

UNIFICACIÓN A TRAVÉS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMUNITARIOS

SOBRE LA NECESIDAD DE REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA *ERT**

PETER M. HUBER**

I. LA DIMENSIÓN COMPETENCIAL DEL DESARROLLO JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El que la aplicación y el desarrollo por parte de la jurisdicción (constitucional) de los derechos fundamentales poseen siempre también una dimensión compe-

tencial es una idea ciertamente corriente, pero la mayoría de las veces poco tratada, en la discusión relativa a estos derechos en el continente europeo. Esto vale en sentido horizontal, es decir, respecto de la relación del Poder judicial con los otros poderes o funciones, donde los conceptos importados del Derecho constitucional estadounidense *judicial activism* y *judicial self restraint* aparecen como dos

erráticos pedazos de roca en el paisaje de la dogmática de los derechos fundamentales¹, y vale asimismo en sentido vertical, cuando la estructura estatal se presta a ello².

En un sistema de varios planos, los derechos fundamentales poseen en cualquier caso una eficacia unificadora cuando los mismos valen para todos aquéllos³. Así,

* Traducido por Gabriel Doménech Pascual.

** El autor es titular de la Cátedra de Derecho público y Filosofía política de la Universidad Ludwig Maximilian de Munich, así como Director del Centro de Investigación sobre el Derecho de la Integración Europea. El presente trabajo tiene su base en una ponencia que el autor presentó en el I Fórum luxemburgués de expertos para

el desarrollo del Derecho comunitario, que tuvo lugar los días 10 y 11 de septiembre de 2007 en Luxemburgo.

¹ Sobre el intento de hacer fructíferas perspectivas jurídico-comparadas, S. P. Hwang, *Verfassungsgerichtlicher Jurisdiktionsstaat?*, 2005; C. Simons, *Grundrechte und Gestaltungsspielraum*, 1999; adicionalmente, G. F. Schuppert, *Funktio-*

nell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980.

² P. M. Huber, *Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren als Kompetenzproblem in der Gewaltenteilung und im Bundesstaat*, 1988.

³ A. v. Bogdandy, *Zweierlei Verfassungsrecht*, *Der Staat* 39 (2000), pp. 163, 168 y 183; M. Hilf,



por ejemplo, debido a que ésta ya era una idea corriente en la teoría del Derecho político del siglo XIX, la Constitución imperial de 1871 renunció ampliamente a incorporar derechos fundamentales. Hoy ese resultado puede observarse tanto en la vida aparente de los catálogos de

Grundrechte in einer europäischen Verfassung, en: Weidenfeld (coord.), *Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft*, 1992, pp. 61 y s.; P. M. Huber, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), pp. 194, 239 y s.; A. Weber, *Die Europäische Grundrechtscharta – Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung*, NJW 2000, pp. 537, 538 y s.

⁴ BVerfGE 96, 345, 371 y ss.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepu-*

derechos fundamentales contenidos en las Constituciones de los *Länder*⁴ como en el Derecho de la radiodifusión. Si bien éste pertenece a la competencia legislativa exclusiva de los *Länder*, mediante nueve grandes decisiones⁵ y numerosas pequeñas resoluciones del Tribunal

blik Deutschland, 20ª ed., 1995, marginal 89; P. M. Huber, en: P. M. Huber (coord.), *ThürStVerwR*, 2000, 1ª parte, marginales 208 y s.; P. M. Huber, en: Sachs (coord.), GG, 4ª ed. 2007, Art. 142, marginal 5; J. Pietzcker, en: Isensee/Kirchhof (coords.), HStR IV § 99, marginal 41; de otra opinión, M. Möstl, *Landesverfassungsrecht – zum Schattendasein verurteilt?*, AöR 130 (2005), pp. 350, 390.

⁵ BVerfGE 12, 205 y ss.; 31, 314 y ss.; 57, 295 y ss.; 73, 118 y ss.; 74, 297 y ss.; 83, 238 y ss.; 90,

Constitucional Federal, el mismo ha sido armonizado en el ínterin hasta en los detalles de ejecución de una manera más intensa que la mayoría de las materias en las que existen competencias legislativas concurrentes. Y esta idea, ciertamente, no se limita a Alemania, sino que también se encuentra en los Estados Unidos de América⁶ y vale igualmente para la Unión Europea⁷.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN Y SU EFICACIA VINCULANTE

1. La visión del Tribunal de Justicia

El desarrollo de los derechos fundamentales de la Unión, producido mediante el recurso al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, a los Tratados y al *soft law*⁸, ha servido en primer término para colmar una laguna, resultante de la falta de un catálogo de derechos fundamentales vinculante para los órganos de la Comunidad Europea. En este sentido han sido codificados también por el artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

Indiscutiblemente, estos derechos fundamentales deben asegurar a los ciudadanos comunitarios un ámbito de configuración vital individual libre de las injerencias de la Unión Europea y, por lo tanto, se dirigen contra la misma y sus órganos. Así lo aclara expresamente el artículo 5.1, inciso primero, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). De la resultante vin-

60 y ss.; 97, 298 y ss.; Sentencia de 11.9.2007 – I BvR 2270/05, entre otras

⁶ W. Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, 1987, pp. 45 y ss.; F. Jacobs/K. Karst, *The «Federal» legal Order: The U.S.A. and Europe Compared. A Juridical Perspective*, en: Capelletti/Seccombe/Weiler (coords.), *Integration through law*, vol. 1 (1986), pp. 169, 205 y ss.

