

LA CUESTION DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE DERECHO DERIVADO EN LA REPUBLICA FEDERAL ALEMANA

El fallo del BVerfG
(Tribunal Constitucional Federal)
de 22 de octubre de 1986
y su desarrollo jurisprudencial más reciente (*)

ANTONIO LOPEZ CASTILLO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES.—III. ¿CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO?: 1. *Evolución jurisprudencial del «BVerfG» hasta «Solange-II».* 2. «Solange-II»: a) Alcance y límites del artículo 24.1.º de la LF. b) Actividad jurídica y político-institucional de los órganos comunitarios y defensa de los derechos fundamentales. b') El desarrollo jurídico: la jurisprudencia del TJCE. b'') El desarrollo político-institucional: la actividad del Parlamento, la Comisión y el Consejo. c) Alcance de la actividad de control del BVerfG tras el fallo «Solange-II».—IV. EL CONTROL COMUNITARIO DEL DERECHO DERIVADO: EL TJCE COMO «JUEZ LEGAL» A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 101.1.º2 DE LA LF.—V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

(*) Entregado ya este comentario, tuve noticia del trabajo de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y U. WÖLKER, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal Constitucional federal alemán de 22 de octubre de 1986», en *RIE*, 14, 1987, núm. 3, pp. 667 y ss., cuya lectura recomiendo vivamente. Más reciente es el comentario de U. WÖLKER, «Wann verletzt eine Nichtvorlage an den EuGH die Garantie des gesetzlichen Richters?», en *EuGRZ*, 5, 1988, pp. 97 y ss. Ambos complementan lo que sigue aquí.

LISTA DE ABREVIATURAS EMPLEADAS

<i>ABl(EG)</i>	<i>Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften</i>
<i>BayVBL</i>	<i>Bayerische Verwaltungsblätter</i>
<i>Bull. EG</i>	<i>Bulletin der Europäischen Gemeinschaften</i>
<i>BFH</i>	<i>Bundesfinanzhof</i>
<i>BGH</i>	<i>Bundesgerichtshof</i>
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
<i>BVerwG</i>	<i>Bundesverwaltungsgericht</i>
<i>BVerfGE</i>	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i>
<i>DVBl</i>	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
<i>EuGRZ</i>	<i>Europäische Grundrechte Zeitschrift</i>

I. INTRODUCCION

Con el Auto de 22 de octubre de 1986 (1), el Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG*) ha venido a cimentar unas bases hasta entonces inconsistentes y a despejar el camino para un rodaje más acompasado de las relaciones entre el ordenamiento jurídico comunitario y el ordenamiento jurídico alemán, mediante una inversión de la fórmula *Solange...* (2), que años atrás había suscitado una notoria división de opiniones en la propia Sala 2.^a del *BVerfG* (3), una contestación (casi) generalizada en el ámbito

<i>EuR</i>	<i>Europarecht</i>
<i>Foro it.</i>	<i>Foro italiano</i>
<i>FG</i>	<i>Finanzgericht</i>
<i>JA</i>	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung</i>
<i>LG</i>	<i>Landgericht</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>REDA</i>	<i>Revista española de Derecho administrativo</i>
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
<i>RIE</i>	<i>Revista de Instituciones europeas</i>
<i>Riv. Dir. Eur.</i>	<i>Rivista di diritto europeo</i>
<i>Riv. Dir. Int.</i>	
<i>Priv. Proc.</i>	<i>Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale</i>
<i>RIW</i>	<i>Recht der Internationalen Wirtschaft</i>
<i>Slg</i>	<i>Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften</i>
<i>VGH</i>	<i>Verwaltungsgerichtshof</i>
<i>ZaöRV</i>	<i>Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht</i>

(1) *BVerfGE*, 73, pp. 339 y ss. También en *EuGRZ*, 1/2, 1987, pp. 10 y ss; *EuR*, 1, 1987, pp. 51 y ss; *NJW*, 10, 1987, pp. 577 y ss.

(2) De ahí su denominación como «Solange-II» (por relación con «Solange», véase nota 3), o en tanto que, M. HILF, «Solange II: Wie lange noch Solange?», en *EuGRZ*, 1/2, 1987, pp. 1 y ss. H. P. IPSEN, «Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechts-Problematik...», en *EuR*, 1, 1987, pp. 1 y ss., propuso la denominación «Mittlerweile», o entre tanto. Véanse además T. STEIN, «Umgekehrt! Bemerkungen zum "Solange-II"-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts», en *Festschrift für W. Zeidler*, Hrsg. v. W. Fürts-R. Herzog-D. C. Umbach, Berlín, 1987, pp. 1711 y ss.; J. SCHERER, «Solange-II: ein grundrechtspolitischer Kompromiss», en *JA*, 10, 1987, pp. 483 y ss.; P. KALBE, «Keine nationalen Rechtsmittel gegen Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofes», en *RIW*, 6, 1987, pp. 455-8; CH. VEDDER, «Ein neuer gesetzlicher Richter», en *NJW*, 10, 1987, pp. 526 y ss., y la glosa de H. H. RUPP en *JZ* de 6-3-1987, pp. 241-242. En castellano, véanse G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y U. WÖLKER, «Derecho comunitario...», cit., y J. M. BAÑO LEÓN, «Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional», en *REDA*, 1987, pp. 277 y ss.

(3) Con la publicación del Auto «Solange» (en tanto que) de 29-5-1974, con 5 votos a favor y 3 discrepantes. Véase en *BVerfGE*, 37, pp. 271 y ss.

doctrinal (4) y un rechazo de plano en el seno de la Comunidad Europea (5).

La Sala 2.^a del *BVerfG*, manteniendo formalmente la fórmula *Solange*, da un paso decisivo hacia la solución definitiva de las relaciones derecho comunitario-derecho nacional alemán, al decir, por una parte, que el *BVerfG* no controlará a partir de ahora el derecho comunitario derivado, «en tanto que» el Tribunal de Justicia de la Comunidad (TJCE) garantice, en general, la protección eficaz de los derechos fundamentales y muy especialmente su núcleo esencial, y al reconocer, por otra, que el TJCE será «juez legal» a los efectos del artículo 101,1,2.º de la Ley Fundamental.

Estos pronunciamientos del *BVerfG* no por esperados dejan de ser importantes. Sobre ellos volveremos, en detalle, una vez expuestos los antecedentes del fallo.

II. ANTECEDENTES (6)

La decisión *Solange II* trae causa inmediata del recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) (7) planteado ante el *BVerfG* y desestimado por carecer de fundamento.

Pero la cuestión viene de atrás. Se remonta a la petición de autorización para la importación de champiñón en conserva realizada por la reclamante, mediante escrito (de 9-VII-76) dirigido a la Oficina Federal de Alimentación

(4) Entre otros, véanse J. A. FROWEIN, «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht», en *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, II, Hrsg. v. Starck, Tübingen, 1976, pp. 187 y ss.; M. HILF, «Sekundäres Gemeinschaftsrecht und deutsche Grundrechte...», en *ZaöRV*, 35, 1975, pp. 51 y ss.; E. KLEIN, «... Stellungnahme aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts», en *ZaöRV*, 35, 1975, pp. 67 y ss.; A. BLECKMANN, «... Zur Funktion des Art. 24 Abs. 1 Grundgesetz», en *ZaöRV*, 35, 1975, pp. 79 y ss.; H. GOLSONG, comentario en *EuGRZ*, 1974, pp. 17-18; J. V. LOUIS, comentario en *EuGRZ*, 1974, pp. 20-21; H. P. IPSEN, comentario en *EuR*, 1975, pp. 1 y ss.; G. MEIER, comentario en *NJW*, 38, 1974, 1704-1705. A favor del fallo, véanse B. BÖRNER, «Deutsche Grundrechte und Gemeinschaftsrecht», en *NJW*, 45, 1976, pp. 2041 y ss.; H. H. RUPP, comentario en *NJW*, 1974, pp. 2153 y ss.

