en 2002, disponemos de informes redactados por casi todos los tribunales constitucionales o supremos de la Unión, que aportan información relativa a las características de sus sistemas jurídicos que son sumamente interesantes, y que están accesibles en inglés o francés en la página web de la misma. Vid. Informes de los Tribunales constitucionales sobre “The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European Courts”, Bruselas, 13-16 de Mayo de 2002, www.confcoconsteu.org/reports/ (Último acceso 6 de marzo de 2011).

En cuanto a las primeras aproximaciones al tema en cuestión, son relevantes: SLAUGHTER, A.M., STONE SEET, A., y WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Hart Press, Oxford, 1997; KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Press, The Hague, 2001; ALBI, A., *EU enlargement and the constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; KUMM, M., “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, v. 11, nº 3, 2005, pp. 262-307; KELLERMAN, A., CZUCZAI, J., y otros (eds.), *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of the New Member States and (Pre-)Candidate Countries*, Asser Press, The Hague, 2006; SADURSKI, W., ZILLER, J., y ZUREK, K., (eds.), *Après Enlargement, Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe*, EUI RSCAS, Florencia, 2006; HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, *WHI Paper* 10/08, Humboldt Universität zu Berlin; ALBI, A., “Supremacy of EC Law in the New Member Status. Bringing Parliaments into the Equation of ‘Co-operative Constitutionalism’”, *European Constitutional Law Review*, v. 3, nº 1, 2007, pp. 43-45; ALBI, A., “Ironies in human rights protection in the EU: Pre-accession conditionality and post-accession conundrums”, *European Law Journal*, v. 15, nº 1, 2009, pp. 46-69

de las libertades del mercado entendiendo que no quedaba justificada la restricción de las mismas, ni siquiera en aras de la protección de un derecho fundamental. En este contexto, aunque el juez nacional que hubiera planteado la cuestión prejudicial resolviese el asunto según las indicaciones del Tribunal de Justicia, nada obstaría a que pudiera llegar a conocer a través de un recurso el Tribunal constitucional o supremo competente, y que resolviera a favor de la tutela del derecho fundamental (aplicando la doctrina de los contralímites) que podría verse constreñido por la efectividad de la libertad fundamental del mercado.⁷⁴⁰ Lógicamente, todo ello sin perjuicio de que ello planteara un problema grave, de difícil solución, al suponer un incumplimiento de las obligaciones del Tratado por parte del Estado miembro en cuestión.⁷⁴¹

Para evitar una situación de similares características se ha propugnado la necesidad de promocionar una especie de *self-restraint* del Tribunal de Justicia;⁷⁴² y en último término y producida la colisión, la utilización por parte del Estado miembro del impensable recurso de la salida de la Unión.⁷⁴³

Lo cierto, es que si nos aproximamos a la relación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional desde una perspectiva monista como dualista, podemos observar que los derechos y principios fundamentales no son idénticos en el Derecho de la Unión y en los ordenamientos nacionales, y que por tanto, en gran medida,

⁷⁴⁰ Se ha planteado, por ejemplo, en el caso italiano, que las sentencias *Viking* y *Laval* vulneran el derecho fundamental de huelga reconocido en el art. 40 de la Constitución italiana, y que el juez llamado a resolver el asunto siguiendo las indicaciones del Tribunal de Justicia debería plantear una cuestión de constitucionalidad. Vid. CARABELLI, U., *Europa dei mercati e confictto sociale*, Cacucci Editore, Bari, 2009, p. 203.

⁷⁴¹ Al fin y al cabo, las sentencias del TJUE gozan de fuerza ejecutiva de conformidad con el ar. 280 TFUE (antiguo art. 244 TCE) y fue confirmado de forma nítida por el propio Tribunal en el Auto de 5 marzo de 1986, *Wünsche*, asunto C-69/85, apartado 13.

La posible rebeldía de las autoridades nacionales, incluidas las judiciales podría implicar un incumplimiento del Estado de sus obligaciones comunitarias y que podría implicar responsabilidad económica. Esto puede haber sucedido ya, si tenemos en consideración la sentencia del Tribunal de Justicia *Comisión c. Italia*, de 9 de diciembre de 2003, asunto C-129/00, que condena a Italia por incumplimiento de sus obligaciones al mantener en vigor una norma que permitía una interpretación contraria al derecho comunitario por parte de órganos jurisdiccionales italianos, entre los que estaba la Corte de Casación.

⁷⁴² GIL IBAÑEZ propugna la necesidad de que sea la doctrina y los abogados generales del propio Tribunal de Justicia los que se impliquen en propiciar cambios de jurisprudencia del Tribunal de Justicia para evitar sus “excesos”. Vid. GIL IBAÑEZ, J.L., “Los excesos del Tribunal de Justicia”, en MARTÍNEZ DE VELASCO, H.H., y ZAMORA ZARAGOZA, F.J., *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Estudios de derecho Judicial, nº 95, CGPJ-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pp. 339-369.

⁷⁴³ Así se ha hecho en sede judicial por parte de la Corte de Casación italiana al razonar que un supuesto de afectación de derechos o principios constitucionales inviolables se podría entender como un conflictivo entre el Tratado y la Constitución italiana, lo que justificaría el recurso de la salida de la Unión Europea (Corte Costituzionale Italiana nº 9653/1997)

mantendrán cierto carácter nacional y serán definidos por el tribunal nacional competente.⁷⁴⁴

Desde una aproximación monista, porque considerando que las Constituciones nacionales se integran dentro del orden legal europeo, la relación intraordinamental será jerárquica, y para los tribunales constitucionales o supremos nacionales serán los principios y derechos fundamentales nacionales jerárquicamente superiores al Derecho de la Unión.⁷⁴⁵

También, desde una aproximación dualista, si entendemos la relación basada no en un sistema jerárquico, sino en la atribución de competencias, la palabra final en la delimitación de las competencias será propia de los tribunales constitucionales o supremos nacionales.⁷⁴⁶

3.1. PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

Como es de sobra conocido, es el Tribunal de Justicia el que comienza a delimitar la relación entre el ordenamiento jurídico comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales, a través de la proclamación de autonomía del ordenamiento comunitario y de los principios de eficacia directa y primacía.⁷⁴⁷

En *Van Gend en Loos*, el Tribunal de Justicia proclama que la Comunidad Europea constituye “a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only the Member States but also their nationals”; en la sentencia *Costa* establece el principio de primacía, puesto que entiende que al contrario que los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de Roma “has created its own legal

⁷⁴⁴ ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, op. cit., p. 69.

⁷⁴⁵ Ídem.

⁷⁴⁶ Ibídem

⁷⁴⁷ De hecho, se puede decir que el Tribunal de Justicia lleva a cabo una gran transformación del sistema jurídico europeo. Como explica muy bien ALTER “The transformation of the European legal system was orchestrated by the ECJ through bold legal interpretations” utilizando la cuestión prejudicial como instrumento y basándose en lo que denomina “provocative interpretations on the ‘special’ and ‘original’ nature of the Treaty of Rome” . Vid. ALTER, K.J., *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001. Estudiamos esta jurisprudencia en el marco del proceso de constitucionalización de la Unión Europea, en SARRIÓN ESTEVE, J., “La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2007, pp. 631-646. Sobre la constitucionalización de la UE y los derechos fundamentales, vid. también ROSSI, L.S., “‘Constitutionnalisation’ de l’Union européenne et des droits fondamentaux”, op. cit.

system wick (...) became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply”⁷⁴⁸

La primacía implica la prevalencia del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, de tal forma que el derecho nacido del tratado no podría dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea;⁷⁴⁹ entendiendo que ello afecta también al Derecho nacional de carácter constitucional, como dejó asentado en *St. Michele*⁷⁵⁰, primacía predicable no solo del Derecho comunitario primario, sino también para el Derecho derivado, para los actos de las instituciones directamente aplicables como especifica en las sentencias *Internationale Handelgesellschaft*,⁷⁵¹ y *Politi c. Italia*.⁷⁵²

Estos principios, se ha constatado, han sido “creados” por el propio Tribunal y han posibilitado la construcción de un “auténtico” ordenamiento jurídico;⁷⁵³ aplicándose dichos principios incluso al campo de los derechos fundamentales, “ordenando así las relaciones entre los sistemas nacionales y el sistema de protección de los derechos fundamentales de la UE, al menos en el ámbito comunitario”.⁷⁵⁴

Es curioso, en cualquier caso, que a pesar de que finalmente el principio de primacía llegara a codificarse en el Proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, finalmente el Tratado de Lisboa lo haya obviado, permaneciendo así como una doctrina de origen jurisprudencial.⁷⁵⁵

⁷⁴⁸ Sentencia de *Van Gend en Loos*, , asunto C-26/62, ya citada.

⁷⁴⁹ Sentencia de *Costa v. Enel*, , asunto C-6/64, ya citada.

Esta primacía se basaría en el artículo 189 TCE de ese momento, posteriormente art. 249 TCE, y actualmente art. TFUE. El Tribunal precisó en dicha sentencia respecto al artículo que “esta disposición, que no está acompañada de reserva alguna, carecería de alcance si un Estado pudiera unilateralmente destruir sus efectos mediante un acto legislativo oponible a las normas comunitarias”, por lo que “al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original, una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad” anticipando claramente que esta primacía se proclama incluso frente a normas constitucionales.

Traducción extraída de la versión publicada en ALONSO GARCÍA, R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 97.

⁷⁵⁰ Auto de 22 de junio de 1965, *Accierie St Michele*, asuntos C- 9 y C-58/65.

⁷⁵¹ Sentencia de 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgessellschaft*, asunto C-11/70.

⁷⁵² Sentencia de 14 de diciembre de 1971, *Politi v. Italia*, asunto C-43/71.

⁷⁵³ TAJADURA, J., “Constitución y democracia en la Unión Europea”, en TAJADURA, J., y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 25.

⁷⁵⁴ DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 27

⁷⁵⁵ Como dice ROSSI “It is peculiar that the most fundamental of the EU legal order’s fundamental principles has never succeeded in attaining an explicit affirmation in the EC-EU founding treaties, despite

En otras palabras, el Tribunal de Justicia elige estas categorías para construir el modelo de relaciones entre Derecho comunitario y el Derecho nacional;⁷⁵⁶ un modelo basado en la subordinación del Derecho nacional al comunitario que no responde siempre al modelo que entienden los tribunales constitucionales y supremos de los Estados miembros.⁷⁵⁷

La exigencia de preferencia del Derecho comunitario respecto a las normas constitucionales nacionales supone una auténtica “revolución jurídica”,⁷⁵⁸ que se manifiesta de forma muy efectiva con ocasión de la sentencia *Tanja Kreil*, de 11 de enero de 2000,⁷⁵⁹ donde el Tribunal considera que el principio de paridad de tratamiento entre hombres y mujeres en el acceso al trabajo, la formación y la promoción profesional (regulado en la Directiva 76/207/CEE) impedía la aplicación de disposiciones nacionales como el art. 12 de la Constitución alemana, que excluyen a las mujeres con carácter general de los empleos militares que conlleven uso de armas.⁷⁶⁰

Por otro lado, debemos aclarar que esta doctrina de la primacía se desarrolló, lógicamente, respecto al pilar comunitario.⁷⁶¹ No obstante, el Tribunal de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la relación entre el Derecho nacido del tercer pilar (cooperación policial y judicial en materia penal) y el Derecho nacional, en las

their many revisions” ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, op. cit., p. 65.

⁷⁵⁶ Sobre la conexión entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional se ha escrito mucho, tanto para tratar de explicar cómo funcionan las relaciones entre el Derecho comunitario y el nacional como para tratar de encontrar un modelo ideal de funcionamiento.

⁷⁵⁷ Vid. TAJADURA, J., “Constitución y democracia en la Unión Europea”, op. cit., p. 26

⁷⁵⁸ Vid. al respecto la obra MCWHINEY, E., PESCATORE, P. (eds.), *Federalism and Supreme Courts and the integration of legal systems*, op. cit.

Se ha dicho incluso que de alguna manera parece como si el Tribunal de Justicia hubiera configurado una “supraconstitución” que se impone a los ordenamientos nacionales. Vid. FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., “La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994, pp. 241 y ss. En el mismo sentido, entendiéndose que esto le dotaría de especialidad se manifiesta GARCÍA HERRERA. Vid. GARCÍA HERRERA, M.A., “Rigidez constitucional y estado social”, en ANDRÉS IBAÑEZ, P. (dir), *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Cuadernos de derecho judicial, nº. 13, 1998, pp. 33-88.

⁷⁵⁹ Sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil*, asunto C-285/98.

⁷⁶⁰ Efectivamente, el art. 12 de la Constitución alemana excluía a las mujeres del acceso al ejército salvo autorizando solamente el acceso a los servicios de sanidad y formaciones de música militar.

⁷⁶¹ La división en pilares surgió con el Tratado de Maastrich, para poder potenciar la cooperación de los Estados miembros de las Comunidades en áreas sensibles a la soberanía estatal. La diferenciación de los pilares se basaba en la materia y fundamentalmente, en lo que respecta a la toma de decisiones, en que en el primer pilar se regía por técnicas supranacionales, mientras en los pilares intergubernamentales se establece una cooperación intergubernamental. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha dicho que desaparece la tradicional división en pilares, comunitario e intergubernamentales (Política Exterior y de Seguridad Común, y la Cooperación en los Ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior, PESC y CAJAI respectivamente), como habíamos apuntado en el Capítulo 1. Sin embargo, esto deja de ser del todo exacto.

sentencias *María Pupino*⁷⁶², *Segi*⁷⁶³, *Gestoras Pro Amnistía*⁷⁶⁴ y *Advocaten voor de Wereld*,⁷⁶⁵ y traslado algunos aspectos de su doctrina, aunque de forma limitada, exigiendo la interpretación conforme de la normativa nacional.⁷⁶⁶ Como hemos estudiado en el Capítulo 1, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se produce cierta “descomunitarización” del segundo (política exterior y seguridad común) y el tercer pilar antes citado, si bien de forma bastante limitada. Ciertamente se produce cierta extensión de la jurisdicción del Tribunal de Justicia en el tercer pilar, pero está sigue estando limitada, y por otro lado no se produce dicha extensión con carácter general en el segundo pilar.⁷⁶⁷

En cuanto a los tribunales constitucionales, tal y como comentábamos, parece que hay una aceptación general de la doctrina de la primacía del Derecho de la Unión, pero de la llamada primacía “ordinaria”, esto es, la referida a la legislación nacional, no existiendo una aceptación incondicional de la primacía cuando afecta las normas constitucionales.⁷⁶⁸

Y es que, de alguna manera, todos los altos tribunales han encontrado su propio camino para asumir y aceptar la primacía del Derecho comunitario, según las condiciones y términos de sus respectivas constituciones nacionales. Dicha aceptación de primacía ha ido acompañada, como hemos apuntado, de la proclamación formal de los “contralímites” o reservas constitucionales, esto es, de la constatación de que dicha primacía no podía operar en lo concerniente a la tutela de los derechos fundamentales cuya protección los tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros

⁷⁶² Sentencia *Pupino*, asunto C-105/03, ya citada.

Sobre esta sentencia se puede acudir a SPAVENTA, E., “Opening pandora’s Box: some reflections on the constitutional effect of the decisión in pupino”, *European Constitutional Law Review*, v.3 nº 1, 2007, pp. 5-24.

⁷⁶³ Sentencia *Segi y otros c. Consejo*, C-355/04 P, ya citada.

⁷⁶⁴ Sentencia *Gestoras Pro Amnistía y otros c. Consejo*, C-354/04 P, ya citada.

⁷⁶⁵ Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld*, asunto C-303/05.

En las Conclusiones a esta sentencia RUIZ-JARABO plantea las diferencias substanciales que existían entre la extradición y la euroorden, pero añadiendo que era trasladable al tercer pilar ciertos aspectos del primero y parámetros específicos a las directivas. Vid. Conclusiones del Abogado General Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 12 de septiembre de 2006, C-303/05.

⁷⁶⁶ Sobre esta cuestión, vid. SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea: la Sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco”, *REEI*, 2005, [www.reei.org/reei%2010/D.Sarmiento\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/D.Sarmiento(reei10).pdf).

⁷⁶⁷ Vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., pp. 133, 111 y ss.

⁷⁶⁸ WITTE, B. de., “Direct Effect, Supremacy, and Nature of the Legal Order”, en CRAIG, P. P., y DE BÚRCA, G., *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford y New York, 1999, p. 198.

están llamados a salvaguardar.⁷⁶⁹ En este sentido, incluso se puede observar cierto diálogo en la distancia, entre el TJCE y los Tribunales constitucionales o supremos nacionales, en el que parecen ignorarse mutuamente.⁷⁷⁰

Esta tutela de los derechos fundamentales en los Estados miembros por parte de los Tribunales constitucionales o supremos, puede suponer límites a la integración económica europea, y puede afectar a los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales, en la medida en que quizá la resolución del mismo que pueda realizar el Tribunal de Justicia no sea la definitiva.⁷⁷¹

Por ello, vamos a tratar de analizar esta doctrina de los contralímites en la jurisprudencia de los Estados miembros de la Unión Europea y plantear su posible incidencia en la resolución de los conflictos entre libertades del mercado y derechos fundamentales.

3.2. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONTRALÍMITES EN LOS ESTADOS MIEMBROS: INTENTO DE CLASIFICACIÓN.

El ámbito de alcance del principio de primacía puede afectar a los derechos fundamentales, y como ha quedado constatado al estudiar los conflictos entre las libertades del mercado y los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia se convierte en última instancia en el garante de los mismos, sin que ello garantice necesariamente, en todo caso, el máximo estándar de protección de los derechos fundamentales cuando éstos ceden frente a las libertades fundamentales del mercado.

De ahí que la doctrina de los contralímites como una frontera a la eficacia y operatividad del principio de primacía sea relevante. Pero la Unión Europea está

⁷⁶⁹ Vid. BESSELINK, L.F.M., “Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union”, op. cit., pp. 629-680; ROSSI, L.S.: “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, op. cit., pp. 67 y ss.

⁷⁷⁰ Razona ROSSI que “the intertwining of the domestic legal order and the European Union is so taut that it seems unlikely that both the ECJ and national Constitutional (or supreme) Courts ignore the reciprocal fundamental values going to a direct clash. Most of the fundamental principles of European law have been derived from a long distance dialogue between the Courts”, ROSSI, L.S., “Corte costituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007 of 22 October 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008, with annotation”, *Common Market Law Review*, v. 46, nº1, 2009, p 328.

⁷⁷¹ Como hemos indicado al comienzo del capítulo estamos pensando en el hipotético supuesto en que tras un planteamiento de una cuestión prejudicial sobre un conflicto de estas características como el que se manifestó con ocasión de las sentencias estudiadas en el Capítulo II, el Tribunal de Justicia resolviese a favor de las libertades del mercado, y en la vía interna, el Tribunal constitucional o supremo competente terminara conociendo del asunto y resolviera a favor de la tutela del derecho fundamental afectado por la libertad económica.

formada actualmente por 27 Estados miembros.⁷⁷² Y ciertamente, no en todos los Estados se ha desarrollado esta doctrina jurisprudencial. En el grupo de los seis países fundadores de las Comunidades encontramos ya diferencias.

Tanto Holanda como Luxemburgo no tuvieron especiales problemas para aceptar la primacía del Derecho comunitario, todo y que la supremacía de las normas internacionales sobre la legislación nacional estaba aceptada en sus sistemas jurídicos cuando firmaron el Tratado de Roma.⁷⁷³

Respecto a los otros cuatro fundadores, cabe decir que en Bélgica los tribunales reaccionaron de forma positiva hacia la aceptación de la primacía del Derecho comunitario, a pesar de la falta de claridad constitucional, aunque esta aceptación fue evolucionando y fue en todo caso incondicional.

En Francia, si bien el art. 55 de la Constitución reconocía la prevalencia de los tratados internacionales incluso sobre leyes francesas posteriores, los tribunales tardaron en aceptar que esta disposición constitucional pudiera ser usada como una regla de conflicto en casos de controversia entre normas, cosa que ocurrió con ocasión de la sentencia *Cafés Jacques Vabre*, en 1975, por parte de la Cour de Cassation.⁷⁷⁴

En Italia y Alemania, los Tribunales constitucionales buscaron los recursos constitucionales necesarios para reconocer la primacía del Derecho comunitario, pero limitaron su operatividad a través de los *controlimiti* o las reservas constitucionales.

Así, la Corte Constitucional italiana fue el primer alto tribunal que se pronunció de forma clara sobre los *controlimiti*, en la famosa sentencia *Frontini* donde consideró que la soberanía derivada del proceso de integración europea no podría conducir al otorgamiento a las instituciones europeas de un “poder inadmisibles de violar los

⁷⁷² Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos (Holanda) que en 1951 firman el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) que entra en vigor el 23 de julio de 1952 por un período de 50 años; en 1957 los Tratados Constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (TCEEA, o EURATOM), que entran en vigor el 1 de enero de 1958. El resto, que se incorpora en diferentes ampliaciones, son: Reino Unido, Irlanda y Dinamarca (1973); Grecia (1981); España y Portugal (1986); Austria, Finlandia y Suecia (1995); República Checa, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta y Polonia (2004); Rumanía y Bulgaria (2007).

⁷⁷³ WITTE, B. de., “Direct Effect, Supremacy, and Nature of the Legal Order”, op. cit., pp. 196-8; HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., pp. 3 y ss.

Todo gracias a la introducción de una reforma constitucional en Holanda en 1953, que establecía que las competencias legislativas, administrativas y judiciales podían ser transferidas a organizaciones internacionales (art. 67, ahora art. 92) y en Luxemburgo en 1956.

⁷⁷⁴ Como dice WITTE “The Cour de Cassation taking the lead of all ordinary courts decided to cross the Rubicon”. WITTE, B. de., “Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order”, op. cit., p. 198

principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana.”⁷⁷⁵

Posteriormente, se le unió el Tribunal Constitucional alemán, que afirmó que ya que la Comunidad Europea carecía de un catálogo y un sistema de protección de derechos fundamentales le correspondía la revisión de la validez de las normas comunitarias conforme a los derechos fundamentales de la ley fundamental en el famoso caso *Solange I*.⁷⁷⁶

Como es sabido, el Tribunal de Justicia reaccionó asumiendo la tutela de los derechos fundamentales, como hemos expuesto en extenso en el capítulo primero de este trabajo.⁷⁷⁷

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de los contralímites goza de buena salud, probablemente porque constituye una vía de flexibilización del principio de primacía sin una ruptura radical del mismo, y se ha ido generalizado, ganando nuevas voces, como veremos, de tal forma que este grupo se va aumentando su relevancia.⁷⁷⁸

Así pues, la afirmación “TJCE locuta, res finita” no ha sido aceptada por muchas Cortes constitucionales o supremas;⁷⁷⁹ que condicionan la primacía para preservar los derechos y principios constitucionales de sus respectivos sistemas jurídicos, y esto puede influir en la resolución de los conflictos entre libertades del mercado y derechos fundamentales. Por ello, se ha propugnado la necesidad de un diálogo entre Cortes;⁷⁸⁰ diálogo informal claro está, que en realidad ya parece haber existido y posibilitado de facto una mutua influencia recíproca entre el TJCE y los Tribunales constitucionales o supremos, que habría tenido como primera consecuencia

⁷⁷⁵ Corte costituzionale n° 183/1973. Doctrina que confirmaría posteriormente en *Fragd* (n° 232/1989). Hemos comentado con antelación que dicha doctrina se había anunciado en la Sentencia *Acciaierie San Michele c. CECA* (n° 98/1965, ya citada.)

⁷⁷⁶ Decisión de 29 de mayo de 1974, *SOLANGE I*, 37 BVerfGE 271.

⁷⁷⁷ Vid. Sentencia de 14 de mayo de 1974, *Nold, Kohlen- und Baustoffgrosshandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto 4/73.

⁷⁷⁸ Quizá e ha producido “una relectura constitucionalista del proceso de integración comunitaria, con la consiguiente activación de las reservas de constitucionalidad, que, aunque latentes, no habían dejado de estar presentes desde el inicio del proceso de integración” (LÓPEZ BASAGUREN, A., “¿Réquiem por la Constitución? El Ordenamiento constitucional en la integración comunitaria”, op. cit, p. 17)

⁷⁷⁹ Vid. WITTE, B., de., “Direct Effect, Supremacy and the Nature of Legal Order”, op. cit., p. 198; CELOTTO, A., GROPPI, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, op. cit., p. 289.

⁷⁸⁰ LUTHER, J., “Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, n° 3, 2005 ; y LAZARI, A., “La cross-fertilization y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis»”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 20, 2005, pp. 177-125.

la asunción de la tutela de los derechos fundamentales por parte del TJCE,⁷⁸¹ y una atenuación la fuerte resistencia inicial de los Tribunales constitucionales a aceptar el principio de primacía;⁷⁸² como se puso de manifiesto en la doctrina “So long”, en la conocida sentencia *Solange II*, del Tribunal Constitucional alemán.⁷⁸³

Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha aceptado los *controlimiti*;⁷⁸⁴ y esta doctrina, como veremos, se ha mantenido y desarrollado, incorporándose a la misma tanto Estados fundadores que no la habían desarrollado (Bélgica y Francia) como nuevos Estados miembros que se han ido incorporando al proyecto de integración europeo.⁷⁸⁵

Desde luego no es tarea sencilla la de clasificar a los Estados miembros en función de la aceptación de la primacía, y han sido numerosas las ocasiones en que la doctrina ha tratado de llevar a cabo esta clasificación. clasificar la respuesta de los Estados miembros y de sus jueces nacionales constitucionales o supremos a la primacía del Derecho comunitario.

Se suele partir de una diferenciación previa, distinguiendo entre los “límites formales” o procedimentales a la primacía, esto es, límites que estarían incorporados en los ordenamientos jurídicos nacionales y en concreto en las constituciones o normas supremas, y que afectarían a la recepción o incorporación del Derecho comunitario en el ordenamiento nacional; y los “límites materiales”, aquellos límites que no estando

⁷⁸¹ Sentencia de 14 de mayo de 1974, ya citada; confirmada en la Sentencia de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, asunto C-44/79.

Quizá como ha sostenido con atino el maestro RUBIO LLORENTE “esta asunción por el TJ de la función de asegurar el respeto de la Comunidad a los Derechos Fundamentales era condición inexcusable para sostener la primacía del derecho emanado de ésta sobre los derechos nacionales” RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, op. cit., p. 115.

⁷⁸² RUGGERI, A., “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teoría delle fonti e teoría dell’interpretazione”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, nº 1, 2003, pp. 102-120.

⁷⁸³ Según esta doctrina, mientras el Tribunal de Justicia garantiza un nivel suficiente de protección de los derechos fundamentales respecto de las normas comunitarias, el Tribunal Constitucional alemán se abstendrá de ejercer su jurisdicción. (Sentencia de 22 de octubre de 1986, *SOLANGE II*, 73 BverfFGE 339). Tendremos ocasión de estudiar el caso alemán más adelante. No obstante, puede ser interesante apuntar que para ALONSO GARCÍA estamos ante una doctrina de exigencia de una “protección equivalente”, que también parece haber asumido el Consejo Constitucional francés, en su decisión de 29 de octubre de 2004. Vid. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., p. 260

⁷⁸⁴ Como hemos visto, como muy bien ha destacado ROSSI, los Tribunales constitucionales han encontrado su camino hacia la supremacía del Derecho comunitario, pero en cambio el Tribunal de Justicia no ha aceptado los *controlimiti*. no ha reconocido la teoría de los contra límites, sino que lo que habría hecho es internalizar los derechos fundamentales y principios (externos) de los Estados miembros, absorbiéndolos en categorías de principios fundamentales de la Comunidad (vid. ROSSI, L.S., “Recenti Pro-European trends of the Italian Constitutional Court”, op. cit., p. 327, y también en “How fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, op. cit., pp. 65-87

⁷⁸⁵ RUGGERI, A., “Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie”, www.forumcostituzionale.it/contributi/RUGGERI.htm.

incorporados o establecidos en los textos constitucionales se aplican en la práctica, en la aplicación del Derecho comunitario.⁷⁸⁶

En este sentido, los contralímites (“límites a las limitaciones de la soberanía nacional”),⁷⁸⁷ son límites materiales en la medida en que afectan no tanto a la recepción del Derecho comunitario como a la aplicación del mismo en un Estado miembro concreto. Sin embargo, no serían los únicos, y es que CELOTTO y GROPPi diferencian a su vez dentro de los límites materiales: los materiales textuales (cuando están previstos en el propio texto constitucional) y los límites materiales no textuales (de creación jurisprudencial), perteneciendo los contralímites a éste último grupo.⁷⁸⁸

En cualquier caso, para nosotros lo relevante es si existen límites constitucionales en la aplicación del Derecho de la Unión que puedan afectar a la resolución de los conflictos entre las libertades económicas y los derechos fundamentales, teniendo en cuenta que los Tribunales constitucionales o supremos de los Estados miembros puedan utilizar la garantía de los derechos fundamentales como límite constitucional o como contralímites al principio de la primacía, y tengan en este sentido la última palabra en la resolución de los conflictos. Así, la diferenciación entre límites materiales textuales o de mera creación jurisprudencial se difumina, puesto que lo importante es su aplicabilidad en la práctica por los tribunales, con independencia de que estén de forma explícita o no en el texto constitucional. Y a todos ellos nos vamos a

⁷⁸⁶ CELOTTO, A., y GROPPi, T., “Derecho UE y Derecho nacional: *primauté* vs. contralímites”, op. cit., p. 292.

⁷⁸⁷ CELOTTO y GROPPi entienden que los límites materiales afloran en ordenamientos que admiten límites a la revisión constitucional y por tanto una jerarquía de las normas de rango constitucional que no acepta de forma plena el principio de primacía, sin que una revisión constitucional fuera idónea frente al “núcleo irrenunciable de principios constitucionales”. Dentro de éstos diferencian los supuestos en los que los contralímites están previstos en el propio texto constitucional como parámetro que deben utilizar las Cortes para controlar el Derecho comunitario (límites materiales textuales) como ocurriría en Alemania; y aquellos en los que los contralímites operarían no basados en un parámetro constitucional, sino con una doctrina de creación jurisprudencial, en la que las cortes constitucionales se atribuirían un poder de control de la constitucionalidad del Derecho europeo (límites materiales no textuales) como sería el caso de Italia. CELOTTO, A., y GROPPi, T., “Derecho UE y Derecho nacional: *primauté* vs. contralímites”, op. cit., p. 292 y 293.

⁷⁸⁸A esta diferenciación se refieren CELOTTO y GROPPi. En cuanto a los límites formales o procedimentales se centrarían en la previsión de una especie de cláusula europea en las constituciones nacionales que establecería en el modo de incorporación del Derecho comunitario originario, e incluso en ocasiones, normas derivadas o no constitucionales que condicionan la incorporación del Derecho comunitario; estableciendo para ello la intervención de órganos políticos, como puede ser la aprobación por mayorías parlamentarias cualificadas e incluso un posterior referéndum (como ocurriría en Irlanda respecto de las reformas de Derecho originario), y eventualmente la intervención de los Tribunales constitucionales (ponen como ejemplos Francia y España), que llevaría a “la inmunidad con respecto al control jurisdiccional del derecho comunitario incorporado en dicho modo: el control ha sido operado de raíz, en el momento de la incorporación, por lo que ya no se puede operar en el momento de la aplicación”; mientras que los límites materiales se referirían al momento de la aplicación del derecho comunitario. Vid. CELOTTO, A., y GROPPi, T., “Derecho UE y Derecho nacional: *primauté* vs. contralímites”, op. cit., p. 292.

referir como límites al principio de primacía del Derecho comunitario o como contralímites.

Como veremos, cada Estado miembro es un caso particular con sus propios matices, puesto que no siempre se imponen los mismos límites a la primacía y la integración europea, o incluso a la eficacia interna del Derecho comunitario derivado. Por otro lado, como hablamos de normas constitucionales y de la interpretación que de las mismas hacen los altos tribunales, la situación no es estática, siendo susceptible de evolución, al ser posible la reforma constitucional, o el cambio de jurisprudencia.

Así, a pesar de que la doctrina ya ha tratado de realizar diferentes clasificaciones de los Estados miembros en relación a la primacía del Derecho comunitario, nos vemos en la necesidad de contribuir humildemente a una nueva clasificación fruto de parte de este trabajo de investigación.⁷⁸⁹

Nuestra clasificación va a centrarse en si se ha producido una aceptación incondicional de la primacía del Derecho comunitario, conforme la entiende la

⁷⁸⁹ GROPPi elabora una clasificación de los Estados miembros en cuatro grupos: 1) países que no admiten la primacía comunitaria (Dinamarca, y los Estados bálticos, es decir, Estonia, Letonia y Lituania); 2) países que en principio no admiten la primacía pero permiten superarla a través de un procedimiento reforzado (Francia, Eslovenia, Hungría, España, Polonia, e Irlanda); 3) países que admiten la primacía pero ponen límites materiales, bien introducidos en las propias constituciones (Suecia, Finlandia, Grecia y Portugal) o donde son de origen jurisprudencial (Italia, Alemania, y el Reino Unido); y 4) países donde la primacía es aceptada plenamente (Austria). Vid. GROPPi, T., “La «primauté» del Derecho europeo sobre el Derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, op. cit., pp. 230 y ss.

Por su parte, DÍAZ GREGO entiende que existen tres grupos: La primera línea jurisprudencial implicaría la aceptación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la primacía y el efecto directo, representada por Holanda; la segunda consistiría en la aceptación parcial de la misma, ya que se asumiría la primacía respecto del Derecho nacional derivado y sobre el Derecho constitucional nacional con la reserva de ciertos límites que estarían formados por los principios constitucionales básicos, como los derechos fundamentales, donde se ubicarían la mayor parte, pero iniciada fundamentalmente por Italia y Alemania; y la tercera línea jurisprudencial, basada en el no reconocimiento de la primacía sobre la Constitución, representado fundamentalmente por Polonia. Vid. DÍAZ GREGO, M., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 33.

CHALMERS, DAVIES, y MONTI también elaboran una clasificación en tres líneas: “European constitutional sovereignty”, cuando el tribunal o corte constitucional acepta incondicionalmente la primacía del Derecho comunitario (entienden que no habría ningún caso, si bien el más cercano sería Estonia); “Unconditional national constitutional sovereignty”, cuando se insiste en la incondicional soberanía del orden constitucional nacional, y “constitutional tolerance”. Vid. CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law: Text and Materials*, op. cit., pp. 190 y ss.

Por su lado, HOFFMEISTER hace una clasificación de los países en función del modo de ratificación de la adhesión, o ingreso en las Comunidades, diferenciando entre 1) “Member States with ratification procedures relating to international treaties” (Finlandia, Reino Unido, Malta, Chipre, Lituania); “Member States with limitation of sovereignty clauses” (Italia, Grecia); “Member States with transfer or delegation of powers clauses” (Holanda, Alemania, Dinamarca, Suecia, Polonia, República Checa, Letonia y Bulgaria); “Member States with common exercise of powers clauses” (Bélgica, Luxemburgo, Portugal, España, Francia, Eslovaquia, Rumanía, Eslovenia, Hungría); “Member States with special constitutional procedures” (Irlanda, Austria y Estonia), y que entiende es determinante para la forma de aceptación del principio de primacía en el Derecho nacional de cada uno de ellos. Vid. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., pp. 3 y ss.

jurisprudencia del Tribunal de Justicia; o si bien al contrario se ha desarrollado la doctrina de los contralímites.

Del estudio llevado a cabo entendemos que existen actualmente tres grupos de países según estos condicionantes:

- a) Un primer grupo de Estados miembros que aceptan la primacía del Derecho comunitario de forma incondicional, y que estaría formado por dos miembros fundadores (Luxemburgo, y Países Bajos), a los que se han unido Austria, Suecia y Estonia.
- b) Un segundo grupo, en el que si bien se ha aceptado el principio de primacía del Derecho comunitario, los Tribunales constitucionales o supremos han desarrollado la doctrina de los contralímites siguiendo el ejemplo de Italia y Alemania, y donde encontraríamos además de estos dos miembros fundadores, a Francia y Bélgica donde se ha desarrollado esta doctrina de forma más tardía; y también a Dinamarca, Reino Unido, Irlanda, España, Polonia, y finalmente Chipre y la República Checa. No obstante, veremos que en los casos de Irlanda y Chipre, se han producido reformas constitucionales para frenar la doctrina de los contralímites en favor de la primacía del Derecho comunitario.
- c) Un tercer grupo de países donde si bien aceptan la primacía del Derecho comunitario, no queda claro que dicha primacía afecte a las normas constitucionales, aunque aún no se ha desarrollado la doctrina de los contralímites. En este grupo encontraríamos a Grecia, Portugal, Finlandia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Malta, Letonia, Lituania, Bulgaria y Rumanía.

A efectos de nuestro trabajo de investigación nos interesan aquellos países donde se ha desarrollado la doctrina jurisprudencial de los contralímites, puesto que solamente en ellos tiene sentido y relevancia la posibilidad de que la tutela de los derechos fundamentales como parte de los contralímites pueda incidir en la resolución de los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales.

Por ello, y sin perjuicio de referirnos a los otros Estados para constatar la aceptación general de la primacía del Derecho de la Unión y la falta de desarrollo de la doctrina de los contralímites; nuestro estudio se centrará en los países que integran el segundo grupo al que hemos hecho referencia.⁷⁹⁰

-Estados que han aceptado la primacía del Derecho comunitario de forma incondicional

Como hemos comentado, no todos los Estados miembros han asumido reservas constitucionales o contralímites frente a la primacía del Derecho de la Unión. Así sucede en dos miembros fundadores, Países Bajos (Holanda) y Luxemburgo;⁷⁹¹ y también en otros Estados que se incorporaron después como Austria, Suecia,⁷⁹² y Estonia.

Holanda, precisamente, reformó su constitución en 1953 para reconocer la eficacia directa y la primacía de los tratados internacionales que ratifique el Estado.⁷⁹³

En la misma línea encontramos a **Luxemburgo**, donde tras una reforma llevada a cabo en 1956, se reconoce la posibilidad de transferir competencias legislativas, administrativas y judiciales a organizaciones internacionales, y la primacía de los

⁷⁹⁰ De otra forma excederíamos en mucho los propósitos de este trabajo de investigación, y de una extensión razonable. Y para el desarrollo del estudio vamos a comenzar por Italia, y Alemania, que eran los primeros miembros fundadores en asumir los contralímites, y seguiremos por Francia y Bélgica, que los asumen más tarde. Posteriormente estudiaremos los casos del resto de Estados miembros por la fecha de ingreso en las Comunidades o en la Unión.

⁷⁹¹ Para un estudio de los aspectos constitucionales de los miembros fundadores, vid. WITTE, B. de., "Constitutional Aspects of European Union Membership in the Original Six Member States: Model Solutions for the Applicant Countries?", en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, op. cit., pp. 65 y ss.

⁷⁹² Austria y Suecia ingresan junto a Finlandia el 1 de enero de 1995.

⁷⁹³ Así, la Constitución holandesa recogió en su art. 67 (actual 92) la posibilidad de transferencia de competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales, y en el siguiente, que las decisiones de dichas organizaciones tengan fuerza normativa (art. 93); a su vez, el art. 94 de la misma establece que las normas holandesas se inaplicarán en caso de ser incompatibles con disposiciones de tratados internacionales o con normas adoptadas en organizaciones internacionales. Este artículo es aplicable no sólo respecto del derecho holandés de carácter infraconstitucional sino también del que goza de rango constitucional. La única condición establecida para dicha eficacia superconstitucional es que los tratados internacionales hayan sido ratificados por dos tercios de las Cámaras (art. 91.3). Es más, el art. 120 de la Constitución holandesa establece una prohibición a los órganos jurisdiccionales de controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales

Vid. CLAES, M., y WITTE, B. de., "Report on the Netherlands", en SLAUGHTER, A.M, STONE SWEET, A., y WEILER, H.H.H. (eds.), *The European Court and national courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*, Oxford, Hart, 1998, pp. 181-185; PETERS, J., "The Dutch Constitutional Values" en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, op. cit., pp. 57-58; HOFFMEISTER, F., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., pp. 3 y 17.; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 34 y ss.

tratados internacionales, que ha servido para sustentar la primacía del Derecho comunitario.⁷⁹⁴ Además, si bien la primacía del Derecho comunitario con respecto a la Constitución no se ha planteado, la Corte de Apelación se pronunció sobre la primacía del CEDH sobre la Constitución, lo que daría a entender que existe también una prevalencia del Derecho comunitario.⁷⁹⁵

Austria y Suecia son otros ejemplos de la aceptación incondicional de la primacía del Derecho comunitario.⁷⁹⁶

Austria, antes de su ingreso en las Comunidades, decidió revisar la Constitución, entendiendo que la misma afectaba a principios constitucionales.⁷⁹⁷ Si bien no existe una norma constitucional que de forma explícita se refiriera a la cuestión de la primacía, se ha admitido que el Derecho comunitario, tanto originario como derivado prevalecería sobre el Derecho interno. Esta prevalencia ha sido confirmado por el propio Tribunal constitucional austríaco en su sentencia de 24 de febrero de 1999;⁷⁹⁸ y no ha sido puesta en cuestión.⁷⁹⁹

⁷⁹⁴ El art. 49 bis de la Constitución de Luxemburgo establece que “L'exercice d'attributions réservées par la Constitution aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire peut être temporairement dévolu par traité à des institutions de droit international » Accesible en <http://mjp.univ-perp.fr/constit/lux1868.htm>

Con dicha base se ha aplicado el Derecho comunitario con preferencia a la ley nacional (Conseil d'Etat, *Bellion et consorts v. Ministre de la Fonction Publique*, 21 de noviembre de 1984, Pasirisie Luxemb. XXVI 174.)

Para un estudio más detallado, se puede acudir a : CELOTTO, A., y GROPPPI, T., “Derecho UE y derecho nacional : primacía vs. Contralímites”, op. cit., pp. 333 y ss.; HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission, op. cit., pp. 3 y 20.

⁷⁹⁵ Cour d'appel Decisión n° 396/01 de 13 de noviembre de 2001.

Vid. CELOTTO, A., y GROPPPI, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, op. cit., p. 334.

En contra, considera que existen dudas sobre la cuestión HOFFMEISTER (Vid. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 20)

La reforma constitucional que se llevó a cabo tras el Tratado de Maastricht para introducir en la Constitución la posibilidad de que los ciudadanos comunitarios votaran en las elecciones locales parece indicar cierta superioridad de la Constitución respecto a los Tratados. En esta ocasión, El Consejo de Estado emitió un Dictamen sobre esta cuestión en la que negó el conflicto porque la directiva en la materia aún no se había adoptado, pero finalmente se reformó la Constitución en 1995. Vid. CELOTTO, A., y GROPPPI, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, op. cit., p. 335.

⁷⁹⁶ Ambos ingresaron en las Comunidades en 1995, junto con Finlandia.

⁷⁹⁷ GRILLER, S., “Introduction to the Problems in the Austrian, the Finnish and Swedish Constitutional Order” en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, op. cit., pp. 147-148.

⁷⁹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional austríaco de 24 de febrero de 1999, B 1625/98.