⁷ A. v. Bogdandy (nota 3), p. 183; P. Eeckhout, *The EU Charter of fundamental rights and the federal question*, CMLR 39 (2002), pp. 945 y ss.

⁸ TJCE, as. 4/73 (Nold), Rec. 1974, 491; TJCE, as. 44/79 (Hauer), Rec. 1979, 3727; TJCE, as. 222/84 (Hauer), Rec. 1986, 1651; TJCE, as. 46/87, as. 227/88 (Hoechst), Rec. 1989, 2858; TJCE, as. C-260/89 (ERT), Rec. 1991, I-2925; P. M. Huber, *Recht der Europäischen Integration*, 2ª ed., 2002, § 8, marginales 36 y ss.

culación del legislador comunitario a los derechos fundamentales comunitarios se infiere por fuerza también una vinculación de los Estados miembros y sus subdivisiones. Otra cuestión es si, más allá de eso, aquéllos se convierten en el fundamento de la organización y la actividad de la Unión Europea en todos sus planos⁹—como podría apuntar el art. 6.1 TUE—, cuestión sobre la que desde hace años difieren las opiniones¹⁰.

Allí donde los Estados miembros y sus subdivisiones transponen o hacen operativo Derecho derivado, secundario o terciario¹¹, o tienen que aplicarlo en vía de ejecución indirecta¹², debe estar el mismo en concordancia con los derechos fundamentales, cuyo rango es superior. En esa medida se trata aquí, sustancialmente, de una interpretación del Derecho comunitario conforme con los derechos fundamentales, en virtud de la cual el margen de configuración otorgado a los Estados miembros se estrecha como consecuencia de la eliminación de las variantes interpretativas y concretizadoras disconformes con aquéllos.

Aquí, los destinatarios de los derechos fundamentales comunitarios, en una consideración estricta, siguen siendo la Unión Europea y sus órganos, de los cuales procede la norma que hay que ejecutar o concretar. Justamente éstas eran las circunstancias que tenía a la vista el Tribunal de Justicia cuando, en el asunto *Parlamento Europeo/Consejo de la Unión Europea*, referente a la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de los hijos menores de nacionales de países terceros, derecho protegido por el art. 8 del CEDH, declaró que:

«104. Por último debe señalarse que, aunque la Directiva reserva a los Estados miembros un margen de apreciación, éste es lo suficientemente amplio para permitirles aplicar las normas de la Directiva en un sentido acorde con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales (...)

105. A este respecto procede recordar que, como se desprende de una jurisprudencia reiterada, las exigencias derivadas de la protección de los principios generales reconocidos en el ordenamiento jurídico comunitario, entre los que figuran los derechos fundamentales*, vinculan también a los Estados miembros cuando aplican la normativa comunitaria, de lo que resulta que estos últimos están obligados, en lo posible, a aplicar dicha normativa de modo que no se menoscaben tales exigencias (...)

El funcionamiento combinado de reglamentos, directivas o decisiones marco¹⁴, de un lado, y principios generales del Derecho y derechos fundamentales¹⁵, de otro, no es nada especial para los juristas alemanes, acostumbrados a pensar en jerarquías normativas; pero para el Derecho de la Unión, que —con una cierta excepción en el ámbito de la libre circulación de trabajadores (art. 39 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, TCCE) y de la libre circulación en general (art. 18 TCCE)— ha partido hasta ahora de la supremacía aplicativa del Derecho derivado¹⁶, esto es casi revolucionario.

En cambio, no está perfectamente claro que los Estados miembros deban obser-

var los derechos fundamentales también allí donde establecen regulaciones en virtud de una decisión política autónoma, aun cuando éstas se presenten como restricciones de las libertades fundamentales. El Tribunal de Justicia había rechazado inicialmente que los Estados miembros estuvieran vinculados en el caso de una restricción de las libertades fundamentales, aduciendo que él no podía revisar «la compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de una ley nacional que afecta a un ámbito perteneciente a la competencia discrecional del legislador nacional»¹⁷. Desde 1991, sin embargo, el Tribunal parte en una constante jurisprudencia de que los derechos fundamentales son vinculantes en todo el ámbito de aplicación del Derecho comunitario también para los Estados miembros y sus subdivisiones¹⁸. Desde el asunto *ERT* así suena el *cantus firmus*:

«43. En particular, cuando un Estado miembro invoca los artículos 56 [46] y 66 [55] para justificar una normativa que puede obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios, esta justificación, prevista por el Derecho comunitario, debe interpretarse a la luz de los principios generales del Derecho y especialmente de los derechos fundamentales. De este modo la normativa nacional de que se trata no podrá acogerse a las excepciones establecidas por los artículos 56 [46] y 66 [55] más que si es conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia...

45. Procede por tanto responder al órgano jurisdiccional nacional que las limitaciones impuestas a la facultad

⁹ *W. Skouris*, La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice: les étapes d'une consolidation progressive, en: Iliopoulos-Strangas/Bauer (coords.), en: SIPE 1 (2006), pp. 87, 111.

