

UN NUEVO PASO EN LA ANDADURA IUSCOMUNITARIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA. EL AUTO (SALA SEGUNDA), DE 7 DE JUNIO DE 2000

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA CUESTIÓN PLANTEADA: A) *Antecedentes*. B) *Fundamentación*.—II. LA RESPUESTA DEL TCF.—III. LA CUESTIÓN PENDIENTE.

INTRODUCCION

La jurisprudencia iuscomunitaria del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCF), sin duda, elemento de referencia constante para los comunitaristas, a medida que el proceso de integración europea ha ido ganando, tanto en densidad, por el paulatino *in crescendo* de atribuciones competenciales (1), como en volumen, por la sucesiva incorporación de nuevos Estados miembros, ha llegado a alcanzar aun mayor atención en los medios jurídicos y una evidente notoriedad en el espacio público europeo (2).

El Tribunal de Karlsruhe viene acompañando, prácticamente desde sus inicios, este singularísimo proceso *lato sensu* constituyente mediante una serie de hitos jurisprudenciales cuyo análisis crítico conviene emprender, en lo posible,

(1) Sobre la pendiente caracterización dogmática de tales «atribuciones» vid. A. LÓPEZ CASTILLO: «La caracterización de la naturaleza jurídica de la atribución-cesión de competencias derivadas de la Constitución: unas consideraciones introductorias», en *REP*, 90 (1995), págs. 173 y sigs.; IDEM: «La incidencia del proceso de integración europea en la Constitución», en C. CLOSA (coord.): *Europeización del sistema político español* (en prensa).

(2) Vid. P. HÄBERLE: «¿Existe un espacio público europeo?», en *RDCE*, 3/1998, págs. 113 y sigs.; R. BIEBER y P. WIDMER, *L'espace constitutionnel européen* (1995); I. PERNICE: «Die dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund», en *EuR*, 1/1996, págs. 27 y sigs.

insertando la concreta resolución examinada en un marco más amplio que, más allá de su incuestionable versatilidad, permite apreciar la existencia de un *continuum* en la doctrina iuscomunitaria del TCF.

Tomada en su conjunto, esta jurisprudencia deja ver, en efecto, la presencia de una tensa búsqueda de equilibrio entre las exigencias derivadas de la racionalidad del sistema emergente de la integración europea y la persistencia de un orden constitucional afianzado, y aun vivificado, en virtud del específico proceso de (re)integración que resulta de la (re)unificación alemana (3).

A los vaivenes y matices de ese *corpus* de doctrina —configurado, no ya sólo por las dos decisiones «Solange» y la Sentencia «Maastricht», sino por todo un conjunto de resoluciones menores, precedentes y consecuentes de éstas y, en un sentido más amplio, ciertamente también por otros pronunciamientos recaídos en relación con organismos y organizaciones internacionales tales como Eurocontrol y la OTAN (4)—, con independencia del acompañamiento de un ruido político de fondo que como tal aquí no procede valorar, no le es ajena ni la composición personal de la Sala Segunda y el sistema de ponencias por materias arbitrado (5), ni el que podría considerarse claro designio de no reeditar, en lo posible, la división que ha podido lastrar *ab initio* su doctrina *Solange* (6). Con ello, sin perjuicio del acompañamiento crítico que toda resolución relevante trae consigo, diríase que, aun inconscientemente, se haya buscado no

(3) Así, en particular, D. GRIMM: «Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte», en *RdA*, 1996, pág. 68, para quien el recíproco condicionamiento entre la exigencia de primacía y la existencia de una tutela de DD. FF. sería el común denominador de las resoluciones *Solange* (II) y *Maastricht*. Cfr. G. NICOLAYSEN: «Der Streit zwischen dem deutschen Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof», en *EuR*, 4/2000, págs. 495 y sigs.

(4) Sobre todo este conjunto jurisprudencial me permito remitir a A. LÓPEZ CASTILLO: *Constitución e integración* (1996), *passim*, sin perjuicio de otras referencias en el texto. Vid., asimismo, J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES: «Las competencias de los Länder y el Derecho comunitario derivado ante el Tribunal Constitucional Federal alemán», en *RIE*, 3/1995, págs. 887 y sigs.; M. AZPITARTE SÁNCHEZ: «El control de constitucionalidad del acceso alemán a la tercera fase de la Unión Monetaria. Comentario a la Sentencia de 31 de marzo de 1998», en *REDC*, 55 (1999), págs. 323 y sigs.

(5) A diferencia de lo que es por ejemplo el caso del Tribunal Constitucional español, el sistema de trabajo del BVerfG no se orienta en perspectiva generalista sino que responde a una clara delimitación temática de las Salas, sustentada sobre un sistema predeterminado de asignación de ponencias a los Magistrados lo que —por hipótesis y en sentido impropio— le permite prever y concretar —por lo que ahora importa— una determinada (re)orientación de su doctrina iuscomunitaria.

(6) *Solange* I —fallo por mayoría (5) con VP (3)—; *Solange* II —fallo por unanimidad—; *Maastricht* —unanimidad con «olvido» de la fórmula ritual «Die Entscheidung ist einstimmig ergangen» (detalle este último que, a la vista de de las lecturas sobre el alcance de la decisión de 1993 de, por ejemplo, P. Kirchhof y Grimm, no podía pasar desapercibido— vid., a propósito, J. H. H. WEILER: «The State “über alles”. Demos, Telos and the German Maastricht Decision», en *Fs. U. Everling* (1995), vol. II, págs. 1651 y sigs.

ofrecer a los exégetas, ya perfilados, los argumentos y razones para la puesta en cuestión de la solución alcanzada.

En otras palabras (aunque no sólo) en esta espinosa materia (7), el TCF pareciera dispuesto a hablar, cuanto sea preciso, pero con una sola boca y, a ser posible, marcando los tiempos. Y, en mi opinión, esto es lo que se ha hecho en la resolución que se pasa a comentar, al declarar:

«1. Los recursos de queja y las cuestiones de inconstitucionalidad que hagan valer una vulneración de derechos fundamentales de la LF mediante derecho comunitario derivado se inadmitirán de plano, si su fundamentación no pone de manifiesto que el desarrollo jurídico europeo, incluida la jurisprudencia del TJCE recaída tras la decisión Solange-II (E 73...), ha caído por debajo del estándar de DD. FF. requerido.