En esta sentencia el Tribunal constitucional austríaco ha interpretado su derecho nacional de conformidad con el Derecho comunitario, y ante la ausencia de previsión en su normativa nacional de la posibilidad de recurso contra las decisiones de la Telekom Control Kommission, y entendiendo que el Derecho comunitario lo exigía, inaplicó el art. 133.nº 4 de la Constitución austríaca que privaba al Tribunal de Justicia administrativa del control de las medidas adoptadas por órganos colegiados con ciertos requisitos, entre los que estaba la Control Kommission.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional austríaco se ha considerado juez nacional a los efectos de plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia, vid. Decisión de 10 de marzo de 1999, B

Por su parte, en **Suecia**, la Ley de adhesión⁸⁰⁰ estableció de forma clara que el Derecho comunitario gozaría de eficacia directa con la fuerza que se desprende de los Tratados.⁸⁰¹

La jurisprudencia aceptó dicha primacía en la sentencia *Lasagard*, de la Supreme Administrative Court de 25 de noviembre de 1997, donde se reconoció la posibilidad de un recurso en un grado más al previsto en la legislación sueca por vulneración de principios generales del Derecho comunitario en materia de ayudas agrícolas.⁸⁰² No obstante, en este caso sí se ha planteado en sede doctrinal la posibilidad de un eventual aplicación de los contralímites cuando una norma

2251/97; de 10 de junio de 1999, B1809-1811/9; de 11 de diciembre de 2000, KR 1/00. Todas ellas citadas en CELOTTO, A., y GROPPi, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, op. cit., p. 296.

Para estudiar el sistema jurídico austríaco se puede acudir al Informe que realizó el Tribunal Constitucional austríaco con motivo del XXII Congreso de Tribunales Constitucionales, accesible *online* en francés, www.confcoconsteu.org/reports/Oostenrijk-FR.pdf.

⁷⁹⁹ Vid. GRILLER, S., “Introduction to the Problems in the Austrian, the Finnish and Swedish Constitutional Order”, op. cit., p. 153; y HOFFMEISTER, F.: “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, p. 22.

No obstante, si hubiera una reforma del Derecho originario que afectara a los principios estructurales de la Constitución (democracia, Estado de Derecho, separación de poderes, el principio federal y los derechos fundamentales) sí que se exigiría una reforma constitucional total de carácter previo con la celebración obligatoria de un referéndum popular. Vid. GAMPER, A.: “Austria”, en TAJADURA, J., y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea...*, op. cit., pp. 109 y ss.; En el mismo sentido, PEYROU-PISTOULET, S., “Droit constitutionnel et droit communautaire: l'exemple autrichien”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, v. 46, 2001, pp. 237-264.

Pero hay que considerar que antes del ingreso de Austria ya se llevó a cabo dicha reforma con referéndum, de forma que el principio de primacía que forma parte del acervo comunitario, regiría de forma incondicional. Vid. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 22.

Lo cierto es que el Tribunal constitucional austríaco ha mostrado una « gran voluntad de reconocer la primacía del Derecho comunitario (...) tendencia a la cooperación con el TJCE y a una jurisprudencia armonizada en el máximo grado posible en el ámbito europeo se manifiesta claramente en el frecuente planteamiento de cuestiones prejudiciales » GAMPER, A., “Austria”, op. cit., p. 136.

⁸⁰⁰ Suecia realizó un referéndum consultivo antes de la ratificación parlamentaria. No obstante, la Constitución preveía la posibilidad transferencia de competencias a través de una ley aprobada con una mayoría cualificada de tres cuartas partes, condicionando dicha transferencia a la garantía de los derechos y libertades fundamentales tutelados en la Constitución y el CEDH; o bien a través de una ley fundamental. Y es que el art. 44.3 de la Constitución sueca establece que “The Riksdag may entrust the right of decision-making to the European communities so long as these provide protection for rights and freedoms corresponding to the protection provided under this Instrument of Government and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The Riksdag authorizes such delegation in a decision which has the support of at least three-fourths of those present and voting. The Riksdag may also take such a decision in the manner prescribed for the adoption of a fundamental law” El texto de la constitución es accesible en http://riksdagen.se/templates/R_PageExtended_6327.aspx

Se optó por la segunda opción, y se aprobó Ley de Adhesión (EU Act, 1994), que requirió la aprobación parlamentaria, la disolución del Parlamento y la confirmación de la Ley por el nuevo. Vid. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission, op. cit., p. 6.

⁸⁰¹ PEGORARO, L., “I problemi dell’integrazione della Svezia nell’Unione europea”, *Diritto dell’Unione Europea*, nº 4, 2003, pp. 819 y ss.; CELOTTO, A., GROPPi, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, op. cit., p. 301

⁸⁰² Supreme Administrative Court, Decisión de 25 de noviembre de 1997, *Lasagard*, Nº 219/1997.

comunitaria afecte la soberanía nacional o los principios fundamentales;⁸⁰³ aunque parece poco probable.

Finalmente, **Estonia**, que ingresa en las Comunidades en 2004 en la penúltima ampliación, es un caso singular. La Constitución estona proclama en su art. 1 el carácter interminable e inalienable de la independencia y soberanía estona.⁸⁰⁴ Se decidió aprobar una Ley de Reforma constitucional de 18 de diciembre de 2002, que establece que Estonia pertenece a la Unión Europea y aplica su Constitución, teniendo en cuenta los derechos y obligaciones derivados del Tratado de Adhesión (art. 2).⁸⁰⁵

En esta ocasión, sí tenemos una interpretación jurisprudencial, puesto que la Corte Suprema ha entendido que este precepto atribuía fuerza superior al Derecho comunitario frente al Derecho nacional.⁸⁰⁶

De hecho, se preguntó acerca de la interpretación de esta previsión en un caso relativo a la constitucionalidad de la entrada de Estonia en el euro, puesto que conforme al art. 111 de la Constitución de Estonia, solamente el Banco Central tenía derecho de emitir moneda en Estonia. Sin embargo, la Corte Suprema entendió que Estonia podía entrar en el euro porque las obligaciones derivadas de los Tratados gozaban de prevalencia sobre la Constitución.⁸⁰⁷ En la misma línea se ha mostrado en general la

⁸⁰³Y se hace planteando que el art. 5 del Capítulo X de la Constitución, señala que la transferencia de competencias que realice el Parlamento debe ser compatible con la protección de los derechos fundamentales semejante a la Constitución y el CEDH. En este sentido vid. PEGORARO, L., “I problemi dell’integrazione della Svezia nell’Unione europea”, op. cit., p. 822; CELOTTO, A., GROPPI, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, op. cit., p. 302; HOFFMEISTER, M., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 18; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 60

⁸⁰⁴ De ello se derivó que se planteara la necesidad de modificarlo e introducir una cláusula de transferencia de competencias, si bien en dicho caso hubiera sido necesario un referéndum, al estar dentro del núcleo duro constitucional. HOFFMEISTER, M., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 9.

⁸⁰⁵ Accesible en <http://proyectos.cchs.csie.es/europeconstitution/content/estonia-constitutional-provisions> Efectivamente en el art. 2 de la Ley de reforma constitucional, se establece que “As of Estonia’s accession to the European Union, the Constitution of the Republic of Estonia applies taking account of the rights and obligations arising from the Accession Treaty”

La Ley de Reforma Constitucional fue sometida a referéndum el 14 de septiembre de 2003, en el que participó un 64,06% de la población, votando a favor un 66,8%. El Parlamento ratificó el Tratado de Adhesión, el 21 de enero de 2004. ALBI, A., *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, op. cit., p. 90; HOFFMEISTER, M., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 9.

⁸⁰⁶ La sentencia es accesible en Opinion of the Constitutional review Chamber of the Supreme Court n. 3-4-1-3-06, on the interpretation of the Constitution, de 11 de mayo de 2006, <http://nc.ee/>.

⁸⁰⁷ Así, el apartado 15 razona que de acuerdo a la adopción de la reforma constitucional “the European Union law became one of the grounds for the interpretation and application of the Constitution” y por tanto conforme al apartado 16 “To find out which part of the Constitution is applicable, it has to be interpreted in conjunction with the European Union law, which became binding for Estonia through the Accession Treaty. At that, only that part of the Constitution is applicable, which is in conformity with the European Union law or which regulates the relationships that are not regulated by the European Union

doctrina,⁸⁰⁸ aunque algún autor ha sostenido que esta aceptación no era tan incondicional como aparentaba.⁸⁰⁹

-Estados donde se ha aceptado la primacía pero no queda claro si la misma afecta a las normas constitucionales, y no han desarrollado la doctrina de los contralímites

En este grupo de Estados encontramos una aceptación de la primacía pero no de forma incondicional, y no está claro si existen reservas constitucionales. Está formado, como hemos comentado, por: Grecia, Portugal, Finlandia, Eslovenia, Hungría, Malta Bulgaria y Rumanía.

Grecia ingresó en las Comunidades en 1981. No fue sino en 1986 cuando introdujo, a través de una reforma constitucional, una clausula europea en el art. 28 de su Constitución que ha sido interpretado de múltiples maneras. Así, algunos han optado por entender que el que rige de forma absoluta la primacía del Derecho comunitario, no sólo respecto de las disposiciones legales sino también constitucionales; mientras que otros han visto en su apartado tercero un límite constitucional a la primacía al establecer que las restricciones al ejercicio de la soberanía nacional que se pueden establecer no

law. **The effect of those provisions of the Constitution that are not compatible with the European Union law and thus inapplicable, is suspended.** This means that within the sphere, which are within the exclusive competence of the European Union or where there is a shared competence with the European Union, **the European Union law shall apply in the case of a conflict between Estonia legislation, including the Constitution, with the European Union law**" (Opinión de 11 de mayo de 2006, nº 3-4-1-3-06, www.ne.ee/?id=663) La negrita es mía.

La negrita es mía.

⁸⁰⁸ Que ha entendido que el art. 2 de la Ley de Reforma Constitucional e artículo atribuye al Derecho de la Unión Europea una fuerza superior en caso de conflicto con el Derecho nacional. Ha sido entendido por la doctrina que supone un reconocimiento de la primacía incluso por encima de la propia Constitución.

A este respect vid. ALBI, A., "Supremacy of EC Law in the New Member Status. Bringing Parliaments into the Equation of 'Co-operative Constitutionalism'", *European Constitutional Law Review*, v. 3, pp. 43-45, HOFFSTEIMER, M., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., p. 23.

En este sentido, CHALMERS, DAVIES y MONTIES consideran que esta aceptación de la primacía del Derecho comunitario, si bien ha sido definida como la más cercana a la aceptación incondicional de la primacía si bien razonando que esta admisión no sería tan incondicional como aparenta a primera vista, puesto que la ley de reforma constitucional estaría bajo la autoridad de la propia Constitución de Estonia, y en este sentido, el Derecho de la Unión debería respetar ciertas previsiones constitucionales como serían los derechos fundamentales y la retención del núcleo competencial del Estado estonio. Vid. CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law: Text and Materials*, 2ª edición, op. cit., pp 190-191. En el mismo sentido, LAFRANQUE, J., D'SA R., "Getting to Know You: The Developing Relationship between National Courts of the "Newer" Member States and the European Court of Justice, with particular reference to Estonia", *European Business Law Review*, v.19, nº 2, 2008, pp. 311-320.

deben menoscabar los derechos del hombre ni los fundamentos del régimen democrático.⁸¹⁰

Grecia tiene un sistema de justicia constitucional difuso. Esto podría explicar la diversidad de sus pronunciamientos, pues si bien los jueces han venido reconociendo la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho constitucional de forma mayoritaria, no han faltado tampoco casos en los que se ha hecho prevalecer el Derecho constitucional. Así, por ejemplo, la Decisión del Consejo de Estado de 25 de septiembre de 1998, (caso n 3458/1998) hace prevalecer una norma constitucional frente a una norma comunitaria por considerar que la enseñanza universitaria quedaba fuera del ámbito de competencias de la Unión.⁸¹¹ Pero quizá es insuficiente para considerar que en Grecia se ha desarrollado la doctrina de los contralímites.

En **Portugal**, que ingresa en las Comunidades Europeas en el año 1986, junto España, no hemos encontrado que se haya desarrollado la doctrina de los contralímites, al menos hasta la actualidad. Ciertamente la Constitución portuguesa no establecía nada respecto a la primacía del Derecho comunitario hasta que en la reforma de 1982 se introduce un precepto a tal efecto, el apartado 3 del art. 8, que establece las normas emanados de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal forme parte tendrán efecto directo en el orden interno de conformidad con dichos Tratados.⁸¹²

Para la ratificación del Tratado de Maastricht se introduce una cláusula en la Constitución portuguesa que permite el ejercicio común de competencias y se establecen unos límites explícitos que estarían constituidos por el “respeito pelos principios fundamentais do Estado de direito democrático”.⁸¹³

⁸¹⁰ Dicho artículo dispone que “Greece shall freely proceed by law passed by an absolute majority of the total number of Members of Parliament to limit the exercise of national sovereignty, insofar as this is dictated by an important national interest, does not infringe upon the rights of man and the foundations of democratic government and is effected on the basis of the principles of equality and under the condition of reciprocity”

Para un estudio de estas interpretaciones doctrinales vid. CHRYSSOGONOS, K., “The European Union and the Greek Constitutional Order” en KELLERMANN, A. E., DE ZWAAN, J.W., CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and at National Level*, Asser Press, The Hague, 2001, pp. 141-146.; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 61; CELOTTO, A., y GROPPPI, T., “Derecho UE y Derecho nacional...”, op. cit., p. 319.

El texto en inglés se puede obtener en www.parliament.gr/english/politeuma/syntagma.pdf

⁸¹¹ CELOTTO, A., y GROPPPI, T., “Derecho UE y Derecho nacional...”, op. cit., p. 319.

⁸¹² “As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na orden interna, desde que tal se econtre estabelecido nos respectivos tratados institutivos”

⁸¹³ Art. 7.6 de la Constitución Portuguesa.

Sin embargo, estos límites no han tenido aplicación alguna, incluso se puede decir que el Tribunal Constitucional portugués ha mostrado cierto *self-restraint*, excluyendo su intervención en la aplicación de las normas comunitarias y ha preferido obviar la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial, negando su necesidad aunque se mostró abierto en su caso a plantearla (Sentencia de 136/90, de 23 de mayo); así como ha negado que una vulneración del Derecho comunitario sea tutelable en vía constitucional (Sentencias de 326/98, de 5 de mayo; y 621/98 de 3 de noviembre, apartados 10 y 11).

Para mayor abundancia, Portugal reformó su Constitución para adecuarla a la introducción explícita del principio de primacía del Derecho comunitario en el art. I-6 del Tratado que finalmente no entró en vigor, a través de su art. 8.4 de la Constitución portuguesa, pero condicionaba la primacía al respeto a los principios fundamentales del Estado democrático.⁸¹⁴

Por ello, la doctrina entiende que ni siquiera este artículo legitimaría una concepción de la primacía en sentido supraconstitucional, de tal manera que habría un “núcleo esencial” en la Constitución portuguesa que estaría constituido por los derechos fundamentales y los principios democráticos, y que si el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre un hipotético conflicto entre una norma constitucional y una norma comunitaria es porque “nunca fue requerido para ello”.⁸¹⁵

Por su parte, **Finlandia** ingresó en la Unión en 1995 junto a Austria y Suecia.⁸¹⁶ Si bien la Constitución carecía de una norma que diera un rango especial a los tratados internacionales, conforme a su tradición dualista, la Corte Suprema (Supreme Administrative Court) entendió que la *Finnish EU Accession Act* constituía una base

⁸¹⁴ Este art. 8.4 dispone que “As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”.

⁸¹⁵ DUARTE, M^a L., y AMADO GOMES, C., “Portugal”, en TAJADURA, J., y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea...*, op. cit., pp. 285-288.

⁸¹⁶ Y lo hizo habiendo condicionado la misma entrada en las Comunidades a un referéndum que no era constitucionalmente obligatorio.

Además, siguiendo su tradición dualista el proceso de ingreso requirió de dos pasos, el Parlamento pudo aprobar con mayoría simple la ratificación internacional del Tratado de Adhesión, pero el contenido del mismo fue considerado inconstitucional, y la aprobación de la *Finnish EU Accession Act* exigió voto favorable de dos terceras partes del Parlamento. Vid. ROSAS, A., “Finland’s accession to the European Union: Constitutional Aspects”, *European Public Law*, n^o 1, 1995, pp. 166-170; HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., pp. 6 y ss.

suficiente para aceptar la primacía del Derecho comunitario;⁸¹⁷ si bien no se ha planteado nunca si dicha primacía afecta también a las normas constitucionales.⁸¹⁸

Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Letonia, Lituania y Malta forman parte de la penúltima ampliación de 1 de mayo de 2004 (junto con República Checa, Chipre, y Polonia).

En **Eslovaquia**,⁸¹⁹ el art. 7.2 de la Constitución establece la prevalencia del Derecho comunitario sobre leyes nacionales; y el apartado 5 del mismo se refiere a los tratados internacionales, lo que podría implicar la primacía del Derecho internacional.⁸²⁰

Pero el art. 125.1 de la Constitución parece establecer como límite de la prevalencia de los tratados internacionales el propio texto constitucional.⁸²¹ Y así fue reconocido por el Tribunal Constitucional en la Decisión nº 95/99, II, UUS 91/99. Se ha planteado la duda de que el Tribunal Constitucional termine aplicando esta doctrina al Derecho comunitario de forma específica.⁸²²

⁸¹⁷ Supreme Administrative Court, 31 December 1996, KHO 1996 B 577.

⁸¹⁸ GRILLER, S., "Introduction to the Problems in the Austrian, the Finnish and Swedish Constitutional Order" op. cit., pp. 167-168.

Además, Finlandia reformó su constitución en el año 2000, exigiendo para la ratificación de cualquier tratado que tenga impacto constitucional el apoyo parlamentario de dos tercios, y de esta forma se armonizaba procedimiento externo e interno.

El nuevo art. 94.3 establece un límite a la cooperación internacional al establecer que ninguna obligación internacional podría afectar a los fundamentos democráticos consagrados en la Constitución. Se ha interpretado este artículo en el sentido de posibilitar una reforma constitucional, e incluso la aprobación de un Tratado que contenga disposiciones contrarias a la Constitución siempre que se respeten los fundamentos democráticos, que constituirían la reserva constitucional, y podría suponer una cláusula que legitimaría el control constitucional del Derecho de la Unión en base al límite del art. 94.3.

Vid. OJANEN, T., "The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional law", *European Public Law*, 2004, pp. 531 y ss.; CELOTTO, A., GROPPI, T., "Derecho UE y Derecho nacional...", op. cit., p. 303; HOFFMEISTER, F., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., pp. 6-7

⁸¹⁹ Hay que tener en cuenta que Eslovaquia llevó a cabo una profunda reforma constitucional en 2001, para prepararse para el ingreso en las Comunidades, y que afectó a 85 artículos. Entre ellos cabe destacar como se introdujo un nuevo art. 7 que en su segundo apartado establecía la posibilidad de transferir el ejercicio de competencias a la Unión Europea. No obstante, de acuerdo con el art. 84.4 dicha transferencia requeriría una mayoría parlamentaria de tres quintas partes. El 16-17 de mayo de 2003 se planteó un referéndum sobre el ingreso en la Unión que resultó exitoso, y el Parlamento ratificó el Tratado de Adhesión el 1 de julio de 2003.

El referéndum tuvo una participación del 50 por ciento si bien con el 93,71 por ciento de los votos a favor. La ratificación parlamentaria obtuvo 129 votos de los 140. Vid. HOFFMEISTER, F., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., p. 10.

⁸²⁰ HOFFMEISTER, F., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., p. 20.

⁸²¹ SLASTAN, M., "Slovakia", en KELLERMAN, A., CZUCZAI, J., y otros (eds.), *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of the New Member States and (Pre-)Candidate Countries*, op. cit., p. 442; HOFFMEISTER, F., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., p. 20.

⁸²² DIAZ GREGO, M., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., nota a pie 97, p. 68.

Eslovenia, reformó su Constitución para posibilitar la transferencia de competencias a organizaciones internacionales.⁸²³ En el art. 3.3 de la Constitución se dispone que las decisiones adoptadas en las organizaciones internacionales a las que se haya transferido el ejercicio de parte de los derechos de soberanía se aplicarán en Eslovenia de conformidad con la regulación de la propia Organización.⁸²⁴ Esto posibilitaría entender que existe una expresa aceptación de la primacía del Derecho comunitario.⁸²⁵ Sin embargo, el apartado segundo del mismo artículo establece a su vez que las organizaciones internacionales a las que se ha transferido el ejercicio de parte de los derechos de soberanía deben basarse en el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, democracia y los principios del Estado de Derecho, y esto ha planteado la posibilidad de que no se aceptaran normas comunitarias que pudieran vulnerar el núcleo constitucional.⁸²⁶

De hecho, en una decisión previa, la Decisión de 5 de junio de 1997 del Tribunal Constitucional esloveno sobre la ratificación del Acuerdo de Asociación entre la República de Eslovenia y las Comunidades Europeas y sus Estados miembros⁸²⁷, razonaba que el gobierno esloveno no estaría autorizado a ratificar un tratado internacional contrario a la Constitución, pudiendo el Tribunal abrogar las leyes de ratificación de tratados que considerara contrarios a la misma.⁸²⁸ Pero cabría plantearse

⁸²³ Para prepararse para el ingreso en las Comunidades Europeas, el Parlamento eslovaco reformó el art. 3 de la Constitución introduciendo una cláusula de transferencia del ejercicio de sus derechos de soberanía a organizaciones internacionales, que estuvieran basadas en el respeto a los derechos fundamos, las libertades fundamentales, la democracia y los principios del Estado de Derecho.⁸²³ No obstante, se exigía para dicha transferencia que la ley se aprobara por mayoría de dos tercios del Parlamento y que se planteara un referéndum vinculante, que se llevó a cabo el 23 de marzo de 2003, con una clara mayoría de un 60.23 por ciento de participación, y el 89, 61 por ciento de votos favorables. De tal forma que el Tratado de Adhesión fue ratificado por el Parlamento el 24 de junio de 2004.

Vid. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op.cit., p. 11.

⁸²⁴ Exáctamente dispone que “Legal acts and decisions adopted within international organizations to which Slovenia has transferred the exercise of part of its sovereign rights shall be applied in Slovenia in accordance with the legal regulations of these organizations”

⁸²⁵ En este sentido, HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 21.

⁸²⁶ “2. Before ratifying an international treaty referred to in the preceding paragraph, the National Assembly may call a referendum. A proposal shall pass at the referendum if a majority of voters who have cast valid votes vote in favor of such. The National Assembly is bound by the result of such referendum. If such referendum has been held, a referendum regarding the law on the ratification of the treaty concerned may not be called”

⁸²⁷ Constitutional Court of Slovenia, nº RM-1/97, www.us.-rs.si/en/index.html

⁸²⁸ Decisión accesible en ingles en www.us-rl.si/en/

si esta doctrina, que no ha tenido aplicación práctica sobre el Derecho comunitario, habría cambiado con la reforma constitucional.⁸²⁹

Hungría también reformó su Constitución para preparar su ingreso en la Unión Europea, y se estableció en el art. 2A la posibilidad de ceder el ejercicio de competencias a la Unión;⁸³⁰ que permitió la aprobación de la Ley de Adhesión.⁸³¹ Sin embargo, la Constitución guarda silencio sobre el rango del Derecho comunitario, a pesar de los intentos de introducir una cláusula de este tipo, debido a las divergencias políticas sobre la misma.⁸³²

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene una gran relevancia. Como antecedente hay que tener en cuenta que ya en su sentencia 30/1998, de 22 de enero de 1997, declaraba que tenía competencia para controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales celebrados por el Estado, y de las leyes húngaras de trasposición de éstos, pudiendo declarar la inconstitucionalidad de las obligaciones internacionales asumidas por Hungría.⁸³³

El Tribunal Constitucional húngaro entendió inconstitucional una ley húngara de 2004 que se aplicaba a la especulación sobre productos agrícolas con carácter

⁸²⁹ En este sentido, algunos autores han entendido que no habría un cambio real de la doctrina jurisprudencial con la reforma. Vid. en este sentido POGACNIK, M., STARMAN, M., VEHRAR, P., "Slovenia", en KELLERMAN, A., CZUCZAI, J., y otros (eds.), *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of the New Member States and (Pre-)Candidate Countries*, op. cit., pp. 179, 185. En contra, DÍAZ GREGO duda que tenga aplicabilidad para el Derecho comunitario (DÍAZ GREGO, M., *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., nota a pie 97, p. 68.)

Para RIBCIC, Juez de la Corte Constitucional de Eslovenia, la Corte Constitucional no reaccionara en casos de vulneración de intereses nacionales en general, sino solo en caso de vulneraciones que afecten a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, la democracia, y los principios del Estado de Derecho. Citado por ROSSI, L.S., "How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon", op. cit., nota 21, pp. 68-69.

⁸³⁰ Act n° LXI/2002.

Este artículo dispone que" (1) By virtue of a treaty, the Republic of Hungary, in its capacity as a Member State of the European Union, may exercise constitutional powers jointly with other Members States to the extent necessary in connection with the rights and obligations conferred by the treaties on the foundation of the European Union and the European Communities (...) these powers may be exercised independently and by way of the institutions of the European Union. 2. The ratification and promulgation of the treaty referred to in Subsection (1) shall be subject to a two-thirds majority vote of the Parliament"

Conforme a la exigencia de referéndum del artículo 79, se planteó una consulta el 13 de abril de 2003, con escasa participación pero donde ganó por amplia mayoría el sí. Hubo una participación del 45,59%, pero con el voto favorable del 83,76%. Vid. HOFFSTEMER, M., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., p. 11.

⁸³¹ El Parlamento húngaro ratificó el Tratado de Adhesión de forma unánime el 17 de diciembre de 2003. Parliamentary Resolution N° 133/2003 (XII, 17).

⁸³² CZUCZAI, J., "Hungary", en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, op. Cit., pp. 343 y ss.; HOFFSTEMEIR, M., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., p. 21.

⁸³³ El legislador húngaro debería en dicho caso optar por la modificación de la Constitución, o bien reformular o denunciar el Tratado. La sentencia es accesible en inglés en www.mkab.hu/en/enpage3.htm

retroactivo a un periodo anterior al ingreso de Hungría en la Unión. Se trataba de una ley basada en un Reglamento UE preparado para prevenir un aprovechamiento de los subsidios para los agricultores húngaros basado en el volumen de la producción. Tanto la regulación europea como la ley húngara entraron en vigor el 1 de mayo de 2004, y ambas eran retroactivas castigando actos que eran legales en el momento en que se llevaron a cabo. Sin embargo, la Corte constitucional trató la cuestión como un asunto interno, sin hacer referencia al Derecho de la Unión, y entendió que la ley húngara vulneraba el art. 2.1 de la Constitución, al afectar al principio de seguridad jurídica que prohíbe castigar de forma retroactiva.⁸³⁴ Quizá lo resaltante es que el Tribunal evitó pronunciarse sobre el estatus del Derecho comunitario.⁸³⁵

Posteriormente, la relación entre el derecho nacional y el Derecho comunitario fue puesto a prueba en la decisión 1053/E/2005 de 16 de junio de 2006, donde se planteaba la constitucionalidad de que la legislación húngara hubiera incumplido las obligaciones comunitarias infringiendo los arts. 10 y 29 del TCE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechazó la demanda al entender que el art. 2^a no establece una obligación concreta para el legislador sobre el Derecho comunitario.

Finalmente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la decisión 72/2006, de 15 de diciembre de 2006⁸³⁶, en la que ha controlado la aplicabilidad directa de la Directiva 93/104, tratando ciertas cuestiones sobre el empleo y la remuneración en el ámbito de la salud pública.⁸³⁷ En el apartado 4 de la sentencia razona que los Tratados igual que las Directivas son considerados como parte del orden legal interno, pero no concreta su nivel, con lo que deja sin respuesta la cuestión. Esto, sin embargo, ha hecho que alguna doctrina entienda que en Hungría la primacía sólo se acepta respecto del Derecho nacional no constitucional.⁸³⁸

⁸³⁴ Decision 17/04 (v. 25) AB, www.mkab.hu/en/enpage3.htm

Para un comentario de esta sentencia, vid. UITZ, R., "EU Law and the Hungarian Constitutional Court: Lessons of the First Post-Accession Encounter", en SADURSKI, ZILLER, y ZUREK (eds.), *Après Enlargement*, pp. 41-64.

⁸³⁵ ALBI, A., "Ironies in Human Rights Protection in the EU: Pre-Accession Conditionality and Post-Accession Conundrums", op. cit., p. 52,

⁸³⁶ Constitucional Court Ruling nº 10/2006. Se puede ver un comentario de la misma en RAISZ, A., "Confronted with Direct Applicability of a Directive: the Hungarian Constitutional Court Before Challenges", *Miskolc Journal of International Law*, 2007, v. 4, n.1, pp. 113-127, www.uni-miskolc.hu/~wwwdrint/MJIL9/20071raisz1.pdf.

⁸³⁷ En este sentido, HOFFMEISTER afirma que los jueces húngaros tendrán que aplicar "the Hungarian Constitution as the supreme law of the land" Vid. HOFFMEISTER, M., "Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission", op. cit., p. 22.

⁸³⁸ Vid. RAISZ, A., "Confronted with Direct Applicability of a Directive: the Hungarian Constitutional Court Before Challenges", op.c it., p. 124. Sin embargo, en nuestra opinión no sería tan evidente.

Por su parte, en **Malta**⁸³⁹ el art. 6 de la Constitución establece de forma explícita la supremacía constitucional sobre cualquier ley; y con la Ley de Adhesión se introdujo una modificación en el art. 65 que establecía la primacía del Derecho comunitario sobre las leyes, incluso las posteriores. Cabría entender que el límite de la primacía del Derecho comunitario está constituido por la propia Constitución, pero aún no se ha planteado un conflicto que nos dé una solución en la jurisprudencia.⁸⁴⁰

En **Letonia**,⁸⁴¹ conforme a lo previsto en los arts. 13 y 16 de la Constitución, los tratados internacionales prevalecen sobre las normas internas, pero no sobre la Constitución.⁸⁴² Sin embargo, de momento no se ha plantado aún en la práctica si esta interpretación será la que asuman los tribunales, respecto a la relación Derecho de la UE y Derecho constitucional nacional.⁸⁴³

Lituania, contempla en el art. 136 de la Constitución la posibilidad de participar en organizaciones internacionales siempre que no contradigan los intereses e independencia del Estado.⁸⁴⁴ El art. 138.3 de la Constitución lituana establece que los

⁸³⁹ El 8 de marzo de 2003 se planteó una consulta popular sobre el ingreso en la Unión Europea, que tuvo una gran participación y resultó favorable (la participación fue del 90 por ciento, con un voto a favor del 53,65%). Si bien dicha consulta no era vinculante, el 16 de julio de 2003 se firmó el Tratado de Adhesión, y el parlamento maltés adoptó la *European Union Act* el 16 de julio de 2003, con 34 votos a favor y 25 en contra. Vid. HOFFMEISTER, M, “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 7.

⁸⁴⁰ Vid. XUEREB, P. G, “Constitutional Questions Raised by the Proposed Acession of Malta to the European Union”, en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, op. cit., pp. 229 y ss.; HOFFMEISTER, M, “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 7 y 15.

⁸⁴¹ Para ello se introdujo un nuevo art. 68 en su Constitución que permitía la delegación de las competencias estatales a organizaciones internacionales. La Ley que permitiera dicha delegación, debería ser ratificada por dos terceras partes del Parlamento, siendo necesario además para la entrada en la Unión europea una referéndum (art. 79). El referéndum se celebró el 20 de septiembre de 2003, y participó el 72,52%, votando a favor el 67,44%. El Parlamento ratificó el Tratado de Adhesión el 2 de octubre de 2003, con 95 de 91 votos. Vid. HOFFSTEIMER, M, “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 19.

⁸⁴² De Nuevo HOFFSTEIMER, M, “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 19.

⁸⁴³ En este sentido se ha argumentado que quizá se tenga en cuenta las especialidades de la adhesión, por las mayorías que se requirieron y el referéndum, vid. HOFFSTEIMER, M, “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit. op. cit., p. 19.

⁸⁴⁴ La falta de una previsión de transferencia de competencias a la Unión Europea, o de forma más flexible fue muy criticada, y se trató de introducir, pero sin éxito.

No obstante, el artículo en cuestión sirvió de base para llevar a cabo la adhesión. Dada la necesidad de plantear a referéndum cualquier instrumento que afecte de forma relevante al Estado (art. 9.1), se celebró del 10 al 11 de mayo de 2003, en el que la población participó en un 63,3% y votó a favor el 91,04%. El Parlamento adoptó la ley de ratificación al Tratado de Adhesión el 16 de septiembre de 2003, con 84 votos de 87.

Vid. ALBI, A., *EU Enlargement ant the Constitutions of Central and Eastern Europe*, pp. 98-103; “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit.; HOFFSTEIMER, M, “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission” op. cit, p. 8; VADAPALAS, V., “Lithuania: The Constitutional Impact of the Enlargement at National Level”, en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The*

acuerdos internacionales ratificados por el Parlamento formarán parte del ordenamiento nacional. Esto fue interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de entender que se aplicarían de la misma forma que las leyes.⁸⁴⁵

Además, el art. 11.2 de la Constitución, conforme a la reforma de 1999, dispone que los tratados internacionales gozan de prioridad sobre las leyes y otros actos legales de la República. Por otro lado, en 2004 se lleva a prueba una Ley de Reforma Constitucional, la *EU Constitutional Act* que establece esta prioridad respecto del Derecho comunitario.⁸⁴⁶ Pero no menciona la Constitución, por lo que se entiende que se mantendría la supremacía constitucional. Y no obstante, aún no se han planteado problemas de conflictos en la jurisprudencia que puedan dar lugar a la doctrina de los contralímites.⁸⁴⁷

Por otro lado, Bulgaria y Rumanía constituyen los últimos Estados miembros en incorporarse, en la última ampliación, en 2007.

Bulgaria, llevó a cabo una reforma constitucional previa a la adhesión a la Unión Europea, que introducía un nuevo art. 4.3 estableciendo que la República de Bulgaria podría participar en la construcción y desarrollo de la Unión Europea; y el art. 85.1 párrafo nueve disponiendo la competencia de la Asamblea Nacional para ratificar tratados internacionales que confieran a la Unión Europea competencias previstas en la Constitución con una mayoría de dos tercios de los miembros de la cámara.⁸⁴⁸

Sin embargo, a pesar de la reforma, no se había introducido una cláusula de primacía del Derecho de la UE, y la supremacía de los tratados estaba limitada a las leyes nacionales, conforme a lo previsto en el art. 5.4 de la Constitución.⁸⁴⁹ El Tribunal

Constitutional Impact at EU and National Level, op. cit., pp. 347 y ss. En este último artículo se puede ver una recomendación en este sentido del Departamento de Derecho de la Unión Europea del Gobierno de Lituania.

⁸⁴⁵ Decisión de 24 de Junio de 1995, nº 9-199.

⁸⁴⁶ Establece que “The norms of the acquis of the European Union shall be an integral part of the legal order of the Republic of Lithuania. Where it follows from the founding Treaties of the European Union, the norms of the acquis shall prevail over the laws and other legal acts of the Republic of Lithuania”.

⁸⁴⁷ Conforme al art. 7.1 de la Constitución lituana. En este sentido, HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 16-17.

⁸⁴⁸ Se puede acceder a la Constitución de la República de Bulgaria en inglés, en www.parliament.bg/en/const/

Y dado que estas reformas introducidas no afectaba al núcleo duro de la Constitución no requerían la participación prevista para la reforma de ciertas competencias reservada, de la Gran Asamblea Nacional. El Tratado de adhesión fue firmado el 25 de abril de 2005, y ratificado por el Parlamento el 11 de mayo del mismo año. Vid. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., pp. 11-12.

⁸⁴⁹ Más aún, en caso de que un Tratado internacional sea contrario a la Constitución, la Constitución requiere su reforma, conforme al art. 85.3, siendo competencia de la Corte Constitucional de controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 149.1 de la Constitución).

Constitucional búlgaro se ha pronunciado sobre la relación Tratados internacionales y Constitución, entendiendo que la Constitución está por encima (Sentencia nº 7 de 2 de julio de 1992).⁸⁵⁰ No se conoce una situación de conflicto que permita dilucidar si dicha doctrina será aplicable también al Derecho comunitario, si bien es lo que considera la mayor parte de la doctrina.⁸⁵¹

Rumanía, como también ocurrió con Bulgaria, llevó a cabo una reforma constitucional previa a la adhesión, si bien en este caso, el art. 147.3 de la Constitución requería que cualquier reforma fuera aprobada en referéndum nacional; y el art. 152 disponía que ninguna reforma constitucional podría afectar el carácter nacional, independiente, unitario, e indivisible del Estado de Rumanía, la forma de gobierno de la República, la integridad territorial, la independencia judicial, el pluralismo político y la lengua oficial.

A estos efectos, se planteó a la Corte constitucional sobre una propuesta legislativa de reforma constitucional que pudiera transferir competencias a la Unión Europea. El Tribunal, en su decisión 148 de 16 de abril de 2003 confirmó que era constitucional, en la medida en que compartir el ejercicio de la soberanía con otros países no atribuye a la Unión Europea la competencia de competencias. De esta forma se introdujo un nuevo título VI en la Constitución sobre la integración euroatlántica, con un art. 148.1 que establecía que el ingreso de Rumanía en la Unión podría producirse con una mayoría de dos tercios de las dos Cámaras del Parlamento, que adoptaron de forma unánime la ratificación de la Tratado de Adhesión el 18 de mayo de 2005.⁸⁵²

No obstante, el art. 145.1 establece de forma explícita la supremacía del Derecho de la UE sobre las leyes nacionales, pero no establece así sobre la constitución, mientras que el art. 11.2 mantiene la necesidad de revisar la constitucionalidad de los Tratados (art. 11.2). Esto se ha entendido en el sentido de que la primacía no afectaría a las

⁸⁵⁰ En relación a la interpretación del art. 149 (1.4) de la Constitución que le da el control de constitucionalidad.

⁸⁵¹ En este sentido, vid. TANCHEV, E., “Constitutional Amendments Due to Bulgarian Full EU Membership”, en KELLERMAN, DE ZWAAN, y CZCUCZAI (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, op. cit., pp. 301 y 305, citados por HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 19. Se planteado sus dudas DIAZ GREGO, vid. DIAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., nota a pie 97, p. 68

⁸⁵² En este sentido, la reforma constitucional fue sometida a referéndum en octubre de 2003, y aprobada con una participación del 54 por ciento, por el 80 por ciento de los votos. Vid. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 12.

normas constitucionales.⁸⁵³ No obstante, habría que esperar para verificar si en el futuro se desarrolla la doctrina de los contralímites.

Ahora queda por exponer el surgimiento y desarrollo de la doctrina de los contralímites en el resto de Estados miembros.

3.2.1. ITALIA.

El art. 11 de la Constitución de la República de Italia amparaba la limitación de su soberanía, y permitió que Italia participara en la fundación de las Comunidades Europeas.⁸⁵⁴

Sin embargo, la recepción del Derecho comunitario en Italia y la relación entre el mismo y el ordenamiento jurídico italiano han venido marcados por la posición que al respecto ha tenido la Corte Constitucional italiana;⁸⁵⁵ así como también de la evolución que esta posición ha experimentado ya, que no puede calificarse de “marmórea”.⁸⁵⁶

En general se puede afirmar que el principio de primacía sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido asumido por la Corte constitucional italiana, y que por tanto, rige en el Derecho italiano, pero no de forma incondicional o absoluta. Esta primacía implica la prevalencia de las normas comunitarias directamente aplicables sobre las normas internas, pero la Corte estableció como hemos anticipado, los límites a la misma.

Así, en la sentencia de 16 de diciembre de 1965, *Acciaierie San Michele c. CECA*,⁸⁵⁷ ya afirmó que la transferencia de competencias estatales a las Comunidades Europeas, incluidas las atribuciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia,

⁸⁵³HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission” op. cit., p. 21.

⁸⁵⁴ Italia es miembro fundador de las Comunidades Europeas, y su Constitución permitía la limitación de la soberanía en el art. 11 de la misma, en orden a asegurar la paz y la justicia entre las naciones. La Constitución italiana se puede encontrar en la página web de la Corte, www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_217.do

⁸⁵⁵ El sistema jurisdiccional italiano está muy bien explicado por la propia Corte Constitucional, en el informe que realizó con motivo de la XII conferencia de las Cortes Constitucionales, vid. “Rapport de la Cour constitutionnelle de la République italienne”, *Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l’interférence, en cette matière, de l’action des juridictions européennes*, , Conférence des Cours constitutionnelles européennes XXème Congrès, Bruselas, 13-16 Mayo 2002, accesible online en www.confcoconsteu.org/reports/Italie-FR.pdf

⁸⁵⁶ ROSSI comenta que “As is well known, the approach of the Italian Constitutional Court towards the EC/EU integration process has never been straightforward”. Vid. ROSSI, L.S., “Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court”, op. cit., p. 319.

⁸⁵⁷ Corte Costituzionale, nº 98/1965, ya citada.

Las decisiones de la Corte Constitucional italiana son accesibles a través de su web, www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do

encontraban un límite en el derecho particular a la tutela jurisdiccional, que forma parte de los derechos inviolables garantizados por el art. 2 de la Constitución italiana. En otras palabras, había un núcleo de principios que eran intangibles.

Como afirma VILLANI, en esta sentencia se puede encontrar la presencia de la configuración de los contralímites;⁸⁵⁸ pues el nombre que ha recibido esta doctrina ha sido el de *controlimiti*.⁸⁵⁹

Ciertamente, no es sino con la sentencia *Frontini*,⁸⁶⁰ donde se precisan los contralímites, y la Corte afirma que las limitaciones a la soberanía italiana amparadas en el art. 11 de la Constitución no pueden implicar una violación de **los principios fundamentales del ordenamiento constitucional** o de **los derechos inalienables de la persona humana**, en cuyo caso la Corte tendría competencia para controlar la compatibilidad del Tratado con los principios constitucionales.⁸⁶¹

Es por tanto, en esta sentencia donde encontramos una formulación clara de los contralímites. La Corte precisa que el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros se pueden configurar como sistemas jurídicos autónomos y diferentes, si bien coordinados en base al reparto de competencias establecido y garantizado en los Tratados, fijando por tanto “un preciso confine a tali limitazioni di sovranità”⁸⁶² y se refiere de nuevo al art. 11 de la Constitución italiana que legitima las limitaciones de poder del Estado italiano necesarias para la institución de las Comunidades Europeas, y por tanto, sobre el que se basa la limitación de la soberanía italiana. Este artículo, entiende la Corte, debe ser interpretado en el sentido de que su finalidad es la constitución de las Comunidades, pero no puede suponer el otorgamiento a la Comunidad Europea de un poder de vulnerar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana.

⁸⁵⁸ “È già presente, in questa sentenza, la configurazione di “controlimiti”, in raffronto alla limitazione di sovranità italiana a favore delle Comunità europee, consistenti nei diritti umani fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.” Vid. VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, Intervento al Seminario di studio su “Diritto comunitario e diritto interno”, Corte costituzionale, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, en <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/15203.pdf>, p. 7.

⁸⁵⁹ Sobre esto, vid. RUGGERI, A., “Tradizioni costituzionali comuni e ‘controlimiti’”, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione”, op. cit., p. 102.

⁸⁶⁰ Corte Costituzionale, n° 183/1973, de 27 de diciembre.

⁸⁶¹ Para un análisis exhaustivo de la sentencia vid. ITZCOVICH, G., “Soverignty, Legal pluralism, and Fundamental Rights. Italian jurisprudence and European Integration (1964-1973)”, *European Public Law*, v. 10, n° 1, pp. 107-133.