¹⁰ De entre la cada vez más copiosa doctrina, vid., por ejemplo, *F. Brosius-Gersdorf*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2005; *J. Cirkel*, Die Bindungen der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte, 2000; *S. Fries*, Die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten nach dem Gemeinschaftsrecht, 2002.

¹¹ TJCE, as. 201/85, as. 202/85, (*Klensch*) Rec. 1986, 3477, *Marthe Klensch* trataba de la cuestión de hacer operativo (aplicar) el Reglamento (CEE) núm. 857/84 (cuota láctea) por el Gran Ducado de Luxemburgo. Sobre el concepto de «hacer operativo» (*Operationalisierung*), vid. *P. M. Huber* (nota 8), § 8 marginal 95.

¹² TJCE, as. 5/88 (*Wachauf*), Rec. 1989, 2609, sobre la ejecución del Reglamento (CEE) núm. 857/84 por la antigua Oficina Federal para la Alimentación y la Silvicultura; *Th. v. Danwitz*, Grundrechtsschutz im dezentralen Vollzug europäischen Kartellrechts, en: FS für R. Scholz, 2007, pp. 1019, 1029 y ss.

* Nota del traductor: nos hemos apartado de la versión española oficial de esta sentencia, que aquí reza «entre los que figura el principio de protección de la confianza legítima». El contexto y las restantes versiones oficiales («zu denen auch die Grundrechte zählen», «which include fundamental rights», «au nombre desquels figurent les droits fondamentaux», etc.) indican que en aquélla se cometió una errata.

¹³ STJCE de 27.6.2006, as. C-540/03 (*Parlamento Europeo/Consejo*) marginales 103 y s.

¹⁴ TJCE, as. C-105/03 (*Pupino*), Rec. 2005, I-5285

marginal 59, sobre la vinculación al art. 6 CEDH en el proceso penal.

¹⁵ *Th. v. Danwitz*, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, pp. 697, 704.

¹⁶ *P. M. Huber* (nota 8), § 17, marginal 44.

¹⁷ TJCE as. 60/84, as. 61/84 (*Cinéthèque*), Rec. 1985, 2605 marginal 26; a favor, *P. M. Huber*, (nota 8), § 8, marginal 61.

¹⁸ TJCE, as. C-260/89 (*ERT*), Rec. 1991, I-2925 marginales 43 y ss.; TJCE, as. C-368/95 (*Familiapress*), Rec. 1997, I-3689 marginales 24 y ss.; TJCE as. C-107/97 (*Rombi y Arkopharma*), Rec. 2000, I-3367 marginal 65; STJCE de 27.6.2006 as. C-540/03 (*Parlamento Europeo/Consejo*) marginal 105; *R. Streinz*, Europarecht, 7ª ed., 2005, marginal 768.

de los Estados miembros de aplicar las disposiciones contempladas por los artículos 56 [46] y 66 [55] del Tratado por razones de orden público, seguridad o salud públicas, deben apreciarse a la luz del principio general de la libertad de expresión, consagrada por el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos»¹⁹.

Esto desemboca sustancialmente en una amplia vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales de la Unión, sobre cuyo contenido y fuerza directriz decide en última instancia el Tribunal de Justicia (art. 220 del TCCE). Si se tiene en cuenta, en particular, que toda divergencia entre las regulaciones nacionales produce siempre efectos cuando menos indirectos sobre las libertades fundamentales, y que el Tribunal de Justicia²⁰ y el Legislador comunitario²¹ han desarrollado en el ínterin la libertad de circulación del artículo 18 del TCCE hasta convertirla en una todavía más amplia «libertad fundamental sin mercado»²², entonces se muestra que, en vista de la orientación final del Derecho de la Unión hacia el mercado interior²³ y el espacio de libertad, seguridad y Derecho, ya hoy y, en cualquier caso, una vez se derogue la estructura de pilares en virtud del futuro Tratado de la Unión Europea²⁴, prácticamente no restará ámbito vital alguno que



no quede «en el campo de aplicación del Derecho comunitario»²⁵, desde la defensa nacional²⁶, pasando por la protección de la seguridad y el orden públicos²⁷, las garantías democráticas del Derecho nacional de la radiodifusión²⁸, hasta el Derecho procesal civil²⁹.

2. Crítica

Aunque esta doctrina ha gustado mucho³⁰, no puede convencer ni metodológi-

ca ni dogmáticamente³¹. Bien mirado, no es sostenible el argumento de que aquí se trata sólo de la gestión provisional de los intereses de la Unión por falta de armonización, y de que los Estados miembros, en su calidad de «fideicomisarios» del interés comunitario, también deberían estar vinculados a los referidos derechos fundamentales³². Tanto antes como ahora es tarea primaria de los Estados miembros garantizar los bienes jurídicos mencionados en los artículos 30, 46, etc. del TCCE, tales como la seguridad y el orden públicos. Y aquí ni siquiera se trata de un ejercicio fiduciario «provisional» de competencias ajenas, sino de una competencia originaria de los Estados nacionales o de sus subdivisiones. Estos actúan al respecto por derecho propio y ejercen poder estatal nacional, ciertamente vinculado por la supremacía del Derecho de la Unión, pero no dirigido por el mismo.