»2. Por tanto, la fundamentación de la cuestión o de la queja de inconstitucionalidad tendrá que exponer en detalle que aquella tutela de DD FF ofrecida como irrenunciable no se garantiza con carácter general, lo que exigirá una confrontación de la protección de DD. FF. en los planos nacional y comunitario del modo y forma en que ha sido acometida por el TCF en E 73, 378-381» (traducción propia).

I. LA CUESTION PLANTEADA

Este nuevo paso en la andadura iuscomunitaria lo ha dado el TCF en respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad (o control concreto de normas) planteada por Auto del Tribunal Administrativo (VG) de Francfort del Meno, de 24 de octubre de 1996 (1 E 798/95 —V— y 1 E 2949/93 —V—), en relación con los artículos 17-19 y 21.2 del Reglamento (CEE) núm. 404/1993, del Consejo, de 13 de febrero (Regl. 404/93) (8), y el Reglamento (CEE) núm. 478/95, de la Comisión, de 1 de marzo (Regl. 478/95) (9).

(7) De en apariencia intrincada ha calificado la actual Presidenta (de la Sala Segunda y) del *BVerfG* la relación entre los Tribunales de Karlsruhe y Luxemburgo (J. LIMBACH: «Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur. Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der...», en *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, 14-16 (2000), págs. 417 y sigs. —418—).

(8) *DOCE*, L 47/1, de 25 de febrero de 1993. Vid., asimismo, el Reglamento CEE núm. 1442/1993, de la Comisión, de 10 de junio de 1993, que desarrolla las disposiciones relativas a la importación de plátanos (*DOCE*, L 142, de 12 de junio de 1993).

(9) *DOCE* L 49, de 4 de marzo de 1995, que complementa el cit. Regl. 404/1993 en materia de regulación de contingente aduanero de importación de plátanos, y modifica el cit. Regl. 1442/1993.

A) *Antecedentes*

El Regl. 404/93 instaura en el espacio iuscomunitario la organización común de mercado (OCM) del plátano, en lo sustancial, mediante la articulación de un diverso régimen de importación según que el fruto proceda de países comunitarios, de países ACP —tradicionales o no— o de otros países. Así, en tanto que los «comunitarios» se acogen a un régimen de ayudas (art. 10 y sigs.) y la entrada de los «tradicionales-ACP», aun con certificado de importación, se produce en régimen de franquicia, para los «ACP-no tradicionales» y los procedentes de «países terceros», se establece un contingente anual (beneficiario de un régimen de franquicia o de una baja tarifa aduanera que, sobrepasado el montante preestablecido, incrementa considerablemente los costes) (10).

La puesta en marcha de esta disciplina iuscomunitaria del mercado del plátano (11) ha supuesto la modificación de una situación caracterizada por la coexistencia de mercados básicamente abastecidos de plátanos procedentes de países-ACP y comunitarios junto a otros mercados abiertos, como el alemán que, en virtud del llamado protocolo sobre plátanos, ha venido disfrutando de la importación en régimen de franquicia de un considerable volumen de plátano procedente de (los ahora llamados) países terceros (12).

Pues bien, esta comunitarización del régimen de la importación del plátano se halla en el origen de la cuestión de que aquí se trata, y no tanto porque se discuta la falta de base formal para su adopción en el Derecho primario (arts. 42 y 43 TCE) (13), cuanto por las consecuencias que para las empresas

(10) Vid. el detalle en A.I.1 y 2 de la resolución comentada.

(11) Modificada tanto en cuestión de tarifas aduaneras como en materia de contingentes anuales, por medio del Reglamento (CE), núm. 3290/1994, del Consejo, de 22 de diciembre, sobre adaptaciones y medidas transitorias necesarias en el sector agrario en aplicación de los acuerdos multilaterales de relaciones comerciales de la Ronda Uruguay (*DOCE*, L 349, de 31 de diciembre, pág. 105, anexo XV, punto 4) y del ya referido Regl. 478/1995, de la Comisión, al efecto de cumplimentar el Acuerdo marco sobre el plátano suscrito entre la CE y Colombia, Costa Rica, Venezuela y Nicaragua, en conjunción con la articulación en el marco del GATT del llamado segundo panel del plátano. (Vid. el detalle A I. 3 de la resolución comentada.)

(12) Al parecer la importación de plátano procedente de países terceros habría alcanzado en torno al 60 por 100 del total importado en los países miembros, correspondiendo el 40 por 100 restante, casi por mitades, a los frutos procedentes de países comunitarios y ACP (vid. M. ZULEEG.: «Bananen und Grudrechte - Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit», en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 18 (1997), págs. 1201 y sigs. —1201—).

(13) Y en modo alguno impedida por el citado Protocolo del plátano que, antes al contrario, autorizaba expresamente al Consejo para modificar o eliminar el contingente por mayoría cualificada; cfr. en general, sobre la evolución del mercado comunitario del plátano, L. DE LA CRUZ IGLESIAS y P. TERRÉN LALANA: «La concurrencia de los sistemas CE y GATT/OMC: a propósito de las sentencias “acuerdo marco sobre plátanos” y “Port III” de 10 de marzo de 1998», en *GJ*, B-140, enero-febrero 1999, págs. 27 y sigs.

importadoras alemanas habría tenido la contingentación del plátano procedente de «países terceros» y su distribución porcentual entre quienes tradicionalmente han estado presentes en ese mercado —dos tercios— y los demás (importadores de fruto «comunitario» y «ACP-tradicional» y nuevos importadores —un tercio—).

En otros términos, sin la minoración de las posibilidades de negocio derivada de la contingentación y de la asignación porcentual del montante sujeto a baja imposición, las demandantes (19 empresas del grupo Atlanta) seguramente no hubiesen tenido motivos para cuestionar la conformidad de esta nueva disciplina comunitaria a Derecho comunitario primario (y constitucional), puesto que el ya referido Protocolo del plátano había previsto la eventualidad de su modificación o derogación por mayoría cualificada del Consejo.