⁸⁶² VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, op. cit., p. 7

Esta doctrina se vería confirmada en la sentencia 8 de junio de 1984, *Granital*.⁸⁶³ Como indica ROSSI es con esta sentencia con la que se acoge la doctrina *Simmenthal* del Tribunal de Justicia, reconociendo que los jueces nacionales pueden plantear una cuestión prejudicial sin necesidad de obtener una previa autorización de la Corte constitucional.⁸⁶⁴

Esta doctrina, sin duda, es consecuencia del temor a la afectación del núcleo constitucional.⁸⁶⁵ Pero evidentemente, tarde o temprano tendría la Corte constitucional que hacer frente a un supuesto conflictual en la práctica. Y así ocurrió en el asunto resuelto en la sentencia de 21 de abril de 1989, *Fragd*.⁸⁶⁶ Tuvo que resolver sobre una eventual vulneración del derecho a la tutela judicial por parte del art. 177 del TCE (después art. 234 TCE, actualmente art. 267 TFUE) en lo que dicho artículo atribuye al Tribunal de Justicia el poder de limitar en el tiempo los efectos de sus pronunciamientos prejudiciales sobre la validez de los reglamentos hasta el punto de excluir la anulación de los actos ejecutivos.

Ciertamente la Corte italiana razonó que el derecho a la tutela judicial podía quedar vacío de contenido sustancial si el juez de reenvío tuviera como respuesta que la norma no es válida pero que la invalidez no tiene efecto sobre la controversia objeto del litigio, y que por tanto, debería resolver dicho litigio con una norma cuya falta de validez ha sido reconocida.⁸⁶⁷

⁸⁶³ Corte Costituzionale, n° 170/1984, de 8 de junio.

Como manifiesta VILLANI “determina un mutamento “rivoluzionario” nella soluzione del conflitto tra diritto comunitario (direttamente applicabile) e diritto nazionale. Sebbene, infatti, la Corte costituzionale ribadisca l’impostazione “dualista” tra l’ordinamento comunitario e quello nazionale, che restano autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato, essa accoglie, nella sostanza, le forti sollecitazioni della Corte di giustizia”. Vid. VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, op. cit., p.8.

⁸⁶⁴ “It was only with the *Granital* case that the Italian Court finally recognized that, as prescribed by the ECJ in *Simmenthal*, all national judges have a duty to set aside Italian law incompatible with EC law without the need to obtain the prior authorization of the Constitutional Court” ROSSI, L.S., “Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court”, op. cit., 329 y 330.

⁸⁶⁵ En palabras de CELOTTO “Se trata de una posición justificable por el temor (bastante remoto) de que una norma comunitaria pueda contrariar el núcleo de los valores de nuestro ordenamiento y, tal vez, por la voluntad de nuestra Corte constitucional de no deshacerse completamente del poder para contralar relativamente la introducción del derecho comunitario en nuestro ordenamiento, consideraciones próximas al intento de mantener un enfoque dualista en lo que respecta a la relación entre ordenamientos” CELOTTO, A., “Italia”, en TAJADURA, J. y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea...*, op. cit., pp. 240 y ss.

⁸⁶⁶ Corte Costituzionale, n° 232/1989, de 21 de abril.

⁸⁶⁷ Razona, efectivamente la Corte que dicho derecho “verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubita della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dall’autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l’applicazione di una norma riconosciuta illegittima”

La Corte Constitucional podría haber ido más lejos; pero no aplicó la doctrina de los contralímites e hizo prueba de “self-restraint”, en lo que podría ser incluso un ejemplo de diálogo entre Cortes.⁸⁶⁸

También se ha planteado, desde otra perspectiva, la posibilidad de un cambio jurisprudencial en la medida en que se podría entender que prevé la posibilidad no sólo de controlar la constitucionalidad de la ley de ejecución del Tratado, sino también la de normas comunitarias concretas.⁸⁶⁹

No obstante, y a pesar de la doctrina de los contralímites, el Derecho comunitario goza en Italia de una posición especial cuasi constitucional. De hecho, la Corte Constitucional confirmó la primacía del mismo sobre la legislación italiana calificándolo como “constitucional” rango del que carece en su jurisprudencia el CEDH (sentencias nº 348 y 249 de 2007), de tal manera que los jueces italianos no pueden desaplicar normas internas contrarias a tratados internacionales, o al CEDH, sin plantear una cuestión ante la Corte Constitucional, pero sí cuando son contrarias a normas comunitarias directamente aplicables.⁸⁷⁰

Pero si bien la doctrina de los contralímites no ha sido aplicada hasta la fecha por la Corte constitucional italiana, sí hemos encontrado una aplicación de dicha doctrina por parte del Consejo de Estado italiano. En efecto, el Consiglio di Stato ha tenido oportunidad de aplicar los contralímites en la sentencia nº 4207 de 2005, *Admenta c. Federfarma e altri*.⁸⁷¹

Una sentencia que ha resuelto desaplicar una disposición de una ley italiana (en concreto el art. 8 de la ley nº 362 de 1991) que contrataba con disposiciones del TCE. Hay que tener en cuenta que esta norma había sido objeto de una previa sentencia “additiva” de la Corte constitucional, de 24 de julio de 2003, que la había modificado para asegurar la tutela del derecho a la salud (art. 32 Constitución italiana).⁸⁷²

⁸⁶⁸ ROSSI considera que “In the *Fragd* case (...) The Italian Constitutional Court went closet o establishing such a violation, but diplomatically avoided doing so.” ROSSI, L.S., “Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court”, op. cit., p. 320)

⁸⁶⁹ CARTABIA, M., WEILER, J.H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bolonia, 2000, pp. 171 y ss.

⁸⁷⁰ Para ROSSI, estamos ante “a strongly pro-European judgment was certainly unexpected, especially in light of the fact that the new Article 117 of the Italian Constitution (introduced by the 2001 revision) does not distinguish EU legislation from international treaties”. Vid. ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, op. cit., p. 77.

⁸⁷¹ Consiglio di Stato, nº 4207/2005.

Esta sentencia la hemos localizado gracias a VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, Intervento al Seminario di studio su “Diritto comunitario e diritto interno”, op. cit., pp. 27 y ss.

⁸⁷² Corte Costituzionale nº 257/2003.

Pues bien, el Consejo de Estado, previa exclusión del planteamiento de una cuestión prejudicial, ha reclamado la teoría de los contralímites, y teniendo en cuenta la última sentencia citada de la Corte constitucional ha afirmado que la norma italiana asumía un carácter constitucional, entendiendo que el juez nacional está vinculado a aplicar la norma modificada por la Corte constitucional en función de la tutela del derecho a la salud.⁸⁷³

En esta sentencia se puede apreciar la resolución de un conflicto entre libertades económicas fundamentales de la Unión, y un derecho fundamental consagrado en la Constitución italiana, y el Consejo de Estado italiano da preferencia al derecho fundamental, que gozaría de prevalencia sobre las libertades económicas comunitarias. Lo relevante de la sentencia es precisamente esto, no tanto que no planteara la cuestión prejudicial, sino que desaplicara el Derecho comunitario para conservar un espacio jurídico estatal sustraído a la influencia del derecho comunitario, donde el Estado sigue ostentando la soberanía e independencia y que está constituida por los derechos fundamentales.⁸⁷⁴

Además, esto contrasta con la doctrina de la Corte constitucional italiana que se reserva la competencia exclusiva del control constitucional de los conflictos, como hemos dicho con antelación, y que ha sido confirmado de nuevo por la Corte constitucional en la Sentencia N° 454 de 2006,⁸⁷⁵ donde especifica que el juez nacional debe plantear una cuestión a la Corte “qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto, *sindicabile esclusivamente dalla Corte costituzionale*, con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona”.⁸⁷⁶

Por otro lado, es relevante tener en consideración que si bien tradicionalmente la Corte Constitucional italiana no había considerado plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, con las decisiones n° 102 de 2008, y 103 de 2008, se aparta de

⁸⁷³ Por todo ello, en palabras de VILLANI, “il Consiglio di Stato non solo (...) ha escluso il rinvio alla Corte comunitaria, poiché vincolato, in ogni caso, dalla decisione della Corte costituzionale; ma non ha ritenuto di sottoporre a quest’ultima la questione del conflitto tra le disposizioni del Trattato CE e il diritto fondamentale alla salute” Por eso entiende que dicha sentencia “mostra la vitalità della teoria dei controlimiti, i quali non appaiono come una mera formula di stile, ripetuta più che altro per cautela. Essa peraltro sembra ispirata ad una sorta di controllo diffuso circa la compatibilità del diritto comunitario con i principi fondamentali costituzionali e i diritti umani inalienabili”. Vid. VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, op. cit., pp. 28 y ss.

⁸⁷⁴ Consiglio di Stato, n° 4207/2005, Apartado 3.4.

⁸⁷⁵ Corte Costituzionale, n° 254/2006, de 28 de diciembre.

⁸⁷⁶ VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, op. cit., p. 28

dicha doctrina, asumiendo que es un tribunal de un Estado miembro a los efectos del art. 234 TCE, y por tanto, puede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.⁸⁷⁷

En resumen, cabría decir que el principio de primacía del Derecho de la Unión rige en Italia, pero con límites que se encontrarían en los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y los derechos fundamentales, y que el control para salvaguardarla está en manos de la Corte Constitucional, que sin embargo, aún no ha aplicado en la práctica su doctrina de los “controlimiti”.

Sin embargo, a pesar de que la doctrina ha tratado mucho esta doctrina, el hecho de que la Corte no la hay aplicado nunca ha llevado a calificarla como un “arma descargada”;⁸⁷⁸ a pesar de su constante confirmación (sentencia nº 454 de 2006).⁸⁷⁹

CARABELLI, de hecho, se plantea la cuestión de la incompatibilidad de sistemas en relación con las sentencias *Laval* y *Viking*. Tras razonar la relevancia que tienen los derechos sociales en la Constitución italiana, reflexiona que la “possibilità di affrontare il problema costituzionale aperto dalle sentenze Laval e Viking sulla base della teoria dei controlimiti sono state sollevate comprensibili, ma invero non convincenti, obiezioni di ‘opportunità politica’”⁸⁸⁰

Ciertamente, todo y que la Corte Constitucional no ha aplicado en la práctica la doctrina de los contralímites, CARABELLI sostiene no tendrá más opción en un futuro de plazo medio.⁸⁸¹ Sobre todo si tenemos en cuenta los eventuales conflictos entre

⁸⁷⁷ Corte Costituzionale nº 102/2008; y nº 103/2008.

⁸⁷⁸ Vid. VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, Intervento al Seminario di studio su “Diritto comunitario e diritto interno”, op. cit; En este sentido, vid. También el trabajo de “La Carta e le Corti costituzionali. “Controlimiti” e “protezione equivalente”, *Pilittica del diritto*, v. 3, 2006, pp. 411-460.

⁸⁷⁹ Corte Costituzionale, nº 454/2006.

En palabras de CARABELLI “*la teoria dei controlimiti*, notoriamente derivante da una serie di pronunce della Corte costituzionale, la quale, a partire dalla sentenza n. 68 del 1965, fino ad arrivare alla notissima sentenza n. 170 del 1984 (relativa al caso Granital)- succesivamente ripresa e confermata in altre sentenze-“, vid. CARABELLI, U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, op. cit., p. 200

⁸⁸⁰ CARABELLI, U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, op. cit., p. 201.

⁸⁸¹ CARABELLI insiste en que en el futuro la Corte constitucional italiana tendrá que aplicar la doctrina de los contralímites para garantizar los derechos sociales tal y como están configurados en la Constitución italiana, a la luz de las sentencias *Viking* y *Laval*, y propone de cara a futuras reformas de los Tratados en la Unión Europea, que se opte por una revisión constitucional italiana lo que podría legitimar constitucionalmente los principios que se fijan en la reforma de los Tratados europeos. (“per assicurare alla scelta dello Stato italiano una effettiva legittimazione democratica, nonché per tentare di prevenire conflitti futuri, eventualmente sollevabili proprio attraverso l’applicazione della teoria dei controlimiti” Vid. CARABELLI, op. cit. Sobre estos futuribles conflictos, VILLANI realiza una muy buena reflexión, tras considerar la diferente posición que los derechos fundamentales ocupan en la Constitución italiana, y en los Tratados europeos: “Mentre in quest’ultimo tali diritti godono della garanzia posta al livello gerarchicamente superiore della Costituzione, nel Trattato (UE, come nel quadro dei principi generali del diritto comunitario) i diritti fondamentali si pongono sullo stesso piano delle altre disposizioni dei Trattati e degli altri principi e valori del diritto comunitario.” VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, op. cit., p. 21.

libertades económicas y derechos fundamentales, puesto que desde la perspectiva de la Corte constitucional italiana, no se puede equiparar en igualdad jerárquica los derechos fundamentales y las libertades económicas fundamentales.⁸⁸²

Sin embargo, no nos parece tan claro que pueda ocurrir un supuesto así. En primer lugar, porque de la jurisprudencia de la Corte se deduce que el control de constitucionalidad se ejercería solamente en caso de una vulneración generalizada de los principios o derechos fundamentales, no de un mero incumplimiento.⁸⁸³ En segundo lugar, la propia entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede influir, puesto que ya con antelación había logrado cierta influencia en la Corte constitucional italiana, que afirmó que la Carta era la expresión de los principios comunes en los sistemas jurídicos europeos (Sentencias nº 393 y 284 de 2006)⁸⁸⁴, utilizando la misma “as an auxiliary –yet authoritative- means of interpretation”.⁸⁸⁵ Y en tercer lugar, y no menos importante, hay que tener en cuenta la especial posición que ha ido adquiriendo el Derecho comunitario en Italia donde goza de estatus “constitucional” como hemos comentado (Sentencia nº 348 y 349 de 2007)⁸⁸⁶ y en la que la Corte Constitucional ha interpretado el art. 117 y 11 de la Constitución para “confer a privileged status to EU Law”.⁸⁸⁷

Hasta tal punto, que la Corte Constitucional se ha considerado juez comunitario a los efectos de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, que puede facilitar el diálogo entre las Cortes.⁸⁸⁸ Todo ello hace que un supuesto control constitucional de una sentencia comunitaria que afectara a los derechos fundamentales sea poco probable.

⁸⁸² Así entiende VILLANI que “Il rispetto dei diritti umani, pertanto, non può non essere temperato con gli altri valori e principi generali comunitari, come quelli, per esempio, relativi al mercato interno e, quindi, alle libertà di circolazione di merci, persone, servizi e capitali, o concernenti la libera concorrenza, o l’unione monetaria ecc.” VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, op. cit., p. 21

⁸⁸³ Vid. la sentencia *Frontini*, nº 183/1973, op. cit.

⁸⁸⁴ Corte Costituzionale, nº 393/2006, y nº 393/2006.

⁸⁸⁵ Vid. ROSSI, L. S., “Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court”, op. cit., p. 320, que entiende que esta recepción de la Carta por parte de las supremas cortes de los Estados miembros potencia la autoridad del documento como “a soft law instrument”

⁸⁸⁶ Corte Costituzionale, nº 348/2007, y nº 349/2007.

⁸⁸⁷ ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, op. cit, p. 77.

⁸⁸⁸ Corte Costituzionale, nº 102/2008, y nº103/2008.

3.2.2. ALEMANIA.

El art. 24 de la Ley Fundamental de Bonn habilitaba al legislador alemán para que pudiera participar en la constitución de las Comunidades Europeas.⁸⁸⁹

Como hemos adelantado, la posición del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) o Tribuna Constitucional Federal⁸⁹⁰ se unió a la línea sentada por el Tribunal Constitucional italiano con la doctrina de los contralímites, en la famosa sentencia *Solange I* de 29 de mayo de 1974.⁸⁹¹

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional Federal entiende que la autorización que se encuentra en el art. 24.1 de la Ley Fundamental no sería una autorización ilimitada, sino restringida en cuanto a las transferencia de competencias que hace, debiendo respetar en todo caso las estructuras fundamentales del ordenamiento constitucional alemán, que forman la identidad del Estado, y que se encontrarían en el art. 79.3 de la Ley Fundamental y los principios de los arts. 1 y 290 de la misma; esto es, dignidad humana, Democracia, Estado Social y de Derecho, y sistema federal; y por último también el catálogo de derechos fundamentales.

Sobre este último punto, ya que la Comunidad Europea carecía de un catálogo y un sistema de protección de derechos fundamentales, considera que le correspondía la revisión de la validez de las normas comunitarias conforme a los derechos fundamentales de la ley fundamental.

Sin embargo, la sentencia no fue unánime, sino que hubo un voto particular de tres magistrados, que consideraban que la Jurisprudencia constitucional ya había establecido que el art. 24.1 de la Ley Fundamental no sólo autorizaba la atribución de

⁸⁸⁹ Al igual que Italia, las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial debieron pesar en el ánimo del constituyente alemán para introducir un artículo que limitara la soberanía en pro de la cooperación internacional. El art. 24.1 de la Constitución alemana establece que “The Federation may transfer powers to international bodies by law”.

En base a dicho artículo se aprobó la llamada *Vertragsgesetz*, de 27 de julio de 1957, por la que la República Federal de Alemania podía adherirse a las Comunidades.

La Constitución alemana fue objeto de modificación con ocasión de la ratificación del Tratado de Maastricht, por la *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*, de 21 de diciembre de 1992, y ya no sería la cláusula europea, que se encuentra en el nuevo artículo 23.

Nótese que habitualmente han sido las sucesivas leyes de adhesión a los Tratados de reforma donde se pueden encontrar las reflexiones centrales del Tribunal Constitucional Federal sobre la relación entre el Derecho constitucional alemán y el Derecho comunitario.

⁸⁹⁰ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), se pueden acceder a sus sentencias en inglés, en www.bverfg.de.

⁸⁹¹ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 29 de mayo de 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 279.

Las sentencias del Tribunal Constitucional alemán desde 1998 están accesibles en inglés en la página web del mismo, www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions.html

Para un estudio del sistema jurídico alemán se puede acudir al informe que realizó el Tribunal Constitucional Federal Alemán con ocasión del XII Congreso de Tribunales constitucionales celebrado en Bruselas en 2002, accesible on line en inglés, www.confcoconsteu.org/reports/Duitsland-EN.pdf.

derechos de soberanía a organizaciones internacionales, sino que suponía a su vez el reconocimiento de actos de autoridad emanadas de aquella organización, que serían actos no controlables por tribunales internos, y las disposiciones comunitarias entrarían en éste ámbito;⁸⁹² por lo que habría que entender que el art. 24.1 permite atribuir a la comunidad derechos propios de la soberanía sin condicionar dicha atribución a alcanzar un determinado nivel de protección de los derechos fundamentales. La sentencia fue objeto de bastantes críticas.⁸⁹³

No obstante, lo curioso de la resolución es que como indica ALONSO GARCÍA “en caso de constar la violación de algún derecho por éste garantizado, el Tribunal Constitucional no se declaraba competente para invalidar la norma comunitaria sino para declarar inconstitucional toda actividad del Estado alemán dirigida a su efectiva aplicación”.⁸⁹⁴

Posteriormente encontramos una sentencia en la que evoluciona la doctrina *Solange*. En la sentencia *Vielleicht*, de 25 de julio de 1979,⁸⁹⁵ si bien mantiene lo argumentado en *Solange I*, añade alguno de los puntos del Voto particular de la sentencia anterior. El Tribunal Federal vino a reconocer que el ordenamiento comunitario y los ordenamientos de los Estados miembros no se encuentran aislados e incomunicados, sino que estarían abiertos a interacciones inevitables.

Esta sentencia dejó abierta la aplicabilidad de la sentencia *Solange I*, pero con una actitud más dialogante y favorable a la integración europea.⁸⁹⁶

El TJCE comenzó a ejercer una tutela de los derechos fundamentales, y el Tribunal Constitucional Federal Alemán cambió su posición y dictó la doctrina conocida como *So long (Mittlerweile)*, en la decisión *Solange II*, de 22 de octubre de 1986⁸⁹⁷, también conocida como doctrina de la “protección equivalente”, es decir, que

⁸⁹² Vid. Voto Particular I.3.

⁸⁹³ Vid. HILF, M., “Solange II: Wie lange nosch Solange?”, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 10987, p. 1, notas 3 y 5, citado por VIDAL PRADO, C., “Alemania”, en TAJADURA, J. y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea...*, op. cit., nota 48.

⁸⁹⁴ ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 1ª edición, p. 259.

⁸⁹⁵ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 25 de julio de 1979, *Vielleicht*, BverfGE, 4, 168.

⁸⁹⁶ Así lo entiende VIDAL PRADO, razonando que esta sentencia “dejó abierta la determinación de para qué casos, en qué supuestos, y de qué manera debían entenderse en vigor los principios de la sentencia *Solange I*. Adoptó así una actitud más positiva y favorable a la integración, promoviendo la colaboración entre las partes implicadas. Además, se aclaró que la competencia de control sobre el Derecho derivado que se atribuyó en la decisión *Solange I*, no puede hacerse extensible al ámbito del Derecho comunitario originario.” VIDAL PRADO, C., “Alemania”, op. cit, p. 55

⁸⁹⁷ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de Octubre de 1986, BVerfGE, 73, apartado 339 y ss. Sobre esta sentencia es interesante el comentario realizado por BAÑÓ LEON, J.M.,

mientras el Tribunal de Justicia garantizara un nivel suficiente de protección de los derechos fundamentales respecto de las normas comunitarias, el Tribunal Constitucional alemán se abstendrá de ejercer su jurisdicción.⁸⁹⁸

Esta doctrina fue matizada en la sentencia *Maastricht Urteil*, de 12 de octubre de 1993 recaída sobre la ratificación del Tratado de Maastricht.⁸⁹⁹ Debemos tener en consideración que se representaron dos recursos de amparo contra la Ley que modificó la Ley Fundamental, las Leyes de 21 de diciembre de 1992 y de 28 de diciembre de 1992 para la ratificación del Tratado de Maastricht, admitiéndose solamente el recurso contra la última en lo que respectaba a la posible lesión al derecho de sufragio del art. 38 de la Ley Fundamental.

El Tribunal venía a considerar que dado que los actos comunitarios son susceptibles de afectar a las garantías de los derechos fundamentales, en ese caso, el Tribunal podría entrar a conocer dichos actos para verificar si se respeta el contenido esencial disponible de que garantiza la ley Fundamental; y declaró la constitucionalidad de la ley. Se trataría, para la doctrina, de cierta matización de la doctrina de *Solange II*, si bien, el Tribunal formalmente mantenía la misma.⁹⁰⁰

Sin embargo, en la Sentencia del *Banana case*, de 7 de junio de 2000⁹⁰¹, confirma la doctrina *Solange II*, y precisa que la sentencia *Maastricht* no supuso un cambio en su jurisprudencia, y aclara que la doctrina “*So long*” no supondría exigir una protección coincidente a nivel europeo y alemán, sino que las exigencias de protección del art. 23.1 de la Ley Fundamental estarían cumplidas suficientemente cuando el Tribunal de Justicia garantiza una protección general de los derechos fundamentales frente a poderes públicos comunitarios respondiendo en su contenido esencial al nivel de protección los derechos fundamentales establecido en la Ley Fundamental;⁹⁰² de tal forma, que el control del Tribunal Constitucional Federal Alemán sólo funcionaría si la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia dejara de

“Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 54, 1987, pp. 277-286.

⁸⁹⁸ Así, razona que “as long as the European Communities, and in particular the case law of the Court of Justice of the European Communities, generally ensured an effective protection of fundamental rights” no ejercería el control expuesto en *Solange I*. Apartados 378-381.

De todas formas hay que apuntar que ya en la decisión de 23 de junio de 1981, en el asunto *Eurocontrol*, se produce un giro en esta doctrina, aunque no de forma tan nítida. Por otro lado, hizo una excepción a esta doctrina en la sentencia *Maastrich* (Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993, BverfGE 89).

⁸⁹⁹ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 12 de octubre de 1993, BverfGE 89, 155.

⁹⁰⁰ Sobre esta cuestión y el debate doctrinal vid. VIDAL, C., “Alemania”, op. cit., pp. 67-69.

⁹⁰¹ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 7 de junio de 2000, 2 BvL 1/97

⁹⁰² Vid. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., p. 260.

funcionar, un supuesto hipotético que no debería evaluarse a la luz de un solo caso, sino atendiendo a una perspectiva general de los déficits estructurales del nivel europeo;⁹⁰³ exigiéndose que el recurrente probara que el Derecho comunitario y las decisiones del Tribunal de Justicia hayan supuesto una vulneración del estándar de protección de los derechos fundamentales exigido en *Solange II*.⁹⁰⁴

Nótese que en cualquier caso y si bien es una postura respetuosa con el Derecho comunitario, no es menos cierto que el Tribunal Constitucional alemán se reserva la jurisdicción y por tanto el control constitucional del Derecho comunitario, aunque provisionalmente no lo ejerza en la medida que el Tribunal de Justicia garantice la protección de los derechos fundamentales.⁹⁰⁵

Los celos que nunca ha abandonado el Tribunal Constitucional Federal se volverían a plasmar en la sentencia sobre la *Euroorden*, de 18 de julio de 2005.⁹⁰⁶ Se trata de un asunto en el que el Tribunal se ha planteado un control global de constitucionalidad sobre una norma, que finalmente ha declarado nula, por una lesión de derechos fundamentales derivada de la autorización de extradición.

En esta sentencia, el Tribunal ha subrayado la primacía del Derecho constitucional alemán sobre el Derecho comunitario, quizá como se ha llegado a afirmar, con poca sensibilidad hacia la integración europea.⁹⁰⁷ Pero sin duda, estamos

⁹⁰³ SCHEUING, H., “The Approach to European Law in German Jurisprudence”, *German Law Journal*, v. 5, nº 6, 2004; ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, op. cit., p. 67.

⁹⁰⁴ ROSSI, L.S., “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, op. cit., p. 67.

⁹⁰⁵ Sobre la postura del Tribunal Constitucional alemán hay una amplia bibliografía a la que nos remitimos para un estudio más profundo: RODRIGUEZ IGLESIAS, G. C y WOELKER, U., “Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986”, *Columbia Journal of European Law*, v. 1/2, 1995, pp. 169-181; STEIN, T., “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 21, nº 3, 1994, pp. 745-769; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Un orden jurídico para Alemania y Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, 1999, pp. 215-223; KUMM, M., “¿Who is the final arbiter of Constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice”, op. cit.; CANO MONTEJANO, J.C., *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, CEPC, Madrid, 2001; ALTER, K. J., *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 64-123; VIDAL PRADO, C., *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid 2004; y del mismo autor “Nuevos (y viejos) celos del Tribunal Constitucional Federal Alemán frente a la eficacia del Derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, 2006, pp. 273-310; y “Alemania”, op. cit.

⁹⁰⁶ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 18 de julio de 2005, BverfG, 2BvR 2236/04.

Sobre esta sentencia se han publicado diversos trabajos de interés: ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana. Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)” en *La Ley*, nº 6394, 5 de enero de 2006; también se puede ver un tratamiento sobre la misma en VIDAL, C., “Alemania”, op. cit., pp. 75-85.

⁹⁰⁷ Vid. VIDAL, C., “Alemania”, op.cit., pp. 75 y 76.

ante la aplicación práctica de los contralímites, que se concreta en el control de una norma derivada de una directiva comunitaria.

Finalmente, hay que tener en cuenta la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, de 30 de junio de 2009, en la que el Tribunal Constitucional Federal declara compatible dicho Tratado con la Ley Fundamental.⁹⁰⁸ Hay que precisar que esta sentencia declara conforme a la constitución la ley por la que se aprueba el Tratado de Lisboa (*Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon*).

En cambio, la ley que acompaña a la anterior, por la que se amplían y fortalecen los derechos del Parlamento (Bundestag) y el Senado (Bundesrat) en materias de la Unión Europea (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*) es contraria al art. 38.1, en relación con el art. 23.1 de la Ley Fundamental, en la medida en que ambas cámaras federales no tienen una adecuada participación en los procesos legislativos europeos y de modificación de los Tratados.

Ciertamente, se puede decir que estamos ante una sentencia que interpreta de una manera restrictiva el Tratado de Lisboa, y por eso lo considera compatible con la Ley Fundamental. Es más, podemos encontrar en la misma una valoración del propio proceso de integración de la Unión Europea, marcando unos claros límites

⁹⁰⁸ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009, BverfG, 2 BVE 2/08. Acceso de la sentencia en ingles:

www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

Sobre esta sentencia se han hecho numerosos comentarios en la doctrina. Resaltamos, sin ánimo de ser exhaustivos, los siguientes: CASTILLO DE LA TORRE, F., “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa-Análisis y comentarios”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 34, 2009, 969.1010; QUADRA-SALCEDO JANINI, T., de la, “La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 8, 2009, www.iustel.com; ROSSI, L. S., “Il processo di integrazione al capolinea? La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona”, en www.europeanrights.eu; SCHÖNBERGER, C., “Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea”, *German Law Journal*, v. 10, nº8, 2009, pp.1201-1218; SCHORKOPF, F., “The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon”, *German Law Journal*, v. 10, nº8, 2009, pp. 1119-1240; HALBERSTAM, D., y MÖLLERS, C., “The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!””, *German Law Journal*, v. 10, nº8, 2009, pp.1241-1258; GROSSER, A., “The Federal Constitutional Court’s Lisbon Case: Germany’s “Sondeweg”- An Outsider’s Perspective”, *German Law Journal*, v. 10, nº 8, 2009, pp. 1263-1266; NIEDOBITEK, M., “The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective”, *German Law Journal*, v. 10, nº8, 2009, pp.1267-1276.; STEINBACH, A., “The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court- New Guidance on the Limits of European Integration?”, *German Law Journal*, v. 11, nº 4, 2010, pp. 367-390; BOHTE, M., “The Judgement of the German Federal Constitutional Court regarding the Constitutionality of the Lisbon Treaty”, Instituto Affari Internazionali, www.iai.it/pdf/DocIAI/iai0920.pdf ; KHUSHAL MURKENS, J.E., “We Want Our Identity Back”-The Revival of National Sovereignty in the German Federal constitutional Court’s Decision on the Lisbon Treaty”, *Public Law*, 2010, nº 3, pp. 530-550.

constitucionales, de tal forma que una integración que fuera más allá exigiría una reforma de la Constitución alemana.⁹⁰⁹

Se ha sostenido que se trata de una decisión que satisface a todos, en la medida en que considera el Tratado compatible con la Constitución y a la vez establece límites a la integración.⁹¹⁰

Podríamos considerar que el Tribunal Constitucional alemán fija de cara al futuro que la Unión Europea seguirá siendo una “unión fundada en el derecho internacional, una unión sostenida por la voluntad de permanencia de sus Estados miembros”.⁹¹¹ Lo más interesante no es tanto que manifieste con claridad el ejercicio de su jurisdicción para tutelar la identidad constitucional alemana, sino incluso para preservar la viabilidad del orden legal europeo;⁹¹² de tal manera que el Tribunal Constitucional consolida su posición como actor en la construcción de la integración europea siguiendo la línea sentada en sus anteriores sentencias.⁹¹³

⁹⁰⁹ Vid. en este sentido ROSSI, L. S., “Il processo di integrazione al capolinea? La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona”, op. cit., p. 1.

Efectivamente, ROSSI considera que “Per darne una definizione sintetica, si può dire che essa rappresenta una fiera rivendicazione di sovranità costituzionale”, y que “Grazie a (ma forse sarebbe meglio dire al prezzo di) n’interpretazione restrittiva delle innovazioni contenute nel Trattato di Lisbona, la Corte conclude che né detto Trattato né la legge di ratifica violano la Costituzione tedesca”.

⁹¹⁰ KHUSHAL MURKENS, J.E., “We Want Our Identity Back”-The Revival of National Sovereignty in the German Federal constitutional Court’s Decision on the Lisbon Treaty”, op. cit., p. 537; paradoja que critica duramente, puesto que “If the judges actually mean what they say, they should never have approved the Treaty of Lisbon. But, as they do uphold the Treaty, they could not possibly justify their decision on three grounds they put forward”, vid. C., “Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea”, op. cit., pp. 55-61.

⁹¹¹ Vid. QUADRA-SALCEDO JANINI, T., de la, “La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009” op. cit., p. 4

Según este autor “Para el Tribunal Constitucional la Unión Europea tiene un déficit democrático estructural que llegaría a ser inaceptable de acuerdo con el artículo 23 en relación con el 79.3 de la Constitución alemana si se produjese en el futuro una extensión de las competencias que determinase que el grado de capacidad de decisión de la Unión Europea fuese el propio de la Federación de un Estado federal”.

⁹¹² Apartado 241 de la sentencia. Sobre esta cuestión, algunos autores consideran que se trata de una declaración de guerra en toda regla, vid. SCHÖNBERGER, C., “Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea”, op. cit., p. 1201.

⁹¹³ ALTER, si bien realiza un estudio de la recepción del principio de primacía en Alemania hasta la sentencia Maastricht, ya considera que “the structure of the German legal system (...) combined with the Germans’ experience in using the legal system as a tool of political influence, gives German actors a greater influence over European policy-making than similar actor in other countries”. Vid. ALTER, K. J., *Establishing the Supremacy of European Law*, op. cit., p. 123. Sobre la sentencia Maastricht, vid. también el interesante trabajo de MACCORMICK, N., “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, v.1, nº 3, 1995, pp. 259-266.

Incluso se ha llegado a temer que el Tribunal pudiera declarar inválida una norma comunitaria sin el previo planteamiento de una cuestión prejudicial.⁹¹⁴

Quizá, en realidad, no hace sino garantizar la intransferibilidad de la competencia de decidir la propia competencia (*Kompetenz-Kompetenz*);⁹¹⁵ y en este sentido, considera que el Tratado de Lisboa no ha establecido el principio de *Kompetenz-Kompetenz* a la Unión, sino un principio confederal.⁹¹⁶

Podemos preguntarnos lícitamente qué futuro deja esta sentencia a la integración europea, puesto que parece afirmar unos límites precisos, condicionando la profundización de las competencias de la Unión a la asunción en la misma de un principio democrático radical (principio de igualdad de cada persona en cuanto al derecho de sufragio).⁹¹⁷

Estamos ante una decisión que puede representar “a renaissance of the sovereignty of the state and of a pre-constitutional ceiling to European integration”.⁹¹⁸

Pero parece que, a la luz de la última sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal, no es tan así. En la sentencia de 6 de julio de 2010, *Honeywey*,

⁹¹⁴ A estos efectos, se ha hecho una propuesta firmada por 35 juristas alemanes, de modificar el procedimiento ante el Tribunal Federal para evitarlo, accesible en www.whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf

⁹¹⁵ Apartado 233 de la Sentencia.

⁹¹⁶ Apartado 299 de la sentencia. En este sentido se pronuncia WOHLFAHR, C., “The *Lisbon Case*: A Critical Summary”, op. cit., p. 1282

⁹¹⁷ “A largo plazo, se puede uno preguntar si las consideraciones que sobre los principios democráticos y la soberanía hace el TCF dejan margen para una profundización de las competencias de la UE tomando como base el contexto institucional presente. Los cambios que el TCF parece exigir, como el principio de igualdad de cada persona en cuanto al derecho de sufragio, no parecen factibles a corto o medio plazo. En estas condiciones el TCF sigue considerando que la legitimidad democrática no puede garantizarse sino a través de los Estados miembros.” Vid. CASTILLO DE LA TORRE, F., “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa-Análisis y comentarios”, op. cit., p. 1008.

⁹¹⁸ KHUSHAL MURKENS, J.E., “We Want Our Identity Back”-The Revival of National Sovereignty in the German Federal constitutional Court’s Decision on the Lisbon Treaty”, op. cit., p. 550. En el mismo sentido, se sostiene la posibilidad real de que una mayor integración sea inconstitucional, vid. STEINBACH, A., “The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court- New Guidance on the Limits of European Integration?”, op. cit., pp. 388 y 389; o que la unanimidad de la misma y la falta de votos particulares muestran una clara intención de ejercer su jurisdicción, vid. SCHORKOPF, F., “The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon”, op. cit., 1239; llamando la atención sobre la similitud con la posición del TJCE en la sentencia *Kadi*, se manifiesta BOHTE, M., “The Judgement of the German Federal Constitutional Court regarding the Constitutionality of the Lisbon Treaty”, op. cit., p. 4.

En contra, se mantiene que hay más palabras que otra cosa, y que lo único que ha hecho el Tribunal alemán es subrayar su propia importancia sin que quedara percibida una revisión constitucional de normas comunitarias en el futuro, en este sentido. Vid. HALBERSTAM, D., y MÖLLERS, C., “The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!””, op. cit. p.1257, o incluso se critica la falta del debido self-restraint”, vid. GROSSER, A., “The Federal Constitutional Court’s Lisbon Case: Germany’s “Sonderweg”- An Outsider’s Perspective”, op. cit., p. 1264; en el mismo sentido crítico, NIEDOBITEK, M., “The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective”, op. cit., p. 1275.

que se pronuncia a raíz de una sentencia del Tribunal Federal Laboral que rechazó aplicar una ley nacional basándose en la sentencia *Mangold*; el Tribunal Constitucional Federal considera que solo cabría revisar decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión en caso de que superara o rompiera las competencias comunitarias de forma objetiva y que el acto en cuestión fuera estructuralmente significativo desde el punto de vista de las competencias entre los Estados miembros y la Unión en detrimento de estos.⁹¹⁹

En otras palabras, vuelve a insistir en la doctrina expuesta en *Solange II* y *Banana Case*. Ahora bien, encontramos un voto particular que consideraba que la Corte Federal Laboral no estaba legitimada constitucionalmente para invocar el Derecho de la Unión en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en el caso *Mangold*.⁹²⁰

En resumen, la doctrina de los contralímites sigue vigente en Alemania. No nos parece que la sentencia sobre el Tratado de Lisboa vaya mucho más allá de reincidir en aquello que ha expresado ya en diversas ocasiones. Prueba de ello es la última sentencia comentada, pero tampoco cabe negar que mantiene que goza de competencia para controlar los actos comunitarios en caso de que transgredan de forma manifiesta las reglas de competencia, o afecten a la intangible identidad constitucional, pudiendo declarar su inaplicabilidad en el Derecho alemán.⁹²¹

En este sentido, que el Tribunal Constitucional Federal Alemán ejerza un control constitucional a favor de los derechos fundamentales frente a las libertades económicas es posible, si bien improbable. Esto será así siempre que el Tribunal de Justicia garantice en general la tutela de los derechos fundamentales, aunque existe la posibilidad de que en algún supuesto aislado el Tribunal Constitucional alemán pueda tutelar algún derecho fundamental en colisión con las libertades del mercado, si el balance que ejerce el Tribunal de Justicia no satisface el estándar de protección que el derecho fundamental en juego tiene en Alemania.

⁹¹⁹ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 26 de agosto de 2010, 2 BvR 2661/06.

Así, razona en el apartado 61 que “*Ultra vires* review by the Federal Constitutional Court can moreover only be considered if it is manifest that acts of the European bodies and institutions have taken place outside the transferred competences (see BVerfGE 123, 267 <353, 400>). A breach of the principle of conferral is only manifest if the European bodies and institutions have transgressed the boundaries of their competences in a manner specifically violating the principle of conferral (Article 23.1 of the Basic Law), the breach of competences is in other words sufficiently qualified”

⁹²⁰ Dissenting opinion of Justice Landau on the order of the Second Senate of 6 July 2010 – 2 BvR 2661/06.

⁹²¹ Así razona en el apartado 55 de la sentencia: “The Federal Constitutional Court is hence empowered and obliged to review acts on the part of the European bodies and institutions with regard to whether they take place on the basis of manifest transgressions of competence or on the basis of the exercise of competence in the area of constitutional identity which is not assignable (...) and where appropriate to declare the inapplicability of acts for the German legal system which exceed competences”.

3.2.3. FRANCIA.

En Francia, el art. 55 de la Constitución establece la primacía de los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre el Derecho interno, dentro del Título dedicado a los Tratados internacionales, si bien la condiciona a que los Tratados sean ratificados, publicados y a que sean cumplidos por la otra parte.⁹²²

En relación a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, y los Tratados de reforma, el Consejo Constitucional francés⁹²³ ha venido ejerciendo un control constitucional en los mismos términos que cualquier otro Tratado internacional, y cuando ha sido necesario ha requerido la previa reforma constitucional previa a la ratificación. Una vez ratificados, previa reforma constitucional si era necesaria, y publicados tienen eficacia jurídica de conformidad con el art. 55 de la Constitución.⁹²⁴

No parecía pues que hubiera problema alguno en aceptar la primacía del Derecho comunitario derivado.⁹²⁵ El art. 55, si bien referido a los Tratados, debía aplicarse también a los actos emanados de las instituciones europeas, puesto que “refutar que prevalezca un acto comunitario derivado sobre el derecho interno en base a que el artículo 55 de nuestra Constitución sólo contemplaba los Tratados, equivaldría a un desconocimiento de los propios Tratados”⁹²⁶

Ahora bien, esta primacía formal sobre el Derecho interno, si bien fácilmente controlable frente a actos inferiores a la ley por su anulabilidad, resultaba más difícil frente a las leyes, puesto que el Consejo Constitucional se consideraba incompetente

⁹²² No es hasta el Tratado de Maastricht cuando se introduce en la Constitución francesa un título específico dedicado a las Comunidades Europeas.

Para un estudio del sistema jurídico francés se puede acudir al Informe que llevó a cabo la Corte constitucional con motivo de la celebración del XII Congreso de Tribunales constitucionales, accesible on line en francés, www.confcoconsteu.org/reports/Frankrijk-FR.pdf

⁹²³ En su web se puede tener acceso a sus decisiones, www.conseil-constitutionnel.fr.

⁹²⁴ Así, por ejemplo: Decisión nº70-39 DC, de 19 de junio de 1970, *sobre el Tratado firmado en Luxemburgo* el 22 de abril de 1970; nº 76-71 DC, de 30 de diciembre de 1976, *sobre la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas relativa a la elección de la Asamblea de las Comunidades por sufragio universal y directo*; nº 92-308 DC, de 9 de abril de 1992, *sobre el Tratado de Maastricht*; nº 92-312 DC, de 2 de septiembre de 1992, *sobre el Tratado de Maastricht*; nº 92-313 DC, de 23 de septiembre de 1992, *sobre el Tratado de Maastricht*; nº 97-394 DC de 21 de diciembre de 1997, *sobre el Tratado de Amsterdam*, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas; nº 2004-505 DC, de 19 de noviembre de 2004, *sobre el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*; nº 2007-560 DC, de 20 de diciembre de 2007, *sobre el Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea*

⁹²⁵ Sobre la aceptación de la primacía del Derecho comunitario en Francia, vid. ALTER, K.J., *Establishing the Supremacy of European Law*, op. cit., pp. 124-181; ALBERTON, G., “Francia”, en TAJADURA, J., y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea...*, op. cit., pp. 179-215; RICHARDS, C., “The Supremacy of Community Law before the French Constitutional Court”, *European Law Review*, nº 4, 2006, pp. 499-517.