También desde la perspectiva metodológica resulta cuestionable la doctrina del Tribunal de Justicia, porque la misma no significa otra cosa que los derechos fundamentales, deducidos de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros a fin de integrar lagunas en el plano comunitario, son convertidos en un mandato *para* tales Estados, a pesar de que no hay a estos efectos ni habilitación en un Tratado ni necesidad, a la vista de los –normalmente elaborados y acredita-

¹⁹ TJCE, as. C-260/89 (ERT), Rec. 1991, I-2925 marginales 43 y ss.

²⁰ Sobre las complicaciones producidas por la llamada jurisprudencia *Grzelczyk*, vid. TJCE, as. C-85/96 (Martínez Sala), Rec. 1998, I-2691 y ss. (derecho a recibir la prestación por hijo a cargo, a pesar de carecer del permiso o título de residencia en el momento de la solicitud); TJCE, as. C-184/99 (Grzelczyk), Rec. 2001, I-6193, marginal 31; TJCE, as. 274/96 (Bickel y Franz), Rec. 1998, I-7637 y ss. (utilización de la lengua alemana ante los Tribunales del Tirol del Sur); TJCE, as. 413/99 (Baumbast y R.), Rec. 2002, I-7091 y ss. (derecho de residencia en Gran Bretaña a pesar de carecer de un seguro de enfermedad); TJCE, as. C-148/02 (García Avello), Rec. 2003, I-11613 y ss. (equiparación ilícita de los nacionales de un Estado y de quienes tienen doble nacionalidad en lo que respecta a la atribución de los apellidos); TJCE, as. 138/02 (Collins), Rec. 2004, I-2703 y ss. (subsidio de desempleo en Gran Bretaña); TJCE, as. C-456/02 (Trojani), 2004, I-7573 y ss. (derecho a recibir asistencia social durante el periodo de residencia legal hasta la expulsión); TJCE, as. C-200/02 (Chen/Zhu), Rec. 2004, I-9925 y ss. (derecho de residencia de nacionales de Estados terceros para cuidar de hijos menores ciudadanos de la Unión); TJCE, as. C-209/03 (Dany Bidar), Rec. 2005, I-2119 y ss. (prestamos concedidos a los estudiantes en Gran Bretaña para estudiantes franceses); vid. al respec-

to *F. Wollenschläger*, Grundfreiheit ohne Markt. Die Herausbildung der Unionsbürgerschaft im unionsrechtlichen Freizügigkeitsregime, 2007.

²¹ Directiva 2004/38 – Directiva de libre circulación.

²² Según la terminología de *F. Wollenschläger* (nota 20) *passim*.

²³ Sobre la centralidad del mercado interior, *P. M. Huber* (nota 8), § 16, marginal 9.

²⁴ Vid. al respecto Consejo de la Unión Europea, Consejo Europeo de Bruselas, de 21/22 de junio de 2007, Conclusiones de la Presidencia, 11177/07 CONCL 2, pp. 16 y ss.

²⁵ *P. Eeckhout* (nota 7), pp. 962. Sin referencia a las libertades fundamentales, TJCE, as. C-71/02 (Kärner) Rec. 2004, I-3025 marginales 48 y ss. (Ley austriaca contra la competencia desleal). La única excepción visible la constituye el as. *Kremzow*, en el que se trataba de la indemnización por haber sufrido una pena privativa de libertad ilícitamente impuesta, TJCE, as. 299/95 (Kremzow), Rec. 1997, I-2629 marginales 14 y ss.

²⁶ TJCE, as. 285-98 (Tanja Kreil), Rec. 2000, I-69 – sobre la aplicación de la Directiva 76/207 a las Fuerzas Armadas.

²⁷ TJCE, as. C-60/00 (Carpenter), Rec. 2002, I-6279 – expulsión de una esposa nacional de un Estado tercero. La relación con el Derecho comunitario estribaba tan sólo en que el Sr. Carpenter se veía obligado a viajar al extranjero por razón de sus negocios publicitarios y la expulsada debía ocuparse a la sazón de los hijos de aquél; sobre ello, *D. H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 40 (2005), pp. 162, 165.

²⁸ TJCE, as. C-465/00 (Österreichischer Rundfunk), Rec. 2003, I-4989 marginales 39 y ss., 73 y ss. – sobre la aplicación de la Directiva de protección de datos a la obligación de los altos funcionarios de publicar sus ingresos.

²⁹ TJCE, as. C-276/01, Rec. 2003, I-3735 (Steffensen) marginal 71 – sobre el derecho a la defensa.

³⁰ *P. Eeckhout* (nota 7), pp. 991 y s.

³¹ *T. Schilling*, Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts, EuGRZ 2000, pp. 3, 34.

³² Sostiene este argumento *M. Ruffert*, Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft – Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, EuR 39 (2004), pp. 165 y ss.

dos— catálogos de derechos fundamentales existentes en el Derecho constitucional nacional. La doctrina *ERT* extiende demasiado el mandato de homogeneidad del artículo 6, apartados 1 y 7, del TUE y, por consiguiente, no es compatible ni con el artículo 6.3 del TUE y la importancia de las Constituciones nacionales para el ordenamiento jurídico de la Unión ni con la *ratio* de las reservas de limitación previstas en los artículos 30, 46 y 55 del TCCE³³.

La vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales comunitarios a la hora de restringir las libertades fundamentales opera estructuralmente como un límite de los límites³⁴, y deslinda su margen político de configuración. Esto tiene como consecuencia, además, un solapamiento con las garantías nacionales de los derechos fundamentales y que, allí donde hay que resolver colisiones de derechos fundamentales, se pueda producir una alteración de las soluciones acreditadas³⁵. Visto así, las controversias suscitadas entre el Tribunal Constitucional Federal y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Caroline v. Hannover*³⁶ y *Görgülü*³⁷ constituyen síntomas de una casi revolucionaria revuelta, máxime cuando el Tribunal de Justicia asume, por regla general, la jurisprudencia estrasburguesa y —provista entonces de supremacía aplicativa³⁸— le da efecto también frente a los Estados miembros.

III. VALORACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Por el momento, los efectos unificadores de la jurisprudencia del Tribunal de Jus-

ticia relativa a los derechos fundamentales son todavía limitados. El recurso a los derechos fundamentales puede incluso ampliar el margen de configuración de los Estados miembros³⁹, sobre todo en el ámbito de los derechos de libertad, en vista de la moderación que el Tribunal de Justicia muestra aquí respecto de las cuestiones de contenido: hasta la fecha, todavía ningún acto jurídico de la Unión ha fracasado explícitamente por vulnerar un derecho de este tipo⁴⁰. Así, el Tribunal de Justicia, en el asunto *Schmidberger*, consideró que no se había vulnerado el deber de los Estados miembros de proteger la libertad de circulación de mercancías⁴¹ —deber desencadenado por el bloqueo de la autopista del Brenner—, aduciendo la libertad de reunión⁴²; y, en el asunto *Omega Spielhallen*, la invocación de la concepción alemana de la dignidad humana posibilitó una limitación de la libertad de prestación de servicios en relación con un laserdromo*:

«37. A este respecto, no es indispensable que la medida restrictiva adoptada por las autoridades de un Estado miembro corresponda a una concepción compartida por el conjunto de los Estados miembros en cuanto a las modalidades de protección del derecho fundamental o interés legítimo controvertido. Aunque, en el apartado 60 de la sentencia *Schindler*, antes citada, el Tribunal de Justicia se refirió a consideraciones de orden moral, religioso o cultural que llevan a todos los Estados a imponer restricciones a la organización de loterías y de otros juegos, al mencionar esta concepción común, 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.

38. Al contrario, como resulta de reiterada jurisprudencia posterior a la sentencia *Schindler*, antes citada, el mero hecho de 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»⁴³.

En el ámbito de aplicación del principio de igualdad y de las prohibiciones especiales de discriminación, las cosas son ciertamente distintas, sobre todo porque la penetración del principio de igualdad ha llegado en el Derecho comunitario más allá que, por ejemplo, en el alemán⁴⁴. Así lo ilustra muy bien la Sentencia *Mangold*, que vio en la posibilidad incondicionada de celebrar contratos laborales de duración determinada con trabajadores mayores de 52 años, permitida por el párrafo 14.3 de la *TzBfG** de 2003, una vulneración de la prohibición iusfundamental de discriminación por razón de la edad⁴⁵.

La inclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Derecho constitucional comunitario —inclusión que siempre había quedado un tanto en el aire pero que ahora viene contemplada por las más recientes resoluciones del Consejo Europeo de junio de 2007⁴⁶— permitirá al Tribunal de Justicia un mayor *judicial activism* también en

³³ P. M. Huber, *Das bayerische Rundfunkmodell im Lichte seiner verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen*, BayVBl. 2004, pp. 609, 615.

³⁴ W. Skouris, *Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, DÖV 2006, pp. 89, 96, habla de los derechos fundamentales como un medio de «contracontrol» (*Gegenkontrolle*).

³⁵ T. v. Danwitz (nota 12), pp. 1019, 1026; T. Kingreen, en: Calliess/Ruffert (coords.), *EUV/EGV*, 3ª ed., 2007, GrCh Art. 51, marginal 7.

³⁶ STEDH de 24.6.2004, núm. 59320/00, Rep. 2004-VI, NJW 2004, p. 2647 (*von Hannover/Alemania*); BVerfGE 97, 125 (*Caroline von Monaco I*); BVerfGE 101, 361 (*Caroline von Monaco II*).

³⁷ STEDH de 26.2.2004, núm. 74969/01, NJW 2004, p. 3397 (*Görgülü/Alemania*); BVerfGE 111, 307 (*Görgülü*).

³⁸ Según insinúa J. Nergelius, *Offene Staatlichkeit: Schweden*, § 22, marginal 31.

³⁹ F. Brosius-Gersdorf (nota 10) p. 61, quien, no obstante, desconoce que este aspecto de la ampliación del margen de actuación de los Estados miembros representa sólo una porción del círculo de los problemas planteados.