Cuestionada, en suma, la validez del Regl. 404/1993, al tiempo que plantea la inexcusable cuestión prejudicial ante el TJCE, el VG acuerda la medida cautelar consistente en ampliar las licencias de importación inicialmente asignadas a las recurrentes, sin perjuicio de su eventual descuento ulterior, caso de fallarse contra los intereses de las demandantes (14).

Conviene no olvidar, en este punto, que la decisión de acordar una medida cautelar de carácter positivo no es algo que surja inopinadamente sino, antes al contrario, algo que en cierto modo le venía dado al VG. Es preciso recordar, pues, que en concordancia con la línea seguida por el Tribunal de Luxemburgo (ATJCE, de 29 de junio de 1993; y, asimismo, STJCE de 5 de octubre de 1994, as. C-280/93, Alemania/Consejo), con fecha 5 de agosto de 1993, el VG de Francfort decidió denegar medidas cautelares y que semejante decisión se vería confirmada por el Tribunal administrativo de Hessen, por Auto de 23 de diciembre de 1994 (as. 8 TG 3430/94). Y que, recurrida en queja (o amparo) dicha decisión, por Auto de la Sección Primera de la Sala Segunda del TCF alemán, de 25 de enero de 1995 (as. 2 BvR 2689/94, 2 BvR 52/95) que la anula, con retroacción de actuaciones, vino a cuestionarse dicha negativa por posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 19. 4, en relación con el derecho de propiedad del art. 14., ambos de la LF (vid. en B. II del cit. ATCF).

Como consecuencia de este pronunciamiento en el que, sin perjuicio de su menor relevancia en el conjunto de su jurisprudencia iuscomunitaria, el TCF proyectaría sin mucha sutileza el contenido constitucionalmente declarado del

(14) Para los meses de noviembre y diciembre de 1993, en el caso de este primer procesamiento, y para el conjunto del año 1995, en el segundo procedimiento (vid. en A.II de la resolución comentada).

art. 14.1 LF sobre el derecho comunitario (15), le fue «puesta» al TJCE, mediante cuestión prejudicial de validez, la interrelación entre el reconocimiento iuscomunitario al juez nacional de la potestad de acordar medidas cautelares positivas y la observancia de las exigencias constitucionales de tutela judicial efectiva de DD. FF. ya apuntada por ATCF. Así se transcribe, con toda claridad, en el párrafo 16º de la STJCE de 9 de noviembre de 1995 (Atlanta): «(e)n el presente asunto, la concesión de medidas cautelares, está motivada por la consideración de que *su denegación violaría el principio de tutela jurisdiccional consagrado en el apartado 4 del artículo 19 de la GG (...)* Si el *Verwaltungsgericht* no fuera competente para, por las vías cautelares, conceder protección frente a los actos administrativos de las autoridades nacionales basados en el Derecho comunitario, debería someter al *Bundesverfassungsgericht* la cuestión de la compatibilidad de la ley nacional de autorización del TCEE (sic.) con el apartado 4 del artículo 19 GG» (énfasis añadido) (16).

En suma, y sin perjuicio del reconocimiento (iusconstitucionalmente pre-determinado) al juez nacional de la competencia para adoptar medidas cautelares positivas, tales como las acordadas en el supuesto en cuestión, contrariadas por el fallo desestimatorio de su pretensión relativa a la invalidez del Regl. 404/93, mediante la referida STJCE (Atlanta) (17), las empresas demandantes adujeron ya la inconstitucionalidad de la aplicación en Alemania de la disciplina normativa de la importación de plátanos resultante de los Regls. 404/93 y 478/95, por vulneración de los artículos 2.1, 14.1, 12.1 y 3.1, todos de la LF.

(15) Vid. comentario de E. PACHE, en *EuR* 1995, págs. 91, 95. Otro ejemplo de proyección del estándar propio de tutela, sin mayores consideraciones a la conexión iuscomunitaria de la cuestión, viene dado por el ATCF (Sala Segunda), de 22 de enero de 1997 (2 BvR 1915/1991). Vid. comentario de U. DI FABIO: «Produkte als Träger fremder Meinungen», en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 43/1997, págs. 2863-2864.

(16) Agotado el mandato cautelar que, a resultados del mandato del TCF, en su momento impartiera el Tribunal Administrativo de Hessen, la empresa beneficiaria ha proseguido su lucha particular ante los diversos resortes administrativos antes de acudir nuevamente ante el TCF que, en esta segunda ocasión, ha dictado un Auto de inadmisión, pero no en cuanto al fondo, sino por falta de agotamiento de la vía judicial previa (vid. el auto del TCF de fecha 26 de abril de 1995, en *EuZW* 1995, págs. 412-413).

(17) As. C-466/93, en Rec. 1995, I-3799; vid., asimismo, STJCE de 5 de octubre de 1994, as. C-280/93, RFA/Consejo, en Rec. 1994, I-4973, 5042.

Que esta apreciación del TJCE nada tiene que ver con una pretendida inmunidad del criterio discrecional del legislador comunitario queda bien de manifiesto con la anulación del artículo 3.2 Regl. 478/1995 por vulneración del principio general de no discriminación del artículo 40.3 TCE, expresivo del principio general de igualdad, que supondría la exigencia a los llamados segundos importadores de una específica licencia de exportación librada por las autoridades de Colombia, Costa Rica y Nicaragua para los plátanos de allí procedentes [vid. SSTJCE de 10 de marzo de 1998, as. C-122/95 (RFA/Consejo) y as. acum. C-364/95 y 365/95 (T. Port), en Rec. 1998, I-973 y sigs. y I-1023 y sigs.

B) *Fundamentación*

A semejante invocación de DD. FF. responde el VG de Francfort con el planteamiento ante el TCF de una cuestión de inconstitucionalidad (o control concreto) de los artículos 17-19 y 21.2 del Regl. 404/93, así como del Regl. 478/95, cuya aplicación en Alemania se estima incompatible con los artículos 23.1-1, 14.1, 12.1 y 3.1, todos de la LF.