(5) Véase la asunción de responsabilidad del Gobierno federal alemán, en su respuesta a la Comisión-CE, dejando atrás la infracción que pudo haber originado un recurso, por infracción, del art. 169 TCEE, en *Agence Europe*, núm. 1.657, de 21-12-1974, y la crítica del Parlamento Europeo al fallo en su Resolución sobre la primacía del Derecho comunitario y la defensa de los derechos fundamentales, en *ABl(EG)*, núm. C 159, de 12-7-1976.

(6) Véase A I, II del fallo, en *EuGRZ*, 1/2, 1987, pp. 10-16.

(7) La traducción más apegada al texto alemán sería «recurso de queja por inconstitucionalidad», pero, apoyándome en el paralelismo con la Constitución española, me permito una traducción por analogía: recurso de amparo.

y Economía Forestal, que fue denegada en su día en atención a una serie de disposiciones normativas comunitarias (Reglamento de la Comisión CE, número 2107/74, dictado sobre la base del Reglamento del Consejo CE, número 1427/71, en su redacción de 22-VII-1975, número 1869/75 —en ABI(EG), número L190/23, de 23-VII-1975—).

El asunto fue planteado ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (VG) de Francfort, que negó las razones alegadas y desestimó la demanda mediante Sentencia de 25-VII-78. El recurso ante el Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (BVerwG) propició la cuestión prejudicial que éste, por medio del Auto de 25-III-81, planteó al TJCE.

El TJCE resolvió que la actuación de los órganos comunitarios (en este caso, la Comisión) había sido correcta y que, por tanto, nada objetable aparecía a la vista del TJCE (Sentencia de 6-V-82, 126/81, Slg. 1982, pp. 1479 y ss.).

En vista del fallo del TJCE, la reclamante planteó al BVerwG la necesidad de acudir de nuevo ante el TJCE, ya fuera directamente, con el sometimiento de una nueva cuestión prejudicial, ya lo fuera indirectamente, vía artículo 100,1.º de la Ley Fundamental (LF) ante el BVerfG.

El BVerwG desestimó el recurso por infundado, en Sentencia de 1-XII-82 (7 C 87.78), aclarando que no procedía volver al artículo 177,3 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) porque no existían dudas sobre la corrección o claridad del fallo y que tampoco había lugar a plantear, vía artículo 100,1.º LF, un control concreto de normas (v. gr. una cuestión de inconstitucionalidad) porque, en el caso, no se controlaba una norma, sino que se pretendía el control de una sentencia del TJCE, cuando además ésta (Sentencia ex artículo 177 TCEE) vincula a los Tribunales internos y no puede ser examinada a la luz del Derecho constitucional.

Esta decisión del BVerwG fue llevada en recurso de amparo (8) ante el BVerfG con la pretensión de obtener una condena por actuación arbitraria del BVerwG, con la consecuencia del planteamiento de una nueva cuestión prejudicial, o bien de hacer valer la competencia del BVerfG, nunca expresamente renunciada, para examinar el derecho comunitario (derivado) a la luz de los derechos fundamentales que la recurrente alegaba (artículos 19,4, 103,1, 101,1-2, en relación con el artículo 177,3 TCEE, y 2, 12 y 20,3 todos de la LF).

(8) Artículo 93,4a LF: «(El BVerfG conoce) de los recursos de amparo (*Versfassungsbeschwerde*), que pueden ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en uno de sus derechos contenidos en el art. 20, inciso 4, o en los arts. 33, 38, 101, 103 y 104.»

III. ¿CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO COMUNITARIO DERIVADO?

1. Evolución jurisprudencial del «BVerfG» hasta «Solange II»

El dualismo de la doctrina germana está, sin duda, en el origen de la comprensión no siempre fácil del ordenamiento jurídico comunitario en la República Federal Alemana (RFA) (9). La tentación de asimilarlo a la vieja relación derecho internacional público-derecho interno explica la renuencia de los órganos jurisdiccionales alemanes a aceptar la evidencia de las consecuencias que se derivan necesariamente de este «nuevo orden jurídico autónomo» (10).

Sin desconocer la importancia de la jurisprudencia de otros tribunales (11), quiero centrarme en los pronunciamientos del *BVerfG* para ganar la perspectiva capaz de hacernos comprender el alcance del fallo que comentamos.

Si hacemos caso omiso de algunos primeros fallos de aproximación a la temática comunitaria (12), el *BVerfG* se enfrenta realmente al derecho comunitario, por primera vez, en la Decisión de 5-VII-1967, en la que, evitando tomar posiciones acerca de la relación derecho comunitario-derecho nacional, afirmaba que la validez de un reglamento comunitario sólo podía ser examinada a través de la ley de ratificación del TCEE (13), y, sobre todo, en el Auto de 18-X-1967 (14). Aquí la Sala 1.^a negaba (en base a la naturaleza

(9) Ya me llamaba la atención sobre este aspecto capital para el estudio del tema en el ordenamiento jurídico alemán G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS el 9-11-1984, con ocasión de mi ponencia sobre la «Problemática constitucional comparada de la recepción y aplicación del Derecho comunitario en la RFA y en España», en el marco del Seminario de profesores del Departamento de Derecho internacional público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Ahora véase T. STEIN, «Umgekehrt!...», cit., p. 1713.

(10) Véase el fallo del *BVerfG* de 18-10-1967, en *BVerfGE*, 22, pp. 293 y ss.

(11) Sobre la que tendré ocasión de volver en la tesis sobre la «Problemática constitucional...» (véase nota 9), que estoy escribiendo bajo la dirección de G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, juez del TJCE. Por lo demás, puede consultarse T. STEIN, «La jurisprudencia de los Tribunales alemanes en relación con el Derecho comunitario europeo», en *RJE*, 9, 1982, pp. 785 y ss., y «Umgekehrt!...», cit., pp. 1713-1716.

(12) Véanse en *BVerfGE*, 8, pp. 274 y ss.; 19, pp. 17 y ss.; 21, pp. 150 y ss.

(13) Véase en *BVerfGE*, 22, p. 134. El fallo se dictó en el marco de un control concreto de normas (art. 100,1 LF). Véase la glosa de H. P. IPSEN, en *EuR*, 1967, pp. 358 y ss., y J. A. FROWEIN, «Europäisches...», cit., p. 189.

(14) Véase nota 10. Sobre el fallo, véanse los comentarios de H. P. IPSEN, en

autónoma de las Comunidades y de sus actos, que no necesitaban ser ratificados, ni podían tampoco ser anulados por los Estados miembros) que el *BVerfG* pudiese controlar directamente reglamentos comunitarios mediante un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*). Quedaba, por lo demás, abierta la cuestión del posible control del derecho comunitario, en atención a los derechos fundamentales, en el marco de otro procedimiento. El Auto *Solange* (15) enfrentaría expresamente esta cuestión, que antes el *BVerfG*, en el Auto de 9-VI-1971 (16), había evitado al no pronunciarse al respecto. En esta ocasión reconocía el *BVerfG* la primacía del derecho comunitario frente al derecho ordinario interno, dejando a los tribunales competentes la decisión acerca de la incompatibilidad e inaplicabilidad, total o parcial, en su caso, del derecho interno opuesto a una disposición preferente del derecho comunitario (17). Con ello no renunciaba, *sensu contrario* (18), a examinar la compatibilidad del derecho comunitario con la LF, como habría de verse más tarde con ocasión del ya citado Auto *Solange* de 29-V-1974, que en efecto defendía la competencia del *BVerfG* para examinar los actos jurídicos comunitarios (v. gr. derecho derivado) a la luz de los derechos fundamentales y decidir su inaplicación, en su caso, «en tanto que...» (19) derivaba hacia argumentaciones y descripciones acerca de las respectivas competencias del TJCE y del *BVerfG*, del alcance de la equívoca distinción entre los conceptos validez y aplicabilidad o, en fin, del grado de integración. La con-

EuR, 1, 1968, pp. 137 y ss.; G. MEIER, en *DVBl*, 15-6-1968, pp. 467 y ss., y J. A. FROWEIN, en «Europäisches...», cit., p. 190.