⁹²⁶ ALBERTON, G., “Francia”, op. cit., p. 205

para controlar la constitucionalidad de leyes contrarias a Tratados internacionales en la medida en que entendía que el hecho de que una ley fuera contraria a un Tratado no equivalía a ser contraria a la Constitución.⁹²⁷

Esto fue así hasta que se consideró habilitado en Decisión de 20 de mayo de 1998, entendiendo que el art. 88.3 de la Constitución subordinada expresamente la constitucionalidad de la ley orgánica relativa al ejercicio de los extranjeros comunitarios del voto y la elegibilidad en las elecciones municipales a su conformidad con el Derecho comunitario, por lo que podía ejercer dicho control.⁹²⁸

Si bien la Corte de Casación ya aceptaba desde el 24 de mayo de 1975 la primacía sobre las leyes contrarias, el Consejo de Estado tuvo mayores problemas por el arraigo de la separación de poderes y la prohibición al juez administrativo de oponerse a la voluntad del legislador, lo que hacía que fuera aceptable la primacía frente a leyes anteriores al Tratado, pero no frente a leyes posteriores. Sería desde 1989 cuando se pronuncia a favor de la primacía incluso frente a leyes posteriores entendiendo que el art. 55 de la Constitución le atribuía una legitimación implícita para ejercer dicho control.⁹²⁹

Posteriormente, el Consejo de Estado se ocupó de la cuestión de la primacía en relación a las normas constitucionales en la Sentencia de 20 de octubre de 1998, *Serran*, donde establece que la supremacía otorgada a los compromisos internacionales en el art. 55 de la Constitución no se aplica a las disposiciones constitucionales.⁹³⁰ Esta doctrina del Consejo de Estado fue confirmada por la Corte de Casación en la sentencia de 2 de junio de 2000, *Melle Fraisse*.⁹³¹

Lo interesante, por tanto, es que en Francia la doctrina de los contralímites comienza en el Consejo de Estado, continúa en la Corte de Casación, y finalmente es asumida también por el Consejo Constitucional, en su Decisión de 10 de junio de 2004,

⁹²⁷ Decisiones n° 74-54, de 15 de enero de 1975; y n° 99-416, de 23 de julio de 1999.

⁹²⁸ ALBERTON, G., "Francia", op. cit., pp. 206-207.

⁹²⁹ Vid. Decisión del Consejo de Estado, de 20 de octubre de 1989, *Nicolo*; confirmada también en la Decisión de 24 de septiembre de 1990, *Boisdet*, para un reglamento; y de 28 de febrero de 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, para una directiva.

ALBERTON considera que estamos ante lo que supuso una "revolución" jurisprudencial, pues "A partir de entonces la ley dejó de ser en Francia el acto «intocable» que había podido representar en el pasado puesto que ya podía ser objeto de un doble control: un control de constitucionalidad efectuado a priori (...) por el Consejo Constitucional, y un control de convencionalidad efectuado a posteriori (...) por el Consejo de Estado" Vid. ALBERTON, G., "Francia", op. cit., pp. 209-210.

⁹³⁰ Posteriormente confirma su doctrina en la Decisión de 3 de diciembre de 2001, *SNIP*

⁹³¹ Por tanto, habría que entender que en Francia, la supremacía constitucional estaría por encima de la primacía del Derecho internacional, y también del Derecho comunitario por extensión.

entendiendo que una disposición comunitaria no podría ser transpuesta en Francia si fuera contraria a una disposición expresa de la Constitución francesa.⁹³²

Se trata de una decisión en la que amplía su doctrina sobre el control de la conformidad de la trasposición al Derecho interno de una Directiva comunitaria,⁹³³ pero donde lo interesante es ver que comienza a entender que puede “controlar de forma indirecta la constitucionalidad de las Directivas comunitarias a través del control de constitucionalidad de la Ley nacional de trasposición de las mismas”.⁹³⁴

Esta doctrina del Consejo Constitucional se vería confirmada posteriormente en las Decisiones de 1 de julio de 2004, sobre la *Ley relativa a las comunicaciones electrónicas y a los servicios de comunicación audiovisual*,⁹³⁵ de 29 de julio de 2004, sobre la *Ley relativa a la Bioética*,⁹³⁶ y de 29 de julio de 2004, sobre la *Ley para la protección de datos personales*.⁹³⁷

Esta doctrina, como hemos comentado, se basa en que la transposición al derecho interno de una directiva comunitaria es una exigencia constitucional derivada del art. 88.1 de la Constitución, a la que sólo cabría oponer una disposición expresa de la Constitución, que por tanto, podría impedir la transposición.

Hay que tener en cuenta que el art. 88.1 fue introducido dentro de un título nuevo dedicado a la Unión Europea en 1992 con ocasión del Tratado de Maastricht. Es

⁹³² Decisión nº 2004-496, de 10 de junio de 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*. Efectivamente, hasta ese momento, la jurisprudencia del Consejo Constitucional era clara, al considerar que los actos de las instituciones entraban en el campo de aplicación del art. 55 de la Constitución: así respecto a una resolución del Consejo de las Comunidades que establecía la sustitución de las contribuciones financieras de los Estados miembros por recursos propios de las Comunidades (Decisión de 19 de junio de 1970); un reglamento comunitario (Decisión de 30 de diciembre de 1977); y de una directiva (Decisión de 18 de diciembre de 1997).

Y en el mismo sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado atribuyó al Derecho comunitario derivado valor superior al derecho interno respecto a los reglamentos, las directivas, las decisiones comunitarias, y finalmente los principios generales: Decisiones del Consejo de Estado, de 22 de diciembre de 1961, SNCF; de 11 de diciembre de 1987, *Danielou*; 28 de febrero de 1992, *SA Rothams International France*; y de 10 de enero de 2001, Región Guadalupe; de 3 de diciembre de 2001, Sindicato Nacional de la Industria Farmacéutica, respectivamente.

⁹³³ ALBERTON, G., “Francia”, op. cit., p. 207.

Respecto al control de conformidad de las leyes nacionales con las Directivas concretaría más tarde, como nos indica ALBERTON, que ese control se refiere solamente respecto de las leyes de trasposición y no sobre toda ley que afecte al ámbito de una directiva, como se vería en las decisiones nº 2006-535, de 20 de marzo de 2006; y 2006-540, de 27 de julio de 2006.

⁹³⁴ DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 50.

⁹³⁵ Decisión nº 2004-497, de 1 de julio de 2004.

⁹³⁶ Decisión nº 2004-498, de 29 de julio de 2004.

⁹³⁷ Decisión nº 2004-499, de 29 de julio de 2004.

curioso la no utilización del art. 55, fundamento de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte de Casación.⁹³⁸

Lógicamente, la existencia de una disposición expresa en la Constitución francesa supondría un límite para el Derecho comunitario, y por tanto, para la aceptación del principio de primacía del mismo sobre el Derecho nacional.⁹³⁹

Ahora bien, ¿qué es una disposición expresa? CANEDO y GORDILLO apuntan a que no queda claro qué se entiende por “disposición expresa de la Constitución”, puesto que el concepto de Constitución en Francia no se reduce al texto de 1958, sino que además del mismo y de las enmiendas se extiende a todas las normas y principios del *bloc de constitutionnalité*.⁹⁴⁰

Sobre esta cuestión se puede atender al trabajo preparado por los Servicios del Consejo Constitucional francés *La jurisprudence constitutionnelle française reative au droit communautaire à la veille de l'examen par le Conseil constitutionnel du traité établissant une Constitution pour l'Europe*, de 8 de noviembre de 2004.⁹⁴¹

De ellos se deduce que solamente en el caso de una incompatibilidad con una disposición expresa contraria de la Constitución dejaría de ser constitucional la obligación de transposición, aunque permanecería como una obligación comunitaria. Además, se entiende que para constituir una disposición expresa, no sólo debe ser una disposición explícita positiva (de carácter no jurisprudencial), sino además, también una disposición especial propia de Francia, sin equivalente por tanto en el catálogo comunitario de derechos fundamentales y de principios generales del derecho, principios comunes a los Estados miembros.⁹⁴²

Parece que estemos ante una aplicación de la doctrina de la protección equivalente del Tribunal Constitucional alemán, pues se consideran tutelados los

⁹³⁸ ALBERTON, G., “Francia”, op. cit., p. 211.

⁹³⁹ DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 51.

⁹⁴⁰ Vid. CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”, op. cit., p. 36.

⁹⁴¹ Accesible en www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004/2004505/note.pdf

⁹⁴² ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª Edición, op. cit., p. 262; En el mismo sentido se manifiestan MAGNON, X., y SIMON, D., “La jurisprudence communautaire du Conseil Constitutionnel (Juin 2004-Novembre 2004)”, *Cahiers de Droit Européen*, nº 1-2, pp. 246 y ss.; y DUPÉRE, O.L., “Jurisprudence constitutionnelle. Le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne. Lectures croisées par le Conseil d'État et le Conseil Constitutionnel”, *Revue française de Droit Constitutionnel*, nº 61, 2005, pp. 147-169. Ambos citados en DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 51. Como bien apunta esta autora esta interpretación se encuentra en la propia Decisión nº 2004-498, de 29 de julio sobre la Ley relativa a la Bioética, en la medida en que la Corte constitucional rechazaba la declaración de inconstitucionalidad de la Ley sobre la Bioética porque las libertades de expresión y de comunicación estaban protegidas en el Derecho comunitario como principios generales.

derechos fundamentales en la Unión Europea, al menos aquellos reconocidos como principios generales por el Tribunal de Justicia, y entonces consecuentemente, los límites, en lo referido a los derechos fundamentales sólo pueden estar constituidos por aquellos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución francesa que no tuvieran equivalente a nivel de la Unión, esto es, cuya tutela no esté garantizada por el Tribunal de Justicia.⁹⁴³

Pero esta doctrina es ampliada para tutelar la identidad nacional de los Estados miembros inherente a sus estructuras constitucionales y políticas fundamentales, en la Decisión de 19 de noviembre de 2004.⁹⁴⁴ Y posteriormente a las reglas y principios inherentes a la identidad constitucional francesa, en la Decisión de 27 de julio de 2006.⁹⁴⁵

En esta última decisión, razona que la trasposición de una directiva es una exigencia constitucional, pero no puede vulnerar una regla o un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo que el constituyente lo hubiera aceptado.⁹⁴⁶

De lo expuesto, se deduce que existe una doctrina de los contralímites en Francia, pero que es incierto si se refiere a toda la Constitución o solamente a un núcleo o bloque de la misma, “una suerte de núcleo duro del texto constitucional francés”.⁹⁴⁷

En cualquier caso, alguna doctrina duda de la aplicabilidad práctica de esta doctrina que no sería sino una vana ilusión.⁹⁴⁸ En contra, se sostiene que se deduce claramente de las decisiones del Consejo Constitucional que se reserva la competencia para determinar la preferencia mediante una ponderación concreta de los intereses (nacionales o comunitarios).⁹⁴⁹

⁹⁴³ En este sentido, vid. ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, op. cit., p. 260.

⁹⁴⁴ Decisión nº 2004-505, de 19 de noviembre de 2004, *Traté établissant une Constitution pour Europe*.

⁹⁴⁵ Décision n 2006-540, de 27 de julio de 2006, *loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

⁹⁴⁶ Esta doctrina se confirma en las Decisiones del Consejo Constitucional francés nº 2006-543, de 30 de noviembre de 2006, sobre la *Loi relative au secteur de l'énergie*; y nº 2008-564, de 19 de junio de 2008, sobre la Ley relativa a los organismos modificados genéticamente.

⁹⁴⁷ DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 52.

⁹⁴⁸ PINON, S., “L'effectivité de la primauté du droit communautaire sur la constitution. Regard sur la jurisprudence récente du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nº 44, (2), abril-junio, pp. 263-287. Cit. Por DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 52.

⁹⁴⁹ ALBERTON, G., “Francia”, op. cit., p. 213.

ALBERTON plantea la tesis de la “igualdad normativa” como la única que podría solucionar las paradojas derivadas de que “un texto (el Tratado) que proclama su superioridad respecto a otro (la Constitución), pueda ser (primera paradoja) conforme a este último mientras que (segunda paradoja), únicamente gracias a él (...), el Tratado puede imponer su primacía sobre el conjunto de las normas nacionales que la Constitución regula” Solución que pasaría por aceptar que “en realidad Constitución

Lo que pasa es que si a la postre es el Consejo Constitucional el que debe decidir si prima o no el Derecho comunitario frente a los derechos fundamentales propios, o las reglas y principios inherentes a la identidad constitucional francesa, la aceptación de la primacía es meramente formal, puesto que se subordina a la supremacía constitucional que le concede precisamente la misma primacía, aunque solamente ceda en determinados casos y frente a cierto núcleo constitucional.⁹⁵⁰

Mientras tanto, el Consejo de Estado ha aplicado esta doctrina de los contralímites del Consejo Constitucional en la Decisión de 8 de febrero de 2007, al responder sobre las condiciones en que un decreto de trasposición de una Directiva al hacerlo prácticamente palabra por palabra podía ser declarado inconstitucional, planteadas por *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*. La respuesta ha sido que había que diferenciar dos supuestos: en primer lugar si el decreto fuera contrario a una regla o principio constitucional tutelado en el Derecho comunitario, habría que plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia; si no fuera éste el caso, entonces competiría al propio Consejo de Estado el comprobar la constitucional del decreto.⁹⁵¹

Por otro lado, se ha llevado a cabo una reforma legislativa importante, a través de una Ley Orgánica de 10 de diciembre de 2009, que afecta al art. 61.1 de la Constitución francesa, y que parece obligar a los jueces franceses a plantear cuestión de inconstitucionalidad con preferencia a la cuestión prejudicial. Sin entrar en la cuestión de la conformidad de esta reforma con el Derecho de la Unión;⁹⁵² lo cierto es que la misma implica reforzar el control constitucional sobre los posibles conflictos al darle la palabra al Consejo Constitucional, con preferencia al Tribunal de Justicia.

En cualquier caso, si entendemos que al final la jurisprudencia francesa, tanto constitucional como administrativa tratan de conciliar la supremacía constitucional

nacional y Tratados comunitarios gozan de una misma autoridad normativa. Sólo esta concepción de las relaciones normativas permite comprender que cada uno de ambos textos pueda, a su vez, «afirmar» su propia superioridad sin poner en cuestión, sin embargo, la del otro.”

⁹⁵⁰ Lo cierto, sin embargo, es que la Corte Constitucional francesa tiene limitaciones procesales para poder proteger ese núcleo constitucional. En efecto, el *Conseil Constitutionnel* puede controlar la constitucionalidad del Derecho comunitario a través del art. 54 de la Constitución, y controlar constitucionalidad de los Tratados antes de su ratificación; y a través del art. 61, controlando la constitucionalidad de ciertas leyes antes de su promulgación, entre otras de las que transponen directivas, lo que excluye por tanto, un control sobre disposiciones comunitarias que no requieran de trasposición.

⁹⁵¹ Decisión nº 287110, de 8 de febrero de 2007

⁹⁵² FABBRINI, F., “Pregiudizialità costituzionale: la riforma francese è contraria al diritto dell’Unione europea?”, *Quaderni Costituzionali*, nº 2, 2010, pp. 382-385.

Sobre la reforma constitucional francesa y su adecuación al Derecho comunitario, vid. también: FABRINI, F., “Sulla “legittimità comunitaria” del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki”, *Quaderni Costituzionali*, nº4, 2010, pp. 840-842.; DONDI, S., “Sulla “legittimità comunitaria” del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista”, *Quaderni Costituzionali*, nº 4, 2010, pp. 846-848.

frente al Derecho comunitario, habría que plantearse con ALBERTON si está ante “un callejón sin salida jurídico”;⁹⁵³ o si a la postre si bien de forma muy “diplomática” ha conseguido construir la doctrina de los *controlimiti* sobre bases serias, permitiendo tutelar en última instancia aquellos preceptos constitucionales expresos (propios del Derecho francés, como son los derechos fundamentales que no estén reconocidos en la Unión); o las reglas y principios inherentes a la identidad constitucional francesa, lo que no es nada baladí, dentro de los que habría que entender están también los derechos fundamentales no tutelados en la Unión Europea, lo que podría tener incidencia en la resolución de los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales.

3.2.4. BÉLGICA.

El caso de Bélgica es ciertamente complicado. Siendo uno de los Estados fundadores de las Comunidades, no es sino en 1970, en el que mediante una reforma constitucional se introdujo la posibilidad de atribuir el ejercicio de competencias a entidades internacionales (art. 25.bis, hoy artículo 34).⁹⁵⁴

Y sin embargo, nada se dice en la Constitución sobre la primacía del Derecho comunitario, no obstante lo cual, la *Cour de Cassation* no tuvo problemas en reconocer dicha primacía en la Sentencia *Le Ski*, de 27 de mayo de 1971.⁹⁵⁵

Pero esta aceptación de la primacía era tan general, que no quedaba claro si era predicable respecto de todo el Derecho belga, o quedaba a salvo la Constitución o algunos principios constitucionales.⁹⁵⁶

Sin embargo, la *Cour d'Arbitrage*⁹⁵⁷ ha establecido que la primacía no afecta a la Constitución en la sentencia de 23 de marzo de 1990.⁹⁵⁸ Doctrina que confirma en la

⁹⁵³ ALBERTON, G., “Francia”, op. cit., 215

⁹⁵⁴ Dicho artículo (actual 34) establece que “The exercise of delimited powers can be attributed by treaty or by law to the institutions of public law”

Para un estudio del sistema jurídico belga se puede acudir al Informe llevado a cabo por con motivo del XXII Congreso de Tribunales constitucionales, accesible on line en francés, www.confcoconsteu.org/reports/Belgie-FR.pdf

⁹⁵⁵ Sentencia de la Cour de Cassation de 27 de mayo de 1971, *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski c. État belge*. Se pueden acceder a las decisiones de la Corte de Casación y otros tribunales belgas a través de la web <http://jure.juridat.just.fgov.be/?lang=fr>.

⁹⁵⁶ A este respecto vid. BRIBOSIA, H., “Report on Belgium”, en SLAUGHTER, A.M., STONE SEET, A., y WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, op. cit., pp. 14 y ss.

⁹⁵⁷ Que es la que ejerce la función constitucional. Verfassungsgerichtshof, www.const-court.be/fr/common/home.html. En su web se puede acceder a sus decisiones.

⁹⁵⁸ Vid. Al respecto la Sentencia de 23 de marzo de 1990, n° 26/90, 3.B., Así como CLAES, M., *The national court's mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 639 y ss.; LEJEUNE, Y., y BROUWERS, P., “La Cour d'Arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des

sentencia de 3 de febrero de 1994, donde además, parece introducir un control caso por caso de la conformidad con la Constitución.⁹⁵⁹

En 2003 se reformó la Ley especial que regula la *Cour d'Arbitrage*, y en el art. 26.1er bis se establece que la Corte no podrá enjuiciar la inconstitucionalidad de la norma nacional por la que se acuerde la ratificación de uno de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas o de la Unión Europea, o del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁹⁶⁰

Además, en 2009, se vuelve a modificar el art. 26, y introduce la obligación de plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando se alegue vulneración de un derecho fundamental garantizado de forma análoga en la Constitución, en el Derecho comunitario y en el Derecho internacional.⁹⁶¹

Frente a esta reforma, un juez de primera instancia de Lieja interpuso cuestión prejudicial el 23 de noviembre de 2009, planteando si el derecho de la Unión se oponía a que una ley nacional imponga al juez nacional un recurso de carácter obligatorio ante la Corte Constitucional.⁹⁶²

Por otro lado, no parece que la *Cour d'Arbitrage* tenga problema alguno a considerarse juez comunitario, y es que ya ha planteado una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. La Corte Belga tenía que decidir sobre la validez de la ley belga que trasponía la Decisión Marco 2005/586/JAI del Consejo, de 3 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Una vez planteada la cuestión (planteando la posible vulneración de los principios de legalidad penal, igualdad y no discriminación), ésta fue resuelta mediante la Sentencia *Advocaten voor de Wereld VZW*,⁹⁶³ y tras la misma, la *Cour d'Arbitrage*

traités”, *Journal des Tribunaux*, 1992, pp. 671 y ss.; VANDAMME, T., “PROCHAIN Arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court”, *European Constitutional Law Review*, v. 4, n° 1, 2008, pp. 127-148. Este último autor mantiene que la Corte tiene un alto carácter europeísta que hace difícil un hipotético conflicto con el Derecho comunitario

⁹⁵⁹ Sentencia de la *Cour d'Arbitrage*, de 3 de febrero de 1994, *Ecoles Européennes*, n° 12/94,

⁹⁶⁰ Art. 26.1er bis de la *Loi Speciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage*. Han recaído sobre esta cuestión Sentencia de la *Cour d'Arbitrage* de 14 de enero de 2004, n° 3/2004.

⁹⁶¹ Está Ley de reforma es accesible en

www.staatsbladclip.be/moniteur/lois/2009/07/31/loi2009203283.html

Pero esto, lógicamente, conlleva a una contradicción con la doctrina *Simmenthal* mantenida por el Tribunal de Justicia, puesto que los jueces ordinarios están obligados a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, sin poder inaplicar la norma nacional, ni siquiera poder plantear una cuestión prejudicial.

⁹⁶² Asunto C-457/2009, *État Belge*.

⁹⁶³ Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad*, asunto 303/05.

declaró la constitucionalidad de la ley que trasponía la Decisión Marco, en sentencia de 10 de octubre de 2007, nº 128/2007.⁹⁶⁴

En resumen, por lo expuesto con antelación, puede entenderse que Bélgica acepta la primacía del Derecho comunitario pero con los límites establecidos en su Constitución, y que por tanto también ha desarrollado la doctrina de los contralímites (Sentencias de la *Cour d'Arbitrage* de 23 de marzo de 1990, y de 3 de febrero de 1994). Además, la última reforma de la Ley especial de la Corte que establece la obligación de presentar con prevalencia cuestiones de constitucionalidad frente a cuestiones prejudiciales facilitaría la aplicación práctica de esta doctrina. Sin embargo, dada la disposición de cooperación de la *Cour d'Arbitrage* con el Tribunal de Justicia a través de la cuestión prejudicial, es poco probable.⁹⁶⁵

3.2.5. DINAMARCA.

Dinamarca se incorpora a las Comunidades en 1973, junto a Reino Unido e Irlanda. El art. 20.2 de la Constitución permitía la transferencia de competencias a autoridades internacionales a través de una norma especial.⁹⁶⁶

El problema radica en que la Constitución no dispone de una norma sobre la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, ni la Ley de Adhesión, y los tribunales no se han pronunciado al respecto de forma explícita.⁹⁶⁷

⁹⁶⁴ Vid. CLOOTS, E., “Germs of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor Wereld and Other references form the Belgian Constitutional Court”, *Common Market Law Review*, v. 47, nº 3, 2010, pp. 645-672.

⁹⁶⁵ DÍAZ GREGO califica los posicionamientos de la Cour como de “velados” y excluye la posibilidad real de un conflicto entre Constitución belga y Derecho comunitario “si se tienen en cuenta las limitaciones procesales con las que cuenta la Cour d'Arbitrage desde la reforma introducida en su Ley especial en el año 2003 y el marcado carácter europeísta de este tribunal”. Vid. DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 38; Y por su parte, HOWE entiende que Bélgica es “unusual in accepting automatic primacy of Community law as a Consequence of Belgium’s membership”, vid. HOWE, M., *Safeguarding Sovereignty. A Bill for UK Constitutional Rights in the EU*, Politeia, Londres, 2009, p. 14.

⁹⁶⁶ Esta norma debía ser probada con mayoría cualificada. aprobada por cinco sextas partes del Parlamento, y en caso de no poder alcanzarse se exige superar un referéndum popular. En cualquier caso, hubo un acuerdo de los partidos políticos para someter el Tratado de adhesión al voto popular de forma previa a su aprobación parlamentaria, y ganó el sí con un apoyo del 57 por ciento de los sufragios. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 5.

⁹⁶⁷ Como razona WITTE, “there are lingering doubts, even concerning ‘ordinary’ supremacy (...) That country’s constitution contains no rules on the relation between Community law and national law, and the doctrine of the primacy of EC law has never been expressly accepted by the Courts. Indeed, it seems that there has not been (...) a single court case involving a conflict between EC law and a later Danish Act of Parliament”. Vid. WITTE, B. de, “Direct Effect, Supremacy, and Nature of the Legal Order”, op. cit., 1999, pp. 198

Sin embargo, sí encontramos una sentencia el Tribunal Supremo danés,⁹⁶⁸ de 6 de abril de 1998, dictada con ocasión del Tratado de Maastricht, donde parece inclinarse la supremacía constitucional al entender que el art. 20 de la Constitución no permite a las autoridades comunitarias establecer reglas en conflicto con la Constitución danesa, y razonó que una norma comunitaria sería inaplicable en Dinamarca si se transgredieran las competencias delegadas y la cuestión no fuera resuelta de forma satisfactoria por parte del Tribunal de Justicia.⁹⁶⁹

En esta línea, la doctrina acepta la primacía respecto al derecho de rango infraconstitucional, pero considera que la Constitución goza de superioridad jerárquica sobre el Derecho de la Unión.⁹⁷⁰ En este sentido, cabría afirmar que el Tribunal Supremo danés encontró su propio camino en la construcción de una doctrina de contralímites.

3.2.6. IRLANDA.

Irlanda ingresa junto al Reino Unido y Dinamarca en las Comunidades Europeas en 1973. La Constitución irlandesa fue objeto de reforma el año anterior, en 1972, para permitir la adhesión de Irlanda en las Comunidades Europeas. Con dicha reforma se incluyó un párrafo en el art. 29.4, que establecía:

“No provision of this Constitution invalidates laws enacted, acts done or measures adopted by the State which are necessitated by the obligations of membership of the European Union or of the Communities, or prevents laws enacted, acts done or measures adopted by the European Union or by the Communities or by institutions thereof, or by bodies competent

⁹⁶⁸ Højesteret, www.hoejesteret.dk. En esta web se puede acceder a sus decisiones.

⁹⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1998, caso n I-361/1997 sobre el tratado de Maastricht). Vid. CELOTTO, A., GROPPi, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, op.cit., p. 305; DYRBERG, P., “La Constitución danesa y la Unión Europea II: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 4, 1998, pp. 573-592.

⁹⁷⁰ Vid. RASMUSSEN, H., “Denmark waning constitutionalism and article 20 of the Constitution on transfer of sovereignty”, en ALBI, A., ZILLER, J. (coord.), *The European Constitution and national constitutions: ratification and beyond*, Kluwer Academic Publishers, 2007, pp. 149-156; CELOTTO, A., GROPPi, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, op. cit., p. 305; KOSCH, K., “The Danish Constitutional Order”, en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, op. cit., p. 112; HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 17.

under the Treaties establishing the Communities, from having the force of law in the State”

En principio este artículo fue interpretado en el sentido de que posibilitaba la participación de Irlanda en el proceso de integración europea, pero no legitimaba cambios que afectaran los objetivos o incluso el campo de acción principal de las Comunidades, requiriéndose en esos supuestos una reforma constitucional.⁹⁷¹

La cuestión relevante era si dicho artículo atribuía primacía al Derecho comunitario frente a la Constitución irlandesa, y así había sido entendido,⁹⁷² hasta que llegó el famoso caso *GROGAN*.

Este caso, que hemos tratado ya en el capítulo 2, planteó un supuesto singular y complejo. Hay que tener en cuenta que la Constitución irlandesa consagra el derecho a la vida, incluyendo al *nasciturus* (art. 40.3.3 de la Constitución), y consecuentemente, se establece el aborto como delito en su Código Penal.

Diversas asociaciones estudiantiles irlandesas proporcionaron información sobre clínicas británicas que practicaban abortos (actividad legal en el Reino Unido), y contra las mismas se presentó una demanda. En el proceso judicial que se llevó a cabo se planteaba si ésta práctica de difusión de información era contraria al art. 40.3.3 de la Constitución irlandesa, o si bien estaba tutelada por la libertad de información y la libre prestación de servicios comunitaria. El caso llegó a la *High Court* irlandesa, que decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

El Tribunal de Justicia no se pronunció sobre el fondo del asunto, pues entendió que la cuestión se situaba fuera de del ámbito del Derecho comunitario;⁹⁷³ en lo que algún autor ha visto un intento de evitar el conflicto.⁹⁷⁴

Sin embargo, lo que es interesante es que la *Supreme Court*⁹⁷⁵ irlandesa antes de la resolución de la cuestión prejudicial por parte del Tribunal de Justicia conoció la

⁹⁷¹ Y así se fue haciendo, por ejemplo, el 22 de junio de 1987 a raíz del Acta Única Europea; el 16 de julio de 1992 con ocasión del Tratado de Maastricht; y el 7 de noviembre de 2002 para el Tratado de Niza. Vid. CLAES, M., *The national court's mandate in the European Constitution*, op.cit., pp. 485 y ss.; CELOTTO, A., y GROPPPI, T., “Derecho UE y derecho nacional: primacía vs. contralímites”, op. cit., pp. 319 y ss.; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros* op. cit., pp. 55 y ss.

⁹⁷² vid. DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 56; HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 22.

⁹⁷³ Sentencia *Grogan* asunto C-159/90, ya citado, y que vimos en el capítulo 2.

⁹⁷⁴ GROPPPI, T., “La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional: un punto de vista comparado”, op. cit., p. 239

cuestión en apelación, y acordó la prohibición temporal de la distribución de la información sobre clínicas abortivas hasta que el Tribunal de Justicia se pronunciara.⁹⁷⁶

En cualquier caso, lo cierto es que en la decisión de suspensión de la distribución de información la *Supreme Court* se mostró claramente a favor de restringir la primacía del Derecho comunitario en lo que respecta a la tutela del derecho a la vida consagrado en el art. 40.3.3. de la Constitución. A este respecto son claros los razonamientos del juez WALSH, en el sentido de entender que la introducción del derecho a la vida del feto en la Constitución irlandesa era posterior a la reforma constitucional que dio pie a la adhesión a las Comunidades, y que por tanto, la consagración de la primacía comunitaria, debería frente a este derecho fundamental introducido en la Constitución irlandesa.⁹⁷⁷

Posteriormente, en la decisión final sobre el asunto, y tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia la Corte Suprema irlandesa, si bien se consideraba vinculado por la decisión del Tribunal, afirmaba que si una decisión del mismo “affects the activities of the defendants impugned in this cases, the consequence of that decision on these constitutionally guaranteed rights and their protection by the courts will then fall to be considered by these courts.”⁹⁷⁸

Es decir, que daba preferencia a su función de tutelar el derecho fundamental que no a asumir la primacía del Derecho comunitario.

En un caso posterior, y también sobre la cuestión del aborto, un nacional irlandés había acudido al Reino Unido para que se le practicara un aborto, algo que estaba prohibido en la legislación irlandesa. El asunto llegó también a la Corte Suprema que resolvió aplicar el art. 40.3 de la Constitución, desestimando plantear una cuestión prejudicial (el recurrente argumentaba que el art. 40.3 de la Constitución irlandesa suponía una vulneración de la libertad de circulación de personas). Lo curioso es que la

⁹⁷⁵ Supreme Court of Ireland, www.courts.ie. Las decisiones la Corte son accesibles en su página web.

⁹⁷⁶ O’LEARY, S., “The Court of Justice as a reluctant constitutional adjudicator: an examination of the abortion information case”, *European Law Review*, nº 17, 1992, pp. 138 y ss; BURCA, G. de., “Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law”, op. cit., p. 283 y ss.; PHELAN, D. R., “Right to Life of the Unborn v. Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union”, op. cit., pp. 670 y ss.

⁹⁷⁷ DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros* op. cit., p. 56

⁹⁷⁸ Sentencia *S.P.U.C. c. Grogan*, 1998, IR 343

argumentación de la Corte Suprema fue entender que el caso se podía resolver con el Derecho irlandés sin necesidad de acudir al Derecho europeo.⁹⁷⁹

En 1992 se llevó a cabo una reforma de la Constitución irlandesa, que afectaba al art. 40.3.3. en el sentido de afirmar que dicho párrafo no suponía límites a la libertad de movimiento de un Estado a otro, y que tampoco suponía límites a la libertad de conseguir o hacer disponibles en el Estado informaciones relativas a servicios lícitos en otro Estado. Por lo que a través de dicha reforma constitucional, parece que en Irlanda se ha asumido definitivamente la primacía del Derecho comunitario, al menos formalmente, habrá que atender a la lo que diga la jurisprudencia.

3.2.7. REINO UNIDO.

Como es obvio, la recepción del Derecho comunitario, y también de la primacía del mismo en un Estado miembro depende en gran medida del sistema jurídico nacional.⁹⁸⁰

El caso del Reino Unido es muy singular puesto que carece de una constitución escrita.⁹⁸¹ No obstante, no se puede eludir el hecho de que hay normas escritas que sí forman parte de la Constitución. Por ello, se ha entendido con acierto que el Reino Unido tendría una constitución no codificada, que incluiría tanto normas escritas como no escritas.⁹⁸²

La norma que vehicula la adhesión del Reino Unido a las Comunidades Europeas, y que rige la recepción del Derecho comunitario en el sistema jurídico británico es la *European Communities Act* de 1972 (ECA), que define las relaciones entre el ordenamiento europeo y el británico. Como veremos, su interpretación por los

⁹⁷⁹ Así, razonaba la sentencia que “it is consistent with the jurisprudence of the Court that there being a ground on which the case can be decided without reference to European law, but under Irish law only, that method should be employed”.

Vid. Sentencia *A.G. c. X.*, de 5 de marzo de 1992, 1 IR 1

⁹⁸⁰ Hay sistemas legales monistas y dualistas, e incluso se puede llegar a considerar que realmente hay tres formas de recepción del Derecho comunitario: los sistemas monistas, donde la primacía deriva de forma directa del Derecho comunitario; dualistas, donde la primacía deriva de una enmienda a su constitución, y que por otro lado dependerá en gran medida de la interpretación de los tribunales constitucionales; y aquellos sistemas donde la primacía deriva de un mínimo cualificado en el que las obligaciones internacionales derivadas del derecho comunitario no gozan de primacía constitucional pero son superiores a la legislación no constitucional. El sistema del Reino Unido es dualista.

⁹⁸¹ Vid. ALLISON, J.W.F., *The English Historical Constitution: Continuity, Change, and European Effects*, Camdridge University Press, Cambridge, 2007.

⁹⁸² En este sentido, KONSTADINIDES razona que “the UK possesses an uncodified constitution, which includes both written and unwritten sources of law”. Vid. KONSTADINIDES, T., *Competence between the EU and the Member States*, Wolters Kluwer, 2009, p. 99

tribunales británicos y en particular por la House of Lords, va a tener una gran relevancia.⁹⁸³

En concreto el art. 2.1 de dicha Ley establece que las normas de Derecho comunitario que son directamente aplicables o tienen efecto directo (como ocurre por ejemplo con los Reglamentos o determinados artículos de los Tratados) son incorporadas de forma automática al Derecho nacional sin necesidad de una norma del Parlamento.⁹⁸⁴

Esto supone que cuando una norma comunitaria directamente aplicable o que tenga efecto directo entra en vigor, se incorpora como parte del Derecho interno británico.⁹⁸⁵

Pero es más, conforme al art. 3.1. los tribunales británicos seguirán la interpretación que establezca el Tribunal de Justicia sobre las normas comunitarias, incluyendo el sentido y efecto de las mismas.⁹⁸⁶

Y finalmente, el art. 2.4 establece la preferencia de las disposiciones comunitarias sobre cualquier acto del Parlamento, tanto pasado como futuro.⁹⁸⁷ Esto ha sido cuestionado en la medida en que suponía una limitación de la eficacia de las propias leyes del Parlamento, y que afectaba a la doctrina de la supremacía parlamentaria; sobre todo interpretándolo en relación con el art. 3.1. que establece de la

⁹⁸³House of Lords, se puede acceder a sus decisiones en la siguiente web: www.parliament.uk/business/lords/, www.lawreports.co.uk/HouseofLords/decisions.htm. Téngase en cuenta que la función judicial de la House of Lords como alto tribunal de apelaciones ha finalizado, asumiendo dicha función un nuevo Tribunal Supremo, que desde 1 de octubre de 2009 ejerce la jurisdicción suprema sobre cuestiones civiles en el Reino Unido, y sobre cuestiones criminales para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Sobre la House of lords y su future, vid. BINGHAM OF CORNHILL, L., "The House of Lords: its Future?", *Public Law*, nº 2, 2010, pp. 261-274.

⁹⁸⁴ Así, dispone el art. 2.1. que "All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression 'enforceable Community right' and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies."

⁹⁸⁵ El art. 2.2. prevé que las normas comunitarias que no sean directamente aplicables ni tengan efecto directo, podrán tener efecto en la legislación nacional mediante medidas legislativas de carácter secundario o delegado como los "statutory instruments", sin perjuicio de que quepa el uso de una ley.

⁹⁸⁶ El art. 3.1. establece: "For the purpose of all legal proceedings any question as to the meaning or effect of any of the Treaties, or as to the validity, meaning or effect of any Community instrument, shall be treated as a question of law (and, if not referred to the European Court, be for determination as such in accordance with the principles laid down by and any relevant decision of the European Court or any court attached thereto)."

⁹⁸⁷ En este sentido "and any enactment passed or to be passed, other than one contained in this Part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section"

Estamos ante una cláusula clave, que como dice BOGDANOR "provided for the recognition of all directly enforceable Community law in preference to any Act of Parliament, past or future" Vid. BOGDANOR, V., *The new british constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 28.

vinculatoriedad de la doctrina del Tribunal de Justicia.⁹⁸⁸ Esto ha sido crucial para que el principio de primacía establecido por el Tribunal de Justicia, como vamos a ver, haya tenido éxito en el Reino Unido.⁹⁸⁹

Sin embargo, el Derecho público británico ha predicado tradicionalmente la doctrina de la supremacía parlamentaria o soberanía absoluta del Parlamento, como explica muy bien la concepción de DICE en el sentido de que el Parlamento gozaría de “the right to make or unmake any law whatever”⁹⁹⁰ o lo que es lo mismo, que el Parlamento podría hacer cualquier cosa.⁹⁹¹

Esta regla, sin embargo, no es el producto de una ley constitucional ni se encuentra en ningún documento específico, sino que es un producto derivado de la tradición a lo largo de los siglos y manifiesta una concreta relación entre los tribunales y el Parlamento puesto que supone que los tribunales atribuirán prioridad a una ley, un “Act of Parliament” por encima de cualquier otro instrumento legal, y aplicarán aquella ley posterior siguiendo el aforismo jurídico de que *lex posterior derogat legi priori*.

Y no obstante, se ha planteado ya en la doctrina la dificultad de mantener la soberanía absoluta del Parlamento sin ninguna limitación, y más en el marco de un proceso de integración supraestatal como es la Unión Europea. Por ello, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha planteado la necesidad de introducir un instrumento legal, una “bill” que garantice la soberanía parlamentaria.⁹⁹²

Pero se olvida que, como razona JACOBS, es difícil, por no decir imposible, identificar en la actualidad a un Estado donde su soberanía no esté sujeta a limitaciones legales en el ejercicio de sus poderes.⁹⁹³ De hecho, como sostiene Lord BINGHAM el

⁹⁸⁸ HOWE, M., *Safeguarding Sovereignty. A Bill for UK Constitutional Rights in the EU*, op. cit., p. 7.

⁹⁸⁹ Así lo entiende FENWIK “Section 3(1), by rendering the decisions of the ECJ determinative in relation to all questions of EC law, was crucial in giving effect in the UK to the supremacy of EC law and in ensuring the obedience of UK courts to decisions of the European Court” Vid. FENWICK, H., PHILLIPSON, G., *Text, Cases & Materials on Public Law & Human Rights*, 4ª edición, Cavendish Publishing, Londres, 2003, en especial p. 224

⁹⁹⁰ DICEY, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, 10 edición, 1959, p. 40

⁹⁹¹ Como sostiene también DICEY “Is a fundamental principle with English lawyers, that Parliament can do everything but make a woman a man, and a man o woman”, vid. *Supra*. p. 43.

⁹⁹² Así lo manifestaba HOWE, Queen’s Counsel, proponiendo una “Sovereignty Bill” Vid. a este respecto su artículo titulado “Time to Safeguard British Sovereignty” en *The Wall Street Journal*, 4 de enero de 2010, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704876104574631902563957112.html>, y el libro de este autor, HOWE, M., *Safeguarding Sovereignty: A Bill for U.K. Constitutional Rights in the EU*, op. cit. Y que parece que puede tener éxito, en la medida en que se ha planteado la cuestión en el propio Parlamento, que está estudiando su conveniencia. Vid. “The EU Bill and Parliamentary sovereignty”, Tenth Repor of Session 2010-11, www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633/633i.pdf

⁹⁹³ “ Legally, it is difficult, if not impossible, to identify today a State in which a ‘sovereign’ legislature is not subject to legal limitations on the exercise of its powers. Moreover, sovereignty is incompatible, both

“rule of law” y la soberanía parlamentaria están llamados a ser potenciales antagonistas.⁹⁹⁴

En cualquier caso, no estamos ante una cuestión nueva, sino que incluso antes del ingreso del Reino Unido en las Comunidades Europeas existía un debate sobre si era constitucionalmente posible que se asumieran las obligaciones de los Estados miembros de las Comunidades; planteándose una eventual incompatibilidad con la doctrina tradicional de la soberanía parlamentaria con la doctrina de la primacía del Derecho comunitario que rige el orden comunitario. Y es que si bien no existía problema en la aceptación de la prevalencia de las normas comunitarias sobre leyes del Parlamento británico anteriores a la ECA, el problema surgía con respecto a las leyes posteriores, puesto que según una interpretación estricta del principio de la soberanía parlamentaria la ley posterior prevalece siempre sobre las anteriores.⁹⁹⁵ Y sin embargo, la ECA habría cambiado las cosas, e incluso podría suponer la sustitución de la doctrina de la supremacía del Parlamento por la de la primacía de los Tratados comunitarios.

Los tribunales británicos trataron de hacer una interpretación constructiva (“*rule of construction*”)⁹⁹⁶ en el sentido de posibilitar una conciliación de la prevalencia del Derecho comunitario, que se incorpora en el Derecho británico con dicha eficacia, con el mantenimiento de la doctrina tradicional de la supremacía parlamentaria.⁹⁹⁷

internationally and internally, with another concept which also has lengthy history, but which today is widely regarded as a paramount value: the rule of law.”; e incluso que “cannot coexist with traditional conceptions of sovereignty”. Vid. JACOBS, F., *The Sovereignty of Law: The European Way*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 5.

⁹⁹⁴ “the rule of law and parliamentary sovereignty are not, as one might have hoped, a happily married couple but are actual or potential antagonists”. Vid. BINGHAM OF CORNHILL, L., “The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament”, *King's Law Journal*, v.19, nº 2, 2008, pp. 223-234

⁹⁹⁵ HOWE, M., *Safeguarding Sovereignty. A Bill for UK Constitutional Rights in the EU*, op. cit., pp. 14 y ss.

⁹⁹⁶ Vid. KENT, P., *Law of the European Union*, Pearson, 2001, pp. 59 y ss.

Y es que no era cuestión sencilla, puesto que conforme al principio de la soberanía parlamentaria el Parlamento carecería, en una interpretación estricta, del poder de limitar a un futuro Parlamento, tal y como se manifestó la Court of Appeal en *Ellen Street Estates Ltd v. Minister of Health*, 1934, donde Lord Justice Maughan consideró que “The Legislature cannot, according to our constitution, bind itself to the form of subsequent legislation, and it is impossible for Parliament to enact that in a subsequent statute dealing with the same subject-matter there can be no implied repeal. If in a subsequent Act Parliament chooses to make it plain that the earlier statute is being to some extent repealed, effect must be given to that intention just because it is the will of the Legislature”

Y por ende, se podría considerar que una ley posterior a la 1972 Act debería prevalecer, vid. HOWE, M., *Safeguarding Sovereignty. A Bill for UK Constitutional Rights in the EU*, op. cit., p. 15.

⁹⁹⁷ Sobre este punto vid. vid. ANTHONY, G., *UK public law & European law, The Dynamics of Legal Integration*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, p. 75

Así, si bien las primeras decisiones de los tribunales británicos podían parecer dubitativas;⁹⁹⁸ en la sentencia *Garland v. British Rail Engineering Ltd* (1982)⁹⁹⁹ la House of Lords adoptó la ya citada “rule of construction approach”.