Y, ante la duda acerca de la pertinencia del pretendido enjuiciamiento directo de disposiciones iuscomunitarias, se abre la alternativa de su mediato control a través del examen relativo a la incompatibilidad (total o parcial) con la LF de la ley de autorización del TCE, en la medida en que a su través se habría transferido al legislador comunitario la competencia para la puesta en vigor en Alemania de la nueva disciplina de la OCM del plátano y, por lo que ahora importa, de las disposiciones cuestionadas.

En síntesis, la línea argumental viene a seguir los pasos siguientes: 1.º interpretación del artículo 23.1 LF a la luz de la doctrina *Maastricht*; 2.º apreciación de una falta de correspondencia de los estándares comunitario y nacional que, en atención a las circunstancias del caso, lleva a constatar la emergencia de un déficit estructural de tutela; y 3.º interpretación analógica del artículo 100.1 LF como único remedio para la salvaguarda del irrenunciable nivel de tutela de DD. FF. constitucionalmente exigible.

1.º) Precipitados los límites constitucionales a la primacía de aplicación del derecho comunitario en el artículo 23.1 LF y es presupuesto que, modificando la doctrina *Solange II*, mediante la STCF *Maastricht* la Sala, de una parte, habría hecho extensiva su competencia de examen y control a los actos comunitarios y, de otra parte, habría retomado el ejercicio de su jurisdicción al efecto de asegurar, en cooperación con el TJCE, una garantía real y efectiva del irrenunciable nivel de tutela de DD. FF. que se brinda en Alemania.

2.º) El VG, en línea de principio, concede que la salvaguarda de ese nivel (alemán) de tutela no podría ejercitarse sin más, en presencia de una puntual disonancia de los respectivos niveles, sino sólo en caso manifiesto de desconocimiento general y evidente del irrenunciable estándar nacional; esto es, sólo si se advirtiese la emergencia de un déficit estructural de tutela comunitaria. Y tal sería aquí el caso —se dice—, por no habérsele garantizado a las recurrentes, ni individualmente ni con carácter general, un nivel de tutela equivalente al que irrenunciablemente exige (el art. 23.1 de) la LF, incluso en el marco de una OCM.

Como consecuencia de la puesta en práctica de las disposiciones cuestionadas —se afirma—, las recurrentes habrían visto caer sus derechos a la propiedad (art. 14.1 LF), al libre ejercicio de una actividad profesional (art. 12.1

LF) y a la igualdad ante la ley (art. 3.1 LF) por debajo del irrenunciable nivel (alemán) de tutela de DD. FF.

Considera el VG, en lo sustancial, que las disposiciones cuestionadas habrían supuesto de facto un ataque a la propiedad de las recurrentes contrario a las exigencias derivadas (en cuanto al contenido y límites) del artículo 14.1-2 LF (18) y del principio de proporcionalidad (E 58, 300, 351), por imprevisión de regulaciones transitorias que hubiesen venido a ponderar las exigencias derivadas de la confianza legítima y los intereses generales (E 70, 101, 114) (19).

3.º) Creyendo, pues, haber constatado la emergencia de un déficit estructural de tutela de DD. FF. como consecuencia de la aplicación de unas disposiciones comunitarias, cuya invalidez ha negado expresamente el TJCE, estima el VG que, a falta de un específico procedimiento al efecto, a no ser que el TCF asuma el control de la normativa cuestionada en virtud de una interpretación analógica del artículo 100.1 LF, no sería constatable la efectiva (in)observancia del irrenunciable nivel de tutela de DD. FF. que la LF demanda (20).

II. LA RESPUESTA DEL TCF

En su respuesta, por así decir, la Sala Segunda parte de una inversión de los términos del razonamiento del VG, lo que le permite emprender una reconsi-

(18) Como consecuencia de una considerable minoración en las cantidades importadas de terceros países, a partir de 1 de julio de 1993, sin regulación transitoria alguna y sin horizonte temporal concreto. La confluencia de semejante imprevisión con la existencia de las prácticas contractuales (a largo plazo) en el sector habrían llevado al cierre forzoso de instalaciones y al despido de trabajadores (vid. en A.III.2 de la resolución comentada).

(19) De otra parte —se dice—, se habría visto asimismo vulnerado el derecho, no a la elección, pero sí al ejercicio de una profesión (art. 12.1 LF) y, en cuanto se tratan de diversa manera las importaciones de terceros países y de países comunitarios y países-ACP (caída de más de un 50 por 100, en el primer caso, e incremento de alrededor de un 30 por 100, en los otros dos casos), habría sido igualmente vulnerado el artículo 3.1 LF.

(20) Esta misma excepción a la regla general de inadmisión de cuestiones *ex* artículo 100.1 LF respecto de disposiciones comunitarias o nacionales comunitariamente mediadas, consecuente con el reconocimiento del TJCE como juez legal a los efectos del artículo 101.1-2 LF, más allá de la constatación de una caída semejante en el nivel de tutela de DD. FF. brindado por la LF, se hace extensiva en el Auto cuestionante a la salvaguarda de las obligaciones derivadas del GATT [cfr. la reciente STJCE, de 14 de diciembre de 2000 (Pleno), as. acum. C-300-98 y C-392-98, relativo a la delimitación competencial del TJCE y de los Tribunales nacionales a propósito de la interpretación del art. 50 del llamado ADPIC —anexo 1c del Acuerdo OMC] y a los supuestos en los que de resultados de la actuación del legislador comunitario se produjese un desborde o exorbitancia de las propias disposiciones del TCE (sobre este aspecto de la CI se volverá en el apartado III de este comentario).

deración de su propia jurisprudencia en la materia, a la luz del artículo 23.1 LF, el renovado fundamento constitucional de la participación de Alemania en la Unión Europea.

1.º) Por lo que ahora importa, mediante el artículo 23.1 LF se anuda la contribución alemana al desarrollo de la UE a la salvaguarda de un nivel de protección de DD. FF. equiparable en lo esencial al nivel de tutela que brinda la LF. Una formulación mediante la que —con razón lo reconoce la Sala— habría experimentado un reforzamiento la doctrina *Solange* (21).