(15) Véanse notas 3 y 4.

(16) Véase en *BVerfGE*, 31, pp. 145, 173 y ss. Sobre este fallo pueden consultarse H. P. IPSEN, en *EuR*, 1, 1972, pp. 57-59, y G. MEIER, en *NJW*, 47, 1971, pp. 2122-2123.

(17) Sobre esta misma cuestión, véanse los fallos del Tribunal Constitucional italiano de 22-10-1975 (núm. 232) y 8-6-1984 (núm. 170), y los comentarios de R. MONACO, en *Foro it.*, 1, 1975, pp. 2661 y ss., y G. SPERDUTI, en *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2, 1984, 297, pp. 263 y ss. En castellano pueden consultarse además P. MORI, «Derecho comunitario y derecho interno en una sentencia reciente del TC italiano», en *RIE*, 3, 1985, pp. 681 y ss., y P. PÉREZ TREMPES, «Justicia comunitaria, justicia constitucional y tribunales ordinarios frente al Derecho comunitario...», en *REDC*, 13, 1985, pp. 157 y ss.

(18) Así expresamente T. STEIN, «Umgekehrt!...», cit., p. 1719.

(19) «... el proceso de integración de la Comunidad no está tan desarrollado como para que el Derecho comunitario disponga también de un catálogo formulado de derechos fundamentales sancionado por un Parlamento y en vigor, que se corresponda con el catálogo de derechos fundamentales de la LF, es admisible y se impone la consulta, por un tribunal de la RFA, ante el *BVerfG* mediante un control concreto de normas, una vez recaída la decisión del TJCE exigida en el art. 177 del Tratado (CEE), cuando el Tribunal considere inaplicable la disposición comunitaria decisiva para el caso en la interpretación dada por el TJCE, porque, y en la medida que, colisione con uno de los derechos fundamentales de la LF».

testación a esa afirmación tajante de la Sala 2.^a se dio ya en el voto particular del fallo, en el que se negaba la competencia del *BVerfG* para someter a control disposiciones comunitarias que, de interpretar correctamente el artículo 24,1.º de la LF (20), quedarían excluidas de dicho control y primarían además no ya sólo sobre el derecho ordinario interno, sino también sobre las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales, con un límite: la existencia de una defensa comunitaria del núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Esta división de opiniones (21) mostraba a las claras que la cuestión del control del derecho comunitario seguía abierta. La evolución posterior iría cerrando brechas. Así, el *BVerfG* volvió a declarar, el 7-I-1975 (22), la inadmisibilidad de recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) contra reglamentos comunitarios, y la Decisión *Vielleicht* (23) excluyó, «o por lo menos limitó sustancialmente» (24), el control constitucional del derecho primario, cuestión esta que no se había cerrado en el Auto *Solange*, y prometió, en un *obiter dictum* que la Sala dejaba abierto, si y, dado el caso, en qué medida —en vista acaso de la evolución política y jurídica sobrevenida entre tanto en el ámbito europeo— los principios de la decisión de 29-V-1974 podían seguir pretendiendo una validez sin reservas para el futuro frente a normas del derecho comunitario derivado (25).

Con la decisión Eurocontrol I, de 23-VI-1981 (26), el *BVerfG* retoma lo

(20) Artículo 24,1 LF: «La Federación podrá transferir derechos de soberanía, mediante ley, a instituciones internacionales.»

(21) Véase nota 3.

(22) Asunto 444/74,1 BvR, no publicado. Véase la glosa de G. MEIER, en *EuR*, 1/2, 1975, pp. 168-169.

(23) «Quizás», de 25-7-1979, en *BVerfGE*, 52, pp. 187 y ss. Véanse los comentarios al fallo de H. P. IPSEN, «Zum "Vielleicht"-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts», en *EuR*, 1, 1980, pp. 71 y ss., y CH. TOMUSCHAT, «*BVerfG* contra EuGH-Friedensschluss in Sicht», en *NJW*, 48, 1980, pp. 2611 y ss.

(24) H. P. IPSEN, «Zum "Vielleicht"-Beschluss...», cit.; CH. TOMUSCHAT, «*BVerfG* contra...», cit., y T. STEIN, «Umgekehrt!...», cit., p. 1720. A favor de un control del Derecho primario, pero vinculado a las sentencias interpretativas del TJCE, se pronuncia M. SACHS, «Normenkontrollverfahren bei primärem Gemeinschaftsrecht?», en *NJW*, 1982, pp. 465 y ss.

(25) Véase *BVerfGE*, 52, cit., pp. 202 y ss. Por «evolución... sobrevenida», la Sala entendía tanto la Declaración conjunta de 5-4-1977 como la jurisprudencia sobre derechos fundamentales del TJCE (véase III, 2.b).

(26) Véase *BVerfGE*, 58, pp. 1 y ss. (Existe otra decisión Eurocontrol-II de 10-11-1981: *BVerfGE*, 59, pp. 63 y ss.) Sobre el fallo pueden consultarse los comentarios de J. A. FROWEIN, en *EuGRZ*, 1982, pp. 179 y ss., y T. STEIN, «Der Beschluss des *BVerfG* vom 23. Juni 1981 zu Fragen des Rechtsschutzes gegen Handlungen zwischenstaatlicher Einrichtungen...», en *ZaöRV*, 42, 1982, pp. 596 y ss.

apuntado en el voto discrepante del fallo *Solange*, al trazar un límite al artículo 24,1.º de la LF, que pasa por la defensa de la estructura fundamental de la LF. Es decir, por la defensa del núcleo esencial de los derechos fundamentales, descartando, por tanto, la necesidad de un sistema jurídico de protección equiparable, en detalle (v. gr. en extensión y efectividad), al del ordenamiento jurídico interno.

2. «*Solange II*»

La posibilidad, una vez superado el Auto *Solange*, de ir más allá quedó ya apuntada (v. gr. prefigurada) el 14-II-1983 (27). El *BVerfG* daba a entender (encorsetando en cierto sentido futuros pronunciamientos) que en lo sucesivo (sólo) cabría una inversión de la fórmula *Solange*.

Y la inversión de la fórmula *Solange*... (28) ha llegado, en efecto, con el compromiso que el pronunciamiento unánime alcanzado en *Solange II* constituye. El *BVerfG* ha dado con ello un paso decisivo hacia la renuncia al control del derecho comunitario derivado. Pues si bien sólo renuncia al ejercicio de su jurisdicción (29), esto es, si bien sigue manteniendo para sí la posibilidad de ejercer su control sobre las normas del derecho comunitario derivado [excluyendo así expresamente, por esta vía, el control de decisiones judiciales del TJCE (30)], *in extremis* (31), a través siempre de las leyes

(27) Asunto 1.461/82,2 BvR, no publicado (en la colección de sentencias del *BVerfG*). Véanse las reseñas en *NJW*, 1983, p. 1258, y *EuGRZ*, 1983, pp. 361-362. Al respecto, véase T. STEIN, «Umgekehrt!...», cit., p. 1721.

(28) «En tanto que la Comunidad Europea, en especial la jurisprudencia del TJCE, garantiza, en general, una protección eficaz de los derechos fundamentales frente al poder soberano de la CE que, en esencia, sea tan respetable como la protección de los derechos fundamentales ofrecida, de manera irrenunciable, por la LF, sobre todo que garantice el contenido esencial de los derechos fundamentales, *el BVerfG no ejercerá más su jurisdicción sobre la aplicabilidad del Derecho comunitario derivado*, que sea reclamado como fundamento jurídico de un proceso en los tribunales alemanes, o por las autoridades alemanas, en el ámbito de soberanía de la RFA, y *no examinará más, por tanto, ese derecho a la luz de los derechos fundamentales de la LF; cuestiones semejantes conforme al artículo 100,1 LF son, por consiguiente, inadmisibles.*» Del tenor del fallo, B II, 1.f), en *EuGRZ*, 1/2, 1987, p. 23. (El subrayado es nuestro.)