Era un conflicto entre la *Equal Pay Act* de 1970 y el antiguo art. 119 del Tratado, resolviendo que ley se podía interpretar en dos sentidos diferentes, uno de ellos era conforme con la decisión del Tribunal de Justicia y es lo que debía hacerse y ajustarse al art. 119 del Tratado.¹⁰⁰⁰

Por tanto, hay una asunción por parte de la House of Lords del principio de primacía del Derecho comunitario que es clara. En esa misma línea se pronuncia en las sentencias *Duke v. Reliance Systems Ltd*, 1988)¹⁰⁰¹; *Pickstone v. Freeman plc*, 1988); así como en *Lister v. Forth Dry Dock Co.*, 1989; y en *Stoke-on-Trent v. B&Q plc* 1990. En esta última, HOFFMAN razonó que:

“the supreme law of our country, taking precedence over Acts of Parliament. Our entry into the Community meant that Parliament had surrendered its sovereign rights (...)”¹⁰⁰²

Pero donde se avanza un paso es en el famoso caso *Factortame*.¹⁰⁰³ La *Merchant Shipping Act* de 1988 preveía la restricción del derecho de barcos de propiedad extranjera el pescar en aguas británicas. Las compañías españolas reclamaron en los tribunales británicos, alegando que la *Merchant Shipping Act* era contraria a la *European Communities Act*, y la House of Lords aceptó estas alegaciones, declarando que se debería desaplicar la segunda parte de las disposiciones de la *Merchant Shipping Act*.¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁸ En la decisión *Bulmer(HP) Ltd v. Bollinger SA*, 1974, Ch 401, CA. Lord Denning Mr formuló una guía para ayudar a los tribunales británicos a saber cuándo debían plantear una cuestión prejudicial, y razonaba que “rights or obligations created by the Treaty are to be given legal effect”

Además, para ver los casos y los textos de las sentencias de los tribunales británicos es imprescindible la obra de OPPENHEIMER, A., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, v. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

⁹⁹⁹ *Garland c. British Rail Engineering Ltd* (1982) ICR 420, House of Lords (and [1982] IRLR 111 ECJ). Accessible en the BAILII website, www.emplaw.co.uk/content/index?startpage=data/03400810.htm.

¹⁰⁰⁰ El caso había ido previamente al Tribunal de Justicia que consideró que se había vulnerado el art. 119 del Tratado de Roma.

¹⁰⁰¹ *Duke c. Reliance Systems Ltd*, 1988; aunque a la vez rechazó interpretar la *Sex Discrimination Act* de 1975 en el sentido de dar efecto a la Directiva de Igual Tratamiento 76/207.

¹⁰⁰² Citado por KENT, vid. KENT, P., *Law of the European Union*, op. cit., p. 61

¹⁰⁰³ *Factortame* (nº1), 1990, 2 AC 85; *Factortame* (nº2), 1991, 1 AC 603.

¹⁰⁰⁴ *R. v. Secretary of State for Transport*, ex p. *Factortame* (nº 2), 1991.

Para WICKS estamos ante la primera ocasión desde 1688 en el que un tribunal británico suspende la vigencia de una norma parlamentaria.¹⁰⁰⁵ WADE considera que la consecuencia de *Factortime* es que el Parlamento “can bind its successors. If that is not revolutionary, constitutional lawyers are Dutchmen.”¹⁰⁰⁶ BOGDANOR, a su vez, afirma que *Factortime* supone reconocer que el Parlamento ha sido capaz de hacer algo que todo el mundo pensaba que era imposible, es decir, limitar su soberanía.¹⁰⁰⁷

Sin embargo, bien visto, no es tan revolucionario, sino el mero cumplimiento de la propia ECA. Esta forma de recepción fue vista por cierta doctrina como un debilitamiento de la tradición británica de la soberanía del Parlamento. En efecto, WADE consideró que estábamos ante algo revolucionario.¹⁰⁰⁸ En la misma línea, ya SMITH había razonado que el reconocimiento de una superioridad jerárquica de la normativa comunitaria conllevaría una revolución en el pensamiento legal británico.¹⁰⁰⁹

Sin embargo, realmente no hay tanto una mera aceptación del Derecho comunitario como jerárquicamente superior al Derecho nacional, sino que ésta aceptación se basa en la *European Communities Act* de 1972. Lo que queremos decir es que sin dicha ley no habría sujeción al Derecho comunitario. Dicho de otra manera: es el propio Parlamento británico el que se ha limitado su soberanía de forma expresa en la *European Communities Act* de 1972, de tal manera que de cara al futuro la normativa británica estará limitada y subordinada al Derecho comunitario por la voluntad de la soberanía del Parlamento británico, y será así, mientras no se diga expresamente lo contrario, lo que obviamente deja la posibilidad de que un día concreto, el Parlamento británico derogue expresamente la *European Communities Act* de 1972.

En esta línea, ANTHONY ha razonado que los tribunales han preferido justificar el principio de primacía en la referencia a la soberanía parlamentaria para constatar que

¹⁰⁰⁵ Así WICKS explica que “For the first time since 1688 a court suspended the operation of an Act of Parliament. Contrary to Dicey’s oft-quoted assertion, it appeared that there was now a body with power to set aside the legislation of Parliament and that body was the House of Lords” vid. WICKS, E., *The Evolution of a Constitution: Eight Key Moments in British Constitutional History*, Hart, Oxford, 2006, p. 156.

¹⁰⁰⁶ WADE, H.W.R., “Sovereignty-Revolution or Evolution?”, *Law Quarterly Review*, nº 112, 1996, p. 573.

¹⁰⁰⁷ “Parliament in 1972 had been able to do something which many had previously thought impossible, that is, to limit its sovereignty” BOGDANOR, V., *The new British constitution*, op. cit., p. 29.

Para un estudio más amplio de la sentencia *Factortime*, vid. WILLIAMS, L., “Defining a sufficiently serious breach of Community law: the House of Lords casts its net into the waters”, *European Law Review*, 2000, 25, 452-459.

¹⁰⁰⁸ Vid. WADE, W., “Sovereignty- Revolution or Evolution?”, op. cit., p. 568

¹⁰⁰⁹ Así razona que “full recognition of the hierarchical superiority of Community law would entail a revolution in legal thought” (vid. SMITH, S.A. de, “The Constitution and the Common Market: A Tentative Appraisal”, *Modern Law Review*, nº 34, 1971, p. 613).

no ha existido verdaderamente un cambio de naturaleza constitucional en el régimen británico.¹⁰¹⁰

Sin embargo, al estar ante un Derecho basado en la soberanía del Parlamento hace difícil que se autolímite sus poderes, como pone de manifiesto acertadamente HARTLEY, cuando explica que no hay ningún problema en que el Parlamento diga que se sujeta al Derecho comunitario, incluso de cara al futuro, en la medida en que ello carecerá de eficacia real.¹⁰¹¹ Pero en la realidad, los tribunales han asumido el poder de desaplicar normas legales, aprobadas por el Parlamento, gracias a la ECA.¹⁰¹²

La posición es clara, mientras no haya una ley posterior del Parlamento que manifieste lo contrario, la norma comunitaria se aplicará con preferencia, pero en cualquier momento el Parlamento podría dictar una ley que expresara una opinión contraria.¹⁰¹³

La cuestión queda también confirmada en una sentencia posterior de la House of Lords, *Equal Opportunities Commission v. Secretary of State for Employment*, 1994.¹⁰¹⁴ Se cuestionaba la validez de ciertas previsiones de la *Employment Protection*

¹⁰¹⁰ Efectivamente, considera que: “Rather than recognise that reception of EU law has effected a process of institutional change that challenges domestic constitutional assumptions, the courts have preferred to justify their judgments by reference to parliament’s sovereign intentions and to argue that “nothing novel” has occurred. For the courts, therefore, far-reaching practical change has been effected without any need for corresponding conceptual adaption”. Vid. ANTHONY, G., *Uk public law & European law, The Dynamics of Legal Integration*, op. cit., p. 76.

¹⁰¹¹ Razona HARTLEY que “what about the sovereignty of Parliament? There is no problem about Acts of Parliament passed prior to the European Communities Act. Parliament can easily make them subject to Community law, including future provisions of Community law. It has the power to repeal any existing Act of Parliament. Therefore it can make existing Acts of Parliament subject to Community law. But if it says that future Acts of Parliament are subordinate to Community law, it is trying to restrict its own powers. This is something it cannot do. Of course, it can say that. But it will have no effect. Its future powers will be as full as before”. Vid. HARTLEY, T., *European Union Law in a Global Context. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2004, pp. 162

¹⁰¹² Hay que tener en consideración que la ECA parece ser la única norma ha posibilitado esta desaplicación judicial de leyes parlamentarias, la Human Rights Act, por ejemplo sólo pueden declarar la incompatibilidad pero no desaplicar. Vid. House of Commons European Scrutiny Committee, *The EU Bill and Parliamentary sovereignty*, op. cit., p. 6

¹⁰¹³ HARTLEY, T., *European Union Law in a Global Context. Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 164

¹⁰¹⁴ *R v. Secretary of State for Transport*, ex p. Equal Opportunities Commission, 1995, 1 AC 1.

Esta sentencia fue objeto de una interesante alabanza por parte de GARCÍA DE ENTERRÍA, que entendía que se aseguraba la tutela judicial efectiva y producía un “efecto purgatorio o depurativo del ordenamiento jurídico” (purgación del ordenamiento jurídico español lo que hace que GARCÍA DE ENTERRÍA considere más seguro y de más garantías al sistema británico, teniendo en cuenta la sentencia de 3 de marzo de 1994 de la Cámara de los Loes.

Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un paso capital en el Derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las Leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho comunitario (sentencia *Equal Opportunities Commission* de la Cámara de los Loes de 3 de marzo de 1994)”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 3, 1994, p. 741.

(*Consolidation*) Act de 1978 en relación con el art. 141 TCE y las Directivas 75/117/CEE de 1975, y 76/207/CEE de 1976.

Esta norma podía producir cierta discriminación contra la mujer al beneficiar a los empleados a tiempo completo, que en su mayoría eran hombres, y perjudicar a los de tiempo parcial, que en su mayoría eran mujeres. Sin embargo, sí hubo cierta resistencia a aceptar el efecto directo de las Directivas como mostró *Duke v. GEC Reliance Ltd*;¹⁰¹⁵ y en la que no reconocían la posibilidad de tener que adaptar la normativa estatutaria británica a las normas de Derecho europeo que no tenían efecto directo como las directivas.

Efectivamente, Lord Templemann argumentó que:

“[Section 2(2)] does no more than reinforce the binding nature of legally enforceable rights and obligations imposed by appropriate Community law. [It] does not enable or constrain a British court to distort the meaning of a British statute in order to enforce against an individual a Community directive which has no direct effect between individuals. Section 2(4) applies, and only applies, where Community provisions are directly applicable”.¹⁰¹⁶

Pero esto tuvo que ser revisado y adaptado tras la sentencia del Tribunal de Justicia *Mearleasing*, que llevó a la House of Lords a ajustar su doctrina en las sentencias *Webb v. EMO Air Cargo (UK) Ltd*.

Así pues, el Reino Unido, dualista, acepta la supremacía del Derecho comunitario y la posibilidad de inaplicar leyes británicas cuando sean incompatibles con el Derecho comunitario.¹⁰¹⁷ Sin embargo, hay que tener en cuenta, debemos insistir, que esto es así en tanto en cuanto dicha supremacía es aceptada por una ley inglesa, pero no por el juego de las reglas del Derecho comunitario *per se*.

¹⁰¹⁵ Vid. SZYSZCZAK, E., “Sovereignty: Crisis, Compliance, Confusion, Complacency”, *European Law Review*, v. 15, nº 6, 1990, p. 480 y ss.

¹⁰¹⁶ Ídem, p. 680

¹⁰¹⁷ Por supuesto hay una fuerte crítica hacia esta doctrina jurisprudencial. En este sentido afirma Lord BINGHAM que “the principle of parliamentary sovereignty has been recognised as fundamental in this country not because the judges invented it but because it has for centuries been accepted as such y judges and others officially concerned in the operation of our constitutional system. The judges did not by themselves establish the principle and they cannot, by themselves, change it” Citado en *The EU Bill and Parliamentary sovereignty*, op. cit., p. 11. En la misma línea está el trabajo de GOLDWORTHY, J., *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001.

Este planteamiento se encuentra muy claro en *Thoburn v. Sunderland Citi Council*, 2002, más conocido como “Metric Martyrs”, en las palabras de Lord Justice¹⁰¹⁸:

“there is nothing in the [European Communities Act] which allows the [European Court], or any other institutions of the EU, to touch or qualify the conditions of Parliament’s legislative supremacy in the United Kingdom. Not because the legislature chose not to allow it; because by our law it could not allow it. That being so, the legislative and judicial institutions of the EU cannot intrude upon those conditions. The British Parliament has not the authority to authorise any such thing. (...) The conditions of Parliament’s legislative supremacy in the United Kingdom necessarily remain in the United Kingdom’s hands”.¹⁰¹⁹

Esta sentencia tiene una gran relevancia, puesto que razona que existen dos tipos de leyes parlamentarias: leyes ordinarias y constitucionales. Las leyes constitucionales son las normas sobre derechos fundamentales y las que regulan las relaciones Estado-ciudadanos.¹⁰²⁰ Dentro de las mismas se situaría la ECA,¹⁰²¹ y como ley constitucional “constitutional statute”, no puede ser derogada sino por una ley posterior que expresamente establezca dicha voluntad. En ausencia de dicha voluntad expresa, toda ley parlamentaria posterior debería ser interpretado de conformidad al Derecho

¹⁰¹⁸ *Thoburn v. Sunderland Citi Council* (Queen’s Bench Division, Divisional Court, 18 de febrero de 2002)

¹⁰¹⁹ Apartado 48, *Thoburn c. Sunderland Citi Council* (Queen’s Bench Division, Divisional Court, 18 de febrero de 2002) Lo que está haciendo es desestimar los argumentos de SHARPSTON que era Counsel para Sunderland Citty Counsel, una de las autoridades que intervenía en el proceso, y que alegaba que la eficacia del Derecho comunitario en el Derecho nacional no dependía sólo de la ECA, sino también por el principio de supremacía establecido por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.

¹⁰²⁰ “In my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and state in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights (...) The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights. Examples are the Magna Carta, the Bill of Rights 1689, the Act of Union, the Reform Acts which distributed and enlarged the franchise, the Human Rights Act, the Scotland Act 1998 and the Government of Wales Act 1998.” Apartado 62.

¹⁰²¹ “The ECA clearly belongs in this family. It incorporated the whole corpus of substantive Community rights and obligations, and gave overriding domestic effect to the judicial and administrative machinery of Community law. It maybe there has never been a statute having such profound effects on so many dimensions of our daily lives. The ECA, is, by force of the common law, a constitutional statute”. Apartado 62.

comunitario.¹⁰²² En este sentido, la supremacía parlamentaria quedaría salvaguardada.¹⁰²³

Lo que es interesante es que el *Lord Justice Laws* plantea que la ECA no es la única ley constitucional, y que si un acto o disposición comunitaria vulnerara alguno de los derechos fundamentales que forma parte del Derecho constitucional inglés, habría que ver si la *European Communities Act* es base legal suficiente para que dicha disposición tenga efectos internos.

En esta línea, encontramos también la sentencia *Mc. Whirter & Gouriet v. Secretary of State of Foreign and Commonwealth Affairs*, 2003¹⁰²⁴, en la que tanto Lord Justice Laws como Lady Justice Arden se reservaron la competencia de decidir si la *European Communities Act* era base jurídica suficiente para vulnerar el Derecho constitucional inglés, y en concreto los derechos fundamentales tutelados por el mismo.

Esto hace que se haya planteado como posibilidad futura que los jueces británicos lleguen a inaplicar el Derecho comunitario por vulneración de los derechos fundamentales tutelados por el Derecho constitucional inglés.¹⁰²⁵

Lo cierto es que en la sentencia *Jackson v Attorney General*, 2006,¹⁰²⁶ en la que el Comité de apelación de la House of Lords debía decidir sobre la validez constitucional de la Ley sobre la disciplina de caza, la *Hunting Act* de 2004; Lord Steyn, Lord Hope, y Lady Hale sugieren que en ciertas circunstancias los tribunales gozan de poder para desaplicar leyes, citando precisamente la ECA como ejemplo de restricción de la soberanía parlamentaria.¹⁰²⁷ Mientras que Lord Bingham considera que el

¹⁰²² “Ordinary statutes may be impliedly repealed Constitutional statutes may not. For the repeal of a constitutional Act the abrogation of a fundamental right to be effected by statute, the court would apply this test: is it shown that the legislature’s actual – not imputed, constructive or presumed – intention was to effect the repeal or abrogation? I think this test could only be met by express words (...)” Apartado 63.

¹⁰²³ No obstante, parece que en el European Scrutiny Committee de la House of Commons, existe el temor de cierta incertidumbre por el poder que esta interpretación atribuye a los tribunales y que podría poner en peligro la supremacía parlamentaria. Vid. House of Commons European Scrutiny Committee, *The EU Bill and Parliament sovereignty*, op. cit., p. 29

¹⁰²⁴ *Mc. Whirter & Gouriet v. Secretary of State of Foreign and Commonwealth Affairs* (Court of Appeal (Civil Division), 5 de marzo de 2003)

¹⁰²⁵ Vid. al respecto ARMSTRONG, K.A., “United Kingdom –Divided on Sovereignty?”, en WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford Hart, 2003, pp. 339 y ss. En el mismo sentido se pronuncia DÍAZ GREGO, si bien esta autora entiende que *Lord Justice Laws* no deja claro si la reserva frente a la primacía del Derecho comunitario “se extiende al conjunto del Derecho constitucional inglés (como parece indicar el segundo pronunciamiento de *Lord Justice Laws*) (...) o, por el contrario, se limita a la cuestión de los derechos fundamentales o a un núcleo duro de elementos constitucionales”. Vid. DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 60

¹⁰²⁶ *Jackson c. Attorney General*, 2006, 1 AC 262.

¹⁰²⁷ Apartados 102; 104 ; y 159, respectivamente.

Parlamento puede hacer cualquier ley, puesto que propiamente una ley parlamentaria goza de la máxima autoridad.¹⁰²⁸

Además, con ocasión también del conflicto motivado por la aprobación de esta ley, se planteó en apelación ante la House of Lords, que la cuestionada podía vulnerar las normas del Convenio de Roma, e incluso del Tratado de Roma.¹⁰²⁹

Se razona que en el caso *Omega* el Tribunal de Justicia aceptó la alegación de las autoridades alemanas de prohibir los juegos que utilicen la muerte de seres humanos por vulnerar un derecho fundamental existente en la Constitución alemana como es la dignidad humana; y dado que la caza de animales en Inglaterra para fines recreativos infringe un valor fundamental expresado en muchas leyes británicas como la *Hunting Act* de 2004, se avala la decisión legislativa de prohibición de la caza de animales, sin plantear una cuestión prejudicial.

Esto nos lleva a entender que en la medida en que el Tribunal de Justicia respete el margen nacional de tutela de los derechos fundamentales no podría haber colisión alguna, pero que también en el Reino Unido se ha desarrollado una doctrina jurisprudencial de los contralímites que salvaguardaría al menos los derechos fundamentales del Derecho británico.¹⁰³⁰

3.2.8. ESPAÑA.

España ingresa en las Comunidades Europeas junto a Portugal en 1986. La Constitución de 1978 contenía un artículo que posibilitaba la celebración de Tratados para atribuir a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (CE), y que había sido redactado con la vista puesta en la entrada en las Comunidades Europeas: el art. 93.¹⁰³¹

¹⁰²⁸ Apartado 9.

¹⁰²⁹ *R c. Her Majesty's Attorney General and another*, 2007. UKHL 52.

¹⁰³⁰ De todas formas, como hemos apuntado con antelación, desde el 1 de octubre de 2009, un nuevo Tribunal Supremo asume la función de alto tribunal de apelaciones en cuestiones civiles para todo el Reino Unido y para cuestiones criminales en Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte. Esto, lógicamente, puede afectar a los efectos de la doctrina jurisprudencial expuesta.

¹⁰³¹ El art. 93 de la CE dispone que “Mediante Ley orgánica se podrá autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

La Constitución española está accesible online en español, inglés y francés en la página web del Tribunal Constitucional, www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/Constitucion1.aspx No podemos detenernos en realizar un estudio pormenorizado de los problemas planteados por la doctrina en cuanto este artículo, nos remitimos a PÉREZ TREMPES, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994; LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996;

A su vez, el art. 10.2 establecía que las normas sobre derechos fundamentales reconocidos en la Constitución “se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, y que ha sido interpretado para fundamentar la utilización del Derecho comunitario como criterio hermenéutico de los derechos fundamentales consagrados.¹⁰³²

Por otro lado, el art. 96 CE, disponía que en su primer apartado que los tratados internacionales una vez publicados oficialmente en España formarían parte del ordenamiento interno;¹⁰³³ que interpretado en relación con el art. 93 suponía que el ordenamiento europeo “puede desplegar con plenitud sus características específicas”.¹⁰³⁴

Cuando España se adhiere a las Comunidades Europeas, la doctrina del Tribunal de Justicia sobre la primacía y el efecto directo estaba ya asentada, y en ese sentido formaba parte del acervo comunitario que el país aceptaba en su adhesión al proceso de integración europea y así fue declarado por el Tribunal Constitucional (TC)¹⁰³⁵ tempranamente, en STC 130/95, de 11 de septiembre.¹⁰³⁶

Sin embargo, esta aceptación de la primacía del Derecho comunitario es en cierta medida “parcial”, puesto que el Tribunal Constitucional español ha mantenido siempre que los poderes públicos españoles debían respetar los derechos fundamentales,

HERRERO DE MIÑÓN, M., “Constitución española y Unión Europea. Comentario al artículo 93 CE”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 26, 1992, pp. 7-20. PÉREZ.

¹⁰³² Sobre este tema vid. SAIZ ARNAIZ, A., “El Derecho comunitario, ¿parámetro de constitucionalidad de las leyes internas?”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 22, nº 2, 1995, pp. 266 y ss.; APARICIO PÉREZ, M.A., “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la democracia*, nº 6, pp. 11 y ss; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 340.

¹⁰³³ Art. 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarían parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

¹⁰³⁴ MANGAS MARTÍN, A., y LÍÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., p. 475. Para MANGAS MARTÍN, el art. 93 dota de primacía, de forma indirecta, al Derecho internacional sobre el Derecho interno, entendiéndose que ante una contradicción entre una ley interna y una norma de un Tratado, la ley cede frente al Tratado, que “es susceptible de aplicación directa”; y ésta habría sido la doctrina jurisprudencial constante de nuestro Tribunal Supremo (tanto antes de la Constitución, (Sentencias de 27 de febrero de 1970, Aranzadi, 1970, nº 658; y de 17 de junio de 1971, Aranzadi, 1971, nº 3191) como después de la misma (sentencia de 22 de mayo de 1989, Aranzadi, nº 3877) y que habría sido acogida por el Tribunal Constitucional, en la STC 28/1991, de 14 de febrero.

¹⁰³⁵ Decisiones accesibles en la web del Tribunal, www.tribunalconstitucional.es

¹⁰³⁶ STC 130/95 de 11 de septiembre. Sobre esta decisión se puede acudir a VICENTE PALACIO, M.A., “STC 130/1995, de 11 de septiembre: derecho de los trabajadores marroquíes a la protección por desempleo en iguales términos que los trabajadores españoles: aplicación del Reglamento comunitario 2.211/1978 de 26 de septiembre”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 59, 1995, pp. 47-50.

aún al actuar conforme al Derecho comunitario, y por tanto, el Tribunal Constitucional tenía competencia para revisar las decisiones de los jueces ordinarios y garantizar el respeto a los derechos fundamentales que la Constitución española garantiza (STC 64/1991)¹⁰³⁷; y que la pertenencia a la Unión no puede alterar el orden interno de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (SSTC 252/1988¹⁰³⁸; 76/1991¹⁰³⁹; 115/1991¹⁰⁴⁰; 29/1994¹⁰⁴¹; y 146/1996¹⁰⁴²).¹⁰⁴³

Por tanto, el Tribunal Constitucional español habría definido claramente, desde el principio, unos los límites constitucionales a la primacía del Derecho comunitario, que estarían formados por: los derechos fundamentales; y el orden interno de distribución de competencias. Esto nos llevaría a apreciar una aceptación parcial del principio de primacía del Derecho comunitario, y la existencia de la doctrina de los “contralímites”.

¹⁰³⁷ STC 64/1991, de 22 de marzo.

¹⁰³⁸ STC 252/1988, de 20 de diciembre

¹⁰³⁹ STC 76/1991, de 11 de abril

¹⁰⁴⁰ STC 115/91, de 23 de mayo.

¹⁰⁴¹ STC 29/94, de 27 de enero

¹⁰⁴² STC 146/1996, de 19 de septiembre.

Efectivamente, el Fundamento Jurídico 2 de la STC 146/1996 señala que “son las reglas internas de delimitación competencial las que, en todo caso, han de fundamentar la respuesta a las controversias competenciales suscitadas entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostente la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario” Sobre esta cuestión vid. BUSTOS GISBERT, R., “Cuestiones planteadas por la jurisprudencia constitucional referente a la ejecución y garantía del cumplimiento del derecho comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 20, nº 2, 1993, pp. 583-604.

¹⁰⁴³ Para un estudio de la posición del Tribunal Constitucional español respecto al Derecho comunitario, vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33, 1991, pp. 175-210; BUSTOS GISBERT, R., “Cuestiones planteadas por la jurisprudencia constitucional referente a la ejecución y garantía del cumplimiento del derecho comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 20, nº 2, 1993, pp. 583-604; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Tribunal Constitucional y Derecho Comunitario”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 118, 1994, pp. 9-11; SAIZ ARNAIZ, A., “El Derecho comunitario, ¿parámetro de constitucionalidad de las leyes internas?”, op. cit.; RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., y VALLE GÁLVEZ, A., “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, 1997, pp. 239-376; DÍEZ PICAZO, L.M., “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista de Derecho Constitucional*, nº 54, 1998, pp. 255-272; ORTIZ VAAMONDE, S., “El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 6, 2001, pp. 301-347; RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C. y LIÑAN NOGUERAS, D. J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, op. cit.; AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 46-69; BIGLINO CAMPOS, P., “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española”, *Revista General de Derecho Comunitario*, nº 3, 2007, www.iustel.com; MIGUEL BÁRCENA, J. de., “España” en TAJADURA, J. y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea...*, op. cit., pp. 137 a 177; PÉREZ TREMP, P., “La jurisdicción constitucional y la integración europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 29, 2009, pp. 19-48.

Esta doctrina se confirma en las sendas Declaraciones que emitió de forma previa a la ratificación del Tratado de Maastricht, la DTC 1/1992; y del fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, la DTC 1/2004.¹⁰⁴⁴

En la DTC 1/1992, el Tribunal explicita de forma clara que los Tratados internacionales deben respetar las normas constitucionales, y entiende necesaria una reforma constitucional para que España pudiera ratificar el Tratado de Maastricht. Para permitir el sufragio de los ciudadanos europeos no nacionales en las elecciones municipales, era necesaria la reforma ya que la Constitución reservaba dicho derecho a los nacionales.¹⁰⁴⁵

Ahora bien, es sin duda la Declaración 1/2004 la que recoge de forma mucho más desarrollada esta cuestión. En esta Declaración, el TC entendió que no había contradicción alguna entre el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa y la Constitución española. El razonamiento del Tribunal se basaba en dos pivotes: en primer lugar, el principio de primacía que establecía el Tratado no alteraba la primacía que ya se había aceptado con la adhesión de España; y en segundo lugar, la Carta de Derechos Fundamentales que incluía el texto del Tratado no implicaba, en principio, ningún problema de articulación con nuestro sistema de derechos.¹⁰⁴⁶

Se ha discutido mucho en la doctrina si la Declaración 1/2004 supone o no un cambio en la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional. A diferencia de la declaración de 1992, que fue unánime, la DTC 1/2004 contiene tres votos particulares que insisten, en una misma línea, en la existencia de una contradicción entre la cláusula de supremacía que expresamente establecía el proyecto de Constitución Europea y los arts. 93 y 9.1 CE. Añadiendo que lo que realiza la DTC 1/2004 es un cambio de doctrina con respecto a la DTC 1/1992 en la que el Tribunal Constitucional viene a aceptar la supremacía del Derecho comunitario sobre la idea de que hay dos ordenamientos

¹⁰⁴⁴ DTC 1/2004, de 13 de diciembre.

¹⁰⁴⁵ Sobre esta Declaración, vid. BONACHELA MESAS, M., RUIZ TARRÍAS, S., “El reconocimiento del derecho de sufragio pasivo a los no nacionales: (a propósito de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992)” en VVAA., *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (I): XVI jornadas de estudio*, v. 1, 1995, Ministerio de Justicia, pp. 1089-1128.

¹⁰⁴⁶ Frente a la introducción del principio de primacía en el Tratado constitucional, el Consejo de Estado manifestó (antes de la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional) que podía ser entendida en el sentido de que sólo reflejaba la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, sin que supusiera “ninguna alteración anterior en relación con el principio de primacía, e integrándola en el marco del respeto por la Unión de la identidad nacional de los Estados miembros (...) En todo caso, lo cierto es que su incorporación al Tratado tiene que producir unos efectos de mayor calado que la decantación de un principio por vía jurisprudencial” (Dictamen 2544/2004 del Consejo de Estado, p. 28) En este Dictamen el Consejo de Estado razonaba que sería útil adecuar el art. 93 de la Constitución para establecer la compatibilidad del ordenamiento comunitario con la Constitución, e incluso europeizar la Constitución española, en el sentido de mencionar de forma expresa la Unión Europea (Dictamen 2544/2004, p. 31)

distintos (comunitario e interno) que juegan en planos distintos y que es muy difícil que en el futuro se pudiera producir una colisión, y en ese hipotético caso el Tribunal Constitucional tendría la potestad de tutelar la defensa de la supremacía de la Constitución española.¹⁰⁴⁷

No parece, sin embargo, que la DTC 1/2004 recoja una doctrina diferente a la expuesta en la DTC 1/1992, en lo referente a la primacía del Derecho comunitario pues confirma los límites que respecto a la misma suponen las normas constitucionales.

Lo que es evidente es que el concepto que utiliza el Tribunal Constitucional de primacía no parece coincidir con el concepto de primacía que utiliza la doctrina del Tribunal de Justicia, pero esto no supone una modificación de su posición. El TC entiende primacía en el sentido de un criterio de aplicación de normas de carácter no jerárquico, mientras que pregona la “supremacía” de la Constitución en un sentido claramente jerárquico. Esto hace que parezca razonablemente que la postura del Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal Constitucional son diferentes en el fondo, aunque formalmente se venga a reconocer la primacía del Derecho Comunitario, y esto porque nuestro TC cuando habla de primacía, no habla de supremacía. Pero el TJCE cuando habla de primacía del Derecho Comunitario, entendemos, está hablando de supremacía.¹⁰⁴⁸ Esto sí parecen entenderlo los Votos Particulares de la DTC 1/2004.

Así, el Tribunal Constitucional español considera que el principio de primacía que quedaba asentado en el proyecto constitucional era un principio de carácter no jerárquico sino de aplicación.¹⁰⁴⁹

En resumen, en España el juego de la primacía estaría limitado claramente por la propia Constitución, desarrollando una doctrina de contralímites similar a la italiana o la alemana. Una doctrina que, por otro lado, parece congruente con su posición sobre la falta de rango constitucional del Derecho comunitario que le lleva a entender que: corresponde a los jueces ordinarios la aplicación del mismo (STC 21/1991, de 31 de

¹⁰⁴⁷ Suscritos por D. Javier Delgado Barrio, D. Roberto García-Calvo y Montiel, y D. Ramón Rodríguez Arribas.

¹⁰⁴⁸ A este respecto, permítaseme remitir al trabajo SARRIÓN ESTEVE, J., “La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo”, *Criterio Jurídico*, v. 9, nº1, 2009, pp. 39-53.

¹⁰⁴⁹ Esto se constata cuando el Tribunal afirma que “Esta estipulación del Tratado [art. I.6], tal y como ha hecho constar formalmente la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros por medio de Declaración anexa al Tratado (Declaración anexa al art. I-6, “refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia”[...] Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una “exigencia existencial” de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados”

enero); un conflicto entre normas internas y Derecho comunitario no adquiere relevancia constitucional, puesto que el Derecho comunitario no constituiría parámetro de constitucionalidad,¹⁰⁵⁰ el Tribunal Constitucional no puede entrar a controlar los actos y disposiciones comunitarias contra las que no cabe recurso de amparo (STC 64/1991, de 22 de marzo); no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la selección de la norma aplicable al caso concreto, que es una cuestión de legalidad ordinaria, pero adquiriría relevancia constitucional en caso de selección arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 180/1993, de 31 de mayo; 30/2006, de 30 de enero); y tampoco puede declarar la infracción de la obligación de plantear la cuestión prejudicial (STC 111/1992, de 14 de septiembre; 201/1996, de 9 de diciembre) salvo que la falta de planteamiento suponga una vulneración de la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías (STC 58/2004, de 19 de abril,¹⁰⁵¹ 194/2006, de 19 de junio; y STC 28/2010, de 20 de octubre¹⁰⁵²).

¹⁰⁵⁰ Vid. SSTC 252/1988, op. cit., y también en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero; 197/1996, de 28 de noviembre.

En concreto la STC 28/1991 afirma en el F 5 que “la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la legislación ordinaria”

¹⁰⁵¹ La STC 58/2004 es relevante en la medida en que el Tribunal Constitucional declaraba lesionado un derecho fundamental por la falta de planteamiento de una cuestión prejudicial. Para BAÑÓ LEÓN antes de dicha sentencia “(c)omo el Derecho Comunitario se integra en el Derecho interno es al juez ordinario y no al Tribunal Constitucional a quién corresponde resolver los conflictos entre normas, de la misma manera que es al juez ordinario a quien compete resolver los problemas de conflicto entre leyes”. Esto, aplicado a la cuestión prejudicial suponía afirmar que correspondía al órgano judicial adoptar la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial, y consecuentemente la negativa del juez nacional a plantear una cuestión prejudicial no implicaba una vulneración de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, el hecho de que estemos ante derecho interno infraconstitucional no supone *per se* que no pueda haber vulneración de derechos fundamentales, y más en concreto del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que “la infracción de una norma legal puede derivar en inconstitucionalidad y ser susceptible de control por el intérprete supremo de la Constitución” Vid. BAÑO LEÓN, J.M., “El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2008, p. 467. Vid. también UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “El “recurso” a la prejudicial (234 TCE) como “cuestión” de amparo”, *Revista española de derecho europeo*, nº11, 2004, pp. 441 y ss.; MARTÍN RODRIGUEZ, P.J., “La cuestión prejudicial como garantía constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 72, 2004, p. 321.

¹⁰⁵² Si bien en esta sentencia no otorga el amparo, es relevante porque se trata de una sentencia de Pleno, en la que el Tribunal aclara que el régimen jurídico de la cuestión prejudicial del Derecho comunitario es distinto del que rige el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Así, existe obligación de plantear una cuestión de inconstitucionalidad cuando no se puede lograr una interpretación de normas legales, posteriores a la Constitución, que se acomode al texto constitucional. En cambio, en el Derecho comunitario la obligación de planteamiento de una cuestión prejudicial desaparece, “aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso final conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (...) como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión” (FJ 2).

Sin embargo, esto no significa que el Tribunal Constitucional español no aplique el Derecho comunitario;¹⁰⁵³ ni que el propio Tribunal lo haya utilizado, al amparo del art. 10.2 CE, como canon hermenéutico de interpretación,¹⁰⁵⁴ así como también habría hecho uso de la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia.¹⁰⁵⁵

Pero el problema de fondo de la postura del TC es la premisa de la separación radical entre ordenamiento comunitario y nacional, puesto que si bien esto puede ser cierto en la teoría, en la práctica el Derecho comunitario ha ido impregnando el Derecho constitucional nacional.¹⁰⁵⁶

Por otro lado, de la doctrina del TC se desprende el posible problema de seguridad jurídica por la permanencia de disposiciones incompatibles con el Derecho comunitario.¹⁰⁵⁷

Realiza, así, una correcta asunción de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia y expuesta en las SSTJCE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich, Bonifaci y otros c. República Italiana*, asuntos acumulados 6/90 y 9/90; y de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, asunto 283/81, concluyendo que cuando no concurren los presupuestos fijados por el propio Derecho comunitario para plantear una cuestión prejudicial, no habría obligación de plantearla. Llama la atención, no obstante, que lo haga en un caso donde precisamente considera no aplicable el Derecho comunitario. Comento esta cuestión en un comentario sobre dicha sentencia. Vid. PIÑAR REAL, A., MARTINEZ VERASATEGUI, A., SARRIÓN ESTEVE, J., “Crónica de jurisprudencia constitucional”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2010, pp. 837-854.

¹⁰⁵³ Vid. al respecto BORRAJO INIESTA, I., “Los tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario...”, op. cit., pp. 239 y ss. De destacar es precisamente la STC 64/1991, donde aunque niegue rango constitucional al Derecho comunitario, analiza la denuncia de vulneración del derecho de igualdad en la aplicación de normas comunitarias teniendo en cuenta la finalidad de las mismas; también MANGAS MARTÍN, que considera que “la negativa del Tribunal Constitucional a erigirse en órgano que aplique o haga aplicar el derecho de la Unión la utiliza a conveniencia”, Vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., p. 584, citando como ejemplos las SSTC 236/1991, de 12 de diciembre; 130/1995, de 11 de septiembre; 120/1998, de 15 de junio).

¹⁰⁵⁴ Vid. SSTC 240/1999, de 20 de diciembre; 203/2000, de 24 de junio; 250/2000, de 30 de octubre; 292/2000, de 30 de noviembre; 224/1999, de 13 de diciembre)

¹⁰⁵⁵ SSTC 132/1989, de 18 de julio; 58/1994, de 28 de febrero; 240/1999, de 20 de diciembre; 196/2000, de 24 de julio; 199/2000, de 24 de julio; 250/2000, de 30 de octubre; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero; 253/2004, de 22 de diciembre.

Sin embargo, es curioso que el Tribunal Constitucional parece haber limitado esta referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en lo referente a los principios de igualdad y no discriminación (IZQUIERDO SANS, C., “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 34, 2010, p. 202)

¹⁰⁵⁶ Así lo entiende BORRAJO INIESTA, al razonar que “ Es cierto que, en el cielo de los conceptos, existen dos ordenamientos jurídicos distintos y separados: el Derecho comunitario, por un lado, el ordenamiento nacional, por otro; la Constitución española está por encima de todo, por supuesto. (...)Lo cierto es que, sin embargo, en la práctica la Constitución española se va impregnando de Derecho comunitario. Vid. BORRAJO INIESTA, I., “Los tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario...”, op. cit., p. 251

¹⁰⁵⁷ Es precisamente esta falta de purgación del ordenamiento jurídico español lo que hace que GARCÍA DE ENTERRÍA considere más seguro y de más garantías al sistema británico, teniendo en cuenta la sentencia de 3 de marzo de 1994 de la Cámara de los Lores (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un paso capital en el Derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con

En efecto, si bien el TC permite la vigencia de la primacía del Derecho comunitario como criterio de aplicación de normas, y por tanto que los jueces nacionales apliquen el Derecho comunitario a un caso concreto de forma preferente a una disposición nacional, no es menos cierto que en caso de que estemos ante un auténtico conflicto, la permanencia de la disposición nacional incompatible con el Derecho comunitario crea problemas de seguridad jurídica respecto de los ciudadanos, planteándose la necesidad de un control constitucional en base a los arts. 93 y 96 CE.¹⁰⁵⁸

No podemos descartar que el Tribunal de Justicia resuelva conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en detrimento de éstos. En dicho supuesto, si no garantiza de forma efectiva derechos reconocidos como fundamentales en España, ¿cabría la aplicación de la doctrina de los contralímites?

El TC parece que ha establecido claros límites constitucionales a la primacía; y sin embargo, ha entendido que no cabía recurso de amparo frente a disposiciones comunitarias.¹⁰⁵⁹ Pero ello no excluye que se puedan controlar los actos internos en ejecución de Derecho comunitario.¹⁰⁶⁰ En el supuesto hipotético que planteamos, si el conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales fuera resuelto por el Tribunal de Justicia en una cuestión prejudicial, la sentencia del juez nacional que siga las instrucciones del Tribunal de Justicia podrá, en su caso, y tras agotar los oportunos recursos, ser recurrida en amparo si se han garantizado los derechos fundamentales que reconoce la Constitución española.

alcance general las Leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho comunitario (sentencia *Equal Opportunities Commission* de la Cámara de los Lores de 3 de marzo de 1994)", op. cit., p. 741)

¹⁰⁵⁸ En este sentido, MANGAS MARTÍN se ha pronunciado a favor de un control constitucional por parte del TC en base a los arts. 93 y 96 CE para los casos en que hay una "frontal contradicción" porque se podría crear de otra forma un problema de "grave tutela efectiva" al obligar a muchos ciudadanos a litigar. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., p. 482.

¹⁰⁵⁹ STC 64/1991, de 22 de marzo FJ 4.

¹⁰⁶⁰ En el caso de que no hubiera tal norma interna, sino que la incompatibilidad derivara directamente de la disposición comunitaria, entiende MANGAS MARTÍN que está "debe ser eliminada *erga omnes* en toda la Unión Europea y esto sólo puede hacerse por el Tribunal de Justicia y en ningún caso por los Tribunales constitucionales nacionales pues atentaría a la unidad del derecho de la Unión y no aseguraría un pleno respeto al patrimonio común en materia de derechos fundamentales en toda la Unión" (MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., p. 478) siendo competencia de los Estados miembros para plantearla al Tribunal de Justicia un recurso de nulidad frente al acto derivado. Entiende que el art. 6 TUE establece la obligación de respetar los derechos fundamentales de cada Estado miembro, y que deben por tanto ser tutelados por el Tribunal de Justicia. Aquí, el problema radica en que dicha tutela, en puridad, es respecto de los derechos fundamentales que son fruto de las tradiciones constitucionales "comunes" de los Estados miembros, esto es, de aquellos que comparten los Estados, y por tanto se pueden plantear problemas respecto de ciertos derechos que siendo fundamentales en algún o algunos Estados miembros, no sean compartidos como tales por la mayoría de los Estados miembros.

Curioso sería el supuesto en el que el conflicto entre libertades del mercado y derechos fundamentales sea conocido por el propio Tribunal Constitucional, y que éste tenga la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial. Se trata de un supuesto de difícil existencia, toda vez que lo normal será que conozca del asunto la jurisdicción ordinaria previamente, y ésta sea la que plantee en su caso la cuestión ante el Tribunal de Justicia.

Así pues el planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Constitucional sería posible en otro contexto de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional.

Ciertamente, se ha sostenido que en la resolución de los recursos de amparo, el TC tendrá que hacer frente a eventuales vulneraciones de derechos fundamentales por influencia del Derecho comunitario, más pronto o más tarde. Y en este sentido “en algunos supuestos el Tribunal Constitucional español va a carecer de otra opción sensata que no sea proceder a la interposición de una cuestión prejudicial ante Luxemburgo”¹⁰⁶¹

Desde luego que apreciar la posibilidad de que el TC planteara una cuestión prejudicial exigiría entender que el Tribunal Constitucional es juez comunitario a tales efectos.¹⁰⁶² La postura del Tribunal Constitucional manifestada en sus sendas Declaraciones, trasluce cierta indecisión con respecto a la opinión que el propio Tribunal Constitucional tiene de su naturaleza de juez comunitario, o de la que más bien cree carecer. Sin embargo, no podemos obviar que, como dijimos con antelación, que el

¹⁰⁶¹ En este sentido se manifiestan: VIDAL PRADO, C., “El impacto del nuevo derecho europeo en los Tribunales Constitucionales”, Colex, Madrid, 2004, p. 187; Díez Pícazo, L.M.^a, “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, op. cit., p. 26; Hinojosa Martínez, L.M., y Seguera Serrano, A., “La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 8, 2000, p. 570; Miguel Bárcena, J. de, “España”, op. cit., p. 149; Izquierdo Sans, C., “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)”, op. cit., p. 227.