Tras una sintética glosa de los hitos *Solange I* (primera reivindicación explícita de un catálogo de DD. FF. en el ámbito iuscomunitario) (22) y *Solange II* (en donde se constataría la existencia de una tutela comunitaria de DD. FF. equiparable en lo esencial, tanto por lo que se refiere a los contenidos como por lo que hace a su eficacia, a la tutela brindada en el marco de la LF) (23), asevera la Sala que con la Sentencia *Maastricht* esta línea no se habría abando-

(21) Vid. en B.II.2.c) de la resolución comentada. En este sentido, A. LÓPEZ CASTILLO, «De integración y soberanía...», en *REDC*, 40 (1994), pág. 229.

(22) Subraya ahora este particular T. STEIN: «La relevancia jurídica de la Carta de los Derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión» (en pág. 2 del texto inédito de la conferencia impartida, con fecha 9 de junio de 2000, en la Universidad Carlos III, consultado por gentileza del autor).

En aquella ocasión —se recuerda— la Sala puso de manifiesto la falta de un catálogo comunitario de DD. FF. formulado por un Parlamento y en vigor que se adecuase al de la LF, considerando admisible e indicada aquella CI planteada por un Tribunal que, previo planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJCE, tuviese por inaplicable la disposición iuscomunitaria en cuestión porque, y «en tanto que» entrase en colisión con alguno de los DD. FF. de la LF (BVerfGE 37, 285).

(23) La Sala Segunda [que, haciendo un recorrido por la jurisprudencia del TJCE, constataría la existencia de una tutela comunitaria de DD. FF. (E 73, 378-381: DD y LL FF), como la propiedad y la actividad económica; derecho de asociación, igualdad, interdicción de la arbitrariedad; libertad religiosa, protección familia, así como principios de interdicción de la exorbitancia y proporcionalidad, en cuanto principios generales del derecho actuantes en la ponderación entre los objetivos de bienestar del orden comunitario y la garantía del contenido esencial —380—] advertía que, entre tanto, en el ámbito propio de las CC EE se habría desarrollado un grado de protección de DD. FF. de la LF por lo que, descartada la emergencia de elemento indicativo alguno acerca de la provisionalidad o inconsistencia del estándar iuscomunitario de DD. FF., mediante una inversión del sentido del giro «en tanto que...», declararía inadmisibles las cuestiones de inconstitucionalidad ex artículo 100.1 LF relativas a normas de derecho comunitario derivado (BVerfGE 73, 378 y 387); vid. al respecto 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 (1987/3), págs. 667 y sigs.; A. LÓPEZ CASTILLO: «La cuestión del control de constitucionalidad de las normas comunitarias de derecho derivado en la República federal alemana. El fallo del BVerfG... de 22 de octubre de 1986 y su desarrollo jurisprudencial más reciente», en *REDC*, 23 (1988), págs. 207 y sigs.

nado por cuanto, más allá de la expresión del compromiso de garantizar, en cooperación con el TJCE, el contenido esencial de los DD. FF. también frente al poder público de la CE (E 89, 174-5, que remite a E 37, 280 y sigs., E 73, 376-7, 386), ni se habría cuestionado que la tutela de DD. FF. de los ciudadanos de la RFA frente a actos del poder público (alemán) que traigan causa del derecho comunitario derivado compete al TJCE (24), ni se habría dicho tampoco que, en la hipótesis de que el TJCE abandone el estándar de DD. FF. que la propia Sala (Segunda) constatará ya en 1986 (E 73, 378-381), fuese a actuar el TCF fuera del marco que delimita su jurisdicción (25).

En este punto, es preciso recordar que el artículo 23.1 LF, fruto de la Ley de reforma de 21 de diciembre de 1992, objeto de consideración menor con ocasión del enjuiciamiento constitucional de la ley de autorización del Tratado que da nombre al pronunciamiento de 12 de octubre de 1993 que, sin perjuicio de ocasionales referencias a la nueva cláusula de integración, parecía construido sobre la base del artículo 24.1 LF y de una singularizada lectura del alcance del «programa de integración» consentido por el legislador alemán.

Por nuestra parte, advertida la prefiguración de un «nuevo sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones constitucional y comunitaria» (26)

(24) Cfr. STJCE de 13 de abril de 2000, as. 292/97, Karlsson, aún no publicada oficialmente.

(25) Vid. en B.II.2.b) de la resolución comentada. Literalmente se decía allí que «el TCF garantiza(rá) mediante su competencia [cfr. Col. STCF 37, 271 (280 y sigs.); col. STCF 73, 339 (376 s.)] que se asegure con carácter general a los habitantes de Alemania una tutela efectiva de los DD. FF. también frente al poder soberano de las Comunidades y que esta (tutela) sea en esencia equivalente a la ofrecida como (algo) irrenunciable por la LF, toda vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los DD. FF. El TCF asegura(rá) así este contenido esencial también frente al poder soberano de la Comunidad [cfr. col. STCF 73, 339 (386)]. También (los) actos de un poder público especial de una organización supranacional, separado del poder público de los Estados miembros, conciernen a los beneficiarios de los DD. FF. en Alemania. Con ello afectan a las garantías de la LF y a las funciones del TCF, que tienen por objeto la tutela de los DD. FF. en Alemania y a este respecto no sólo frente a los órganos estatales alemanes [discrepancia con col. STCF 58, 1 (27)]. No obstante el TCF ejercita(rá) su jurisdicción sobre la aplicabilidad de derecho comunitario derivado en Alemania en una «relación de cooperación» con el Tribunal de Justicia Europeo, por la que el Tribunal de Justicia Europeo garantiza la tutela de los DD. FF. en cada caso concreto para todo el territorio de las Comunidades Europeas, por lo que puede limitarse el TCF a una garantía general del estándar irrenunciable de los DD. FF. [cfr. col. STCF 73, 339 (387)]» (vid. en B 2 b).