(29) Insiste especialmente en este extremo H. H. RUPP, en su glosa al fallo en *JZ*, 6-3-87, cit., pp. 241-242.

(30) B I, 1.d) del fallo, en *EuGRZ*, 1/2, 1987, pp. 18-19.

(31) Véase al respecto el fallo de 27-12-1973 (núm. 183) del Tribunal Constitucional italiano, y el comentario de G. PANICO, «La legittimità costituzionale della normativa comunitaria di effetto diretto: luci e ombre della Sentenza C. C. 183/1973», en

de ratificación de los tratados comunitarios (32), salva de hecho esta problemática haciendo un recorrido por la realidad comunitaria y destacando los logros alcanzados en la defensa de los derechos fundamentales (33), llegando a la conclusión de que «en sustancia» su garantía comunitaria puede equipararse con la protección constitucional interna, lo cual hace posible que el *BVerfG*, «en tanto que» esa situación se mantenga, no vuelva a reivindicar el ejercicio de su competencia de control concreto de normas (art. 100,1 LF) sobre los reglamentos comunitarios (v. gr. el derecho comunitario derivado) (34).

El *BVerfG* no ha llegado, entonces, a una renuncia total expresa de su facultad de control, que es en realidad el único resultado del todo concorde con el derecho comunitario. Y ello, sobre todo, por su interpretación (constante) del alcance y límites del artículo 24,1.º de la LF, que le ha obligado a todo un rodeo por la evolución comunitaria para aproximarse a una solución final.

a) *Alcance y límites del artículo 24,1.º de la LF*

El *BVerfG* ha precisado de nuevo en este fallo (35) que «el artículo 24,1.º de la LF posibilita la apertura del ordenamiento jurídico de la RFA, permitiendo con ello la validez y aplicabilidad inmediatas de un derecho proveniente de otra fuente en su ámbito de soberanía». Pero ha insistido (36) también en señalar que «el artículo 24,1.º de la LF no autoriza la renuncia de la identidad del ordenamiento constitucional vigente mediante irrupción en su estructura fundamental y en sus estructuras constitutivas... Un irrenun-

Riv. Dir. Eur., 3, 1974, pp. 201 y ss. En alemán, véase el comentario de I. FEUSTEL, en *EuR*, 1974, pp. 255 y ss.

(32) Jurisprudencia constante, reiterada ahora en el fallo «Solange-II», B I, 2.a), en *EuGRZ*, 1/2, 1987, p. 19, y Asunto 687/85, 2 BvR, de 8-4-1987, en el que el *BVerfG* afirma que es necesario el convencimiento de que la ley de ratificación puede ser inconstitucional para la admisibilidad de una cuestión presentada, conforme al art. 100,1 LF, por un tribunal interno. En B 5 (p. 29) de la copia del fallo, publicado ahora en *EuGRZ*, 5, 1988, pp. 113 y ss. Véase el comentario crítico de H. H. RUPP, en *JZ*, 4, 1988, pp. 194-196.

(33) B II, 1.d) del fallo, en *EuGRZ*, 1/2, 1987, pp. 20-22.

(34) Sobre la dificultad de una solución jurídica para esta cuestión y su cuasi-disolución en la práctica comunitaria, véase G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, en «Rechtsprobleme des Beitritts Spaniens zur Europäischen Gemeinschaft» (*Vorträge und Berichte*, Hrgs. v. J. Schwarze), separata, Baden-Baden, 1985, pp. 13-14.

(35) Lo que es jurisprudencia constante, *BVerfGE*, 37, p. 280; 58, p. 28; 59, p. 90. En B II, 1.a) del fallo, véase en *EuGRZ*, 1/2, 1987, pp. 19-20.

(36) B II, 1.b) del fallo, en *EuGRZ*, 1/2, 1987, p. 20.

ciable esencial de la estructura fundamental de la Constitución vigente son, en todo caso, los principios jurídicos que sirven de base a los derechos fundamentales de la LF», cuya relativización no es permitida, sin reservas, por el artículo 24,1.º LF.

Si ha de decaer —dice el *BVerfG*— el estándar jurídico existente en la LF habrá de garantizarse otro, en su lugar, «en esencia» semejante. La existencia de una protección jurídica individual mediante tribunales independientes, con capacidad investigadora y decisoria, que operen conforme a un proceso debido, con derecho a ser oído, medios de acusación y defensa, el derecho a una defensa profesional y libremente elegida, y que sean capaces de sancionar la violación de los derechos fundamentales, lo haría posible (37).

Parece, en efecto, que no tendría mucho sentido imponer estándares «a la baja», es decir, mantener, en el caso hipotético de que así fuere, un estándar comunitario más restrictivo en detrimento de un supuesto estándar interno más amplio. Y digo hipotético porque no deja de ser posible, aunque resulta ciertamente improbable (38). Un excursus por la actividad, tanto jurídica como político-institucional, de los órganos comunitarios nos ayudará a comprenderlo.

b) *Actividad jurídica y político-institucional de los órganos comunitarios y defensa comunitaria de los derechos fundamentales*

Que existe una protección comunitaria de los derechos fundamentales semejante «en esencia» al nivel de garantía que éstos disfrutaban en el marco de la LF ya no admite duda tras el fallo *Solange II*. La han hecho realidad la jurisprudencia del TJCE y la actividad político-institucional paralela de los órganos comunitarios.

(37) *Ibid.* Al respecto, véase H. P. IPSEN, «Das Bundesverfassungsgericht...», cit., p. 6.

(38) Véase T. STEIN, que advierte del lugar común que supone afirmar, sin más, la existencia de estándares más altos en la LF remitiéndonos a algunos ejemplos, en «Umgekehrt!...», cit., p. 1727. En el caso español, la entrada en acción, a través del art. 10.2 CE, de la garantía que supone la prohibición de *interpretatio in peius* (art. 60 de la Convención Europea de Derechos del Hombre), sería capaz de impedir la imposición de un supuesto (del todo improbable) estándar comunitario inferior. Sobre esta idea, en detalle, D. J. LIÑÁN NOGUERAS, «La protección de los derechos fundamentales en la Constitución española (Comentario al art. 10,2)», en *Boletín de Información de la ILA* (sección española), núm. 9, marzo 1982, pp. 1 y ss. (32). Ocurre que el TJCE no reconocerá (desde el fallo *Nold*; véanse notas 40 y 43) ninguna medida incompatible con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por las Constituciones de los Estados miembros, y que ésta es la afirmación más acorde con el actual estado de integración.

b') El desarrollo jurídico: la jurisprudencia del TJCE.

El TJCE, que durante los primeros años de actividad no entró a pronunciarse sobre la pretendida infracción de los derechos fundamentales por los órganos comunitarios [alegando incompetencia para interpretar los derechos fundamentales nacionales o imposibilidad de extender, vía infracción de los derechos fundamentales, el ámbito de aplicación del artículo 173,2.º TCEE (39)], ha ido avanzando, con la propia evolución de la Comunidad Europea, hacia una progresiva defensa de los derechos fundamentales en una labor de fundamentación primero y de concreción y dogmatización después. *Stauder, Internationale Handelsgesellschaft, Nold, Hauer* (40) son hitos fundamentales en este camino, pero más allá de menciones puntuales (41), la jurisprudencia del TJCE, ejercida al hilo del control de los actos jurídicos comunitarios, en cumplimiento de su obligación de decir derecho —artículo 164 TCEE—, es capaz de garantizar la defensa comunitaria de cualquier derecho fundamental que pueda resultar afectado por la actividad comunitaria (42). Esta defensa de los derechos fundamentales mira a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a los tratados internacionales en cuya conclusión participaron (o se adhirieron) los Estados miembros. El TJCE no reconocerá, por tanto, ninguna medida incompatible con los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por las Constituciones de sus Estados miembros (43).