¹⁰⁶² Hay abundante doctrina a favor de este planteamiento: Fernández Segado mantiene que “el concepto comunitario de “órgano jurisdiccional” no incluye tan sólo a los órganos jurisdiccionales ordinarios sino también a los especializados como los contencioso-administrativos, los económicos, los laborales y los de la seguridad social. Incluso se ha de incluir entre tales órganos a los tribunales constitucionales”; Fernández Segado, F., “El Juez nacional como juez comunitario europeo de derecho común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho Común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Revista de Cuestiones Constitucionales*, nº 13, 2005, pp. 70 y 71.

Alonso García considera crucial la participación de los Tribunales constitucionales nacionales en el diálogo con el TJCE a través de la cuestión prejudicial. Alonso García, R., “Justicia Constitucional y Unión Europea” en VIII Curso de Justicia Constitucional (5 a 21 de septiembre de 2007), <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/alonso2007.pdf>, p. 20

Tribunal Constitucional haya declarado que el Derecho comunitario no goza de rango constitucional no quiere decir que no lo haya aplicado.¹⁰⁶³

Sin embargo, en la STC 177/2006, de 5 de junio,¹⁰⁶⁴ el Tribunal Constitucional desaprovechó la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial en relación con la Orden de detención y entrega, como ya apuntó en su día DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI.¹⁰⁶⁵

En la misma línea DE MIGUEL indicaba que habría habido tanto la posibilidad como la necesidad de que el TC planteara una cuestión en dos sentidos diferentes: en primer lugar, debería haberse planteado si había un incumplimiento del Derecho comunitario por la mala adaptación de la legislación de desarrollo a la Decisión Marco 2002/584/JAI; en segundo lugar, debería haberse preguntado al modo de la Corte Belga si la decisión Marco otorgaba excesiva flexibilidad a los Estados teniendo en cuenta el art. 6 del TUE y del Convenio Europeo; y que en cualquiera de los dos se habría dado la oportunidad al Tribunal de Justicia de controlar la conformidad de la Orden de Detención y Entrega con el sistema de derechos fundamentales de la Unión.¹⁰⁶⁶

Por tanto, parece que el TC se mantiene reticente a plantear una cuestión prejudicial. MANGAS MARTÍN considera que existe la posibilidad de presentar un recurso ante el TEDH por violación del art. 6 del Convenio de Roma, puesto que puede infringir la justicia del procedimiento en caso de que la decisión aparezca como arbitraria.¹⁰⁶⁷

No obstante, en caso de que la doctrina del TC evolucione y finalmente decida plantear una cuestión frente a un supuesto de conflicto entre Derecho comunitario y Derecho constitucional, habría que ver qué respuesta dicta el Tribunal de Justicia.

¹⁰⁶³ Vid. BORRAJO INIESTA, I., “Los tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario...”, op. cit.

Esto debería abrir el camino a que el propio Tribunal Constitucional se plantee si no es hora de que además de aplicar el Derecho de la Unión Europea llegue hasta sus últimas consecuencias planteando una cuestión prejudicial. Sobre esta cuestión, vid. el reciente estudio de de TENORIO, P., “Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 7520, Sección Tribunal, 30 de noviembre de 2010.

¹⁰⁶⁴ STC 177/2006, de 5 de junio. Se trata de la famosa cuestión de la euroorden.

¹⁰⁶⁵ QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, “El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (Reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio), op. cit., p. 299

¹⁰⁶⁶ MIGUEL BÁRCENA, J. de, “España”, op. cit., p. 251

Dicha oportunidad se la dio la Corte de Arbitraje Belga, y no parece que fuera aprovechada. No podemos obviar que estamos hablando del pilar de cooperación penal y judicial, donde las competencias del Tribunal de Justicia son muy limitadas, como ya hemos apuntado en diversas ocasiones, y el Tribunal constató en la sentencia *Pupino*.

¹⁰⁶⁷ Cita a este respecto las decisiones de 12 de mayo de 1993, 2063/92, y de 20 de mayo de 1997, 34325/96 de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Vid. MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, op. cit., p. 485

Si la respuesta del Tribunal de Justicia no le dejara suficiente margen de apreciación nacional para garantizar la tutela de los derechos fundamentales, entonces, el Tribunal tendría la obligación de garantizar la tutela de los derechos fundamentales en el sentido del máximo estándar de protección posible.¹⁰⁶⁸

Además, tal y como apuntábamos ya en el capítulo 1, hay que tener en cuenta, además, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue objeto en España de una singular publicación de su contenido en el Boletín Oficial del Estado, dentro de la Ley de ratificación del Tratado de Lisboa.¹⁰⁶⁹ Y con una previsión que parece indicar que los derechos fundamentales de nuestra Constitución deben interpretarse a la luz de la Carta.¹⁰⁷⁰

JIMENA QUESADA considera que la remisión que se hace al art. 10.2 CE implica “elear la CDFUE a la categoría de canon de constitucional interno (como parámetro interpretativo)” y consecuentemente la interpretación que realice el Tribunal

¹⁰⁶⁸ Vid. art. 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No podemos obviar que el Tribunal Constitucional español ha hecho referencia a la Carta de Derechos Fundamentales en múltiples ocasiones, ya con antelación a su entrada en vigor junto con el Tratado de Lisboa, si bien haciendo referencia a “la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (aún sin fuerza jurídica vinculante)” (vid. SSTC 138/2005, de 26 de mayo, y en el mismo sentido, SSTC 273/2005, de 27 de octubre, 17/2006, de 20 de enero, 41/2006, de 13 de febrero); y también tras la publicación de la Ley Orgánica de Ratificación, en 2008 en dos sentencias en las que mencionó la Carta pero suprimiendo la coetilla de “aún sin fuerza jurídica vinculante” (SSTC 176/2008, de 22 de diciembre; y 183/2008, de 22 de diciembre).

¹⁰⁶⁹ Decimos “curioso” porque hasta la fecha las leyes de ratificación de los Tratados europeos eran Leyes Orgánicas con una misma estructura: un primer artículo dedicado a contener la autorización parlamentaria para ratificar; y un segundo artículo dedicado a fijar la fecha a partir de la que se puede depositar el instrumento de ratificación. Sin embargo, esta Ley Orgánica contiene un anexo que incluye la propia Carta de Derechos Fundamentales.

En cualquier caso, la incorporación de la disposición ha sido calificada de “sorprendente” por parte de IZQUIERDO SANS, que también ha tildado de “curiosa” a la disposición. Vid. IZQUIERDO SANS, C., “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)”, op. cit., p. 202.

¹⁰⁷⁰ Ley Orgánica 1/2008, de 30 de Julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa (BOE núm. 184, de 31 de Julio de 2008)

En el art. 2 se dispone que “A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el “Diario Oficial de la Unión Europea” de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación (...)” Antes de entrar en la controvertida eficacia que puede tener esta forma de ratificación del Tratado de Lisboa que ha optado por la inclusión del texto de la Carta en la Ley Orgánica de ratificación, hay que poner de relieve que muy pronto se advirtió una errata, puesto que la referencia que se hacía a la Carta publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 no se correspondía con el texto que posteriormente se incluía y reproducía, puesto que se correspondía con el texto de la Carta que se integró como parte segunda del fracasado Tratado constitucional, y por eso se seguía refiriendo el propio texto de la Carta a la “Constitución” en lugar de a “los Tratados”, por ejemplo en los arts. 18, 21, 36, 41, 45, 51, 52. Vid. JIMENA QUESADA, L., “La Carta de los derechos fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, op. cit., p. 70; vid. también MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La doble funcionalidad de la ley orgánica por la que se autoriza la ratificación del tratado de Lisboa. La Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea en el «Boletín Oficial del Estado»”, op. cit., pp. 148-150.

de Justicia de la Carta deberá ser aplicada en España cuando sea más favorable que la que realice el Tribunal Constitucional respecto de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución.¹⁰⁷¹

Sin embargo, este planteamiento implica diferentes problemas. En primer lugar, esta interpretación supondría una modificación del sistema de fuentes del derecho en España. Baste decir que el art. 5.1 de la LOPJ establece la vinculación de los jueces a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que es el máximo intérprete de la Constitución.

Si en virtud del art. 2 de la L.O.1/2008, la interpretación de un derecho fundamental contenido en nuestra Constitución por parte del Tribunal Constitución debe ceder ante una interpretación del mismo derecho, también contenido en la Carta, que realiza el Tribunal de Luxemburgo, estaríamos modificando la posición que el TC tiene. Sí es cierto que en base al art. 10 CE se deben interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, pero es discutible que la Carta sea incluíble ahí.

En cualquier caso, sería necesario realizar un estudio pormenorizado de la utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales por parte del TC, que no podemos llevar a cabo en este momento.¹⁰⁷²

3.2.9. CHIPRE.

El Parlamento ratificó el Tratado de Adhesión el 14 de julio de 2003, sobre la base del art. 169 de la Constitución, sin llevar a cabo reforma previa.¹⁰⁷³

Teniendo en cuenta que el art. 179 de la Constitución chipriota establece que la Constitución es la ley suprema del país, la primacía del Derecho comunitario estaba llamada a vivir condicionada por los límites constitucionales. Por otro lado, el sistema jurídico chipriota exige para que los tratados internacionales puedan ser aplicables un

¹⁰⁷¹ JIMENA QUESADA, L., “La Carta de los derechos fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, op. cit., pp. 70-71.

¹⁰⁷² Si bien tendría mucho interés, motivos de espacio y tiempo nos lo impiden.

¹⁰⁷³ Es conocido que se planteó si era conveniente una reforma constitucional previa, sobre todo porque el art. 179 de la Constitución establece explícitamente que la Constitución de 1969 es la ley suprema del país, y junto a otros artículos podían suponer un obstáculo, de ahí que el Attorney-General markides planteo la necesidad de la misma en Mayo de 2002, pero las desavenencias entre los líderes griego y turco chipriotas lo imposibilitaron y el siguiente Attorney-General no lo consideró necesario. Sobre esta polémica, vid. EMILIOU, N., “Cyprus” en KELLERMAN, *Impact of EU Accesion*, op. cit., pp. 303 y ss.; EMILIOU, N., “The Constitutional Impact of Enlargement at EU and National Level: the Case of the Republic of Cyprus”, en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, pp. 143-258; HOFFMEISTER, F. “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., pp. 7 y 8.

acto del Parlamento y su publicación en el boletín oficial, y conforme al art. 169.3 prevalecerían sobre la “municipal law”, que ha sido interpretado en el sentido de de leyes y reglamentos, pero no de la Constitución, según la sentencia de 14 de diciembre de 1993 del Tribunal Supremo.¹⁰⁷⁴

De esta forma, cabía entender que la adhesión no implicaba una modificación del *statu quo*, y es que el art. 4 de la *Accession Act* establece la prevalencia de las obligaciones derivadas del tratado sobre la legislación, pero no sobre la Constitución.¹⁰⁷⁵

En Chipre, la Corte Suprema es la que goza de la jurisdicción constitucional, con funciones de revisión y control constitucional.¹⁰⁷⁶ Ésta tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión, al controlar la constitucionalidad de la normativa nacional que trasponía la Decisión Marco sobre la orden de arresto europea declarándola inconstitucional en la sentencia de 7 de noviembre de 2005;¹⁰⁷⁷ al menos en lo referente a los nacionales chipriotas, todo y que la Constitución chipriota prohíbe la extradición de nacionales en el art. 11.2 f), no constando tampoco una orden de arresto europea entre las causas prevista en el art. 11.2 de la Constitución para detener o arrestar a una persona.

Así, la Corte entendió que la Decisión Marco no tenía efecto directo, y que por tanto no cabía plantearse la prevalencia de la misma sobre la Constitución al ser necesaria una correcta transposición de la misma al ordenamiento nacional. Al mismo tiempo, realizaba un análisis de las consecuencias de la Sentencia *Pupino*, entendiendo que si bien la misma establecía la interpretación conforme del ordenamiento nacional con las Decisiones Marco, esta solo sería exigible cuando fuera posible, y no en caso de

¹⁰⁷⁴ Judgment of the Supreme Court of 14 December 1993, *Eracleous c. The Municipality of Limassol*, Appel n° 5793

Las decisiones de la Supreme Court se pueden obtener en la web

www.cyprus.gov.cy/portal/portal.nsf/All/B82F495696684031C2257137003318D0?OpenDocument.

¹⁰⁷⁵ Law 4 (III)/2003. Dispone el art. 4 que “The rights and obligations imposed by the Treaty shall have direct effect in the Republic and supremacy over any legislative or regulatory act providing to the contrary”

¹⁰⁷⁶ La Supreme Court chipriota asume la jurisdicción constitucional al ser fruto de la unificación de la Supreme constitutional court y la High Courts. Sobre la organización judicial de la Corte Chipriota, vid. Repor of the Supreme Cour of the Republici of Cyprus, presentado en el XII Congreso de Cortes constitucionales europeas, sobre “The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European Courts”, accessible en www.confcoconsteu.org/reports/Cyprus-EN.pdf

¹⁰⁷⁷ Decisión de la Corte Suprema chipriota de 7 de noviembre de 2005, Civil Appeal N° 294/2005

Vid. NICOLATOS, M., “Information note on legal regime of the territories not under the effective control of the government of Cyprus, Opinion n°516/2009, European Commission for Democracy through law (Venice Commission)” en [www.venice.coe.int/docs/2009/CDL\(2009\)056-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL(2009)056-e.asp)

una interpretación *contra legem*,¹⁰⁷⁸ aunque fue criticada por la doctrina por entender que era notoriamente incompatible con el Derecho comunitario.¹⁰⁷⁹

De alguna manera, la Corte Suprema desarrolló su propia doctrina de contralímites, razonando que el Derecho comunitario no podía ser interpretado *contra constitutionem*, y que por tanto los límites de su eficacia estaban en la Constitución chipriota.

Curiosamente, precisamente a raíz de dicha sentencia se llevó a cabo una reforma constitucional, a través de la Ley 127/2006¹⁰⁸⁰, que no sólo reformó el art. 11 para permitir la extradición de nacionales, sino que además se añade un párrafo al apartado segundo del art. 179 que dispone que ninguna decisión de cualquier órgano de la República puede ser contrario a la Constitución o a cualquier obligación derivada de la participación de la República como Estado miembro de la Unión Europea.¹⁰⁸¹

Pero por si no quedaba suficientemente explícita la introducción del principio de primacía, establecía un nuevo precepto en el art.1.A, disponiendo que ninguna disposición de la Constitución podría servir para anular leyes o actos de la República derivados de su pertenencia como Estado miembro a la Unión Europea.¹⁰⁸²

Así, si bien la Corte introdujo la doctrina de los contralímites, y la aplicó en la práctica, fue precisamente esta sentencia la que motivó la introducción de la primacía del Derecho de la Unión con carácter expreso y general en la Constitución chipriota.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁸ Vid. TSADIRAS, A., “Cyprus Supreme Court (Anotato Dikastirio Kyproy), Judgment of 7 November 2005 (Civil Appeal nº 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant”, *Common Market Law Review*, v. 44, nº5, 2007, pp. 1515 y ss.; DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 76; HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 16.

¹⁰⁷⁹ HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 16.

¹⁰⁸⁰ The Fifth Amendment to the Constitution Act of 2006, nº 127 (I) 2006, 28 de julio.

¹⁰⁸¹ “No law or decision of the House of Representatives or of any of the Communal Chambers and no act or decision of any organ, authority or person in the Republic exercising executive power or any administration function shall in any way be repugnant to, or inconsistent with, any of the provision of this Constitution **or any obligation imposed on the Republic as a result of its participation as Member State of the European Union**”. La negrita es mía. Se puede acceder a la Constitución chipriota en: www.cyprus.gov.cy/portal/portal.nsf/All/C3A9A6C90E9E1723C2256FD50031F478?OpenDocument.

¹⁰⁸² Así dispone el art. 1.A “no provision of this Constitution will be held to annul laws that are enacted, acts, that are carried out or measures that are introduced by the Republic which are necessary by reason of its obligations as a Member State of the European Union or hinder Regulations, Directives or other acts or binding measures of legislative character that are adopted by the European Union or the European Communities or their institutions or their competent bodies on the basis of the Treaties establishing the European Communities or the European Union from producing legal effect in the Republic”.

¹⁰⁸³ Para SIEGEL, aquí se puede vislumbrar el papel europeizador del Tribunal puesto que “The Court’s decision forced the Cypriot parliament to amend the constitution, which not only reworded Article 11.2 to permit the issuance of European arrest warrants, but the parliament also revised Article 179 of the Constitution such that all EU law, wheter having direct or indirect effect, is supreme to national law” Vid.

Si bien habría que esperar a futuros pronunciamientos de la Corte, parece que el camino de los contralímites en Chipre ha sido cerrado por la propia Constitución.

3.2.10. POLONIA.

Polonia se incorpora el 1 de mayo de 2004, en la penúltima ampliación, y tras un referéndum positivo.¹⁰⁸⁴ La Constitución polaca establece en su art. 91.3 la prevalencia de las normas de las organizaciones internacionales sobre los actos del Parlamento, pero no se especifica nada respecto a la relación jerárquica con la Constitución, que goza, en virtud del art. 8.1 de supremacía.¹⁰⁸⁵

Quizá por ello, el Tribunal Constitucional polaco¹⁰⁸⁶ llamado a definir las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho nacional en la Sentencia de 11 de mayo de 2005, relativa al Tratado de adhesión de Polonia a la Unión Europea, lo hizo sobre la base de la supremacía constitucional, aunque consideró constitucional el Tratado¹⁰⁸⁷

El Tribunal Constitucional entendió que la adhesión de Polonia a la Unión se fundamentaba en los artículos 90.1 y 91.3 de la Constitución polaca, y éstos no

SIEGEL, S., “Courts and Compliance in the European Union: The European Arrest Warrant in National Constitutional Courts”, *Jean Monnet Working Paper*, nº 5, 2008, p. 30.

¹⁰⁸⁴ Si bien el art. 90 de la Constitución permitía dos formas de delegación de competencias, mediante una ley adoptada por dos tercios de la mayoría parlamentaria de ambas cámaras (*Sejm* y *Senate*); o mediante referéndum, se escogió la segunda. Así, se celebró un referéndum el 7-8 de junio que contó con un 58,8% de participación, y que obtuvo un voto favorable del 77,45%; y Polonia ratificó el Tratado de Adhesión.

El art. 90 dispone que “1. The Republic of Poland may, by virtue of international agreements, delegate to an international organization or international institution the competence of organs of State authority in relation to certain matters. 2. A statute, granting consent for ratification of an international agreement referred to in para.1, shall be passed by the Sejm by a two-thirds majority in the presence of at least half of the statutory number of Deputies, and by the Senate by a two-thirds majority in the presence of at least half of the statutory numbers of Senators. 3. Granting of consent for ratification of such agreement may also be passed by a nationwide referendum in accordance with the provisions of Article 125. 4. Any resolution in respect of the choice of procedure for granting consent to ratification shall be taken by the Sejm by an absolute majority vote taken in the presence of at least half of the statutory number of Deputies”.

La Constitución polaca es accesible en inglés, francés y ruso en la página web del Tribunal Constitucional polaco, <http://trybunal.gov.pl/eng/index.htm>.

¹⁰⁸⁵ El art. 91.3 de la Constitución polaca establece que “I fan agreement, ratified by the Republic of Poland, establishing an international organisation so provides, the laws established by it shall be applied directly and have precedence in the event of a conflict of laws”.

¹⁰⁸⁶ Trybunal Konstytucyjny, www.trybunal.gov.pl.

¹⁰⁸⁷ 11 V 2005 judgement K 18/04.

Se trataba de un recurso planteado por tres grupos parlamentarios de la Cámara Baja sobre la inconstitucionalidad de varios preceptos del Tratado de Adhesión, del Tratado de la Comunidad Europea, y del Tratado de la Unión Europea.

La supremacía constitucional sobre el Derecho comunitario había sido planteada ya por la doctrina polaca, vid. CZAPLINSKI, W., “L’integration européenne dans la constitution polonaise de 1997”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, nº 436, 2000, pp. 168 y ss.

Las sentencias más relevantes del Tribunal constitucional polaco son accesibles en inglés en http://trybunal.gov.pl/eng/summaries/wstep_gb.htm

autorizaban una delegación de poder a organizaciones internacionales para vulnerar la Constitución. Así, en caso de conflicto entre una norma comunitaria y una norma constitucional no cabía asumir la primacía de la primera. Las soluciones podían ser bien una reforma de la Constitución, una modificación de la norma comunitaria contraria a la Constitución, o la salida de Polonia de la Unión.¹⁰⁸⁸ Además, el Tribunal establecía que el principio de interpretación conforme del Derecho interno con el Derecho comunitario encuentra su límite frente a una norma constitucional expresa y en las garantías de la Constitución entre las que están los derechos fundamentales.¹⁰⁸⁹

Por tanto, el Tribunal Constitucional polaco acepta la primacía del Derecho comunitario si bien asume la doctrina de los contralímites, y por tanto esta aceptación no es incondicional, sino sujeta a límites, en este caso el texto constitucional y las garantías que el mismo establece.

Sí acepta la primacía del Derecho comunitario sobre las leyes, y en este sentido, los jueces polacos estarían obligados a no aplicar leyes que vulneraran normativa comunitaria directamente aplicable, conflictos que se plantearan en este sentido, además deberían ser planteados ante el Tribunal de Justicia, y no ante el Tribunal constitucional.¹⁰⁹⁰

Sobre el Tratado de Lisboa ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente, en una sentencia de 24 de septiembre de 2010 a raíz del planteamiento de revisión de la constitucionalidad del mismo llevado a cabo por un grupo de diputados el 18 de diciembre de 2009, precisamente en referencia a la supremacía de la Constitución polaca.¹⁰⁹¹

El Tribunal Constitucional polaco rechaza los argumentos esgrimidos por el grupo de diputados, y entiende que el Tratado de Lisboa es constitucional, siendo compatibles sus disposiciones con la supremacía de la Constitución.

¹⁰⁸⁸ Apartado 13 de la sentencia.

¹⁰⁸⁹ Algunos autores han entendido que la posición del Tribunal Constitucional polaco respecto al principio de interpretación conforme es una matización del rechazo a la primacía del mismo, puesto que “parecía matizar, de este modo, su discurso previo” asumiendo que “la interpretación de las normas nacionales, Constitución incluida, ha de realizarse a la luz de las normas comunitarias” pero que la moldeabilidad de la Constitución no podría llevarle a adaptar un precepto constitucional expreso a las exigencias derivadas de la integración comunitaria” DÍAZ GREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, op. cit., p. 65; En el mismo sentido, LAZOWSKI, A., “Accecion Treaty. Polish Constitutional Tribunal. Conformity of the Accecion Treaty with the Polish Consitution”, *European Constitutional Law Review*, v.3, nº 1, 2007, pp. 148-162.

¹⁰⁹⁰ 19 XII 2006 procedural decision P 37/05, confirmada posteriormente, 18 II 2009 judgement Kp 3/08

¹⁰⁹¹ 24 IX 2010 judgement K 32/09.

Hay, no obstante, un voto particular del juez Miroslaw Granat, que cita la sentencia del Tribunal constitucional alemán sobre el Tratado de Lisboa, y entiende que la sentencia debería haber ido en dicha línea.

En cualquier caso, y si bien la sentencia del Tribunal Constitucional polaco sobre el Tratado de Lisboa no es tan explícita como la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el mismo, no cabe duda de que el Tribunal polaco mantiene sus reservas sobre el principio de primacía, y que por tanto siguen rigiendo los contralímites en Polonia.

Sobre si un conflicto entre libertades del mercado y derechos fundamentales pudiera llevar a la aplicación práctica de dicha doctrina, es una cuestión que probablemente, como en el resto de los casos, el tiempo nos resolverá.

3.2.11. REPÚBLICA CHECA.

La República Checa se incorpora también el 1 de mayo de 2004, en la penúltima ampliación. El art. 10 de la Constitución establece la prevalencia de los tratados internacionales sobre la legislación (*zakon*) sin especificar el carácter ordinaria o constitucional de la legislación.¹⁰⁹²

Hay que tener en cuenta que existió un proyecto de introducir un nuevo precepto que establecería la primacía del Derecho comunitario sobre las leyes nacionales, incluyendo la Constitución (art. 10b), fracasó al no superar el trámite parlamentario.¹⁰⁹³

El Tribunal Constitucional checo¹⁰⁹⁴ se pronunció pronto sobre la primacía del Derecho comunitario en una Sentencia de 8 de marzo de 2006. En la misma, el Tribunal entendió que la primacía del Derecho comunitario no era incondicional, y que el Tribunal Constitucional gozaba de competencia para controlar que el ejercicio de las competencias delegadas fuera compatible con la preservación de los fundamentos y

¹⁰⁹² “Pulished international treaties, whose ratifcation Parliament approved and which are binding on the Czeh Republic, shall be part of the Czeh legal order, if the international treaty provides for a difference to a statute, the international treaty applies”

¹⁰⁹³ HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 18.

La constitución se encuentra en inglés, francés, alemán y ruso en www.concourt.cz/view/czech_constitution.

¹⁰⁹⁴ Ústavní soud, <http://www.concourt.cz>.

soberanía de la República. Esto le llevó a considerar inconstitucional la regulación del mercado del azúcar¹⁰⁹⁵

Esta doctrina se ve confirmada en Sentencia de 3 de mayo de 2006, en relación a la Orden de arresto europea, en la que razona que la Corte Constitucional intervendrá cuando la Unión no actúe de conformidad con los principios de un Estado democrático de Derecho, de tal manera que la Unión tiene poderes limitados.¹⁰⁹⁶

Así, entiende que está legitimado y tiene competencia para controlar las acciones de la Unión en relación no sólo de los derechos fundamentales, sino también respecto de todos los principios constitucionales relativos a la democracia y el Estado de Derecho.¹⁰⁹⁷

No obstante, rechazó las dudas de constitucionalidad sobre las disposiciones adoptadas en el Código criminal para trasponer la Decisión Marco sobre la Orden de arresto europea, puesto que no eran incompatibles con el art. 14 de la Constitución.¹⁰⁹⁸

Las últimas sentencias relevantes son las que se dictan con ocasión de la ratificación del Tratado de Lisboa. Se trata en concreto de dos sentencias, de 26 de noviembre de 2008;¹⁰⁹⁹ y de 3 de noviembre de 2009.¹¹⁰⁰

En ambas declara la constitucionalidad del Tratado. Pero son interesantes en cuanto que desarrollan la doctrina de los contralímites en la República Checa.

En la primera de ellas, expone de forma muy clara los límites constitucionales a la integración, entendiendo que el principio que guiaba los límites de las competencias que podían ser transferidas a la Unión, y que la Unión podía ejercer era “undoubtedly the

¹⁰⁹⁵ 2006/03/08-Pl. ÚS 50/04, Sugar Quota Regulation III, accesible en inglés, en www.concourt.cz/view/pl-50-04.

Y sin embargo, la decisión concluyó que la ley aprobada por el Parlamento no debía haberse aprobado porque ya estaba vigente una regulación comunitaria directamente aplicable.

Vid. HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, op. cit., p. 19.

¹⁰⁹⁶ 2006/05/03-Pl. ÚS 66/04, European Arrest Warrant. Accesible en inglés en www.concourt.cz/view/pl-66-04.

¹⁰⁹⁷ CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law: Text and Materials*, op. cit., pp. 222 y 223.

¹⁰⁹⁸ Dicho art. 14 de la Constitución establecía que “no Czech citizen shall be removed from his/her homeland”. POLLICINO ha señalado que era la cuarta Corte europea que controlaba la constitucionalidad de la ley nacional de trasposición de la Decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega Vid. POLLICINO, O., “European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems”, *German Law Journal*, v. 9, nº 10, 2008, p. 1315.

¹⁰⁹⁹ 2008/11/26-Pl. ÚS 19/08, Treaty of Lisbon, accesible en inglés en www.concourt.cz/view/pl-19-08.

¹¹⁰⁰ 2009/11/03-Pl. ÚS 29/09, Treaty of Lisbon II, accesible en www.concourt.cz/view/pl-29-09.

Para un análisis de la misma, vid. KOMAREK, J., “The Czech Constitutional Court’s Second Decision on the Lisbon Treaty of 3 November 2009”, *European Constitutional Law Review*, v. 5, nº 3, 2009, pp. 345-352.

principle of inherent, inalienable, non prescriptible, and non-repealable fundamental rights and freedoms of individuals, equal in dignity and rights; a system based on the principles of democracy, the sovereignty of the people, and separation of powers, respecting the cited material concept of a law-based state, is built to protect them.”¹¹⁰¹

En este sentido, entiende que la Constitución indica la necesidad de limitar de forma clara la transferencia de competencias, así como la posible revisión de las mismas.¹¹⁰² Así, desarrolla la doctrina de los contralímites fundamentándola en el principio del gobierno limitado (“limited government”), por el cual la Unión Europea actúa en áreas específicas dentro de un contorno delimitado de competencias cedidas. Esto se evidencia en el Tratado de Lisboa donde hay un catálogo de competencias de la Unión, como el art. 2 TFEU enumerando las competencias y el grado de intervención de la Unión en dichas materias; o los arts. 3 a 7. La idea es evitar una ampliación de competencias de la Unión.¹¹⁰³

Pero además, habría que tener en cuenta los derechos fundamentales y los principios constitucionales de democracia, soberanía popular, y separación de poderes que en todo caso deberían ser respetados.¹¹⁰⁴

La Corte Checa es el único Tribunal constitucional europeo que hasta ahora se ha pronunciado hasta en dos ocasiones en relación al Tratado de Lisboa. Esta segunda sentencia estaba motivada por una petición de un grupo de senadores que pretendían una revisión constitucional de los Tratados de Roma, Maastricht y Lisboa.

La Corte Constitucional entendió que la revisión de los Tratados de Roma y Maastricht era inadmisibles, pero sí se volvió a pronunciar sobre el Tratado de Lisboa, confirmando su anterior sentencia.¹¹⁰⁵

En resumen, se puede aseverar que la Corte Constitucional checa ha encontrado su propio camino para aceptar de forma condicionada el principio de primacía del Derecho de la Unión, y desarrollar la doctrina de los contralímites a través del principio

¹¹⁰¹ Apartado 93 de la Sentencia.

¹¹⁰² Así, “the Constitution also indicate the need for clearer delimitation (and thus also definiteness and recognizability) of the transferred powers, together with sufficient review, which the Czech Republic, as a sovereign state, can exercise over the transfer of powers”. Apartado 135 de la Sentencia.

¹¹⁰³ Vid. WEATHERILL, S., “Competence Creep and Competence Control”, *Yearbook of European Law*, v. 23, 2005, pp. 1-56; CRAIG, P., “Competence: Clarity. Conferral, Containment and Consideration”, *European Law Review*, n° 29, 2005, p. 323.

¹¹⁰⁴ Apartado 93 de la Sentencia.

¹¹⁰⁵ Es curioso que este procedimiento de nueva revisión motivó que la República Checa fuera el último Estado miembro en ratificar el Tratado de Lisboa al tener que esperar al segundo pronunciamiento de su Tribunal constitucional.

de gobierno limitado y la necesidad de respeto de los derechos fundamentales y los principios constitucionales de un Estado de Derecho.

Considerar a partir de aquí la posibilidad de que como consecuencia de un conflicto entre libertades económicas y derechos fundamentales resuelto desfavorablemente para éstos, pueda intervenir la Corte Constitucional checa ejerciendo su papel de garantizar los derechos fundamentales no parece descabellado, aunque sí remoto.

II. CONCLUSIONES.

II. CONCLUSIONES.

La integración europea, tal y como hemos estudiado, ha perseguido principalmente la construcción de un mercado a través de la garantía de las cuatro libertades fundamentales (libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, libre circulación de trabajadores-personas, y libre circulación de capitales).

En cambio, la protección de los derechos fundamentales no fue un objetivo inicial en las Comunidades Europeas, y consecuentemente los Tratados constitutivos guardaron silencio sobre la misma. El Tribunal de Justicia, intérprete máximo del orden jurídico comunitario y después de la Unión Europea, ha asumido un rol protagonista en la tutela de los derechos fundamentales, dentro de un ordenamiento que ha caracterizado como autónomo, pero que se integra y aplica en los sistemas jurídicos nacionales, y que goza de eficacia jurídica y primacía sobre las normas de los mismos (*Van Gend en Loos*, C-26/62 y *Costa c. Enel*, C-6/64)

Para estudiar la posición del Tribunal de Justicia como garante de los derechos fundamentales en la Unión Europea, entendíamos que era necesario estudiar la resolución de los conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales. Éste ha sido el propósito y objeto de este trabajo de investigación.

La estructura de la tesis, en tres capítulos, ha pretendido abarcar el estudio de: 1) La protección de las libertades fundamentales del mercado y de los derechos fundamentales, tanto en los Tratados (con sus respectivas reformas) como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; así como la relación existente entre ambas categorías. 2) Delimitación, clasificación y estudio de los conflictos entre las libertades fundamentales del mercado y los derechos fundamentales, así como su resolución por parte del Tribunal de Justicia. 3) La protección de los derechos fundamentales y principios constitucionales en los Estados miembros como posibles reservas o límites a la primacía del Derecho de la Unión, en la medida en que pueda afectar a la resolución de los conflictos antes citados.

Tras el desarrollo de la investigación hemos llegado a una serie de conclusiones que se pueden organizar en los siguientes puntos:

PRIMERO. La protección de las cuatro libertades fundamentales del mercado se ha garantizado en los Tratados con la posibilidad de ciertas restricciones que se basarían en intereses expresamente previstos. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha

desarrollado toda una doctrina permitiendo que las restricciones se sustenten incluso en intereses legítimos no contemplados de forma expresa en los Tratados, a través de la doctrina de los *mandatory requirements* o exigencias imperativas (*Cassis de Dijon*, C-120/78). Doctrina que, nacida en el ámbito de la libre circulación de mercancías, ha extendido su ámbito de aplicación a las otras libertades del mercado: a la libre prestación de servicios (*Manfred Säger*, C-76/90); a la libre circulación de trabajadores (*Bosman*, C-415/93); y a la libre circulación de capitales (*Comisión c. Bélgica*, C-503/99).

En este sentido el Tribunal de Justicia ha considerado justificadas, entre otras, restricciones amparadas en la protección de la salud, la protección de los consumidores, el medio ambiente, la cultura, la pluralidad de medios, los objetivos sociales, la lucha contra la inflación, el patrimonio artístico, histórico o cultural, etc.

Consideramos que esta tutela de las libertades fundamentales del mercado, llevada a cabo por el Tribunal de Justicia, ha sido esencial en el proceso de integración económica europea, pues de otra forma no hubiera sido posible el desarrollo del mercado que la sustentado y sostiene.

SEGUNDO. Los derechos fundamentales carecían, en un principio, de una protección expresa en los Tratados, y el Tribunal de Justicia terminó asumiendo su tutela como principios generales del Derecho comunitario, utilizando como fuentes de inspiración para los mismos las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por los Estados miembros, en particular el CEDH (*Stauder*, C-29/69; *Interantionale Handelsgesellschaft*, C-11/70; *Nold*, C-4/73; *Hauer*, C-44/79, etc.).

La exigencia del respeto de los derechos fundamentales se ha predicado no sólo de las instituciones comunitarias (*Defrenne*, C-149/79), sino también a los Estados miembros cuando aplican el Derecho comunitario (sentencia *Wachauf*, C-5/84), lo derogan (*ERT*, C-260/89), o lo exceptúan de forma justificada (*Familiapress*, C-368/05); quedando fuera de su control solamente la actividad estatal que escape al ámbito del Derecho comunitario (*Cinéthèque*, C-60 y 61/84).

Ahora bien, la tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia, tal y como hemos expuesto en el capítulo 1, está sujeta a dos circunstancias condicionantes: que se trate de situaciones dentro del ámbito del Derecho de la Unión, y que el Tribunal ostente competencia conforme a los Tratados.

a) El ámbito del Derecho de la Unión, hay que precisar, no se circunscribe de forma exclusiva a las materias propias de la competencia de la Unión, puesto que conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una materia sea competencia exclusiva de los Estados miembros no comporta de forma automática su exclusión *ratione materiae* del Derecho de la Unión. Así, los Estados miembros están obligados a respetar el Derecho de la Unión, y por consiguiente sujetos al control de la jurisdicción del Tribunal de Justicia, cuando existe un elemento de conexión o vinculación con el Derecho UE. Esto ha permitido que el Tribunal de Justicia controle normas tributarias (*Schempp*, C-403/03, *Comisión c. Bélgica*, 522-04, y *Schwarz*, C-76/05); la inscripción y modificación del nombre en el Registro Civil, *Kostantinidis*, C-168/91, *García Avello*, C-148/02, *Grunkin-Paul*, 353/08, y *Sayn Wittgestein*, C-208/09); y la revocación de la nacionalidad por parte de un Estado miembro (*Janco Rottman*.c-135/08)

Entendemos que cabe apreciar como el Tribunal de Justicia extiende su jurisdicción, y por tanto también la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en el orden jurídico UE a ámbitos cada vez mayores, incluso respecto a materias que *a priori* son competencia de los Estados miembros. Los legisladores nacionales deberían quizá asumir que es necesario y conveniente contemplar estos elementos o criterios de conexión con el Derecho UE a la hora de regular también las materias de su exclusiva competencia nacional.

b) Respecto a la competencia del Tribunal de Justicia, sería necesario posibilitar un control y una tutela efectivas de los derechos fundamentales en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, y en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, todo y que el Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de constatar sus reducidas o nulas competencias en dichos ámbitos (*Pupino* C-105/03; *Gestoras Pro Amnistía e.a. c. Consejo*, C-354/04 P, y *Segi e.a. c. Consejo*, C-355/04, respectivamente). Y tras el Tratado de Lisboa, si bien se produce una extensión de la jurisdicción del Tribunal en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, ésta es reducida y está sujeta a límites; mientras que con carácter general no se produce una extensión de la jurisdicción del Tribunal en el ámbito de la política exterior y de seguridad común.

Si no se amplía dicha competencia del Tribunal de Justicia, para posibilitar una tutela efectiva de los derechos fundamentales, la misma seguirá sufriendo cierto déficit.

TERCERO. La tutela de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia se enfrenta actualmente a diversos retos. El conflicto entre libertades del mercado y derechos fundamentales es uno de ellos, pero no el único. También es importante la tutela de los derechos fundamentales en relación a las obligaciones internacionales y el Derecho internacional, donde el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de controlar el desarrollo en el ámbito el Derecho de la Unión de Resoluciones del Consejo de Seguridad en materia de lucha contra el terrorismo (*Kadi y Barakaat*, C-402/05 y C-415/05). Esta doctrina, ya ha sido asumida por el Tribunal General (*Kadi c. Comisión Europea*, T-85/09)

La conocida como doctrina “Kadi” supone, a nuestro entender, una extensión de la tutela de los derechos fundamentales incluso respecto al desarrollo de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; de tal forma que los derechos fundamentales prevalecen incluso frente a las obligaciones internacionales, y por tanto suponen o constituyen límites a la primacía del Derecho internacional.

CUARTO. Sin duda, donde se puede apreciar, de una manera más particular, la posición del Tribunal de Justicia como garante de los derechos fundamentales es en la resolución de los conflictos entre libertades del mercado y derechos fundamentales.

Ciertamente, la relación entre libertades del mercado y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha sido siempre de conflicto, sino que en diversas sentencias el Tribunal de Justicia ha vinculado libertades del mercado y derechos fundamentales a través de una relación positiva o de apoyo, exigiendo el respeto de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario cuando se pretende limitar las libertades fundamentales del mercado (*ERT*, C-260/89; *Carpenter*, C-60/00; *Karner*, C-60/00).

Esta vinculación positiva podría entenderse como una clara manifestación del valor fundamental que el Tribunal de Justicia atribuye a ambas categorías, y constituiría un paso previo necesario para una ponderación equilibrada y ajustada entre ambos tipos de valores en los supuestos en que entren en conflicto.

QUINTO. Los casos de conflicto entre libertades de mercado y derechos fundamentales se pueden agrupar en conflictos indirectos e indirectos, y en relación al tipo de derecho que entra en conflicto con la libertad económica.

Las sentencias *Schmidberger*, C-112/00, *Omega*, C-36/02, y *Sayn Wittgestein*, antes citada, resuelven conflictos entre libertades del mercado y derechos o principios constitucionales; en las que se puede apreciar una sensibilidad especial por parte del Tribunal de Justicia respecto de los derechos fundamentales y principios constitucionales que nos llevó a titular el epígrafe dedicado a las mismas como “el énfasis constitucional”. En dichas sentencias el Tribunal de Justicia realiza una ponderación que, de forma clara, se inclina a favor de la tutela de los derechos fundamentales y principios constitucionales frente a las libertades fundamentales del mercado.

Ciertamente, tal y como estudiamos en el trabajo, existen algunas diferencias destacables: 1) En *Schmidberger* se resuelve un conflicto de la libre circulación de mercancías frente al derecho fundamental a la libertad de reunión y manifestación; en *Omega* es la libre prestación de servicios la que se enfrenta al derecho fundamental a la dignidad humana que goza de una especial configuración en la Constitución alemana; en *Sayn Wittgestein* el conflicto se produce entre la libre circulación de personas, y el derecho a la vida privada y familiar por una lado, frente al principio constitucional de la igualdad vinculado a la identidad constitucional republicana, en el otro lado; 2) En la sentencia *Schmidberger*, el derecho fundamental parece estar considerado como un *mandatory requirement*, mientras que en *Omega*, y *Sayn Wittgestein* la tutela del derecho fundamental a la dignidad humana, y del principio constitucional de igualdad que permiten limitar las libertades del mercado se justifican como una excepción de orden público prevista en el Tratado.

En los tres casos hay una ponderación basada en el principio de proporcionalidad entre libertades de mercado y derechos fundamentales y principios constitucionales, como categorías o valores fundamentales en el Derecho de la Unión.

Ahora bien, la pequeña diferencia de tratamiento se circunscribe a la posibilidad de aceptar la restricción basada en un derecho fundamental como si éste constituyera un *mandatory requirement* (*Schmidberger*); o en aceptar dicha restricción como una excepción de orden público (*Omega*, *Sayn Wittgestein*), y esto podría tener dos explicaciones: a) que cuando intervengan derechos fundamentales fruto de tradiciones constitucionales comunes, el Tribunal utilizaría la doctrina de los *mandatory requirements*; mientras que si el derecho fundamental o el principio constitucional responde a la Constitución o identidad constitucional del Estado miembro en cuestión, pero no a las tradiciones comunes, aceptaría la excepción de orden público; b) que la

ponderación y resolución del conflicto por parte del Tribunal responda al criterio que utilice el Estado miembro para justificar una restricción sobre la libertad de mercado, bien sea el de una exigencia imperativa o *mandatory requirement*, o el de una de excepción de orden público.

Ambas explicaciones podrían sustentarse a la luz de la jurisprudencia estudiada, aunque nos inclinamos por la segunda por las razones expuestas al analizar la sentencias indicadas, esto es, que la argumentación del Tribunal, tal y como hemos analizado, queda condicionada en gran medida por las alegaciones que se han hecho. En cualquier caso, habría que esperar a futuras sentencias que resuelvan conflictos entre libertades del mercado y derechos fundamentales para poder estudiar mejor la cuestión.