(26) El bosquejo de este nuevo sistema de articulación competencial, que viene ya de la decisión *Kloppenburg* (BVerfGE 75, 223 y sigs.) y encuentra su expresión culminante en la Sentencia *Maastricht* de 12 de octubre de 1993, no es seguro que se haya ido con el ponente de esta última resolución (cf. J. LIMBACH: *Loc. cit.*, pág. 418 «... dass ich mich zu der Frage nach den Konsequenzen Kompetenz-/vertragswidrigen Gemeinschaftsrechts nicht äussern werde»).

se enfatizaba que, a salvo otras hipótesis, «el mejor camino para llevar a la obsolescencia esta jurisprudencia...» pasaba por «la toma de conciencia por parte del TJCE de que a él le toca asumir —Rodríguez Iglesias *dixit*— «la gran responsabilidad de interpretar el conjunto del derecho comunitario de conformidad con estos principios (constitucionales fundamentales), que debe identificar y formular con suficiente amplitud, teniendo en cuenta, entre otros elementos, la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales» (27).

Sea como fuere, entredicho queda que sobre el alcance de la reconsideración de la doctrina *Solange*, la falta de unanimidad en la Sala no se ha recompuerto de inmediato sino como consecuencia de un vivo debate desenvuelto al hilo de un «diálogo» con el TJCE cuyos frutos el TCF pondera en lo que valen.

Sin perjuicio, pues, de la extensión de la jurisdicción del TCF a los actos comunitarios, en la medida en que el artículo 23.1 LF no demanda sino una protección de DD. FF. comparable en lo esencial a la de la LF no procede la exigencia de una pretendida identidad de estándares comunitario y nacional, bastando ya con que frente al poder (público) de las CC EE, se garantice en general una tutela efectiva de DD. FF. que, en lo esencial, sea equiparable a la que irrenunciablemente se ofrece bajo la LF porque, con carácter general, se asegure el contenido esencial.

La conclusión alcanzada —y en ello estriba la trascendencia de esta decisión— es que «también después de la decisión *Maastricht*, los recursos de queja y cuestiones de inconstitucionalidad se inadmitirán de plano, si su fundamentación no pone de manifiesto que el desarrollo jurídico europeo, incluida la jurisprudencia del TJCE recaída tras la decisión *Solange II*, haya caído por debajo del exigido estándar de DD. FF. Por tanto, la fundamentación de la CI o del recurso de queja por inconstitucionalidad, que haga valer una vulneración en los DD. FF. de la LF por derecho comunitario derivado, tiene que exponer en detalle que aquella irrenunciable protección de DD. FF. no se garantiza ya con carácter general. Esto exige la confrontación de la protección de DD. FF. en el plano nacional y comunitario del modo y forma en que lo ha hecho el TCF en *Solange*» (28).

2.º) En el presente caso, el VG no habría asumido esta inexcusable tarea de contraste de los estándares comunitario y nacional al efecto de constatar la existencia del déficit estructural de tutela que se denuncia ante el TCF, limitándose a proyectar sobre la disciplina comunitaria de la OCM del plátano los contenidos propios de la LF.

(27) A. LÓPEZ CASTILLO: «De integración y soberanía...», cit., en *REDC*, 40 (1994), pág. 232, y nota 50.

(28) Vid. en B.II.2.d) de la resolución comentada.

Al tiempo que su fundamentación descansa sobre una (discutible) proyección del estándar propio sobre el ámbito iuscomunitario, la cuestión de inconstitucionalidad desconoce ese especial presupuesto de admisibilidad, como consecuencia de haber partido el VG de un equívoco de la STCF *Maastricht* que le lleva a pensar que en aquella decisión la Sala, abandonando su autorestricción anterior, habría puesto en pie nuevamente, aunque en cooperación con el TJ-CE, el ejercicio de su competencia de examen de derecho comunitario.

La Sala, haciendo abstracción de toda una serie de resoluciones menores dictadas a partir de la controvertida Sentencia *Maastricht*, emprende una interpretación sistemática de los diversos pasajes citados a partir de la que se niega la existencia de contradicción alguna al respecto entre las decisiones *Solange* y *Maastricht* (29).

Al empeño del VG tal vez habría que concederle que, a la vista de la peripeia seguida por la propia Sala Segunda, la tesis de la evidente falta de contradicción de la que rotundamente habla ahora la Sala, allá por 1996, cuando el VG decidió suspender los procesos acumulados de los que venía conociendo para elevar al TCF la cuestión de inconstitucionalidad (o control concreto) de las disposiciones comunitarias, acaso no estaba aun presente en la Sala que, entre tanto, a resultas de su renovación y al hilo del vivo debate doctrinal desenvuelto en el proceso de exégesis, tanto de las secuelas de la resolución de 12 de octubre de 1993 (30), como del fundamento constitucional de la participación de Alemania en la UE (31), ha encontrado la ocasión de limar alguna arista.

(29) «Esta afirmación (la de que el TCF habría retomado expresamente el ejercicio de su competencia de examen) no puede extraerse de la STCF *Maastricht*. En el pasaje invocado por el VG, el TCF cita expresamente los pasajes de su decisión *Solange* II en los que se formula el limitado ejercicio de su jurisdicción. Que la Sala en la STCF *Maastricht* no ha renunciado ni en ese ni en otro lugar a la doctrina precipitada en E 73 sobre la delimitación de la competencia jurisdiccional del TJCE en relación con el TCF y a la inversa se clarifica a la vista de su propio tenor (E 89, 174-5). La Sala alude a la cuestión en el apartado sobre la admisibilidad del recurso constitucional y no en el de la motivación (E 89, 174, 2. *ab initio*). También desde este punto de vista la asunción de una contradicción entre las decisiones *Solange* II y *Maastricht* carece de base (útil)» (vid. en B.III.1 de la resolución comentada).

(30) Vid., por otros, G. HIRSCH: «Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation?», en *NJW*, 1996, págs. 2457 y sigs.; M. ZULEEG: «Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration», en *JZ*, 1994, págs. 1 y sigs.; U. EVERLING: «Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht-Urteil», en *Miscelánea Grabitz* (1995), págs. 57 y sigs.; H. STEINBERGER: «Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993», en *Miscelánea Bernhardt* (1995), págs. 1313 y sigs.