No obstante este desarrollo, el *BVerfG* vino, con el conocido *Auto Solange*, a sembrar de incertumbre el panorama en un acto de reacción, mutado

(39) Véanse los fallos del TJCE de 4-2-1959 (asunto 1/58), en *Slg*, 9, 1958, pp. 42 y ss., y de 15-7-1960 (asuntos 36-8/59 y 40/59), en *Slg*, 1960, pp. 885 y ss.

(40) *Stauder*, asunto 29/69, de 12-11-1969, en *Slg*, 1969, pp. 419 y ss.; *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70, de 17-12-1970, en *Slg*, 1970, pp. 1125 y ss.; *Nold*, asunto 4/73, de 14-5-1974, en *Slg*, 1974, pp. 491 y ss.; *Hauer*, asunto 44/79, de 13-12-1979, en *Slg*, 1979, pp. 3727 y ss.

(41) Para eso véanse B II, 1.d).aa) del fallo, en *EuGRZ*, 1/2, 1987, pp. 20-21, y J. SCHERER, «Solange-II: ein...», cit., pp. 483 y ss.; J. SCHWARZE, «Das Verhältnis von deutschem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht auf dem Gebiet des Grundrechtsschutzes im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung», en *EuGRZ*, 5, 1983, pp. 117 y ss.; D. FEGER, «Die Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften-Bestand und Entwicklung», Frankfurt a. M., 1984.

(42) En este sentido también A. BLECKMANN, «Die Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht», en *EuGRZ*, 1981, pp. 257 y ss., y B. BEUTLER, «Grundrechtsschutz», en *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Hrsg. v. Groeben/Broeckh/Thiesing/Ehlermann, 3.ª ed., Baden-Baden, 1983, pp. 1461 y ss.

(43) Así lo afirmó expresamente en el fallo de 14-5-1974, asunto 4/73 (*Nold*), en *Slg*, 1974, p. 507.

al tiempo en un revulsivo eficaz (44) capaz de espolear la discusión sobre los derechos fundamentales en la Comunidad Europea (45), propiciando al mismo tiempo una mayor actividad de sus órganos.

b'') El desarrollo político-institucional: la actividad del Parlamento, la Comisión y el Consejo.

La declaración común del Parlamento, la Comisión y el Consejo, de 5-IV-1977 es, sin lugar a dudas, lo más significativo de este desarrollo. Supone la asunción por estos órganos comunitarios de un compromiso solemne de respeto a los derechos fundamentales, tal como resultan de las Constituciones de los Estados miembros, con ocasión del ejercicio de sus competencias y de la persecución de los objetivos comunitarios (46).

Pero ya antes el Parlamento Europeo había roto el silencio institucional declarando que los principios sobre los que reposan los derechos fundamentales garantizados por el orden constitucional de los Estados miembros... han de estar garantizados en el orden comunitario frente a cualquier violación de hecho ocasionada por la actividad normativa de las instituciones comunitarias (47).

El «desarrollo político» [recientemente «constitucionalizado» a través del Acta Unica Europea (48)] supone el compromiso, de los jefes de Estado y de Gobierno, de garantizar los valores jurídicos, políticos y morales a los que se sienten vinculados, así como de proteger los principios de la democracia parlamentaria, del derecho, de la justicia social y de la salvaguarda de los derechos fundamentales (49).

(44) De contribución a la «reactivación y profundización» habla M. HILF, «Solange-II: Wie...», cit., p. 6, y de «encendido inicial», J. SCHERER, «Solange-II: ein...», cit., p. 484.

(45) A destacar el Memorándum de la Comisión-CE de 4-4-1979, en *Suppl. Bull.*, 2/79, que generó una extensa discusión sobre la conveniencia de entrar o no a la CEDH, y que venía a continuar un debate iniciado con el estudio, encargado por la Comisión-CE al Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Derecho Público Comparado, sobre la viabilidad de un catálogo de derechos fundamentales para la CE (*Suppl. Bull.*, 5/76).

(46) *ABI(EG)*, 1977, núm. C 103,1, y en B II, 1.d).bb) del fallo (*EuGRZ*, 1/2, 1987, pp. 21-22).

(47) Véase la Resolución de 15-6-1976 (cit., nota 5), en *ABI(EG)*, núm. C 159,13.

(48) A. U. E. Tít. I, art. 1,3.º: «La cooperación política se regula en el título III. Las disposiciones de dicho título confirman y completan los procedimientos acordados en los Informes de Luxemburgo (1970), Copenhague (1973) y Londres (1981), así como en la Declaración solemne sobre la Unión Europea (1983) y las prácticas progresivamente establecidas entre los Estados miembros.»

(49) Declaración sobre la democracia del Consejo Europeo de 7/8-4-1978, en *Bull. EG*, 3/78,5 y en B II, 1.d).bb) del fallo (*EuGRZ*, 1/2, 1987, p. 22).

c) *Alcance de la actividad del control del «BVerfG» tras el fallo «Solange II»*

Esta actividad (jurídica y político-institucional) comunitaria en defensa de los derechos fundamentales es, «entre tanto, garantía, en general, suficiente (para la salvaguarda del núcleo esencial de los derechos fundamentales)». Con este convencimiento, el *BVerfG* desmonta los obstáculos que el Auto *Solange* había levantado, al reconocer que tanto la pertenencia de los Estados miembros al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) como la declaración común del Parlamento, la Comisión y el Consejo, que puede ser entendida como un reconocimiento parlamentario suficiente de un catálogo, formulado y en vigor, de derechos fundamentales, cubren las exigencias, que no requisitos, del propio *BVerfG* en el Auto *Solange* (50).

El *BVerfG* se ha visto así en la tesitura de reconocer, por un lado, que el TJCE es «un órgano de justicia soberano... que decide por principio, con carácter definitivo», y al que compete dictaminar sobre la validez e interpretación de los actos normativos de los órganos comunitarios, y afirmar, por otro, su papel de garante de los derechos fundamentales de la LF. Esta contraposición intenta salvarla el *BVerfG* acudiendo al desdoblamiento de su competencia de control, en la competencia propiamente dicha a la que expresamente (todavía) no renuncia y el ejercicio de la misma al que renuncia condicionalmente, pero con una condición cuyo advenimiento resulta altamente improbable, si no del todo imposible (51), con lo cual la renuncia, de hecho, que el *BVerfG* ha admitido, se acerca bastante (sin llegar a serlo) a la renuncia expresa de su competencia (52).

Cabe preguntarse si es necesario ir más allá o si, por el contrario, «de momento» es suficiente garantía para el cumplimiento uniforme del derecho comunitario la inactividad anunciada por el *BVerfG*.

«De momento» parece lícito partir de la improbabilidad de una interpretación generalizada, por parte del TJCE, de los derechos fundamentales que

(50) Véase B II, 1.e) del fallo (*EuGRZ*, cit., pp. 22-23). Sobre la calidad jurídica de la Declaración común de 5-4-1977, compárense M. HILF, «Die gemeinsame Grundrechtserklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 5.4.1977», en *EuGRZ*, 1977, pp. 158 y ss., y CH. STARK, «Ein Grundrechtskatalog für die Europäischen Gemeinschaften», en *EuGRZ*, 1981, pp. 545 y ss.

(51) «No es de esperar», dice el *BVerfG* en B II, 1.e) (*EuGRZ*, cit., p. 23).

(52) Así expresamente, T. STEIN, «Umgekehrt!...», cit., pp. 1725-1726. H. H. RUPP, en *JZ* (6-3-87), cit., niega que esa renuncia del *BVerfG* suponga una novedad respecto a la situación anterior al fallo, que critica sin reservas, por su «(in)disciplina jurídico-argumentativa y su (im)precisión judicial», parafraseando la fórmula «Solange...», p. 242.

podiera ser considerada «aberrante» (53), y que forzase por ello al *BVerfG* a jugar el papel de guardián del orden constitucional (v. gr. de su núcleo esencial) que se reserva.