⁴⁰ Críticos se muestran: P. M. Huber, *Diskussionsbeitrag*, en: Iliopoulos-Strangas/Bauer (coords.), en: SIPE 1 (2006), p. 74; y P. J. Tettinger, *Diskussionsbeitrag*, ibidem, pp. 134, 135.

⁴¹ TJCE as. C-265/95 (*Kommission/ Frankreich*), Rec. 1997, I-6959 marginales 24 y ss.

⁴² TJCE, as. C-112/00 (*Schmidberger/Österreich*), Rec. 2003, I-5659 marginales 70 y ss.

* Nota del Traductor: se trataba de una instalación en la que una empresa organizaba juegos bélicos con «ametralladoras» láser.

⁴³ TJCE, as. C-36/02 (*Omega Spielhallen/Oberbürgermeisterin von Bonn*), Rec. 2004, I-9609 marginales 37 y ss.

⁴⁴ P. M. Huber (nota 8), § 8, marginal 70.

* Nota del Traductor: *Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen* (Ley relativa al trabajo a tiempo parcial y a los contratos de trabajo de duración determinada y por la que se modifican y derogan determinadas disposiciones del Derecho laboral).

⁴⁵ TJCE, as. C-144/04 (*Mangold/Helm*), Rec. 2005, I-9981, marginales 64 y ss., 75.

⁴⁶ Consejo de la Unión Europea, Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007, Conclusiones de la Presidencia, 11177/07 CON-CL 2, p. 17, marginal 9: «El artículo relativo a los derechos fundamentales contendrá una referencia cruzada a la Carta de los Derechos Funda-



el ámbito de aplicación de otros derechos fundamentales y, por consiguiente, fortalecer notablemente la eficacia unificadora de los derechos fundamentales comunitarios.

IV. BASES PARA LA POSICIÓN CONTRARIA

Las reservas de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros del tipo de la «doctrina solange»⁴⁷ proporcionan escasa ayuda al respecto, porque las mismas persiguen que el Derecho co-

munitario garantice un estándar mínimo en materia de derechos fundamentales, pero no ofrecen tratamiento alguno respecto de su optimización. Y es asimismo dudoso que la segunda reserva nacional, constituida por los límites del programa de integración⁴⁸, pueda servir de auxilio en este contexto⁴⁹, habida cuenta de los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia y la aprobación que esta jurisprudencia ha suscitado en la doctrina⁵⁰.

Así las cosas, los miembros de la llamada Convención de Derechos Fundamentales

Braibant (Francia), *Gnauck* (Alemania) y *Friedrich* (Alemania) intentaron en su seno limitar la extensión de aquel solapamiento e influyeron para que la fórmula empleada por el Tribunal de Justicia quedara claramente limitada, en cualquier caso, en la versión alemana de la Carta. Según su art. 51.1, inciso primero, debe haber una vinculación de los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»⁵¹. La Convención constitucional asumió luego esta formulación (art. II-111.1, inciso segundo, de la Constitución Europea, CE).

mentales, tal como se aprobó en la CIG de 2004, que le conferirá un carácter jurídico vinculante y establecerá su ámbito de aplicación».

⁴⁷ En el caso de Alemania, el «contenido esencial de los derechos fundamentales» o una «protección de los derechos fundamentales equiparable en lo esencial» con la de la Constitución nacional, el «estándar indispensable de protección de los derechos fundamentales» o los «derechos inviolables de la persona», o la «protección de los derechos y libertades» tal como han sido reconocidos en la correspondiente Constitución nacional y en el CEDH, BVerfGE 37, 271, 280 y ss. (*Solange I*); 73, 339, 376 (*Solange II*); 89, 155 (*Maastricht*); 102, 147, 164 (*Bananenmarkt*); P. M. Huber, Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), pp. 210, 235 y s.; de otra opinión, H. Dreier, en: ídem (coord.), GG, vol. I, 2ª ed. 2004, Art. 19 Abs. 2, marginal 5; sobre los pormenores de la discusión, P. M. Huber (nota 8), § 4, marginal 28), Italia Corte costituzio-

nale, Sentencia núm. 183 de 27.12.1973 (*Frontini*); C. Panara, Offene Staatlichkeit: Italien, en: v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (coords.) IPE II, 2007, § 18, marginales 33 y ss.), Polonia (*S. Biernat*, Offene Staatlichkeit: Polen, IPE II, § 21, marginal 17), Suecia (*J. Nergelius*, Offene Staatlichkeit: Schweden, en: IPE II, § 22, marginal 13), España (*A. López Castillo*, Offene Staatlichkeit: Spanien, en: IPE II, § 24, marginal 69); sobre otros Estados miembros, en relación con las garantías de la Constitución nacional resistentes a la integración, P. M. Huber, Offene Staatlichkeit: Vergleich, en: IPE II, § 26, marginal 91.