No obstante, debemos referirnos de forma especial a la sentencia *Sayn Wittgestein*, todo y que es un caso especial. En la misma se resuelve un conflicto entre una libertad de mercado (la libre circulación de personas) y el derecho fundamental a la vida privada y familiar frente al principio constitucional de igualdad efectiva entre ciudadanos vinculado a la identidad constitucional de la República de Austria. Por tanto, no estamos ante un mero conflicto entre libertad de mercado y derecho fundamental. Entendemos que el Tribunal de Justicia muestra sensibilidad por el principio constitucional mencionado, pero quizá le falta dicha sensibilidad a la hora de apreciar el derecho a la vida privada y familiar y considerar en qué medida se podía afectar a la identidad personal de la interesada.

SEXTO. Los derechos sociales constituyen también derechos fundamentales que entran en colisión con las libertades fundamentales del mercado, y estos casos de conflicto son resueltos de forma menos favorable hacia los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia.

En *Viking*, C-438/05, y *Laval*, C-341/05, el Tribunal de Justicia resuelve sendos conflictos entre la libre prestación de servicios y acciones colectivas de los trabajadores, reconociendo el Tribunal de Justicia que la acción colectiva es un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario. Además aplica la proporcionalidad. No obstante, mientras que en *Schmidberger* y *Omega* termina el test de proporcionalidad y resuelve el conflicto a favor de los derechos fundamentales, en *Viking*, en cambio no lo termina, y deja la decisión al juez nacional. Posteriormente, en *Laval*, vuelve a cambiar de criterio, y no deja la decisión al

juez nacional al considerar de una forma clara que la medida enjuiciada, restrictiva de la libre prestación de servicios, era contraria al Tratado.

El hecho de que en *Viking* deje la decisión al juez nacional, no significa que los derechos sociales tengan un valor menor que el derecho de reunión o la dignidad humana. De todas formas, no se puede pensar que la resolución del conflicto planteado en *Viking* no sea clara puesto que el Tribunal de Justicia indica de forma nítida que las acciones colectivas ejercidas no eran proporcionadas. Aunque la jurisprudencia de la Corte ha evolucionado pues vemos que en *Laval* ya no deja la decisión al juez nacional.

Del trabajo de investigación llevado a cabo, la conclusión extraíble es que sería más preferible y respetuoso con los derechos fundamentales dejar la decisión al juez nacional considerando que pueda existir un nivel de protección más alto a nivel estatal, y por tanto que el juez nacional pudiera decantarse en última instancia por aceptar una restricción a una libertad económica para garantizar un derecho fundamental. En otras palabras, el Tribunal de Justicia debería tender bien a aceptar la restricción de la libertad económica (*Schmidberger, Omega*) o bien a dejar la decisión al juez nacional (*Viking*), pero la solución de la sentencia *Laval*, entendemos, no debería extenderse.

En las sentencias *Rüffert, C-346/06*, *Comisión c. Luxemburgo, C-319/06*, y *Santos Palhota, C-515/08*, tal y como argumentamos en el desarrollo del trabajo, el Tribunal de Justicia no resuelve, en sentido estricto, conflictos, sino casos en los que se imponen restricciones a la libre prestación de servicios para tutelar a los trabajadores. En *Rüffert* y *Comisión c. Luxemburgo*, el Tribunal de Justicia considera que tales restricciones no están justificadas, mientras que en *Santos Palhota* considera algunas medidas restrictivas de las libertades económicas como justificadas en aras de la protección de los trabajadores, como obligar a tener a disposición de las autoridades nacionales una copia de documentos equivalentes a los documentos sociales o de trabajo nacionales, y el envío de estos documentos a la autoridad nacional.

Con la sentencia *Comisión c. Alemania, C-271/08*, sí que estamos ante un nuevo conflicto entre libertades fundamentales y derechos fundamentales, en este caso entre la libre prestación de servicios y el derecho a la negociación colectiva. Las condiciones que se imponen aquí y que suponen una restricción a la libre prestación de servicios, se incorporan en un acuerdo colectivo. Aquí el Tribunal de Justicia resuelve el conflicto con una ponderación que le lleva a condenar a Alemania al considerar no justificada la restricción establecida.

Se puede concluir que en la ponderación entre derechos sociales y libertades del mercado, si bien los primeros son reconocidos como derechos fundamentales a tutelar en cuanto principios generales, quedan subordinados de forma sustancial a las libertades del mercado, al menos en los casos que se han planteado hasta el momento. No obstante, en *Santos Palhota* sí se observa que el Tribunal acepta ciertas restricciones en aras de la protección de los trabajadores, y cabría esperar un desarrollo de dicha jurisprudencia.

SÉPTIMO. Tras sucesivas reformas de los Tratados que han introducido de forma progresiva la protección de los derechos fundamentales, y dados los límites derivados del mantenimiento de una tutela jurisprudencial, se consideró necesaria la positivización de los derechos fundamentales para mejorar el sistema de protección de los mismos. A estos efectos se elaboró una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue aprobada en Niza en el año 2000. Tras el fracaso del proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa y que había incluido dentro del texto el articulado de la misma; el Tratado de Lisboa ha atribuido valor jurídico de Tratado a la Carta de los Derechos Fundamentales, tal y como fue adoptada en Estrasburgo en 2007 (art. 6.1 TUE).

Además, como hemos expuesto en el capítulo 1, la configuración de la protección de los derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa se basaría en tres ejes o vías establecidas en el art. 6 TUE, y muy especialmente dos de ellas: el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE); y la afirmación de que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE). Estos dos ejes se verían complementados con un tercero, el mandato de adhesión al CEDH (art. 6.2 TUE).

a) el reconocimiento de los derechos, libertades y principios de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6.1 TUE).

Cabe deducir que la Carta, y los derechos, libertades y principios que la misma contiene, goza de valor jurídico de Tratado (art. 6.1 TUE). Por otro lado, atendiendo a la Carta de los Derechos Fundamentales, y tal y como hemos estudiado, el art. 52.3y 4 vincula la protección de los derechos contenidos en la Carta con el CEDH y con las

tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, que son las fuentes de los derechos fundamentales que han sido reconocidos por parte del Tribunal de Justicia como principios generales de Derecho de la Unión. El objetivo de estos dos apartados del art. 52 es excluir cualquier tipo de conflicto entre estándares de protección de los derechos fundamentales, introduciendo un criterio de armonización de los derechos, principios y libertades contenidos en la Carta en relación con el CEDH y las tradiciones constitucionales comunes.

Además, interpretando estos dos preceptos en relación con el art. 53 de la Carta, al disponer que “ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación (...)”, entendemos que no sólo establece una limitación al ámbito de aplicabilidad de la Carta, impidiendo por tanto una reducción en el nivel de protección de los derechos fundamentales o estableciendo un “bed of rights” (estándar mínimo de protección); sino que además está introduciendo un criterio a favor del máximo estándar o nivel de protección, ya sea el sistema de la Unión, el del CEDH, o el de la tradición constitucional nacional el que prevé un nivel superior de protección.

b) la afirmación de que los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3 TUE).

Esta afirmación supone que los derechos fundamentales garantizados en el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros serán tutelados como principios generales del Derecho de la Unión, manteniendo de esta forma, como hemos expuesto en el capítulo 1, el sistema de tutela jurisprudencial basado en los principios generales, y posibilitando que conforme al mismo, el Tribunal de Justicia tutele derechos no contemplados en la Carta; así como que lo aplique respecto a Polonia, Reino Unido y República Checa, en el ámbito del Derecho de la Unión, todo y que estos Estados han limitado a través de un “opt-out” la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y Reino Unido*, y *Protocolo sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la República Checa*).

Esto es relevante, pues posibilitaría quizá la existencia de un doble sistema de tutela de los derechos fundamentales, el tradicional de los derechos fundamentales reconocidos como principios generales por parte del Tribunal de Justicia; y un segundo sistema basado en la utilización de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como fuente de derechos.

c) el mandato de adhesión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.2 TUE).

La futurible adhesión al CEDH permitiría una mejor garantía de la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea, al posibilitar que el TEDH controle que el Derecho de la Unión respeta los derechos humanos proclamados en el Convenio y desarrollados en su jurisprudencia. De esta manera, el CEDH ya no constituiría formalmente un mínimo estándar de protección (art. 52.3 de la Carta) sino que lo sería de forma totalmente efectiva al no depender en exclusiva del Tribunal de Justicia.

OCTAVO. Si bien el Tribunal de Justicia definió pronto la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional sobre los principios de efecto directo y primacía; desde el punto de vista de algunos Estados miembros, esta relación debe estar gobernada por el principio de supremacía constitucional, y con esta finalidad algunos tribunales constitucionales han afirmado la existencia de reservas constitucionales, cláusulas de intangibilidad o “contralímites”.

Dada la importancia que esta doctrina podría tener de cara a la resolución de los conflictos entre libertades del mercado y derechos fundamentales hemos dedicado el capítulo tercero a la misma. No todos los Estados miembros tienen tribunales constitucionales o supremos que ejerzan una función constitucional, y no todos los tribunales que la ejercen han afirmado estas reservas o contralímites.

Reconociendo la dificultad de un análisis tan amplio y de nuestras propias limitaciones, hemos tratado de clasificar los Estados miembros en relación con la existencia o no de dicha doctrina. Y hemos encontrado que habrían tres líneas principales en la aceptación de la primacía del Derecho de la Unión en relación con los derechos fundamentales y principios constitucionales:

a) la primera línea es aquella que acepta la primacía del Derecho de la Unión de forma incondicional (Países Bajos, Luxemburgo, Austria y Suecia)

b) la segunda es aquella que acepta la primacía del Derecho de la Unión, pero la limita con reservas constitucionales o contralímites. Esta línea se inició por parte de la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Constitucional alemán, pero también se puede apreciar en la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales o supremos, con sus peculiaridades en cada uno de los casos (Francia, Bélgica, Dinamarca, Reino Unido, Irlanda, España, Polonia, Chipre, y la República Checa).

3) la tercera línea es aquella que acepta la primacía pero no lo hace de una forma claramente incondicional; y sin embargo tampoco podemos afirmar que se haya desarrollado la doctrina de las reservas constitucionales o contralímites hasta el momento (Portugal, Finlandia, Grecia, Malta, Estonia, Eslovenia, Hungría, Bulgaria, y Rumanía).

Hemos estudiado los casos que hemos incluido en la segunda línea, en tanto que nos interesaba la protección de los derechos fundamentales y principios constitucionales como posibles reservas o contralímites que condicionaran la primacía del Derecho UE en dichos Estados miembros; para de esta manera tratar de estudiar la repercusión que esta doctrina constitucional pudiera tener en la resolución de los conflictos entre derechos fundamentales y libertades económicas.

La conclusión que podemos extraer es que los contralímites o las reservas constitucionales consisten en la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en las respectivas constitucionales nacionales, la identidad nacional y la organización territorial. En particular, la tutela de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales como contralímites es importante porque puede influir en la resolución de los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales.

De los casos estudiados, hemos visto como en sendas reformas constitucionales se ha puesto coto a la doctrina de los contralímites en Irlanda y Chipre, pero habrá que estudiar cómo se interpretan dichas reformas. Por otro lado, no es descartable que en un futuro próximo nuevos tribunales constitucionales o supremos en otros Estados miembros asuman con sus propias peculiaridades la doctrina de los contralímites.

Por ello parece razonable entender que el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta esta doctrina para respetar el nivel o estándar más alto de protección de los derechos fundamentales en la resolución que haga de los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la forma que hemos anticipado anteriormente, esto es, optar por garantizar el mayor nivel de protección a los derechos fundamentales

en la resolución del conflicto; o bien dejar la decisión al juez nacional para que pueda velar por el nivel de protección máximo si éste es el correspondiente al nivel nacional.

NOVENO. La doctrina de los “contralímites”, en particular la tutela de los derechos fundamentales y principios constitucionales como límites a la primacía del Derecho de la Unión Europea, puede influir en la resolución de los conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales, todo y que un hipotético supuesto en el que un derecho o principio constitucional de un Estado miembro fuera restringido a favor de una libertad del mercado, en el caso de que el Tribunal de Justicia no optara por la solución más favorable a los derechos fundamentales o principios constitucionales, los Tribunales constitucionales o supremos que han desarrollado dicha doctrina podrían ejercerla para tener la última palabra sobre dicho conflicto.

Por ello, entendemos, el Tribunal de Justicia debe tener presente dicha doctrina de los contralímites a la hora de resolver los eventuales conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales y seguir el criterio del máximo nivel de protección.

DÉCIMO. Ciertamente, en el fondo de la cuestión puede estar el llamado diálogo entre Cortes, que puede ser beneficio para mejorar la tutela de los derechos fundamentales en un ordenamiento, como el de la Unión, que es autónomo, pero se integra y aplica en el Derecho nacional. No obstante, dicho “diálogo”, requiere no sólo un mutuo respeto entre Tribunales, sino también unas normas de resolución de eventuales conflictos.

Para resolver un eventual conflicto entre cortes, la doctrina, tal y como hemos expuesto en el capítulo 3, ha planteado diversas soluciones posibles: 1) atribuir la máxima autoridad al Tribunal de Justicia con la inclusión de una cláusula en este sentido en un tratado de reforma; 2) una propuesta de diálogo entre Cortes vinculada a lo que se ha llamado el “pluralismo constitucional”, que se basaría en la cooperación y respeto recíproco entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales constitucionales nacionales; 3) el estándar máximo de protección.

La primera opción no parece razonable todo y que no se puede dejar en las exclusivas manos del Tribunal de Justicia la garantía última de los derechos fundamentales en un Derecho, el de la Unión, que se integra y aplica en el Derecho nacional. La garantía última puede recaer en el TEDH, una vez se produzca la adhesión.

Pero hasta entonces, entendemos, debe estar en los Tribunales constitucionales, que deben tener la última palabra para garantizar el nivel de protección de los derechos fundamentales reconocidos en sus respectivos textos constitucionales.

La propuesta del diálogo entre Cortes y del “pluralismo constitucional” no deja de ser interesante, pero obvia el problema final que es la necesidad de un criterio que pueda solucionar los problemas de conflicto que se puedan plantear entre diferentes estándares de protección. La conclusión que se extrae de esta investigación es que, respecto a los conflictos entre libertades fundamentales de mercado y derechos fundamentales, la mejor solución es la de optar por el estándar o nivel máximo de protección que debería imperar. Quizá el único problema planteable respecto a esta solución es el caso de eventuales conflictos, no entre libertades económicas y derechos fundamentales exclusivamente, sino entre derechos fundamentales, o entre libertades económicas y derechos fundamentales por un lado frente a otros derechos fundamentales.

Un caso así se plantea en *Sayn Wittgestein*. En un conflicto entre derechos fundamentales, ¿qué derecho fundamental debería imponerse? La solución del Tribunal ha sido la de dejar la decisión al juez nacional, pero con una argumentación de la que se deduce una preferencia por el principio constitucional de igualdad efectiva de los ciudadanos vinculada a la identidad Republicana de Austria frente a la libre circulación de personas, unida a los derechos a la vida privada y familiar. Quizá no sea tan mala solución a nivel general, pero se echa en falta una mayor valoración de estos derechos a la vida privada y familiar, y la consideración de la identidad personal frente a una pretendida identidad nacional, sobre todo atendiendo a las peculiaridades del caso concreto.

UNDÉCIMO. Es importante, en cualquier caso, subrayar que en los conflictos entre las libertades económicas y los derechos fundamentales hay una ponderación efectiva que realiza el Tribunal de Justicia, y en la medida en que realiza dicha ponderación, el Tribunal de Justicia es el garante de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea.

Ahora bien, en la medida en que es obligación del Tribunal de Justicia respetar las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, así como el CEDH, no podría constituir el único garante de los derechos fundamentales, y debería considerar la

interpretación que de los mismos realizan los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados miembros, así como la jurisprudencia del TEDH.

DUODÉCIMO. En resumen, tras la realización de este trabajo de investigación, entendemos que el Tribunal de Justicia es el garante, si bien no exclusivo, de los derechos fundamentales en la Unión Europea, que se muestra de una forma especial en la resolución de los conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales.

No obstante, no existe una doctrina general por parte del Tribunal de Justicia para resolver dichos conflictos, sino que realiza una ponderación entre ambas categorías como valores fundamentales y sin apariencia de relación jerárquica, a través del principio de proporcionalidad. Además, este principio o no siempre se aplica del mismo modo, y en concreto cuando han intervenido los derechos sociales, éstos han salido perjudicados en la ponderación frente a las libertades del mercado.

Entendemos que el Tribunal de Justicia deberá atender en la resolución de los conflictos a la nueva configuración de la protección de los derechos fundamentales establecida por la reforma del Tratado de Lisboa (art. 6.1 TUE y arts. 52.3,4 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales) introduciendo un criterio a favor del mayor nivel de protección de los derechos fundamentales; así como también la doctrina de los “contralímites” de algunos Tribunales constitucionales y supremos. Por ello, el Tribunal de Justicia, a la hora de resolver los futuros conflictos entre libertades de mercado y derechos fundamentales, debería optar en la ponderación por el mayor nivel de protección de los derechos, sí aún así entiende que no se justifica la restricción de la libertad del mercado, debería dejar un amplio margen al juez nacional por si en el nivel estatal existe un nivel de protección superior. Cuando en los conflictos intervienen junto a libertades de mercado algunos derechos fundamentales frente a otros derechos fundamentales (*Sayn Wittgestein*), la cuestión se complica, y el Tribunal de Justicia deberá incrementar su sensibilidad respecto a los derechos fundamentales, centrándose en las peculiaridades y circunstancias del caso concreto.

Finalmente, el mandato jurídico de adhesión al CEDH (art. 6.3 TUE) abre la perspectiva de un nuevo escenario en la posición del Tribunal de Justicia como garante de los derechos fundamentales, y en particular, en la resolución de los conflictos entre libertades del mercado y derechos fundamentales, todo y que una vez se produzca la adhesión, el respeto de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión se

vinculará mucho más efectiva a un mínimo estándar constituido por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH (art. 52.3 de la Carta).

III. BIBLIOGRAFÍA.

-Libros

- ALBI, A., *EU enlargement and the constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- ALDECOA LUZARRAGA, F., *La integración europea. Análisis histórico-institucional con textos y documentos [II Génesis y desarrollo de la Unión Europea (1979-2002)]*, Tecnos, Madrid, 2002.
- _____, y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- ALLISON, J.W.F., *The English Historical Constitution: Continuity, Change, and European Effects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- ALONSO GARCÍA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994
- _____, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, CEPC, Madrid, 2001.
- _____, y SARMIENTO, D., *La Carta de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2006.
- _____, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 1ª edición, Civitas, Madrid, 2007.
- _____, *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2010.
- ALTER, K.J., *Establishing the Supremacy of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- ANTHONY, G., *UK public law & European law, The Dynamics of Legal Integration*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002.
- AÑÓN, M. J., y GARCÍA AÑÓN, J. (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M., *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado*, Civitas, Madrid, 2002.

- BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- _____, *Between Competition and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2002.
- BARNARD, C., *The substantive law of the EU, The four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- _____, y SCOTT, J. (eds.), *The Law of the Single European Market*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002.
- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
- BOGDANOR, V., *The new british constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.
- BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública-IVAP, Oñati, 2005.
- CALVANO, R., *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Cedam, Padova, 2004.
- CANO MONTEJANO, J.C., *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- CAPELLETI, M., SECCOMBE, M., y WEILER, J. (eds.), *Integration though law. Europe and the American Federal Experience*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1985.
- CARABELLI, U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci Editore, Bari, 2009.
- CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milán, 1995.
- _____, WEILER, J.H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bolonia, 2000.
- CASAS BAAMONDE, M. E., *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas, Madrid, 2001.
- CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union Law: Text and Materials*, 2ª edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

- CHEREDNYCHENKO, O. O., *Fundamental rights, Contract Law and Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2007.
- CHUECA SANCHO, A.G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1999.
- CLAES, M., *The national court's mandate in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- CRAIG, P. P., y BURCA, G. de. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- DAVIES, G., *European Union Internal market Law*, Cavendish Publishing Oxford, 2002.
- DEDMAN, M. J., *The origins and Development of the European Union (1945-2008). A History of European Integration*, 2ª edición, Routledge, Abingdon, Oxon, 2010.
- DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009.
- DICEY, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10ª edición, Macmillan, Londres, 1959.
- DÍEZ PICAZO, L.M., *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002
- _____, *Sistema de derechos Fundamentales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2005.
- _____, *La naturaleza de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2009.
- DONY, M., y ROSSI, L.S. (eds.), *Démocratie, cohérence et transparence. Vers une constituionnalisation de l'Union Européenne?*, Editions de l'université de Bruxelles, Bruselas, 2008.
- FENWICK, H., PHILLIPSON, G., *Text, Cases & Materials on Public Law & Human Rights*, 4ª edición, Cavendish Publishing, Londres, 2003.
- FERNÁNDEZ NIETO, J., *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Dykinson, Madrid, 2008.

- _____, *La aplicación judicial europea del principio de proporcionalidad*, Dykinson, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- GARCÍA MANRIQUE, R., *Los derechos sociales como derechos subjetivos*, Dykinson, Madrid, 2010.
- GERKRATH, G., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, Université de Bruxelles, Bruselas, 1997.
- GILLINGHAM, J., *European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- GIUBBONI, S., *Social Rights and market freedom in the European Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *La Unión Europea en sus documentos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- _____, (coord.), *Los derechos en Europa*, Madrid, 2003.
- _____, *Derecho Constitucional Europeo. Derechos y Libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2008.
- GOLDWORTHY, J., *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001.
- GORMLEY, L. W., *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., *El sistema institucional de las Comunidades Europeas: de los tratados constitutivos y el Acta Única al proyecto de Tratado sobre la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 1988.
- HARTLEY, T.G., *European Union Law in a global context. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.
- HINOJOSA, L.M., *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva de europea*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- HOWE, M., *Safeguarding Sovereignty. A Bill for UK Constitutional Rights in the EU*, Politeia, Londres, 2009.

- ITZCOVITZ, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Turín, 2006.
- JACOBS, F.G., *The Sovereignty of Law: The European Way*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- KELLERMAN, A., ZWAAN, J. de, y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Press, The Hague, 2001.
- KELLERMAN, A., CZUCZAI, J., y otros (eds.), *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of the New Member States and (Pre-)Candidate Countries*, Asser Press, The Hague, 2006.
- KENT, P., *Law of the European Union*, Pearson, London, 2001.
- KONSTADINIDES, T., *Competence between the EU and the Member States*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- LINDFELT, M., *Fundamental Rights in the European Union – Towards Higher Law of the Land? A Study of the Status of Fundamental Rights in a Broader Constitutional Setting*, Åbo Akademi University, Åbo, 2007.
- LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- MANGAS MARTÍN, A., (ed.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- _____, y LIÑAN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 1ª edición, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- _____, y LIÑAN NOGUERAS, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional -AEPDRI – celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007)*, Iustel, Madrid, 2008.
- MARTINEZ FONTS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, La ley, Madrid, 2006.

- MCWHINEY, E., y PESCATORE, P. (eds.), *Federalism and Supreme Courts and the integration of legal systems*, UGA, Heule-Bruxelles, 1973.
- OLIVER, P., *Free movements of goods in the European Community*, Sweet & Maxwell, Londres, 1996.
- OPPENHEIMER, A., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, v. 2, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- PANUNZIO S.P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Nápoles, 2005.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, 2ª Edición, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.
- PÉREZ TREMP, P., *Constitución Española y Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1994.
- PI LLORENS, M., *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel, Barcelona, 1999.
- PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.
- POIARES MADURO, M., *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford y Portland, Oregon, 1998.
- _____, y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010.
- RASMUSEN, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Martinus Nijhof Publishers, Dordrecht, 1986.
- ROBERTSON, A.H. y MERRILLS, B.C.L., *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, Manchester, 1993.
- RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., y LIÑAN NOGUERAS, D. J., *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, Madrid, 1993.

- SADURSKI, W, ZILLER, J, y ZUREK, K., (eds.), *Après Enlargement, Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe*, EUI RSCAS, Florencia, 2006.
- SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000.
- SANZ GÓMEZ, R. J., *Las cláusulas anti-abuso específicas tributarias frente a las libertades de circulación de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2010.
- SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomsom-Civitas, Madrid, 2004.
- SCHEPEL, H., *The Constitution of Private Governance: Product Standars in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Press, Oxford, 2005.
- SLAUGHTER, A.M., STONE SEET, A., y WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Hart Press, Oxford, 1997.
- STROZZI, G., *Diritto istituzionale dell'unione europea. Dal trattato di Roma al Trattato di Amsterdam*, Giappichelli Editore, Turín, 1998.
- TAJADURA, J. y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.
- TRUYOL SERRA, A., *La integración europea. Análisis histórico-documental con textos y documentos [I Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951-1979)]*, Tecnos, Madrid, 1999.
- VIDAL PRADO, C., *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid, 2004.
- WICKS, E., *The Evolution of a Constitution: Eight Key Moments in British Constitutional History*, Hart, Oxford, 2006.

-Artículos y capítulos en obras colectivas.

ACKERMANN, T., “Case C-36/02, “Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs – GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, with annotation”, *Common Market Law Review*, v. 42, nº 4, 2005, pp.1107-1120.

AGUILA-REAL, J.A., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia”, *Indret Revista para el análisis del Derecho*, 4/2004, www.indret.com.

ALBI, A., “À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur”, *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, nº 4, pp.709-751.

_____, “Supremacy of EC Law in the New Member Status. Bringing Parliaments into the Equation of ‘Co-operative Constitutionalism’”, *European Constitutional Law Review*, v. 3, nº 1, 2007, pp. 43-45.

_____, “Ironies in human rights protection in the EU: Pre-accession conditionality and post-accession conundrums”, *European Law Journal*, v. 15, nº 1, 2009, pp. 46-69.

ALONSO DE ANTONIO, A.L., “Aproximación al marco constitucional de los derechos fundamentales”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, 2001, pp. 35-69.

ALONSO GARCÍA, R., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 209, 2000, pp. 3-17.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (coord.), “Jurisprudencia española y comunitaria de derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, LXII, nº 1, 2010, pp. 145-195.

APARICIO PÉREZ, M.A., “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la democracia*, nº 6, 1989, pp. 9-18.

ARMSTRONG, K.A., “United Kingdom –Divided on Sovereignty?”, en WALKER, N. (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2003, pp. 327-350.

- ASHIAGBOR, D., “Labor Rights in the Era of Globalization”, *Law & Ethics of Human Rights*, v. 3, nº 2, 2009, 220-266, www.bepress.com/lehr.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “La constitución europea en el camino hacia el derecho constitucional europeo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 9, 2006, pp. 41-52.
- BALLESTERO, M.V., “Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero”, *Lavoro e Diritto*, v. XXII, 2008, pp. 371-392.
- BAÑO LEÓN, J.M., “El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2008, pp. 465-481.
- BAQUERO CRUZ, J., “¿Qué queda de la Carta?”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 15, 2008, www.iustel.com.
- BARNARD, C., “The UK and Posted Workers: The Effect of *Comisión v Luxembourg* on the Territorial Application of British Labour Law: Case C-319/06 *Commission v Luxembourg*, Judgment 19 June 2008”, *Industrial Law Journal*, v. 38, nº 1, 2009, pp. 122-132.
- BAYLOS, A., y VALDÉS DE LA VEGA, B., “El efecto de las nuevas tecnologías en las relaciones colectivas de trabajo”, en ALARCÓN CARACUEL, M.R., y ESTEBAN LECARRETA, R., (coords.), *Nuevas tecnologías de la información y comunicación y Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Alicante, 2004, pp. 152-159.
- BERNARD, N., “A ‘New Governance’ Approach to Economic, Social and Cultural Rights in the EU”, en HERVEY, T., y KENNER, J., (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Oxford Hart Publishing, Oxford, 2003, <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/Rights/bernard.pdf>.
- _____, “On the Art of Not Mixing One’s Drinks: *Dassonville* and *Cassis de Dijon* Revisited”, en POIARES MADURO, M., AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2010, pp. 456-464.

- BESSELINK, L., “Entrapped by the maximum standard: On fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union”, *Common Market Law Review*, v. 35, nº3, 1998, pp.629-680.
- BIGLINO CAMPOS, P., “La primacía del derecho comunitario: la perspectiva española”, *Revista General de Derecho Comunitario*, nº 3, 2007, www.iustel.com.
- BINGHAM OF CORNHILL, L., “The Rule of Law and the Sovereignty of Parliament”, *King's Law Journal*, v.19, nº 2, 2008, pp. 223-235.
- _____, “The House of Lords: its Future?”, *Public Law*, nº 2, 2010, pp.261-274.
- BIONDI, A., “Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights”, *European Human Rights Law Review*, v. 9, nº 1, 2004, pp. 51-61.
- BOGAERT, S. van den., “Bosman: The Genesis of European Sports Law”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2010, pp. 488-497.
- BOGDANDY, A. von., “The legal case for unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System”, *Common Market Law Review*, v. 36, nº 5, 1999, pp. 887-910.
- _____, “The European Union as an Human Rights Organization?”, *Common Market Law Review*, v. 37, nº6, 2000, pp. 1307-1338.
- BONACHELA MESAS, M., RUIZ TARRÍAS, S., “El reconocimiento del derecho de sufragio pasivo a los no nacionales: (a propósito de la Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992)” en VVAA., *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (I): XVI jornadas de estudio*, Ministerio de Justicia, v. 1, 1995, pp. 1089-1128.
- BONNECHÈRE, M., “La production des Courts européennes en droit social: éléments de réflexion”, *Le Droit Ouvrier*, nº 724, 2008, pp. 552-562.
- BORRAJO INIESTA, I., “Los Tribunales constitucionales ante el Derecho comunitario. Intervención de Ignacio Borrajo Iniesta”, en MARTÍNEZ DE VELASCO, H.H., y ZAMORA ZARAGOZA, F.J. (dir.), *La articulación entre el derecho*

- comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Estudios de derecho Judicial, nº 95, CGPJ-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pp. 237-257.
- BRIBOSIA, E., “Report on Belgium”, en SLAUGHTER, A.M., STONE SEET, A., y WEILER, J.H.H. (eds.), *The European Court and National Courts-Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Hart Press, Oxford, 1997, pp.3-39.
- _____, y SHUTTER, O., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, *Journal des Tribunaux*, nº 120, 24 de marzo de 2001, pp. 281-293.
- BROWN, C., “Case note – Case C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Pflanzüge v. Austria, Judgement of 12 June 2003, Full Court”, *Common Market Law Review*, nº 40, nº 6, 2003, pp. 1499-1510.
- BRYDE, B.O., “The ECJ’s fundamental rights jurisprudence –a milestone in transnational constitutionalism”, en POIARES MADURO, y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, pp. 119-129.
- BULTERMAN, M.K., KRANENBORG, H.R., “What if rules on free movement and human rights collide? About laser games and human dignity: the Omega case”, *European Law Review*, nº 1, 2006, pp.93-101.
- BURCA, G. de., “Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law”, *Oxford Journal of European Studies*, v. 13, nº 3, 1993, 283-319.
- BUSTOS GIBERT, R., “Cuestiones planteadas por la jurisprudencia constitucional referente a la ejecución y garantía del cumplimiento del derecho comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 20, nº 2, 1993, pp. 583-604.
- _____, “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en GARCÍA ROCA, J. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 147-168.

- CALONGE VELÁZQUEZ, A., “Preparación y elaboración de la Constitución para Europa: la Convención sobre el futuro de Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 8, 2005, pp. 53-70.
- CÁMARA VILLAR, G., “Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, 2005, pp. 9-42.
- CAMBA CONSTENLA, M. C., “Las cuestiones pendientes después de la sentencia Bosman”, *Revista de administración pública*, nº 148, 1999, pp. 249-268.
- CANEDO, J.R., y GORDILLO, L.I., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea a la espera de Lisboa”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 39, 2008, pp. 27-59.
- CANNIZZARO, E., “Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell’ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi”, *Rivista di diritto internazionale*, nº 4, 2008, pp. 1075-1078.
- CARPANO, E., “Droits fondamentaux et libertés communautaires de circulation: brèves remarques sur le développement du système communautaire de protection des droits fondamentaux”, *Petites affiches. La Loi / Le Quotidien juridique*, nº 120, 2005, pp.27-29.
- CARRILLO, M., “El diálogo entre Tribunales como condición necesaria para la tutela de los derechos fundamentales”, en LÓPEZ BOFIA, H. (ed.), *La constitución europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 177-197.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, 2001, pp. 7-26.
- CARTABIA, M., “El diálogo entre los tribunales a la hora del activismo constitucional del Tribunal de Justicia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, pp. 199-236.
- _____, “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, v. 5, nº 1, 2009, pp. 5-31.
- _____, “L’Universalità dei diritti umani nell’età dei “nuovi diritti”, *Quaderni costituzionali*, nº 3, 2009, 537-598.

- CASSESE, S., “La costituzione economica europea”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico comunitario*, nº 6, 2001, pp.907-922.
- CASTILLO DAUDÍ, M., “La protección internacional de los derechos humanos en las Comunidades Europeas y la Unión Europea” en VILATA MENADAS, S. (coord.), *El papel de la jurisprudencia del TJCE en la armonización del Derecho europeo. Situación y perspectivas tras cincuenta años*, Universitat de València, Valencia, 2005, pp. 119-142.
- _____, “Los derechos humanos en la Unión Europea”, *Cuadernos de Integración Europea*, nº 4, 2006, pp. 1-36.
- _____, “La protección internacional de los Derechos Humanos en el plano regional (II): La obra de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea”, en BOU FRANCH, V., y CASTILLO DAUDÍ, M., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 157-176.
- CASTILLO DE LA TORRE, F., “La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30.06.2009, relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa-Análisis y comentarios”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 34, 2009, pp. 969-1010.
- CASTRO OLIVEIRA, A., “Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship”, *Common Market Law Review*, v. 39, nº 1, 2002, pp. 77-127.
- CELOTTO, A., GROPPi, T., “Derecho UE y derecho nacional: primauté vs. contralímites”, en CARTABIA, M., DE WITTE, B., PÉREZ TREMPs, P. (dir.), *Constitución Europea y Constituciones Nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pp.287-372.
- _____, “Italia”, en TAJADURA, J. y DE MIGUEL, J. (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 217-257.
- CHALMERS, D., “Free movement of goods within the European Community: an unhealthy addiction to scotch whisky”, *International and Comparative Law Quarterly*, v. 42, nº 2, 1993, pp. 269-294.

- _____, “Looking Back at ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda”, en POIARES MADURO, M., AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2010, pp. 140-150.
- CHRYSSOGONOS, K., “The European Union and the Greek Constitutional Order” en KELLERMANN, A. E., DE ZWAAN, J.W., CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and at National Level*, Asser Press, The Hague, 2001, pp. 141-147.
- CHU, G., "Playing at Killing" Freedom of Movement”, *Legal Issues of Economic Integration*, v. 33, n° 1, 2006, pp.85-94.
- CLAES, M. y WITTE, B. de., “Report on the Netherlands”, en SLAUGHTER, A.M, STONE SWEET, A., y WEILER, H.H.H. (eds.), *The European Court and national courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*, Oxford, Hart, 1998, pp. 171-194.
- CLOOTS, E., “Germs of pluralist judicial adjudication: Advocaten voor Wereld and Other references form the Belgian Constitutional Court”, *Common Market Law Review*, v. 47, n° 3, 2010, pp. 645-672.
- CONSTANTINESCO, V., “La constitution économique de la CEE”, *Revue Trimestrielle de droit européen*, n° 13, 1977, pp. 244-281.
- COPPELL, J., y O’NEIL, A., “The European court of Justice: Taking Rights Seriously?”, *Common Market Law Review*, v. 29, n°4, 1992, pp. 669-692.
- CORTI, M., “Le decision ITF e LAVAL della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro por l’Europa Sociale”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n° 1, 2008, pp.249-286
- CRAIG, P. P., “Competence: Clarity. Conferral, Containment and Consideration”, *European Law Review*, n° 29, 2005, pp.323-344.
- CRUZ VILLALÓN, P., “‘All the guidance’, ERT and Wachauf”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2010, pp. 162-171.

- CUNHA RODRIGUES, J.N., “The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order”, en POIARES MADURO, M., AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2010, pp. 89-98.
- CZAPLINSKI, W., “L’integration européenne dans la constitution polonaise de 1997”, *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne*, n° 436, 2000, pp. 168-172.
- DAGTOGLOU, O., “Naturaleza jurídica de la Comunidad Europea”, en AAVV., *Treinta años de Derecho Comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1984, pp. 35-56.
- DAUSES, M.A., “La protection des droits fondamentaux dans l’ordre juridique communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 3, 1984, pp. 401-424.
- _____, “The Protection of fundamental rights in the Community legal order”, *European Law Review*, n° 6, 1985, pp. 398-419.
- DAVIES, P., “Market integration and social policy in the Court of Justice”, *Industrial Law Journal*, n° 24, 1995, 49-77.
- _____, “One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ”, *Industrial Law Journal*, n° 2, 2008, pp. 126-148.
- DAVIS, R.W., “Citizenship of the Union...rights for all?”, *European Law Review*, n° 2, 2002, pp. 121-137.
- DEHOUSSE, R., y WEILER, J., “The Dynamics of European integration: the legal dimension”, en WALLACE, W. (ed.), *The Dynamics of European Integration*, Pinter, Londres, pp. 242-260.
- DÍAZ CREGO, M., “La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Teoría y realidad constitucional*, n° 15, 2004, pp. 159-170.
- _____, “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 74, 2005, pp. 139-176.

- DÍEZ PICAZO, L.M., “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 54, 1998, pp. 255-272.
- DONDI, S., “Sulla “legittimità comunitaria” del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: quando il legislatore è guardato a vista”, *Quaderni costituzionali*, nº 4, 2010, pp. 846-848.
- DOUGAN, M., “The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds not hearts”, *Common Market Law Review*, v. 45, nº 3, 2008, pp. 617-703.
- DUARTE, M^a L., y AMADO GOMES, C., “Portugal”, en TAJADURA, J., y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 259-290.
- DUPONT, J. L., “Deporte profesional y ordenamiento jurídico comunitario después del caso Bosman (comentario a la Sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995, Bosman as C-415/93)”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, nº 2, 1996, pp. 487-504.
- DYRBERG, P., “La Constitución danesa y la Unión Europea II: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés de 6 de abril de 1998”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 4, 1998, pp. 573-592
- EMILIOU, N., “The Constitutional Impact of Enlargement at EU and National Level: the Case of the Republic of Cyprus”, en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Press, The Hague, 2001, pp. 243-258.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿El fin de una vieja polémica? (comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 23, nº 3, 1996, pp. 817-838.
- FABBRINI, F., “Pregiudizialità costituzionale: la riforma francese è contraria al diritto dell’Unione europea?”, *Quaderni costituzionali*, nº 2, 2010, pp. 382-385.

- _____, “Sulla “legittimità comunitaria” del nuovo modello di giustizia costituzionale francese: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Melki”, *Quaderni costituzionali*, nº4, 2010, pp. 840-842.
- FACENNA, G., “Eugen Schmidberger Internationale Transporte Planzüge vs. Austria: Freedom of Expression and Assembly vs Free Movement of Goods”, *European Human Rights Law Review*, Febrero 2004, pp.73-80.
- FENNELLY, N., “The European Cour of Justice and the Doctrine of Supremacy: Van Gend en Loos; Costa v ENEL; Simmenthal”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010, pp. 39-46.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.L., “La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1994, nº 40, pp. 241-289.
- FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M., “Hacia una consolidación del concepto de libre circulación de trabajadores comunitarios: Notas a la sentencia del TJCE de 15 de diciembre de 1995: Caso Bosman”, *Actualidad laboral*, nº 2, 1996, pp. 531-544
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El juez nacional como juez comunitario europeo de Derecho Común. Las transformaciones constitucionales dimanantes de ello”, *Cuestiones Constitucionales*, nº 13, 2005, pp. 57-94.
- FERNÁNDEZ SOLA, N., “La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Noticias de la Unión Europea*, nº144, 1997, pp. 41-55.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., “La adhesión a las Comunidades Europeas al CEDH: un intento de solución al problema de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 12, nº 3, 1985, pp. 701-722.

- _____, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su alcance y eficacia generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia”, en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 119-149.
- FERRAJOLI, L., “Derechos fundamentales”, en FERRAJOLI, L. (ed.), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 382-390.
- FREIXES SANJUAN, T., “Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 4, 2005, pp. 43-83.
- FUDGE, J., “The new discourse of labor rights: from social to fundamental rights?” *Comparative Labor Law Policy Journal*, v. 29, n° 1, pp. 29 a 66, www.law.uiuc.edu/publications/cll&pj/archive/vol_29/issue_1/FudgeArticle29-1.pdf.
- GAJA, G., “Opinion 2/94: accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms”, *Common Market Law Review*, v. 33, n°5, 1996, pp. 973-989.
- GAMBINO, S., “La Carta e le Corti costituzionali. “Controlimiti” e “protezione equivalente””, *Politica del diritto*, v. 3, 2006, pp. 411-460.
- GAMPER, A., “Austria”, en TAJADURA, J., y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 95-136.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un paso capital en el Derecho constitucional británico: el poder de los jueces para enjuiciar en abstracto y con alcance general las Leyes del Parlamento por su contradicción con el Derecho comunitario (sentencia *Equal Opportunities Commission* de la Cámara de los Loes de 3 de marzo de 1994)”, *Revista de Instituciones Europeas*, n° 3, 1994, pp. 721-744.
- GARCÍA HERRERA, M. A., “Rigidez constitucional y estado social” en ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (dir), *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de*

- derecho al estado constitucional de derecho*, Cuadernos de derecho judicial, nº. 13, 1998, pp. 33-88.
- GARCÍA MANRIQUE, R., “Los derechos sociales como derechos subjetivos”, *Derechos y Libertades*, nº 23, 2010, pp. 73-105.
- GARCÍA ROCA, J., “Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes: ¿cuál es el margen de apreciación nacional?” en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales; de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 15-54.
- GARCÍA-VALDECASAS y FERNÁNDEZ, R., y CARPI BADÍA, J.M., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Algunas consideraciones respecto a su papel en el marco de la construcción europea”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 3, 2004, pp. 13-48.
- GATTINI, A., “Joined cases C-402/05 P & 415/05 P, Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgment of the Grand Chamber of 3 September 2008, nyr” *Common Market Law Review*, v. 46, nº 1, 2009, pp. 213-239
- GENNUSA, M. E., “La dignità umana vista dal Lussemburgo”, *Quaderni costituzionali*, nº 1, 2005, pp.174-177.
- GIANNI, A., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea: prime osservazioni”, *Diritto del lavoro*, nº 2-3, 2001, pp. 191-197.
- GIL ARAÚJO, S., “Fútbol y migraciones. La Sentencia Bosman en el proceso de construcción de la Europa comunitaria (crónicas desde España)”, *Migraciones Internacionales*, v. 1, nº 3, 2002, pp. 55-78.
- GIL IBAÑEZ, J.L., “Los excesos del Tribunal de Justicia”, en MARTÍNEZ DE VELASCO, H.H., y ZAMORA ZARAGOZA, F.J. (dir.), *La articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Estudios de derecho Judicial, nº 95, CGPJ-Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pp. 339-369.