Subsiste, eso sí, la posibilidad, más probable, de interpretaciones erróneas que pudieran incidir sobre algún derecho fundamental. En estos casos hay que negar, con la doctrina mayoritaria (54), la posibilidad de acudir al *BVerfG* solicitando la inconstitucionalidad, ya sea total o parcial, de las leyes de ratificación de los tratados comunitarios, que, como ya hemos visto, son la única vía que admite el *BVerfG* para ejercitar el control *in extremis* del derecho comunitario (derivado).

Crear, por otra parte, que con *Solange II* el *BVerfG* ha traspasado el problema (examen y control del derecho comunitario derivado) a los tribunales de instancia (55) resulta del todo desacertado. Y así lo ha entendido también el *BVerfG* (56) al decidir expresamente que los tribunales de instancia (y las autoridades de la RFA) ni son obligados ni están capacitados para examinar el grado de ajuste o concordancia de los actos de los órganos comunitarios con los derechos fundamentales de la LF.

Parece entonces que, en tanto llegue una renuncia expresa, el problema queda «de momento» resuelto, puesto que a la renuncia (o al menos, sustancial limitación —véase nota 24—) al control constitucional del derecho primario hay que sumar el rechazo a controlar, ya sea vía recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), ya lo sea a través del control concreto de normas (desde *Solange II*, con el alcance que hemos visto), las normas del derecho comunitario derivado.

Surge de inmediato la pregunta: y ahora, ¿qué tarea toca cumplir al *BVerfG*?

(53) De «aberrante» la calificó el TC italiano en el fallo núm. 183, de 27-12-1973 (cit., nota 31).

(54) J. A. FROWEIN, «Europäisches...», cit., p. 206; CH. TOMUSCHAT, comentario al artículo 24 LF, en *BONNER KOMMENTAR (Zweibearbeitung)*, glosa (marginal) núm. 65; M. HILF, «Solange-II: Wie...», cit., p. 6, y T. STEIN, «Umgekehrt!...», cit., p. 1725. A favor de la corrección de cada actuación concreta de la CE por la vía del control de la ley de ratificación interna, G. EIBACH, «Das Recht der Europäischen Gemeinschaften als Prüfungsgegenstand des Bundesverfassungsgerichts», Berlín, 1986, pp. 144 y ss.

(55) Así, sin embargo, H. H. RUPP, en *JZ*, cit., p. 242, y antes, en su comentario al fallo del *LG Bonn*, de 16-10-1985, en *NJW*, 1986, pp. 640 y ss. Y, además, cfr. M. HILF, «Solange II: Wie...», cit., p. 2, nota 12.

(56) En la decisión complementaria de «Solange-II», de 10-4-1987, asunto 1.256/86 (resuelto por la 1.ª sección de la Sala 2.ª del *BVerfG*), no publicado en la colección de sentencias del *BVerfG*. Véase en *EuGRZ*, 15, 1987, p. 386.

A la jurisdicción constitucional alemana no le toca cumplir, desde luego, una tarea de control del ordenamiento jurídico comunitario, de lo que ya se encarga el TJCE [«órgano de justicia soberano... que decide, por principio, con carácter definitivo» (57)], ni siquiera de una forma subsidiaria [como el propio *BVerfG* ha reconocido con carácter general, en otra ocasión (58), y en relación con la Comunidad Europea ahora (59)] o concurrente (60).

Vista así, carece de sentido la reserva del *BVerfG* (61), que responde más al contexto, al proceso concatenado en el que se enmarca y al deseo de evitar disensiones en su seno que a cualquier otra causa.

Al *BVerfG* le corresponde, eso es claro, vigilar el respeto al orden constitucional del derecho interno.

No obstante lo anterior, las cosas no son tan sencillas, ya que existen zonas de intersección entre ambos ordenamientos. Es el caso de las normas internas de desarrollo y de las dictadas en ejecución de normas comunitarias.

Parece a todas luces excesivo pretender la sustracción de estos actos al control constitucional del *BVerfG* por asimilación con los actos comunitarios que están en su origen, puesto que siguen siendo actos internos. En consecuencia, habrán de someterse al *BVerfG* (62), salvo que se trate de actos internos cuyo contenido venga ya dado por el derecho comunitario (piénsese en muchas directivas), pues de lo contrario se seguiría controlando, subrepticamente, el derecho comunitario (derivado) al hilo de la norma interna. Pero el descarte del control «camuflado» del derecho derivado no puede hurtar al conocimiento del *BVerfG* aquellos actos internos cuyos errores o desviaciones respecto a los derechos fundamentales no estuviesen prescritos o fueran simplemente permitidos por la norma comunitaria (63). El actual estado de integración no permite ir más lejos.

En conclusión, si el *BVerfG* resulta incompetente para controlar el derecho comunitario y el TJCE es el órgano jurisdiccional encargado de ese cometido, lo procedente será acercar este Tribunal lo más posible a los ciuda-

(57) B I, 1.a).aa) del fallo, en *EuGRZ*, cit., p. 17.

(58) Véase *BVerfGE*, 59, pp. 63 y ss. (86), y ya antes en *BVerfGE* 58, pp. 1 y ss. (28 y ss.).

(59) En B I, 3.b) del fallo (*EuGRZ*, cit., p. 19).

(60) En el fallo de 8-4-1987, asunto 687/85, B, 2.a) (véase nota 32).

(61) Así también M. HILF, «Solange II: Wic...», cit., p. 5.

(62) Carecen, pues, de sentido los temores de H. H. RUPP, en *JZ*, cit., p. 242. G. EIBACH se muestra partidario de idéntico tratamiento para actos alemanes (de ejecución y desarrollo del Derecho comunitario) y actos comunitarios por lo que al respeto de los derechos fundamentales de la LF se refiere, en «Das Recht...», cit., p. 169.

(63) Así también en T. STEIN, «Umgekehrt!...», cit., 1726-1727, y ya antes en «La jurisprudencia...», cit., p. 803, nota 65.

danos que pudieran verse afectados en sus derechos fundamentales por la actuación de los órganos comunitarios. Y esto es lo que ha hecho el *BVerfG* al incluir al TJCE en la categoría constitucional interna de «juez legal» a los efectos del artículo 101,1.º-2 de la LF.

IV. EL CONTROL COMUNITARIO DEL DERECHO DERIVADO:
EL TJCE COMO «JUEZ LEGAL» A LOS EFECTOS DEL ARTICULO 101,1.º-2
DE LA LF

La decisión de incluir al TJCE en la categoría constitucional interna de «juez legal» a los efectos del artículo 101,1.º-2 de la LF (64) había sido largo tiempo evitada por el *BVerfG* (65). Algún tribunal inferior había dado por ese paso (66), insistentemente demandado por la doctrina (67).

El *BVerfG* subraya así el «ensamblaje funcional» (68) de la jurisdicción nacional y la jurisdicción comunitaria encargada (art. 177 TCEE) de pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de los tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por los órganos comunitarios. Y en esa medida es considerado «juez legal» el TJCE.

Con ello, el *BVerfG* está reconociendo el papel de última instancia que corresponde al TJCE en el ámbito del artículo 177 TCEE.

Estaríamos, pues, ante dos últimas instancias, una interna, contencioso-administrativa, económico-administrativa, etc., para el derecho interno, y la otra comunitaria, del TJCE, para el derecho comunitario. La consecuencia parece que debiera ser la exclusión de la pretendida última instancia interna una vez recaída la resolución del TJCE. Ello concuerda con la jurisprudencia comunitaria (69), según la cual las decisiones prejudiciales vinculan a

(64) B I, 1.a) del fallo, en *EuGRZ*, cit., pp. 17-18.