(31) Vid., por ejemplo, U. KITSCHEL: «Der unabdingbare grundrechtliche Mindeststandard in der Europäischen Union. Zur Auslegung des Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG», en *Der Staat*, 39,

Por lo demás, sobre la exigencia genérica de detallado contraste de estándares de tutela, considera la Sala que, en el presente caso, se imponía una especial exigencia de referencias adicionales antes de dar por sentado que se estaba en presencia de una deficiencia estructural de tutela de los derechos fundamentales invocados.

Subraya, así, la Sala la insuficiencia de una fundamentación que no sólo no procede a verificar un contraste a la manera *Solange II*, sino que ni siquiera toma en consideración la existencia de un diálogo entre el TCF y el TJCE que, partiendo de los pronunciamientos del TJCE ya referidos (32), y pasando por el Auto del TCF de 25 de enero de 1995 (33), fructifica con el reconocimiento, mediante *STJCE* de 26 de noviembre de 1996 (34), de la necesidad de una regulación (transitoria) de rigor derivada de la garantía de propiedad que le ha llevado a obligar a la Comisión-CE a dictar las medidas transitorias precisas conforme a lo dispuesto en el Regl. 404/93.

Así pues, tanto en atención al resultado, dado que tales medidas transitorias serían un mecanismo útil al efecto de solventar las dificultades surgidas de la puesta en marcha de la OCM del plátano, como en consideración al proceso seguido hasta su consecución, mediante un «diálogo» entre TCF y TJCE cuyas decisiones serían expresivas de la articulación de «un engranaje de la tutela judicial de DD. FF. a nivel europeo mediante Tribunales nacionales y Tribunales de la CE» (35), al VG no le habría sido posible deducir una caída general del estándar de DD. FF. en la jurisprudencia del TJCE.

A su manifiesta equivocación, en perspectiva material —por venir anudada la pretendida inconstitucionalidad de la reglamentación comunitaria a la falta de medidas transitorias— suma finalmente la Sala un expreso reproche por la

2000/4, págs. 523 y sigs.; M. ZULEEG: «Die Föderativen Grundsätze der Europäischen Union», en *NJW*, 39 (2000), págs. 2846 y sigs.; y, con carácter general, I. PERNICE: «Art. 23 (comentario)», en DREIER (ed.): *Grundgesetz Kommentar* (1998).

(32) Cf. U. EVERLING, «Will Europe slip on bananas?: The Bananas Judgement of the Court of Justice and National Courts», en *CMLRev.*, 33 (1996), págs. 401 y sigs., en donde se parte de la vulneración de DD. FF. pero en atención al parámetro comunitario (págs. 413-9); y, asimismo, M. NETTESHEIM: «Art. 23 GG, nationale Grundrechte und EU-Recht», en *NJW*, 1995, págs. 2083 y sigs.; IDEM: en *EuZW*, 1995, págs. 106 y sigs.

(33) As. 2 BvR 2689/94 y 2 BvR 52/95.

(34) As. C-68/95, T. Port, en Rec. 1996, I-6065.

(35) El párrafo completo dice: «el VG tendría que haber visto que la decisión del TJCE venía precedida del Auto de la Sección Primera de la Sala Segunda del TCF, de 25 de enero de 1995 (2 BvR 2689/94 y 2 BvR 52/95, en *EuZW*). El TJCE ha enjuiciado, de forma parecida a como lo ha hecho el TCF, la necesidad de una regulación (de rigor) transitoria derivada de la garantía de propiedad. Ambas decisiones dejan ver así un engranaje de la tutela judicial de DD. FF. a nivel europeo mediante Tribunales nacionales y Tribunales de la CE» (vid. en B.III.2 de la resolución comentada).

(in)formal desatención a la modificación de la situación normativa puesta de manifiesto en relación con la posible pérdida sobrevenida de objeto de la cuestión planteada (36).

3.º) Finalmente, constatada la continuidad y reforzamiento de la doctrina *Solange* en el artículo 23.1 LF y descartándose la pretendida existencia en el caso de un supuesto de déficit estructural de tutela, la consecuencia no podía otra que la inadmisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad pretendida por el VG en virtud de aplicación analógica del artículo 100.1 LF.

La Sala perfila ahora su doctrina anterior relativa a la inoperancia de la vía del control concreto de normas (y, por extensión, del recurso de queja por inconstitucionalidad) para examinar la constitucionalidad del derecho comunitario derivado a la luz del estándar nacional de DD. FF.

Ahora bien, contra lo que pudiera parecer, la Sala no excluye *a radice* toda hipótesis de invocación analógica del artículo 100.1 LF, ni siquiera en relación con las disposiciones comunitarias. Claro está que, semejante eventualidad queda ahora sujeta a la estricta observancia por parte de los órganos judiciales de unos criterios estrictos que constriñen sobremanera la efectiva realización de un control concreto de disposiciones iuscomunitarias.

El TCF demanda un esfuerzo de argumentación sustentado sobre un previo contraste de los niveles de tutela antes de entrar a pronunciarse al respecto. Por lo demás, ponderada ahora una relación de cooperación entre los Tribunales nacionales y la jurisdicción de la UE, que partiendo del reconocimiento del TJ-CE como juez legal a los efectos del artículo 101.1-2 LF, contra lo que pudiera colegirse de la exégesis de algún pronunciamiento del TCF (en particular del asunto *Kloppenburg*) (37) se reconoce fructífera, dado el caso, el TCF aun debería intentar una composición de la situación mediante explícita motivación de sus razones antes de proceder a la admisión y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad de derecho comunitario.

Y a esos efectos, como implícitamente se desprende de la presente resolución, sería secundario que el control concreto se verificase directa o indirectamente, frente a la disposición iuscomunitaria o mediante la ley de autorización del TCE, tal y como subsidiariamente aquí proponía el VG.