- GOLDSMITH, L., “A Charter of Rights, Freedoms and Principles”, *Common Market Law Review*, v. 38, nº 5, 2001, pp. 1201-1216.
- GONZALES, G., “EC Fundamental Freedoms v. Human Rights in the Case C-112/00 Eugen Schmidberger v. Austria [2003] ECR I-5659”, *Legal Issues of Economic Integration*, v. 31, nº 3, 2004, pp.219-229.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El nuevo mecanismo de intervención para asegurar la libre circulación de mercancías en situaciones conflictivas”, *Gaceta Jurídica de la CE*, B-128, 1997, pp. 17-24.
- _____, “El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia “Schmidberger””, *Gaceta Jurídica de la U.E. y de la Competencia*, 2003, nº 227, pp. 61-76.
- GOSALBO BONO, R., “Reflexiones en torno al futuro de la protección de los derechos humanos en el marco del Derecho comunitario y del Derecho de la Unión: insuficiencias y soluciones”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, 1997, pp. 29-68.
- GROPPI, T., “La primauté del Derecho Europeo sobre el derecho constitucional nacional; un punto de vista comparado”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, 2006, pp. 225-243.
- GROSSER, A., “The Federal Constitutional Court’s *Lisbon Case*: Germany’s “Sondeweg”- An Outsider’s Perspective”, *German Law Journal*, v. 10, nº8, 2009, pp. 1263-1266.
- GRILLER, S., “Introduction to the Problems in the Austrian, the Finnish and Swedish Constitutional Order” en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, University Cambridge, Cambridge, 2001, pp. 147-182.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Un orden jurídico para Alemania y Europa”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 1, 1999, pp. 215-223.
- GYSELEN, L., “Case C-67/96, Albany v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie: Joined Cases C-115/117/97, Brentjens’Handelsonderneming v. Stichting Bedrijfspensioenfonds loor de andel in bouwmaterialen; and Case

- C-219/97, *Drijvende Bokken v. Stichting Pensioenfonds loor de vervoeren havenbedrijven*, with annotation”, *Common Market Law Review*, v. 37, nº 2, 2000, pp. 435-448.
- HÄBERLE, P., “La regresiva “sentencia Lisboa” como “Maastricht-II” anquilosada”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 12, 2009, pp. 397-429.
- HALBERSTAM, D., y MÖLLERS, C., “The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!””, *German Law Journal*, v. 10, nº8, 2009, pp.1241-1258.
- HATZOPOULOS, V., y UYENDO, T., “The Case Law of the ECJ Concerning the Free Provision of Services: 2300-2005”, *Common Market Law Review*, v. 43, nº 4, 2006, pp. 923-991.
- HELISKOSKI, J., “Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which paradigm?”, en PETMAN, J., KLABBERS, H. (eds.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Martinus Nijhoff Publishing, Leiden, 2004. 2004, pp. 417-443.
- HELLER, H., y SCHNELL, C., “International Human Rights Standars in the EU – A Tighrope Walk Between Reception and Parochialism?”, *Revue suisse de droit international et européen*, nº1, 2010, pp. 3-37.
- HERRERO DE MIÑÓN, M., “Constitución española y Unión Europea. Comentario al artículo 93 CE”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 26, 1992, pp. 7-20.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, L.M., y SEGUERA SERRANO, A., “La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1999”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, pp. 565-592.
- HOFMANN, H. CH., “Conflicts and Integration: Revisiting Costa v ENEL and Simmenthal II”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010, pp. 60-68.
- HUMPHREYS, M., “Free Movement and Roadblocks: The Right to Protest in the Single Market”, *Environmental Law Review* , v.6, 2004, pp.190-195.
- INFANTINO, G., y MAVROIDIS, P.C., “Inherit the Wind: A Comment on the Bosman Jurisprudence” en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The Past*

and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010, pp. 498-504.

ITZCOVICH, G., “Sovereignty, Legal pluralism, and Fundamental Rights. Italian jurisprudence and European Integration (1964-1973)”, *European Public Law*, n° 1, 2007, pp. 107-133.

IZQUIERDO SANS, C., “Conflictos entre la jurisdicción comunitaria y la jurisdicción constitucional española (en materia de derechos fundamentales)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 34, 2010, pp. 193-233.

JACOBS, F.G., “Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice”, *European Law Review*, n° 4, 2001, pp. 331-341.

_____, “The evolution of the European Legal Order”, *Common Market Law Review*, v. 41, n° 2, 2004, pp. 303-316.

_____, “The evolution of the European Legal Order”, MCDONELL, A. (ed.), *A review of forty years of Community law: legal developments in the European Communities and the European Union*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, pp. 21-34.

_____, “Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010, pp. 133-140.

JACQUÉ, J.P., “Jurisprudence – Cour de justice des Communautés européennes – 3 septembre 2008 (Grande chambre) (aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P), Kadi c/ Conseil et Commission, “Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux”, note de”, *Revue trimestrielle de droit européen*, v. 45, n° 1, 2009, pp. 161-179.

_____, “Primauté du droit international versus protection des droits fondamentaux”, *Revue trimestrielle de droit européen*, v. 45, n° 1, 2009, pp. 161-179.

JIMENA QUESADA, L., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE: rango legal y contenidos sustantivos”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 40, 2009, pp. 63-83.

- JOERGES, C., “Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration”, *European Law Journal*, nº 2, 1996, pp. 105-135.
- KELLER, H., y SCHNELL, C., “International Human Rights Standards in the EU – A Tightrope Walk between Reception and Parochialism?”, *Swiss Review of International and European Law*, nº 1, 2010, pp. 3-37.
- KÜHN, Z., “Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, pp. 151-163.
- KHUSHAL MURKENS, J.E., “We Want Our Identity Back”-The Revival of National Sovereignty in the German Federal constitutional Court’s Decision on the Lisbon Treaty”, *Public Law*, nº 3, 2010, pp. 530-550.
- KOMAREK, J., “The Czech Constitutional Court’s Second Decision on the Lisbon Treaty of 3 November 2009”, *European Constitutional Law Review*, v. 5, nº 3, 2009, pp. 345-352.
- KREBBER, S., “Case C-319/06, Commission v. Luxemburg, Judgment of the Court (First Chamber) of 19 June 2008, [2008] ECR I-4323, *Common Market Law Review*, v. 46, nº5, 2009, pp. 1725-1735.
- KUMM, M., “The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe Before and After the Constitutional Treaty”, *European Law Journal*, v. 11, nº 3, 2005, pp. 262-307
- LADRECH, R., “Europeanisation of Domestic Politics and Institutions: The Case of France”, *Journal of Common Market Studies*, v. 32, nº 1, 1994, pp. 69-88.
- LAFRANQUE, J., D’SA R., “Getting to Know You: The Developing Relationship between National Courts of the “Newer” Member States and the European Court of Justice, with particular reference to Estonia”, *European Business Law Review*, v.19, nº 2, 2008, pp. 311-320.
- LANDA ZAPIRAIN, J.P., y MORENO MARCOS, M., “Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos

con el respeto a las libertades fundamentales en el mercado interior comunitario [Comentario a las Sentencias de la Gran Sala del TJE de 11/12/2007 (A. Viking) y de 18/12/2007 (A. Laval)]”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 77, 2008, pp. 179-195.

LASO PÉREZ, J., “La actividad de la Unión Europea durante el año 2007: la adopción del Tratado de Lisboa y el rescate del Tratado Constitucional”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 2, 2008, www.iustel.com.

LAWSON, R., “Human Rights: the Best is Yet to Come”, *European Constitutional Law Review*, v. 1., nº 1, 2005, pp. 27-37.

LAZARI, A., “La cross-fertilization y la formación del paradigma comunitario de responsabilidad del Estado: «el esquema de la crisis»”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 20, 2005, pp. 177-125.

_____, “La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 33, 2009, pp. 501-538.

LAZOWSKI, A., “Accession Treaty. Polish Constitutional Tribunal. Conformity of the Accession Treaty with the Polish Constitution”, *European Constitutional Law Review*, v.3, nº 1, 2007, pp. 148-162.

LEANERTS, K. y DE SMIJTER, E., “A Bill of Rights for the European Union”, *Common Market Law Review*, v. 38, nº 2, 2001, pp. 273-300.

LEJEUNE, Y., y BROUWERS, P., “La Cour d’Arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités”, *Journal des Tribunaux*, 1992, pp. 670-676.

LIISBERG, J. B., “Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law”, *Common Market Law Review*, v. 38, nº 5, 2001, pp. 1171-1199.

LO FARO, A., “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, *Lavoro e diritto*, v. 22, nº 1, 2008, pp. 63-98.

LÓPEZ BASAGUREN, A., “¿Réquiem por la Constitución? El Ordenamiento constitucional en la integración comunitaria”, *Civitas Europea*, nº 2, 1999, pp. 6-28.

- LÓPEZ ESCUDERO, M., “La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión del concepto de medida de efecto equivalente”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 21, nº 2, 1994, pp. 379-418.
- _____, “Medidas de efecto equivalente y aplicación reciente de la jurisprudencia Keck. Comentario a la sentencia del TJCE de 15 de julio de 2004, Douwe Egberts”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 5, 2005, www.iustel.com.
- LOUIS, J.V., “Bilan d’une réforme. De l’Acte unique européen à la CIG 2007”, *Cahiers de droit europeen*, v. 43, nº5-6, 2007, pp. 559-51.
- LUTHER, J., “Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 3, 2005, 159-192.
- MACCORMICK, N., “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, *European Law Journal*, v.1, nº 3, 1995, pp. 259-266.
- MAESTRO BUELGA, G., “El Tratado de Lisboa y la Constitución económica”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 9, 2008, pp. 37-68.
- MANGAS MARTÍN, A., “Europa a la medida de los gobiernos”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 14, 2007, www.iustel.com.
- _____, “El tren europeo vuelve a sus raíles: el Tratado de Lisboa”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 2, 2008, www.iustel.com.
- _____, “Introducción. El Compromiso con los derechos fundamentales”, en MANGAS MARTÍN, A., (ed.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 31-75.
- _____, “Artículo 51. ámbito de aplicación”, en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 809-825.
- _____, “Artículo 52. Alcance e interpretación de los derechos y principios”, en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp. 826-850.

- MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., “Construyendo la Europa Social: claroscuros de la Directiva Bolkestein”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 15, 2008, www.iustel.com.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 53. Nivel de protección” en MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp.852-869.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “La doble funcionalidad de la ley orgánica por la que se autoriza la ratificación del tratado de Lisboa. La Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea en el «Boletín Oficial del Estado»”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº30, 2009, pp. 135-157.
- MARTÍN RODRIGUEZ, P.J., “La cuestión prejudicial como garantía constitucional” *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 72, 2004, pp. 315-346.
- MARTINEZ LAGE, S., “La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas”, en RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (coord.), *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas-Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 712-770.
- MATÍA PORTILLA, F.J., “Desdémona al descubierto (del Tratado Constitucional al de Lisboa)”, en MATÍA PORTILLA, F.J. (dir.) *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*, Comares, Granada, 2010, pp. IX-XV.
- MATTERA, A., “El Reglamento nº 2679/98: un instrumento de intervención rápida para salvaguardar la unidad de Mercado Interior”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nº 204, 1999, pp. 21-35.
- MAYER, F.C., “Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010, pp. 16-25.

- MENÉNDEZ, J. A., “Chatering Europe: Legal Status and Policy Implications of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Journal of Commom Market Studies*, v. 40, nº 3, 2002, pp. 471-490.
- _____, “‘Rights to Solidarity’ balancing Solidarity and Economic Freedoms”, en ERIKSEN, E., FOSSUM, J., MENÉNDEZ, J. A., (eds.), *Chartering of Euroope, the European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 179-198.
- MERINO MERCHÁN, J. F., “El “Caso Bosman” y el arbitraje deportivo”, *La Ley*, nº 2, 1995, pp. 1533-1534.
- MIGUEL BÁRCENA, J. de, “España” en TAJADURA, J. y DE MIGUEL, J. (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea. Un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 137 a 177.
- _____, “Los problemas de la progresiva configuración de un sistema multinivel de Derechos fundamentales en la Unión Europea. Comentario a la Sentencia TJCE de 11 de diciembre de 2007 (VIKING C-438/05)”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 16, 2008, www.iustel.com.
- MILLÁN MORO, L., “El Ordenamiento comunitario, del Tratado Constitucional al Tratado de Lisboa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 26, 2010, pp. 401-438.
- MORIJIN, J., “Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution”, *European Law Journal*, nº 15, 2006, pp. 31-33.
- MORTELMANS, K., “The Common Market, the Internal Market and the Single Market, what’s in a market?”, *Common Market Law Review*, v. 35, nº 1, 1998, pp. 101-136.
- MOURA SANTOS, R. M., “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Protecção dos Direitos Fundamentais”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 25, 2001, pp. 161-185.

- NIEDOBITEK, M., “The *Lisbon Case* of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective”, *German Law Journal*, v. 10, n° 8, 2009, pp.1267-1276.
- NOVITZ, T., “The right to strike and re-flagging in the European Union: free movement provisions and human rights”, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2ª Parte, 2006, pp.242-256.
- OJANEN, T., “The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional law”, *European Public Law*, n° 3, 2004, pp. 531-564.
- O’LEARY, S., “The Court of Justice as a reluctant constitutional adjudicator: an examination of the abortion information case”, *European Law Review*, n° 17, 1992, pp. 138-157.
- OLIVER, P., “Competition and Free Movement: Their Place in the Treaty”, en TRIDIMAS, T., y NEBBIA, P., *European Union Law for the Twenty-First Century: Internal Market and Free Movement Community Policies*, v. 2., Hart Publishing, Portland, 2004, pp. 159-176.
- _____, y ROTH W.H., “The internal market and the four freedoms”, *Common Market Law Review*, v. 41, n° 1, 2004, pp. 407-441.
- _____, y ROTH W.H. ,“The internal market and the four freedoms”, en MCDONELL, A.. (ed.), *A review of forty years of Community law: legal developments in the European Communities and the European Union*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, pp. 129-163.
- ORDOÑEZ SOLÍS, D., “Lo que se salvó en Lisboa y su significado en la pequeña historia constitucional”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 40, 2009, pp. 109-148.
- ORLANDINI, M., “Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali”, *Il diritto dell'Unione Europea* , n° 4, 2003, pp. 903-916.
- _____, “Trade Union Rights and market freedoms: the European Court of Justice sets out the rules”, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, v. 29, n° 4, 2008, pp. 573-604.

- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana. Especial consideración de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (2 BVR 2236/2004)”, *La Ley*, nº 6394, 5 de enero de 2006, pp. 1184-1193.
- ORTIZ VAAMONDE, S., “El Tribunal Constitucional ante el derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº6, 2001, pp. 301-347.
- PAGANO, E., “Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, nº 1, 2008, www.dpce.it.
- PAGE, A.C., “The Concept of Measures Having an Effect Equivalent to Quantitative Restrictions”, *European Law Review*, nº 2, 1977, pp. 105-117.
- PALACIOS GONZÁLEZ, J., “La protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE: alcance y consecuencias de la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 40, 2009, pp. 161-179.
- PALERMO, F., “Il Bundesverfassungsgericht e la teoría “selectiva” dei controlimiti”, *Quaderni costituzionali*, nº.1, 2005, pp. 181-188.
- PASTOR PALOMAR, A., “La regla *inclusio unius, exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, Reino Unido y otros”, en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 159-178.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A., “La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre derechos humanos y libertades fundamentales”, en ALDECOA LUZÁRRAGA, F., y GUINEA LLORENTE, M., *La Europa que viene: El Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 150-157.
- _____, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo según el Tratado de Lisboa”, en GARCÍA ROCA, J., y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 3-14.

- _____, “Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 43, 2010, pp. 43-51.
- PEDRAZI, M., “L’evoluzione della política europea di sicurezza e di difesa (PESD) nella prospettiva della Costituzione europea” en BARUFFI, M. C. (ed), *Il futuro dell’Unione europea. Sviluppi nelle sue politiche*, Cedam, Padova, 2004, pp. 23-59.
- PEGORARO, L., “I problemi dell’integrazione della Svezia nell’Unione europea”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, nº 4, 2003, pp. 797-830.
- PÉREZ TREMPES, P., “La jurisdicción constitucional y la integración europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 29, 2009, pp. 19-48
- PERIŠIN , T., “Interaction of fundamental (human) rights and fundamental (market) freedoms in the EU”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, v.2, 2006, pp. 69-98.
- PERNICE, I., “Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010, pp. 47-59.
- PESCATORE, P., “The context and significance of fundamental rights in the law of the European Communities”, *Human Rights Law Journal*, v. 2. nº 3-4, 1981, pp. 295-308.
- _____, “Van Gend en Loos, 3 February 1963-A View from Within”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010, pp. 3-8.
- PETERS, J., “The Dutch Constitutional Values” en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Press, pp. 57-64.
- PEYROU-PISTOULET, S., “Droit constitutionnel et droit communautaire: l’exemple autrichien”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, v. 46, 2001, pp. 237-264.

- PHELAN, D. R., “Right to Life of the Unborn v. Promotion of Trade in Services: The European Court of Justice and the Normative Shaping of the European Union”, *Modern Law Review*, v. 55, 1992, nº 5, pp. 670-689.
- PIERNAS LÓPEZ, J. J., “La sentencia “Al Barakaat” y “Kadi” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 60, nº 2, pp. 682-689.
- PIÑAR REAL, A., MARTINEZ VERASATEGUI, A., SARRIÓN ESTEVE, J., “Crónica de jurisprudencia constitucional”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2010, pp. 837-854.
- POGACNIK, M., STARMAN, M., VEHAR, P., “Slovenia”, en KELLERMAN, A., CZUCZAI, J., y otros (eds.), *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of the New Member States and (Pre-)Candidate Countries*, Asser Press, The Hague, 2001, pp. 179-195.
- POIARES MADURO, M., “Reforming the Market or the State?: Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, *European Law Journal*, v. 3, nº 1, 1997, pp. 55-82.
- _____, “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the European Union”, en ALSTON, P., CASSESE, A., LALUMIÈRE, C., LEUPRECHT, P. (eds.), *An EU Human Rights Agenda for the New Millenium*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 449-472.
- _____, “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU”, en ALSTON, P., BUSTELO, M., HEENAN, J.,(eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Londres, 1999, pp. 455-472.
- _____, “The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights”, en ERIKSEN, E., FOSSUM, J., MENÉNDEZ, J. (eds.), *Chartering of Europe, the European Charter of Fundamental Rights and its Constitutional Implications*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp- 199-227.
- POLLICINO, O., “European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems”, *German Law Journal*, v. 9, nº 10, 2008, pp. 1313-1354.

- QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, “El encaje constitucional del nuevo sistema europeo de detención y entrega (Reflexiones tras la STC 177/2006, de 5 de junio)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006, pp. 277-303.
- _____, “Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?”, *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 22, 2007, pp. 237-280.
- _____, “TJCE – Sentencia de 18.12.2007, LAVAL, C-341/05- libre prestación de servicios-desplazamiento de trabajadores-la supuesta legalización del dumping social en el interior de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº. 31, 2008, pp. 835-848.
- _____, “La ardua ratificación del Tratado de Lisboa. Penúltima estación: La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 30 de junio de 2009”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 8, 2009, www.iustel.com
- RAISZ, A.: “Confronted with Direct Applicability of a Directive: the Hungarian Constitutional Court Before Challenges”, *Miskolc Journal of International Law*, 2007, v. 4, n.1, pp. 113-127, www.uni-miskolc.hu .
- RASMUSSEN, H., “Denmark waning constitutionalism and article 20 of the Constitution on transfer of sovereignty”, en ALBI, A., ZILLER, J. (coord.), *The European Constitution and national constitutions: ratification and beyond*, Kluwer Academic Publishers, 2007, pp. 149-156.
- RASMUSSEN, M., “From Costa v. ENEL to the Treaties of Rome: A Brief History of a Legal Revolution”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland. 2010, pp. 69-85.
- REY, H.L., “La naturaleza de los derechos sociales”, *Derechos y libertades*, nº 16, 2007, pp. 137-156.
- RICHARDS, C., “The Supremacy of Community Law before the French Constitutional Court”, *European Law Review*, nº 4, 2006, pp. 499-517.
- RIDOLA, P., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e la “tradizioni costituzionali comuni” degli Stati membri”, en PANUNZIO, S.P. y SCISO, E.,

- (eds.) *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Giuffrè, Luiss Edizioni, Milán, 2002.
- RIPOLL CARULLA, S., “Los asuntos “Kadi, Yusuf, Chafig Ayadi”: cuestiones de derecho internacional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 82, 2008, pp. 253-274.
- RODRÍGUEZ, A., “Sobre la naturaleza jurídica de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Político*, nº 51, 2001, 37-56.
- RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., “The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities”, *Columbia Journal of European Law*, v. 1, nº 2, 1995, pp. 169-181.
- _____, “Consideraciones sobre la formación de un Derecho Europeo”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 200, 1999, pp. 11-25.
- _____, y WOELKER, U., “Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 14, nº 3, 1987, pp. 667-686.
- _____, y WOELKER, U., “Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986”, *Columbia Journal of European Law*, v. 1, nº 2, 1995, pp. 169-181.
- _____, y VALLE GÁLVEZ, A., “El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 1, 1997, pp. 239-376.
- RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “Tribunal Constitucional y Derecho Comunitario”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 118, 1994, pp. 9-11
- _____, “El caso Rüffert: ¿una constitucionalización del dumping social?”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2008, pp. 83-113.
- ROIG MOLÉS, E., “Continuidad y refundación; deliberación y decisión: el proceso de la Convención y la reforma de los Tratados”, en ALBERTI ROVIRA, A.

(dir.), *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 17-131

ROMÁN GONZÁLEZ, E., “Libertades económicas y derechos fundamentales. La doctrina de los *Mandatory Requirements* en la Jurisprudencia del TJCE”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, nº 127, 2010, pp. 527-543.

RONKES AGERBEEK, F., “Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor: the Schmidberger case”, *European Law Review*, nº. 29, 2004, pp.255-266.

ROSAS, A., “Finland’s accession to the European Union: Constitutional Aspects”, *European Public Law*, nº 1, 1995, pp. 166-170.

_____, “Fundamental Rights in the Luxemburg and Strasburg Courts”, en BAUDENBACHER, C.A., TRESSELT, P., y ÖRLYSSSEN, T. (eds.), *The EFTA Court. Ten years on*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 163-175.

_____, y YOUNG, L., “Life after *Dassonville* and *Cassis*: Evolution but No Revolution”, en POIARES MADURO, M., AZOULAI, L. (eds.), *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Oregon, 2010, pp. 433-446.

ROSSI, L.S., “Constitutionnalisation de l’Union européenne et des droits fondamentaux”, *Revue trimestrielle de droit européenne*, nº 1, 2002, pp. 27-52.

_____, “La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell’ordinamento dell’UE”, *Quaderni costituzionali*, nº3, 2002, pp. 565-576.

_____, “La paradoja del método intergubernamental: los equilibrios institucionales en la Constitución Europea”, en ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J.A., y VIDAL BENEYTO, J. (coords), *El reto constitucional de Europa*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 257-280.

_____, “How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon”, *Yearbook of European Law*, 2008, pp. 65-87.

_____, y CURSON, S.J., “What “Rule of Reason” for the EU Internal Market?”, *Studi sulla integrazione europea*, 2008, nº 2, pp. 295-309.

- _____, “Corte costituzionale (Italian Constitutional Court): Decisions 348 and 349/2007 of 22 October 2007, and 102 and 103/2008, of 12 February 2008, with annotation”, *Common Market Law Review*, v. 46, nº1, 2009, pp. 319-331
- _____, “I principi enunziati dalla sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona : un’ipoteca sul futuro dell’integrazione europea?”, *Rivista di diritto internazionale*, nº 4, 2009, pp. 993-1019.
- RUBIO LLORENTE, F., “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 64, 2002, pp. 13-52.
- _____, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (dir.), y ALONSO GARÍCA, R. (subdir), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 113-147.
- RUGGERI, A., “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teoría delle fonti e teoría dell’interpretazione”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, nº 1, 2003, pp. 102-120.
- RUIZ-JARABO y COLOMER, D., “Técnica jurídica de protección de los derechos humanos en la Comunidad europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 17, nº1, 1990, pp. 151-186.
- RUIZ MIGUEL, A., “Derechos liberales y derechos sociales”, *Doxa*, nº 15-16, v. 1, 1994, pp. 651-674
- RUIZ MIGUEL, C., “Los derechos fundamentales en la relación entre el Derecho comunitario y el ordenamiento nacional”, *Noticias de la Unión Europea*, nº120, 1995, pp. 37-60.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., “El Tratado de Lisboa: comienza una nueva etapa para Europa”, *Diario La Ley*, nº 6851, 31 Diciembre 2007.
- SAIZ ARNAIZ, A., “El Derecho comunitario, ¿parámetro de constitucionalidad de las leyes internas? (a propósito de la sentencia nº 384 de 1994, de la Corte Costituzionale italiana)”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 22, nº 2, 1995, pp. 571-592.
- SALINAS ALCEGA, S., “Desarrollos recientes en la protección de los derechos humanos en Europa. Nuevos elementos en una vieja controversia: la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención europea de salvaguarda de los

derechos humanos y las libertades fundamentales”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 199-200, 2001, pp. 9-36.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., “Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 33, 1991, pp. 175-210.

SAN JUAN GARCÍA, P., “La Agencia Europea de Derechos Fundamentales”, *Revista Lex Nova*, nº 48, Enero-Marzo 2007, pp. 24-27.

SANTOS VARA, J. “El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 32, 2009, pp. 91-120.

SANZ HERMIDA, M., “Protección de derechos fundamentales y medidas de lucha contra el terrorismo en la UE: a propósito de la STJUE de 3 de septiembre de 2008 (Asuntos acumulados Kadi y Al Barakaat International Foundation)”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 17, 2009, www.iustel.com.

SARRIÓN ESTEVE, J “La constitucionalización sustantiva del Derecho comunitario y sistema de fuentes”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2007, pp. 631-646.

_____, “La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo”, *Criterio Jurídico*, v. 9, nº1, 2009, pp. 39-53.

_____, “La Carta de los Derechos Fundamentales: un instrumento al servicio de los ciudadanos”, en BENLLOCH DOMENECH, C., et al., *Construyendo ciudadanía europea a través de las TICs*, Comares, 2009, pp. 199-224.

_____, “El nuevo horizonte constitucional para la Unión Europea: a propósito de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Fundamentales”, *Ceflegal Revista Práctica de Derecho*, 2011, www.cefllegal.com.

SCHARPF, F., “The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity”, *Journal of Common Market Studies*, nº 40, 2002, www.mpifg.de/pu/workpap/wp02-8/wp02-8.html.

- SCHERMERS, H., "The European Communities Bound by Fundamental Human Rights", *Common Market Law Review*, v. 27, n°2, 1990, pp. 249-258.
- SCHEUING, H., "The Approach to European Law in German Jurisprudence", *German Law Journal*, v. 5, n° 6, 2004, pp. 703-719.
- SCHÖNBERGER, C., "Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea", *German Law Journal*, v. 10, n°8, 2009, pp.1201-1218.
- SCHORKOPF, F., "The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon", *German Law Journal*, v. 10, n°8, 2009, pp. 1119-1240.
- SCHWARZE, J., "The Administrative Law of the Community and the Protection of Human Rights", *Common Market Law Review*, v. 23, n°2, 1986, pp. 401-417.
- SCIARRA, S., "Derecho del trabajo y Derecho social europeo: balance y retos futuros", *Gaceta Sindical Reflexión y Debate*, n° 11, 2008, pp. 59-82.
- SELLARÉS SERRA, J., "El EURATOM subsiste, invisible e incompatible con el tinglado comunitario", en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional (Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional -AEPDRI – celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007)*, pp. 319-330.
- SHUIBHNE, N., "Free movement of persons and the wholly internal rule: Time to move on?", *Common Market Law Review*, v. 39, n° 4, 2002, pp. 731-753.
- SHUTTER, O. de, y LEJEUNE, Y, "L'adhésion de la Communauté européenne à las Convention européenne des droits de l'homme", *Cahiers de Droit Européen*, v. 32, n° 5-6, 1996, pp. 555-606.
- SYRPIS, P. y NOVITZ, T., "Economic and social rights in conflict: Political and judicial approaches to their reconciliation", *European Law Review*, n° 3, 2008, pp. 411-426.
- SKOURIS, V., "Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance", *European Review of Business Law*, v. 17, n° 2, 2006, pp. 225-239.

- SLASTAN, M., “Slovakia”, en KELLERMAN, A., CZUCZAI, J., y otros (eds.), *The Impact of EU Accession on the Legal Orders of the New Member States and (Pre-)Candidate Countries*, Asser Press, The Hague, 2001, pp. 437-457.
- SMITH, S. A. de, “The Constitution and the Common Market: A Tentative Appraisal”, *Modern Law Review*, nº 34, 1971, 597-614.
- SMITH, T., y FETZER, T. “The uncertain limits of the European Court of Justice’s authority: economic freedom versus human dignity”, *Columbia Journal of European Law*, nº 10, 2004-, 475-476.
- SPAVENTA, E., “Opening pandora’s Box: some reflections on the constitutional effect of the decisión in pupino”, *European Constitutional Law Review*, v.3 nº 1, 2007, pp. 5-24.
- _____, “Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in *Commission v. Italy* and *Mickelsson and Roos*”, *European Law Review*, nº 34, 2009, pp. 914-932.
- STEIN, T., “La sentencia del Tribunal Constitucional Alemán sobre el Tratado de Maastricht”, *Revista de Instituciones Europeas*, v. 21, nº 3, 1994, pp. 745-769.
- STEINBACH, A., “The Lisbon Judgment of the German Federal Constitutional Court- New Guidance on the Limits of European Integration?”, *German Law Journal*, v. 11, nº 4, 2010, pp. 367-390.
- STOFFEL VALLOTON, N., “Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículos 10 y 11 del CEDH). (A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Austria" de 12 de junio de 2003)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 18, 2004, pp.483-506.
- _____, “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, en MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 179-198.
- SUÁREZ CORUJO, B., “Derecho social versus derecho de la competencia: querencia neoliberal de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades

- Europeas. A propósito de la sentencia de 21 de septiembre de 1999. Caso Albany”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 32, 2001, pp. 217-234.
- SZYSZCZAK, E., “Sovereignty: Crisis, Compliance, Confusion, Complacency”, *European Law Review*, nº 6, 1990, pp. 480-488.
- TAJADURA, J., “Constitución y democracia en la Unión Europea”, en TAJADURA, J., y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008 CEPC, 2008, pp. 5-42.
- TANCHEV, E., “Constitutional Amendments Due to Bulgarian Full EU Membership”, en KELLERMAN, DE ZWAAN, y CZCUCZAI (eds.), *EU enlargement EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Press, The Hague, 2001, pp. 301-310.
- TENORIO, P., “Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 7520, 30 de noviembre de 2010.
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “Los derechos sociales en el contexto supranacional: especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJE y del TEDH”, *Revista de Derecho Social*, nº 50, abril-junio 2010, 151-173.
- TICHTY, L., “Fundamental rights and fundamental freedoms: short remarks”, en PERNICE, I., ZEMÁNEK, J. (eds.), *A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond*, Nomos, 2005, www.ecln.net/elements/conferences/book_prag/TichyFinal.pdf.
- TIZZANO, A., “La protection des droits fondamentaux en Europe, La Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales”, *Revue du droit de l’Union européenne*, nº 1, 2006, pp. 9-21.
- TRIDIMAS, T., “Primacy, Fundamental Rights and the Search for Legitimacy”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland. 2010, pp. 98-106.

- TSADIRAS, A., “Cyprus Supreme Court (Anotato Dikastirio Kyproy), Judgment of 7 November 2005 (Civil Appeal n° 294/2005) on the Cypriot European Arrest Warrant”, *Common Market Law Review*, v. 44, n° 5, 2007, pp. 1515-1528.
- ÚBEDA TARAJANO, F.E., “La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en orden a la protección de los Derechos Fundamentales”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n° 2023, 2006, pp. 4251-4291.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I., “El “recurso” a la prejudicial (234 TCE) como “cuestión” de amparo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n°11, 2004, pp. 441-474.
- UITZ, R., “EU Law and the Hungarian Constitutional Court: Lessons of the First Post-Accession Encounter”, en SADURSKI, W., ZILLER, J., y ZUREK K. (eds.), *Après Enlargement: Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, European University Institute, Florencia, 2006, pp. 41-64.
- VADAPALAS, V., “Lithuania: The Constitutional Impact of the Enlargement at National Level”, en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Pres, The Hague, 2001, pp. 347-368.
- VANDAMME, T., “PROCHAIN Arrêt: la Belgique! Explaining Recent Preliminary References of the Belgian Constitutional Court”, *European Constitutional Law Review*, v. 4, n° 1, 2008, pp. 127-148.
- VIAL, C., “Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux: à la recherche d'un équilibre”, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 58, 2004, pp.439-459.
- VICENTE PALACIO, M.A., “STC 130/1995, de 11 de septiembre: derecho de los trabajadores marroquíes a la protección por desempleo en iguales términos que los trabajadores españoles: aplicación del Reglamento comunitario 2.211/1978 de 26 de septiembre”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, n° 59, 1995, pp. 47-50.
- VIDAL PRADO, C., “Alemania”, en TAJADURA, J. y MIGUEL, J. de (coords.), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las*

- experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 43-94.
- _____, “Nuevos (y viejos) recelos del Tribunal Constitucional Federal Alemán frente a la eficacia del Derecho comunitario”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 77, 2006, pp. 273-310.
- VITORINO, A., “La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, *Revue du Droit de l’Union européenne*, nº 1, 2001, 499-598.
- WACHSMANN, P., “L’avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l’adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales”, *Revue trimestrielle de droit européen*, nº 2, 1996, pp. 467-491.
- WADE, H.W.R., “Sovereignty-Revolution or Evolution?”, *Law Quarterly Review*, nº 112, 1996, 568-575.
- WAELBROEK, D., “Fundamental rights in the European Union: possible developments in the years to come”, en DASHWOOD, A., et alii, *The Developing role of the European Court of Justice*, European Policy Forum – Frankfurter Institut, London – Frankfurt am Main, 1995, pp. 17-27.
- WATHELET, M., “La Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue”, *Cahiers de Droit Européen*, nº5-6, 2000, pp. 585-593.
- WEATHERILL, S. R., “The Internal Market” en PEERS, S., y WARD, A. (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 183-211.
- _____, “Competence Creep and Competence Control”, *Yearbook of European Law*, v. 23, 2005, pp. 1-56
- WEILER, J.H.H., “Methods of Protection: Towards a Second and a Third Generation of Protection”, en CASSESE, A., CLAPHAM, A., y WEILER, J.H.H. (eds.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos, Baden-Baden, 1991, pp. 555-572.
- _____, “Fundamental Rights and Fundamental boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights”, en NEUWAHL, N., y ROSAS, A., *The*

- European Union and Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1995, pp. 51-77.
- _____, “The Constitution of the common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods”, en CRAIG, P., DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 349-376.
- WILLIAMS, L., “Defining a sufficiently serious breach of Community law: the House of Lords casts its net into the waters”, *European Law Review*, nº 25, 2000, pp. 452-459.
- WITTE, B. de, “Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order” en CRAIG, P., y DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 177-213.
- _____, “Constitutional Aspects of European Union Membership in the Original Six Member States: Model Solutions for the Applicant Countries?”, en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Press, The Hague, 2001, pp. 65-80.
- _____, “The Continuous Significance of Van Gend en Loos”, en POIARES MADURO, M., y AZOULAI, L. (eds.), *The past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2010, pp. 9-15.
- _____, y LOCKHART, N., “Taking Rights Seriously: seriously the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence, Part II”, *Common Market Law Review*, v.32, nº1, 1995, pp. 579-627.
- WYATT, D., “Article 30 and Non-Discriminatory Trade restrictions”, *European Law Review*, nº 6, 1981, pp. 185-193.
- XUEREB, P. G., “Constitutional Questions Raised by the Proposed Accession of Malta to the European Union”, en KELLERMAN, A., DE ZWAAN, J., y CZUCZAI, J. (eds.), *EU Enlargement: The Constitutional Impact at EU and National Level*, Asser Press, The Hague, 2001, pp. 229-242.

ZAHN, R., “The Viking and Laval Cases in the Context of European Enlargement”, *Web Journal of Current Legal Issues*, nº3, 2008, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2008/issue3/zahn3.html>.

ZANGUÌ, C., “Un ‘altra critica al parere 2/94 della Corte sull’ adesione della Comunità Europea alla CEDU”, en *Scritti in onore di G. F. MANCINI, Diritto dell’Unione Europea*, v. II, Milán, 1998, pp. 1001-1025-

-Working papers, actas de congreso y otros recursos:

ALDECOA, F., y GUINEA, M., “El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa”: la salida del laberinto”, *Documento de Trabajo*, nº 9, 2008, Real Instituto El Cano.

ALONSO GARCÍA, R., “Justicia Constitucional y Unión Europea” en VIII Curso de Justicia Constitucional (5 a 21 de septiembre de 2007)”, <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/alonso2007.pdf>.

AVBELJ, M., “European Court of Justice and the Question of Value Choices”, www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040601.pdf.

BAYLOS, A., “El derecho de huelga en Europa puesto en cuestión: la sentencia del Tribunal de Justicia sobre el caso VIKING”, www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/115076.pdf.

BOGDANDY, A. von., “The European Union as Situation, Executive, and Promoter of the International Law of Cultural Diversity – Elements of a Beautiful Friendship”, *Jean Monnet Working Paper*, nº 13, 2007.

BOHTE, M., “The Judgement of the German Federal Constitutional Court regarding the Constitutionality of the Lisbon Treaty”, Instituto Affari Internazionali, www.iai.it/pdf/DocIAI/iai0920.pdf.

BRUUN, N., “La Autonomía del Convenio Colectivo”, VII European Regional congreso, Internacional Society for Labour Law and Social Security, 4-6 Septiembre de 2002, www.juridicum.su.se/.

- CONSTANTINESCO, V., “La Carta Europea de Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia”, *Anuario del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, UCM, 2001, pp. 179-196.
- CRAIG, P. P., y BURCA, G. de, “Human Rights: The Charter and beyond”, *Jean Monnet Working Paper*, nº10, 2001.
- Declaración de 9 de mayo de 1950 de Robert Schuman, http://europa.eu/abc/symbols/9-may/decl_es.html.
- Documento, “The EU Bill and Parliamentary sovereignty”, Tenth Repor of Session 2010-11, www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmselect/cmeuleg/633/633i.pdf
- DURÁN LÓPEZ, F., “Libre prestación de servicios y condiciones de trabajo” 8 de abril de 2008, www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/115077.pdf.
- FALGUERA i BARÓ, M.A., “Rüffert: Siguiendo los pasos de Bolkestein”, www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/115075.pdf.
- GIUBBONI, S., “Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie”, www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=213.
- HOFFMEISTER, F., “Constitutional Implications of EU Membership: A view from the Commission”, *WHI Paper* nº 10, 2008, Humboldt Universität zu Berlin.
- HÖPNER, M., “Political answer to judicial problems? Europe after Viking, Laval and Rüffert”, *Viking-Laval-Rüffert: Economic freedoms versus fundamental social rights – where does the balance lie?*, Notre Europe, and the European Trade Union Institute, www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Hopner-en.pdf.
- HÖS, N., “The principle of proportionality in the Viking and Laval Cases: An appropriate standard of judicial review?”, *EUI Working Papers*, nº 6, 2009..
- HOWE, M., “Time to Safeguard British Sovereignty”, *The Wall Street Journal*, 4 de enero de 2010, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704876104574631902563957112.html>.

Informes de los Tribunales constitucionales sobre “The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European Courts”, Bruselas, 13-16 de Mayo de 2002, www.confcoconsteu.org/reports/

KRZEMINSKA-VAMVAKA, J., “Free speech Meets Free Movement – How fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law”, ZERP-Diskussionspapier n° 3, 2005, <http://ssrn.com/abstract=1134809>.

_____, “Horizontal effect of fundamental rights and freedoms – much ado about nothing? German, Polish and EU theories compared after *Viking Line*”, *Jean Monnet Working Paper*, n° 11, 2009.

KUMM, M., “¿Who is the final arbiter of Constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice” *Harvard Jean Monnet Working Paper* n° 10, 1998, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/98/98-10-.html>.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., Estudio Preliminar al Tratado de Lisboa de 2007, Real Instituto Elcano, www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/TratadoLisboa2007/Perez_Nanclares_estudio_preliminar_def.pdf.

MIGUEL BÁRCENA, J. de, “Los derechos fundamentales como manifestación de la Europa Federal”, Comunicación al VIII Congreso de la ACOES, www.acoes.es/congresoVIII/documentos/JosuDeMiguelBarcena.pdf

NICOLATOS, M., “Information note on legal regime of the territories not under the effective control of the government of Cyprus, Opinion n°516/2009, European Commission for Democracy through law (Venice Commission)” en [www.venice.coe.int/docs/2009/CDL\(2009\)056-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL(2009)056-e.asp).

ORLANDINI, G., “Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sull diritto di sciopero e sull’auotnomia collettiva nell’ordinamento italiano”, www.etui.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements/Orlandini-G.-Viking-Laval-

[e-Rueffert-i-riflessi-sul-diritto-di-sciopero-e-sull-autonomia-collettiva-nell-ordinamento-italiano.](#)

PALLINI, M., “La tutela dell’ “ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE”, en [www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=238.](http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=238)

PARISI, N., “Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona”, [www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FunzioneCarta dei diritti fondamentali.pdf.](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/FunzioneCarta_dei_diritti_fondamentali.pdf)

PATRUNO, L., “Il Caso Ruffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella “via giudiziaria al dumping sociale”, [www.costituzionalismo.it.](http://www.costituzionalismo.it)

Propuesta firmada por 35 juristas alemanes de modificar el procedimiento ante el Tribunal Federal alemán, www.whi-berlin.de/documents/whi-material0109.pdf

ROCELLA, M., “Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro”, *Working Paper del centro “Massimo D’Antona”*, n° 23, 2004.

RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Libertades económicas y derechos sociales en la Unión Europea”, XX Congreso Nacional Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Logroño, mayo de 2009, [http://www.aedtss.com/TERCERA_PONENCIA_MRPR.doc.](http://www.aedtss.com/TERCERA_PONENCIA_MRPR.doc)

ROSSI, L.S., “Il processo di integrazione al capolinea? La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona”, [www.europeanrights.eu.](http://www.europeanrights.eu)

RUGGERI, A., “Trattato costituzionale, europeizzazione dei controlimiti e tecniche di risoluzione delle antinomie”, [http://www.forumcostituzionale.it/contributi/RUGGERI.html.](http://www.forumcostituzionale.it/contributi/RUGGERI.html)

SARMIENTO, D., “Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea: la Sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco, *REEI*, 2005, [www.reei.org/reei%2010/D.Sarmiento\(reei10\).pdf](http://www.reei.org/reei%2010/D.Sarmiento(reei10).pdf)

SCHILLING, T., WEILER, J.H.H., HALTERN, U.R., “Who in the Law is the Ultimate Judicial Umpire of European Community Competences?”, *Jean Monnet Paper*, 1996, [http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9610.html.](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/96/9610.html)

- SCIARABBA, V., “La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea”, www.europeanrights.com .
- SHUTTER, O. de, “The implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, *Jean Monnet Working Paper*, n° 7, 2004, Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice, NYU School of Law.
<http://jeanmonnetprogram.org/papers/04/040701.html>.
- SIEGEL, S., “Courts and Compliance in the European Union: The European Arrest Warrant in National Constitutional Courts”, *Jean Monnet Working Paper* n° 5, 2008.
- VILLANI, U., “I ‘controlimiti’ nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano”, Intervento al Seminario di studio su “Diritto comunitario e diritto interno”, Corte costituzionale, Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/15203.pdf>
- WEATHERILL, S.R., “The EU Charter of Fundamental Rights and the Internal Market”, “The EU Charter of Fundamental Rights and the Internal Market, *Fracisco Lucas Pires working Papers Series on European constitutionalism Working Paper*, n° 3, 2003.