(65) Así en la decisión de 26-3-1986 —1 BvR 1.483/85—, en *EuR*, 3, 1986, pp. 273 y ss., con un comentario de E. MILLARG, pp. 275 y ss., y antes en *BVerfGE*, 29, pp. 198 y ss.; 31, pp. 145 y ss.; 45, pp. 142 y ss.

(66) Expresamente, el *FG Hamburg* (Tribunal económico-administrativo), véase *RIW*, 1981, p. 693, sin que resulte muy claro el alcance del fallo de 20-3-1986 del *BVerwG* (Tribunal contencioso-administrativo federal), véase en *EuR*, 3, 1986, p. 282-283. Para eso compárense K. V. SCHILLER, en *RIW*, 1986, p. 472, y CH. VEDDER, en *NJW*, 10, 1987, p. 527.

(67) E. MILLARG, en *EuR*, 3, 1986, p. 281; K. V. SCHILLER, en *RIW*, 1986, p. 472, y ya antes en *NJW*, 1983, p. 2736; H. P. IPSEN, en *EuR*, 1, 1972, p. 58, y J. A. FROWEIN, en «*Europäisches...*», cit., p. 198, entre otros.

(68) Véase B I, 1.a).bb) del fallo, en *EuGRZ*, cit., pp. 17-18.

(69) Desde la sentencia del TJCE de 24-6-1969, asunto 29/68, en *Slg*, 1969, pp. 165 y ss.

cualquier tribunal interno que se ocupe del mismo procedimiento. El *BVerfG* ha tenido ocasión de pronunciarse (desde este primer reconocimiento constitucional del papel del TJCE según el artículo 177 TCEE), de un lado, sobre el efecto vinculante de las decisiones prejudiciales, en un recurso de amparo contra la conocida sentencia del Tribunal Económico-Administrativo Federal (BFH) de 25-IV-85 (70), y de otro lado sobre su alcance y requisitos, en sendos recursos de amparo (71).

Esta garantía constitucional del «juez legal» dota a los «ciudadanos comunitarios» nacionales de la RFA de un mecanismo de defensa de sus derechos en acomodo al nuevo estado de cosas, que la jurisdicción exclusiva del TJCE pone de manifiesto, franqueándoles el acceso, vía juez interno, al TJCE. Así, el «ciudadano comunitario» nacional del Estado puede solicitar del tribunal interno el sometimiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE, que aquél habrá de plantear salvo que esa cuestión concreta haya sido ya objeto de interpretación por parte del TJCE, que no sea relevante para el caso o que la interpretación correcta del derecho comunitario sea tan evidente que no quepa una duda razonable sobre su alcance y significado. Solamente cuando un tribunal interno esté convencido de que esa misma certeza suya existe, tanto para los tribunales de otros Estados miembros cuanto para el propio TJCE, será lícito dejar de plantear la cuestión prejudicial (72).

Partiendo de esta jurisprudencia comunitaria, ha precisado el *BVerfG* que los tribunales internos quedarán exonerados de plantear la cuestión prejudicial sólo excepcionalmente cuando la interpretación «sea notoria para cualquier jurista experimentado» (73). En todo caso, el tribunal interno no estará obligado a plantear la cuestión prejudicial por el mero hecho de que así lo solicite el recurrente, con independencia de que el tribunal haga suya

(70) 2 BvR, 687/85, de 8-4-1987, ya citado (notas 32 y 60), anulando por primera vez un fallo de un Tribunal alemán por infracción del Derecho a un «juez legal», por infracción arbitraria de la obligación que se desprende del art. 177 TCEE. Cfr. nota 71.

(71) 2 BvR, 1.236/86, de 10-4-1987 (nota 56), y 2 BvR, 808/1982, de 9-11-1987, que no se publicarán en la colección de jurisprudencia del *BVerfG*. Sobre este último fallo, reproducido en *EuGRZ*, 5, 1988, pp. 109 y ss., véase U. WÖLKER, «Wann verletzt eine...», cit. Cfr. además los fallos del *BVerfG* de 4-11-1987, 2 BuR 876/85 y 2 BuR 763/85, que anulan el fallo del BFH de 25-4-1985, en *EuGRZ*, 5, 1988, p. 120.

(72) Véase la importante sentencia CILFIT del TJCE, asunto 283/81, de 6-10-1982, en *Slg*, 1982, pp. 3415 y ss., decisiva para una mejor exposición de la colaboración entre jurisdicciones nacionales y jurisdicción comunitaria, cuyos presupuestos son reproducidos por el *BVerfG* en el asunto 808/82, ya citado (nota anterior).

(73) Según el fallo de 9-11-1987, cit., I, 2.a).aa) y b).aa). Sobre esta cuestión puede consultarse P. KALBE, «Keine...», cit., pp. 455, 457 y ss.

la argumentación sobre la improcedencia de acudir al TJCE de otro tribunal inferior, o bien lo decida en el marco de su ámbito de discrecionalidad (74). Es más, podrá acudir al TJCE aun contra la opinión del recurrente tras un examen objetivo de las posibilidades interpretativas (75).

Como el «ámbito de discrecionalidad» es un concepto ciertamente amplio que podría, en su exageración máxima, llegar a la «arbitrariedad manifiesta» (76), sería deseable una actividad de control del *BVerfG* sobre el cumplimiento debido de los Tribunales respecto al derecho comunitario. No faltan, desde luego, argumentos a favor de esta tarea inspectora del *BVerfG*. Así, al hecho de la vinculación de «todos» los tribunales internos a los fallos, conforme al artículo 177 TCEE (véanse notas 70 y 73), ha de unirse la obligación genérica comunitaria (77), que se deriva del artículo 5 TCEE. Pero no es sólo esto, sino que además el propio *BVerfG* se ha pronunciado ya en favor de una labor inspectora frente a la actuación de los tribunales internos que, pudiendo desconocer las obligaciones contraídas, hiciesen incurrir en responsabilidad internacional a la RFA (78). Y esta responsabilidad puede llegar de la mano de una decisión judicial interna (79), que no sería, por otra parte, muy concorde con el propio artículo 24,1.º y su decisión constitucional a favor de la integración «en una Europa unida», por citar los mismos términos del preámbulo de la LF.

(74) Véase I, 3.b).c) del fallo de 9-11-1987, cit., en donde el *BVerfG* niega una infracción del Derecho a «juez legal» del *BGH*, que actuó dentro de un ámbito de discrecionalidad.

(75) Véase al respecto el fallo del *VGH* (Tribunal contencioso-administrativo) de Baden-Württemberg, de 17-4-1986 (11 S 216/86), con un comentario de M. HILF, en *EuGRZ*, 1986, pp. 572-573 y 573-574, respectivamente.

(76) Y así ha ocurrido efectivamente en el fallo de 8-4-1987, asunto 687/85 (cit. nota 70).

(77) Resulta muy curiosa la calificación de «obligación internacional», por parte del *BVerfG*; véase B I, 1a).cc) del fallo, en *EuGRZ*, cit., p. 18, que tampoco pasa desapercibida para H. P. IPSEN, «Das Bundesverfassungsgericht löst...», cit., p. 5.

(78) «En el marco de su jurisdicción, el *BVerfG*... ha de cuidar de modo especial que se eviten o se subsanen, en lo posible, las violaciones del Derecho internacional nacidas de la inobservancia o la aplicación incorrecta del Derecho internacional por parte de los tribunales alemanes, y que podrían originar la responsabilidad internacional de la RFA», en *BVerfGE*, 58, pp. 1 y ss. (34).

(79) En detalle sobre este tema, véanse C. D. EHLERMANN, «Die Verfolgung von Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten durch die Kommission», en *Festschrift für H. Kutscher*, 1981, pp. 135 y ss. (153), y G. NICOLAYSEN, «Vertragsverletzungen durch mitgliedstaatliche Gerichte», en *EuR*, 4, 1985, pp. 368 y ss., que ante la inactividad de la Comisión-CE en este terreno y las dificultades que entrañaría la corrección de infracciones de los tribunales en el ámbito constitucional interno propone su control, vía recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*), por el *BVerfG*, p. 373.