⁴⁸ Los Tribunales (constitucionales) de los Estados miembros esgrimen que los actos de autoridad de los órganos de la Unión Europea rompen el «programa de integración», es decir, son calificados como *ultra vires*, a fin de denegarles el reconocimiento en el ámbito de su soberanía. Esta canalización de la apertura de la estatalidad –formulada lacónicamente en la Sentencia Maastricht del Tribunal Constitucional Federal [BVerfGE 89, 155, 188, 195, 210

(*Maastricht*)], pero sustancialmente casi ubicua– ha encontrado un amplio seguimiento, en la decisión Maastricht del Højesteret danés, así como en sus homólogos sueco (*J. Nergelius*, Offene Staatlichkeit: Schweden, en: IPE II, § 22, marginal 21) y húngaro (*P. Sonnevend*, Offene Staatlichkeit: Ungarn, en: IPE II, § 25, marginales 24 y s.) Integrationsgesetzgebung; P. M. Huber, Offene Staatlichkeit: Vergleich (nota 47), § 26, marginales 71 y s.

⁴⁹ Sobre el aquí existente requisito de la arbitrariedad, P. M. Huber, Offene Staatlichkeit: Vergleich (nota 47), § 26, marginal 81.

⁵⁰ T. Kingreen (nota 35) GrCh Art. 51, marginal 15; D. H. Scheuing (nota 27), p. 177, ambos con ulteriores referencias.

⁵¹ Al respecto, vid. el art. 46 doc. Charte 4316/00 CONVENT 34; Charte 4372/00 CONVENT 39; Charte 4422/00 CONVENT 45; P. M. Huber (nota 3), p. 240. La concreta redacción de la versión alemana del art. 51.1 de la CDFUE obedece a una

Todavía antes de la proclamación de la Carta en la cumbre de Niza se produjeron intentos por partes interesadas de relativizar y disimular esta enmienda del proyecto⁵². A ello contribuyeron de manera manifiestamente no poco relevante las –escasamente claras, pero que deben tenerse en cuenta a efectos interpretativos (art. II-112.7 CE)– declaraciones del Praesidium de la Convención de Derechos Fundamentales⁵³ y de la Convención Constitucional⁵⁴, así como la circunstancia de que otras versiones oficiales no explicitaron de modo igualmente obvio la intención de la enmienda⁵⁵. Sobre el significado de esta disposición no existe claridad⁵⁶ y, en cualquier caso, el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado al respecto por el momento⁵⁷.

V. SOBRE LA SUPERACIÓN DOGMÁTICA DEL PROBLEMA DE LA UNIFICACIÓN

Así las cosas, no sólo hay que tomar buena nota de este efecto unificador que produce la vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales comunitarios, en su calidad de daño colateral del proceso de integración, sino también superarlo jurídico-dogmáticamente y hacer fructífera su dimensión jurídico-funcional en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Puntos de apoyo para ello ofrecen: el tenor literal del artículo 51.1, inciso primero, de la CDFUE, en su versión alemana, tenor que, a la vista de la jurisprudencia *ERT*, no ha sido casualmente escogido; la pretensión expresamente reflejada en el artículo 51.2 de la CDFUE, y dirigida



en primer término al Tribunal de Justicia⁵⁸, de no ampliar las competencias de la Unión; el principio de subsidiariedad, que si bien ha sido tratado hasta la fecha de un modo poco cuidadoso por el Tribunal de Justicia, se menciona expresamente en el párrafo V del Preámbulo de la Carta; y, no en último lugar, también el mandato de respetar la identidad nacional de los Estados miembros.

El que la dimensión jurídico-funcional no haya sido tratada adecuadamente en la doctrina y la jurisprudencia no constituye un argumento en contrario⁵⁹. A diferencia de lo que insinúan algunas opiniones relativas a la jurisprudencia *ERT*⁶⁰, una *judicial restraint* de raíz jurídico-funcional no significa en modo alguno una minoración de la protección de los derechos fundamentales. Porque todos los Estados miembros aseguran hoy estos derechos con garantías de alcance global, acredi-

tadas en la mayoría de las ocasiones a lo largo de décadas⁶¹ y que en nada le van a la zaga a las de la Unión Europea, al contrario. Y, finalmente, si se tiene presente que las estructuras de la unión asociativa de Estados y constituciones han impulsado una intensificación de la comparación jurídica entre los Estados miembros y fomentado la influencia y la convergencia recíprocas, entonces el Derecho de la Unión puede retirarse en este punto sin temer nada.

La unificación de los sistemas federales mediante el desarrollo jurisprudencial de las garantías de los derechos fundamentales es un problema global y que en ninguna parte ha sido resuelto definitivamente. Bajo las condiciones de un Estado Federal unitario concebido al modo de un Estado nacional, como Alemania⁶², esto aún puede ser tolerable, si bien también puede provocar fricciones, como lo muestra la

propuesta del representante del *Bundesrat* en la Convención; vid. *M. Borowsky*, en: Meyer (coord.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2ª ed., 2006, Art. 51, marginales 2 y ss., 29 y s.; *N. Bernsdorff/M. Borowsky*, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2002, p. 231; *R. Streinz*, en: ídem (coord.), *EUV/EGV*, 2003, Art. 51 GR-Charta marginal 9; crítico, *F. Brosius-Gersdorf*, (nota 10), pp. 48 y ss.

⁵² El miembro de la Comisión *Vitorino* hablaba de una «stylistic precaution», citado por *P. Eeckhout* (nota 7), p. 953, nota 29; *C. Ladenburger*, en: *Tettinger/Stern* (coords.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar*, EuGrCh, 2006, Art. 51, marginal 8.