(36) Se critica al VG tanto la inadvertencia de la insuficiencia de motivación de la CI (cf. *BVerfGE*, 51, 163 y sigs.), cuanto la forma misma de negar que la CI hubiese perdido sobrevenidamente su objeto (mediante respuesta del Presidente de la Sala cuestionante y no por resolución del colegio cuestionante). Vid. en B.III.2 de la resolución comentada.

(37) STCF de 8 de abril de 1987, as. 2 BvR 687/1985; vid. A. LÓPEZ CASTILLO: «El “efecto directo” de las Directivas comunitarias... un comentario al hilo del fallo del Tribunal Constitucional federal alemán de 8-4-1987», en *RJCLM*, 5 (1988), págs. 171 y sigs.

III. LA CUESTION PENDIENTE

La inexistencia de una respuesta explícita a la alternativa planteada por el VG de verificación de control mediato de los Reglamentos comunitarios mediante el control inmediato de la ley de autorización del TCE, en garantía del irrenunciable estándar de tutela garantizado por la LF, una vez constatado por la Sala Segunda que no concurre en el caso el presupuesto de admisibilidad ya referido, carece prácticamente de relevancia. En este sentido, aun implícita, la respuesta estaría dada.

Ahora bien, más allá del denuedo hermenéutico que en la presente ocasión ha puesto la Sala al efecto de modular el alcance de la Sentencia *Maastricht*, lo cierto es que el soberanismo pregnante de aquella decisión deja latente una tensión en la «intrincada» relación entre TJCE y TCF, sustentada ahora ya (de hecho) no sobre la tutela de DD. FF. sino en la controversia competencial o, más descarnadamente y sin tapujos, en la reserva de soberanía.

Pendiente queda, pues, la cuestión relativa al control de disposiciones iuscomunitarias dictadas *ultra vires* del «programa de integración» constitucionalmente consentido mediante la ley de autorización de los Tratados de integración que, por hipótesis, el VG también ha planteado (38). Semejante cuestión ha quedado *sin respuesta*. Ahora bien, ello no obsta la mención de un modo de control que el ponente de la sentencia *Maastricht* (P. Kirchhof) en imagen simplificadora, compara con el que se lleva a efecto en un puesto de control de paso sobre un puente. En la medida en que el puente no las (permite, por el gálibo, o) soporte, por el peso, el guardia, saliendo de la garita, ordenará dar media vuelta a la disposiciones iuscomunitarias. Esta pintoresca explicación se ha dado en llamar «teoría del puente» (39).

Al margen, pues, de otras caracterizaciones, puestos a elegir, pareciera pre-

(38) Distinta es la hipótesis que, asimismo, se plantea en relación con el control de constitucionalidad de las disposiciones comunitarias que pudiesen entrar en colisión con una normativa internacional que, en el sistema alemán, tiene el rango de la ley que (la transforma u) ordena su ejecución interna. Sin perjuicio de la extraordinaria cautela del TCF a la hora de verificar un control de constitucionalidad de (la ley que autoriza los) tratados o acuerdos internacionales [cf. R. BERNHARDT: «Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge», en C. STARCK (ed.): *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (II), 1976, págs. 154 y sigs.], lo cierto es que, con arreglo a la jurisprudencia iuscomunitaria del TCF, en caso de conflicto entre disposición normativa de rango legal y derecho comunitario, el juez alemán se limitará a poner en práctica el principio de primacía (de aplicación) del derecho comunitario (vid. *BVerfGE* 85, 191, 103 y sigs.; *BVerfGE* 31, 145 y sigs.).

(39) Vid., en particular, en *ZfA*, 1992, págs. 459 y sigs. (465); y, asimismo, en *Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)*, de 4 de diciembre de 1996, pág. 11.

ferible hablar de «programa de integración» tal como el TCF desde hace ya veinte años (asuntos *Eurocontrol I* y *Kloppenburg*) (40). Sea como fuere, lo significativo es no perder de vista que, una cosa es la práctica renuncia a verificar controles concretos de disposiciones iuscomunitarias a la luz del estándar constitucional de tutela y otra, ya distinta, que el TCF haya renunciado con ello a todo control del derecho comunitario derivado que, según su criterio, exceda de su ámbito propio de decisión (41).

Pues bien, así como la creciente expresión de una tutela iuscomunitaria de DD. FF. ha llevado aquí a la Sala a pronunciarse tal como lo ha hecho, una actuación decidida del TJCE que, en su calidad de supremo intérprete de los Tratados, avance en la clarificación del orden competencial en el sistema iuscomunitario (42), sin duda alguna, coadyuvará a la modulación de esta reserva de jurisdicción.

(40) A. LÓPEZ CASTILLO: «El “efecto directo” de las Directivas comunitarias... un comentario...», en *loc. cit.*, pág. 180.

(41) Vid. A. LÓPEZ CASTILLO: «De integración y soberanía...», en *loc. cit.*, págs. 218 y sigs. Cf. Auto de la Sección Primera de la Sala Segunda del TCF, de 17 de febrero de 2000, as. 2 BvR 1210/1998, en donde expresamente viene a decirse que, en el caso, la cuestión del *ultra vires* comunitario no se plantea (vid. en *EuGRZ* 2000, págs. 177 y sigs.).

Vid., asimismo, P. DYRBERG: «La Constitución danesa y la Unión Europea II (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo danés, de 6 de abril de 1998)», en *RDCE*, 4/1998, págs. 573 y sigs.

(42) Es muy importante, a este respecto, la reciente STJCE de 5 de octubre de 2000, as. C-376/98, que ha venido a anular en su totalidad la Directiva 98/43/CE (publicidad del tabaco) por considerar que, no obstante ceñirse la carencia de base jurídica sólo a algunas de sus disposiciones, en atención a la necesaria congruencia y seguridad jurídicas que sólo una nueva regulación por parte del legislador comunitario podría salvaguardar (aun cuando no sea éste el extremo que ahora importa, lo cierto es que esta consideración del Tribunal de Luxemburgo tiene un indudable interés por lo que al control constitucional de la ley se refiere). Vid. J. M. DE AREILZA CARVAJAL: «Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la directiva del tabaco...», en *RDCE*, 2/2000, págs. 643 y sigs.