No obstante lo anterior, el *BVerfG* ha negado, en fecha reciente, que la competencia transferida mediante el artículo 177 TCEE carezca de límites, reservándose la delimitación de los mismos, y negándose a controlar, más allá de la «actuación arbitraria», meros errores o fallos de procedimiento en la actuación de los tribunales, por temor —dice— a desvirtuar su «verdadero papel constitucional» (80). El problema estriba en el desajuste entre el concepto «arbitrariedad» del *BVerfG* y el objetivo perseguido por el artículo 177 TCEE, a saber: la búsqueda de la seguridad jurídica comunitaria, que viene de la interpretación y aplicación uniformes del derecho comunitario en todos los Estados miembros.

Es por ello que el *BVerfG*, tras la reserva teórica, atempera lo dicho al afirmar que, si bien un simple error del tribunal interno no equivaldrá a una infracción del TCEE (v. gr. de los tratados), los tribunales deben evitar ser causantes de tal infracción. Para ello «la mejor arma» será «la observación estricta de la obligación de plantear la cuestión prejudicial conforme a los criterios desarrollados por el TJCE» (81). Los tribunales alemanes, sin embargo, acuden con «mucha precaución», por decirlo con palabras de un juez alemán (82), al planteamiento de la cuestión prejudicial. El desconocimiento, la saturación de los tribunales, la excesiva duración procesal o sencillamente razones de oportunidad están en el origen de ese comportamiento, que priva al ciudadano muchas veces de una solución inmediata, teniendo que aguardar a la última instancia. Por ello, y si no perdemos de vista que el TJCE es «juez legal» a los efectos del artículo 101,1.º-2 de la LF, los «ciudadanos comunitarios» de la RFA podrían verse privados de su «juez legal» también en aquellos supuestos en que se trate de un tribunal o juez interno que, no actuando en última instancia, no acudiera al TJCE. El derecho del ciudadano a acceder a su «juez legal» aconseja no ya sólo que no se recorte el derecho de los tribunales de instancia a plantear cuestiones prejudiciales (83), sino que, en una interpretación posible (y desde luego conciliable con el respeto al

(80) En el asunto 687/85, cit., fallo de 8-4-1987 (B, 2.b), y en el asunto 808/82, cit., fallo de 9-11-1987 [I, 2.b.aa)], respectivamente. En este segundo pronunciamiento, el *BVerfG* se niega a seguir posiciones como las de NICOLAYSEN (nota anterior) o HILF («Solange-II...», cit., pp. 5 y ss.), que le conducirían —según sus palabras— a convertirse en un «super tribunal nacional de control de cuestiones prejudiciales».

(81) Véase I, 2.b) del fallo en el asunto 808/82, cit. El desconocimiento consciente, el desvío igualmente consciente y la extralimitación en tareas interpretativas serían para el *BVerfG* causa de infracción arbitraria de los tribunales de su obligación de acudir al TJCE, en el marco del artículo 177 TCEE.

(82) R. Voss, «Erfahrungen und Probleme bei der Anwendung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 177 EWGV», en *EuR*, 1, 1986, pp. 95 y ss. (104).

(83) *Ibid.*, p. 105.

derecho comunitario y a los derechos fundamentales) del artículo 177 TCEE (que expresamente obliga [sólo] a los tribunales de última instancia), se pudiera obligar a plantear la cuestión prejudicial no sólo a los tribunales de última instancia (84).

V. A MODO DE CONCLUSION

El análisis de la jurisprudencia anterior del *BVerfG* hace más comprensible el tenor del fallo *Solange II*, incluido el mantenimiento de una última reserva.

Con este fallo, el *BVerfG* se compromete, en los términos que hemos visto, a no actuar, en defensa de los derechos fundamentales de la LF, frente al derecho comunitario derivado. Es decir, a no controlar en lo sucesivo el derecho comunitario derivado.

La dificultad, si no imposibilidad, de llegar a la solución definitiva (renuncia total expresa) en el estado actual de la integración se dulcifica aquí con la formulación que propone el *BVerfG* al reconocer la calidad jurídica del TJCE y la existencia de una garantía general suficiente, en el plano comunitario, de los derechos fundamentales.

Esta «realidad» hace desistir al *BVerfG* de sus pretensiones de antaño (*Solange I*), según hemos tenido ocasión de ver. Para ello, el *BVerfG* se sirve de mecanismos procesales: la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad o recurso concreto de normas, como ya antes había declarado la inadmisibilidad de los recursos de amparo frente al derecho comunitario derivado.

Si el «guardián del orden constitucional interno» se abstiene de actuar, esto es, si el *BVerfG* deja de controlar el derecho comunitario derivado, habrá de posibilitarse la actuación del «guardián del orden 'constitucional' comunitario» para garantizar las dos exigencias en juego: la uniformidad de la interpretación y aplicación del derecho comunitario en todos los países miembros, es decir, la uniformidad del orden jurídico comunitario, por una parte, y la salvaguarda y garantía de los derechos fundamentales que, salvando las peculiaridades de los Estados miembros, eviten tratos desiguales a los «ciudadanos comunitarios», por otra.

Y en esa dirección va el pronunciamiento del *BVerfG* en el fallo *Solange II* y en los posteriores que hemos visto, reconociendo el acceso de los

(84) En este sentido, últimamente, P. PESCATORE, en *BayVBl*, 1987, p. 38. En extenso sobre este punto, véase CH. VEDDER, «Ein neuer...», cit., p. 530.

«ciudadanos comunitarios» de la RFA a su «juez legal» en los asuntos comunitarios, es decir, en los asuntos que tienen que ver con normas del ordenamiento jurídico comunitario, a través del juez interno (verdadero juez ordinario comunitario).

Otra cuestión es que *de lege lata* pueda lograrse este objetivo si no se avanza hacia la identificación del concepto interno «arbitrariedad» con el fin perseguido por el artículo 177 TCEE. Los últimos pronunciamientos del *BVerfG* apuntan en esa dirección (véase nota 81), aunque persisten algunas sombras que dificultan enormemente la salida.

Los pronunciamientos más recientes del *BVerfG* evidencian la contradicción en la que este tribunal incurre al rechazar la posibilidad de controlar en amparo (*Verfassungsbeschwerde*) los fallos de los tribunales internos que, aun sin incurrir en «arbitrariedad», infrinjan el artículo 177 TCEE, haciendo responsable ante la Comunidad Europea a la RFA, y al afirmar, por otra parte, una actividad inspectora frente a la posible actuación incorrecta de los tribunales internos que condujese a la responsabilidad internacional de la RFA (nota 78).

En el fondo, estamos aquí ante una cuestión que resulta ya inevitable plantear, la del papel a jugar por el *BVerfG*.

Reconocer al TJCE como «juez legal», es decir, reconocer al «ciudadano comunitario» germano-occidental el derecho fundamental de acceso al TJCE requiere, para no quedar en agua de borrajas, un esfuerzo de adecuación de los tribunales internos a esta «realidad nueva» y una actitud vigilante del *BVerfG* como vértice de todo el sistema jurisdiccional interno. En el ámbito del artículo 101,1.º-2 de la LF se viene planteando un problema, que ahora puede verse agravado, con la tendencia a catapultar un gran número de casos supuestamente infractores del derecho al «juez legal» ante el *BVerfG*. Este, curándose en salud (nota 80), ha rechazado de plano su mutación en un «super tribunal de control», invitando a los tribunales alemanes a observar un comportamiento conforme con la jurisprudencia del TJCE en este punto. Esa será (dice el *BVerfG*) «la mejor arma» para evitar la incursión de la RFA en responsabilidad ante la Comunidad por infracción de sus obligaciones, pero no debiera ser la única, decimos nosotros.

Crónica