⁵³ Vid. la acertada exposición de *M. Borowsky* (nota 51), Art. 51, marginales 4 y ss.

⁵⁴ Preámbulo de las explicaciones del Praesidium de la Convención, *Charte* 4473/00 CONVENT

49, de 11.10.2000, en la versión actualizada por el Praesidium de la Convención Europea de 18.7.2003, CONV 828/03.

⁵⁵ En la inglesa: «implementation»; en la francesa: «mettent en oeuvre»; en la italiana: «nell'attuazione»; en la española: «aplicar»; en la holandesa: «ten uitvoer brengen»; sobre ello, *F. Brosius-Gersdorf* (nota 10), p. 44; sobre la significación de las versiones lingüísticas, *I. Schübel*, *Pfister, Sprache und Gemeinschaftsrecht*, 2004.

⁵⁶ *D. H. Scheuing*, *Diskussionsbeitrag*, en: *Iliopoulos-Strangas/Bauer* (coords.), en: *SIPE* 1 (2006), pp. 132, 133. A favor de una interpretación amplia, *F. Brosius-Gersdorf*, *Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte*, pp. 42 y ss., con una detallada argumentación.

⁵⁷ En sentido similar, *F. Brosius-Gersdorf* (nota 10), pp. 54 y ss.

⁵⁸ Sobre el art. 51.2 CDFUE, *P. Birkinshaw/E. Künnecke*, *Offene Staatlichkeit*, en: *IPE* II, § 17, marginal 14.

⁵⁹ De otra opinión, *D. H. Scheuing* (nota 27), p. 177.

⁶⁰ *D. H. Scheuing* (nota 27), p. 183; *S. Magiera*, *Die Bedeutung der Grundrechtecharta für die Europäische Verfassungsordnung*, en: *Scheuing* (coord.), *Europäische Verfassungsordnung*, 2003, pp. 117, 128.

⁶¹ Sobre ello, vid. las contribuciones contenidas en *v. Bogdandy/Cruz Villalón/Huber* (coords.), *IPE* I, con ulteriores referencias.

⁶² *P. M. Huber*, *Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?*, *Gutachten* D 65. DJT, 2004, pp. 46 y ss.

resolución del crucifijo dictada por el Tribunal Constitucional Federal en los años noventa⁶³. Pero para una unión asociativa de Estados y constituciones que forcejea por su equilibrio con mayor fuerza⁶⁴, y en la cual los Estados miembros son los «señores de los tratados comunitarios»⁶⁵, semejante solución es precaria.

El Tribunal de Justicia parece ser consciente de ello por lo general. Cuando en

los casos de la configuración del reagrupamiento familiar⁶⁶, la tolerancia de bloqueos de carreteras⁶⁷, la interdicción de la publicidad contraria a la libre competencia⁶⁸ o la prohibición de laserdromos⁶⁹—es decir, cuando se trata del control de los límites a los límites de los derechos fundamentales—, hace hincapié en la «amplia discrecionalidad» de los Estados miembros, siempre resuenan al respecto consideraciones jurídico-funcionales. Este

principio, no obstante, está necesitado de una orientación más amplia—que incluya la distribución de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros— así como de su consolidación. Justamente cuando los derechos fundamentales vinculan de igual modo a todos los planos de la Unión Europea, la densidad del control judicial no puede ser más estricta frente a los Estados miembros que frente al legislador comunitario⁷⁰. ♦

⁶³ BVerfGE 93, 1 y ss.

⁶⁴ Sobre la dimensión procedimental del Estado federal P. M. Huber, *Deutschland in der Föderalismusfrage?*, 2003, p. 41.

⁶⁵ P. M. Huber (nota 3), p. 222. Con razón señala G. de Burca, *The drafting of the European Union Charter of fundamental rights*, E.L.Rev. 26 (2001), pp. 126, 138, que, por tal razón, el desarrollo de la CDFUE podría contribuir a socavar esta situación.

⁶⁶ STJCE de 27.6.2006, as. C-540/03 (*Parlamento Europeo/Consejo*) marginal 104: «Por último debe señalarse que, aunque la Directiva reserva a los Estados miembros un margen de apreciación, éste es lo suficientemente amplio para permitirles aplicar las normas de la Directiva en un sentido acorde con las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales...».

⁶⁷ TJCE, as. C-112/00 (*Schmidberger/Austria*), Rec. 2003, I-5659 marginal 82: «A este respecto, la au-

toridad competente dispone de una amplia facultad de apreciación».

⁶⁸ TJCE, as. C-71/02 (*Karner*) Rec. 2004, I-3025 marginal 51.

⁶⁹ TJCE, as. C-36/02 (*Omega Spielhallen/Oberbürgermeisterin von Bonn*), Rec. 2004, I-9609 marginal 38.

⁷⁰ P. M. Huber (nota 8), § 8, marginales 72 y s.



Fundación ONCE

para la cooperación e integración social
de personas con discapacidad

*Próxima jornada:
La Ley de Contratos del Sector Público,
una oportunidad de hacer política social
a favor de las personas con discapacidad*

Información: 91 506 89 18 /19
dae@fundaciononce.es - www.fundaciononce.es

